

Substitutionsfaktoren og produktforskelle

Et økonomisk bidrag til fastsættelsen af erstatning for immaterialretskrænkelser baseret på oplysninger om krænkers salg.

af

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

(Udgives i TfR 5/2021)

Sammendrag

Når en immaterialret krænkes, er det svært at fastsætte rettighedshavers tab. I denne artikel bruger jeg simple økonomiske modeller til at analysere dansk retspraksis på netop dette område. Det gør jeg ved at fokusere på den omfattende praksis, hvor domstolene ser på krænkers salg og vurderer, hvor stor en del heraf rettighedshaver ville have haft. Hvor domstolene – med andre ord – fastsætter en substitutionsfaktor.

Jeg gennemgår de parametre, som danske domstole inddrager, og viser, at de juridiske parametre i overvejende grad passer med simple økonomiske modeller. Samtidig viser jeg, hvordan de økonomiske modeller kan bidrage til mere sofistikerede analyser af de faktorer, der inddrages i erstatningsudmålingen. Herved viser jeg sammenhængen mellem gældende ret og økonomisk teori på området.

Stikord: erstatningsudmåling, retsøkonomi, immaterialrettigheder, økonomisk teori

1	Indledning	4
2	Baggrund	5
2.1	Juridisk grundlag	6
2.2	Substitutionsfaktoren	8
2.3	Økonomiske analyser, substitutionsfaktoren og den samlede kompensation.....	11
3	Tre centrale produktforskelle	13
4	Prisforskelle	14
4.1	Retspraksis	14
4.2	Økonomisk grundlag og sammenhæng med substitutionsfaktoren.....	14
4.3	Nuance: Hvor meget vil Krænker udvide markedet?	16
5	Horisontale forskelle – salgskanaler og <i>it-faktor</i>	18
5.1	Retspraksis	18
5.2	Model og sammenhæng med substitutionsfaktoren	19
5.3	Modellen sammenholdt med retspraksis.....	25
5.4	Nuance: Bør forskelle i salgskanaler og <i>it-faktor</i> altid have en negativ effekt på substitutionsfaktoren?	27
6	Vertikale forskelle – kvalitetsforskelle	28
6.1	Retspraksis	29
6.2	Model og sammenhæng med substitutionsfaktoren	30
6.3	Modellen sammenholdt med retspraksis.....	35
6.4	Nuance: Kan forbrugerne observere kvalitet?	36
7	Øvrig konkurrence på markedet.....	38
7.1	Økonomisk perspektiv på den øvrige konkurrence – horisontal differentiering	39
7.2	Økonomisk perspektiv på øvrig konkurrence – vertikal differentiering	43
7.3	Nuance: Hvornår er den øvrige konkurrence relevant?	45
7.4	Er substitutionsfaktoren lig Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen?	47
7.5	Øvrig konkurrence fra Krænker?	48
8	Konklusion.....	51
9	Idéer til fremtidig forskning	52
10	Bibliografi	55
11	Teknisk appendiks	58
11.1	Effekten af prisforskelle og horisontal afstand på substitutionsfaktoren.....	58
11.2	Alene kvalitetsforskelle dikterer substitutionsfaktoren	61

11.3 **Prisforskelle er et indirekte signal om kvalitetsforskelle 64**

1 Indledning

Når en immaterialret krænkes, kan rettighedshavers (Rettighedshavers) tab opstå af forskellige grunde og på forskellige måder. Mens det er notorisk, at netop erstatningsudmålingen volder udfordringer for domstole, praktikere og for retslitteraturen,¹ er et gennemgående træk i udmålingen, at der fokuseres meget på, hvor mange krænkende produkter krænker (Krænker) har solgt, og hvor mange af disse der blev købt i stedet for Rettighedshavers produkt. Domstolene fastsætter herved en substitutionsfaktor.

Netop substitutionsfaktoren er denne artikels fokus. For mens det i skandinavisk litteratur og retspraksis er anerkendt, at erstatningen kan udmåles på denne måde,² og der overordnet er

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. 51-67, s. 52, der argumenterer for, at der mangler en rød tråd i retspraksis, Deichmann, H. K. (2004). Kommentar til U 2004.1018 H (Montana-reolsystem). *Nordiskt Immaterialrettskydd*, 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 Immaterialrettskydd*, 177-186, 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 Immaterialrettskydd*, 3, 292-294, 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 Immaterialrettskydd*, 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 ud over de danske grænser. Se f.eks. Rognstad, O.-A., & Stenvik, A. (2002). Hva er immaterialretten verd? – Om erstatning og anden kompensasjon ved immaterialrettskrænkelser. I K. 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. I 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. Og Bernitz, U., Pehrson, L., Rosén, J., & Sandgren, C. (2017). *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (14. udg.). Jure AB, s. 434 f., for Skandinavien, og for Europa: *Staff Working Document Analysis of the application of Directive 2004/48/EC in the Member States, SEC(2010) 1589 final*, s. 24-26, og Kur, A., & Dreier, T. (2013). *European Intellectual Property Law – Texts, Cases & Materials* (1. udg.). Edward Elgar Publishing. For nordamerika: Yang, Z. (2014). Damaging Royalties: An Overview of Reasonable Royalty Damages. *Berkeley Technology Law Journal*, 29, 647–678. Endeligt for det internationale perspektiv: 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>.

² Mest klart formuleret ses det hos Møgelvang-Hansen, P., & Riis, T. (2001). Fogedforbud og kompensation for immaterialrettskrænkelser. I P. Møgelvang-Hansen, L. L. Andersen, J. Fejø, & R. Nielsen (red.), *Festskrift til Bernhard Gomard* (1. udg.). Karnov Group Denmark A/S, s. 177–205, s. 185. At man (implicit) arbejder med en substitutionsfaktor synes åbenlyst i bl.a. Koktvedgaard, M. (1966). Det ophavsretlige sanktionssystem. *Juristen*, s. 57, 2. spalte, (Pehrson, 1986), Förmell, P. (1997). Skadestånd vid patentintrång. I *Immaterialrättsliga skadestånd – Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marnasrätt vid Stockholms Universitet, nr. 93*, s. 26, Riis, T. (2005). *Enerettigheder og vederlagsrettigheder –*

enighed om, hvilke parametre der påvirker substitutionsfaktoren (pris, kvalitet, salgskanaler, *it-faktor* og øvrig konkurrence på markedet), er der ikke en samlet teori for, hvordan disse parametre og kombinationen af dem påvirker substitutionsfaktoren.

I denne artikel viser jeg, at simple økonomiske modeller kan forklare de overordnede tendenser, der findes i retspraksis, og være med til at fastsætte klarere rammer for, hvornår og hvordan de konkrete parametre bør indgå i vurderingen.

Derved anvender jeg økonomisk teori til at skabe en generel forståelsesramme for gældende ret om fastsættelsen af substitutionsfaktoren, samtidig med at jeg viser, hvordan de økonomiske overvejelser kan bruges som argumenter i konkrete retssager.

Artiklen er inddelt på følgende måde: I afsnit 2 giver jeg en kort indføring i den juridiske baggrund, mens jeg i afsnit 3-7 behandler de juridiske spørgsmål i et industriøkonomisk lys. I afsnit 3 starter jeg med en intuitiv introduktion til det økonomiske perspektiv på konkurrence mellem to produkter. I afsnit 4 behandler jeg effekten af prisforskelle, i afsnit 5 effekten af såkaldte horisontale forskelle (f.eks. forskelle i salgskanaler) og i afsnit 6 effekten af såkaldte vertikale forskelle (f.eks. forskelle i kvalitet). Alle tre afsnit starter med en gennemgang af de overordnede linjer i retspraksis, en simpel økonomisk model og en diskussion af, hvor godt de to passer sammen. De forudgående tre afsnit behandler situationen, hvor Krænker og Rettighedshaver er alene på markedet. Derfor viser jeg i afsnit 7, hvordan disse overvejelser hænger sammen med tilstedeværelsen af øvrig konkurrence på markedet, mens jeg i afsnit 8 opsummerer og konkluderer på artiklens resultater. I afsnit 9 fremhæver jeg særligt relevante områder for fremtidig forskning. Afsnit 10 indeholder en bibliografi, og da jeg igennem artiklen fremhæver intuition frem for matematiske formalisme, findes i afsnit 11 et teknisk appendiks med de mest relevante beviser.

2 Baggrund

Nedenfor gennemgår jeg nogle centrale forhold omkring kompensationsudmålingen i immaterialretssager, navnlig for så vidt angår opgørelsen af det faktisk lidte tab. Mens mit primære fokus er dansk ret og dansk retspraksis, er det af hensyn til den nordiske læser relevant at understrege, at de argumenter, jeg her gennemgår, efter min bedste overbevisning i vidt omfang også finder anvendelse – og bliver anvendt – i de øvrige nordiske lande. Der kan dog

Håndbøvelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 251, Skovbo, E. A. (2005). *Erstatning for ophavsretlige krænkelse* (1. udg.). Forlaget Thomson, s. 329. Nok også Andersen, N. M., Carlquist, A., & Rubinstein, A. (2006). *Rets håndbøvelse af immaterialrettigheder* (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.464, Stenvik, A. (2013). *Patentrett* (3. udg.). Cappelen Damm AS, s. 406 ff.

være forskel på, hvordan argumenterne konkret vil blive anvendt, og om de tillægges den samme bevismæssige værdi på tværs af landegrænser.

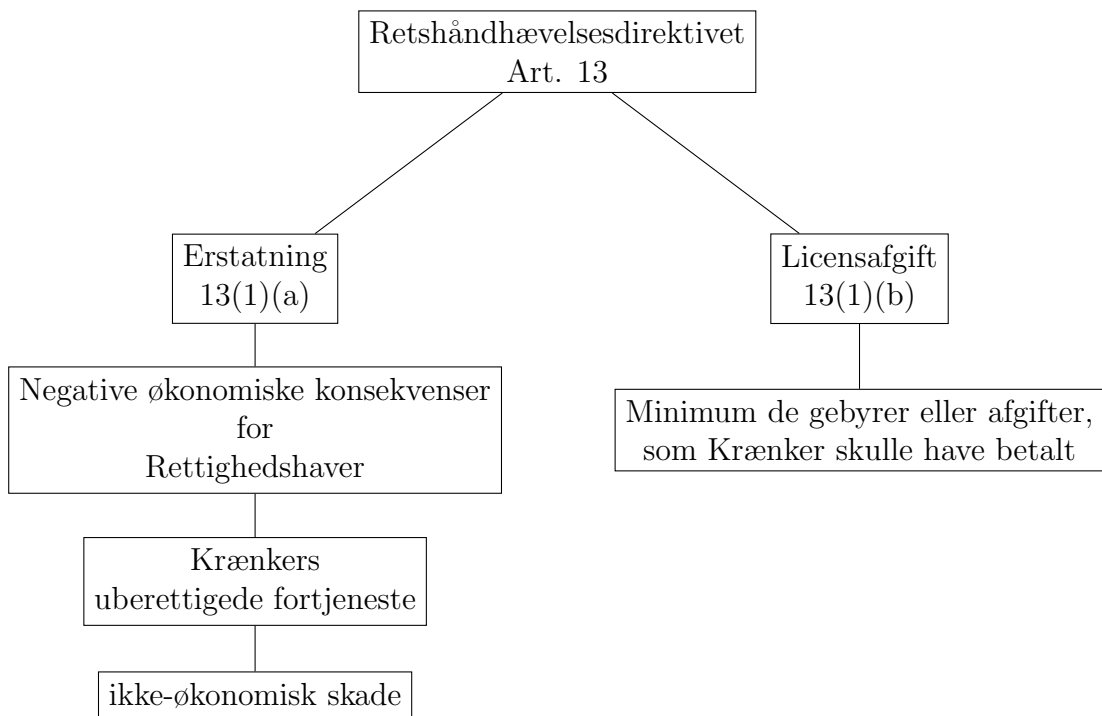
Løbende igennem teksten vil jeg derfor også henvise til især svensk og norsk ret, når jeg her finder interessante nuancer eller perspektiver på den danske doktrin.

2.1 Juridisk grundlag

Det europæiske grundlag for kompensationsudmålingen findes i retshåndhævelsesdirektivet (Dir 2004/48/EF) artikel 13.³

Under direktivet kan en krænkert Rettighedshaver kræve erstatning, hvor der skal tages højde for alle relevante aspekter. Det vil bl.a. sige de negative økonomiske og ikkeøkonomiske konsekvenser for Rettighedshaver samt Krænkens uberettigede fortjeneste. Samtidig hermed kan Rettighedshaver modtage en licensafgift (et rimeligt vederlag), der som minimum svarer til den pris, som Krænker skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til udnyttelse af den konkrete immaterialret. Figuren illustrerer:

³ Der har selvfølgelig i Norden været et samarbejde om ensretning af lovgivningen længe før retshåndhævelsesdirektivet (og EU). F.eks. indførte Danmark, Finland, Norge og Sverige et rimeligt vederlag i deres patentlove nogenlunde samtidig som følge af (Den Nordiske Patentutredning NU 1963:6: Betenkning Angående Nordisk Patentlovgivning, Avgitt Av Samarbejdende Danske, Finske, Norske Og Svenske Komitéer). Pointen i nærværende er imidlertid blot at give et overblik over de forskellige kompensationsmuligheder, og her er retshåndhævelsesdirektivet oplagt, da det er det seneste skud på stammen af ensrettende lovttekster.



Figur 1 Kompensationsmuligheder i retshåndhævelsesdirektivet

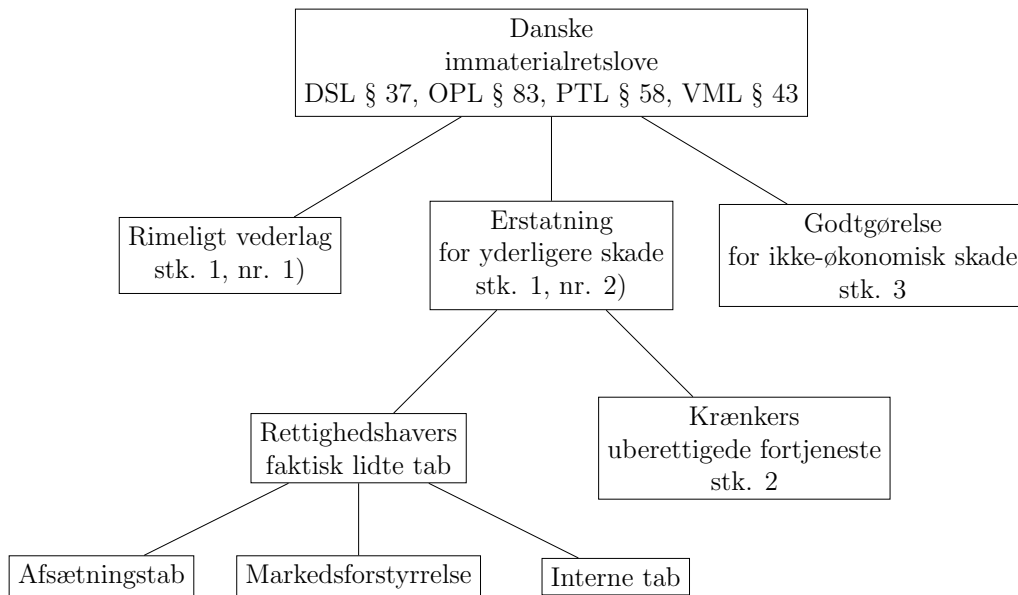
Herudover fremgår det af direktivets art. 3(2), at foranstaltningerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og være afskrækkende.

De danske immaterialretslove bygger på en lidt anderledes struktur. I hver lov er kompensationsparagraffen opbygget således, at udgangspunktet er det rimelige vederlag,⁴ og at der endvidere kan gives erstatning for ”yderligere” skade.⁵ Under ”yderligere skade” kan domstolene inddrage Rettighedshavers faktisk lidte tab og Krænkeres uberettigede fortjeneste. Det faktiske lidte tab kan igen inddeles i underkategorierne afsætningstab, tab som følge af markedsforstyrrelse og interne tab. Mens der er uklarhed i litteraturen om tabsposternes nærmere indhold,⁶ 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. Den danske systematik illustreres nedenfor:

⁴ Hvilket primært forstås som den licens, parterne ville have aftalt, hvis Krænker havde anmodet om tilladelse til udnyttelsen.

⁵ Se DSL § 37, OPL § 83, PTL § 58, VML § 43. Samme regler følger af MFL § 24 og forretningshemmelighedslovens § 15.

⁶ Se i det hele taget min diskussion nedenfor.



Figur 2 Systematikken i de danske immaterialretslove

Mens immaterialretlige erstatningsspørgsmål har været udsat for en vis grad af specialisering, gælder de almindelige erstatningsretlige principper fortsat.⁷

Det indebærer bl.a., at Rettighedshaver skal kunne bevise kausalitet mellem krænkelsen og hendes lidte tab. Kausalitetsbetingelsen er ikke videre behandlet i danske litteratur eller praksis, mens der fra hhv. et norsk og et svensk perspektiv synes at være et mere udtalt fokus herpå.⁸

Desuagtet er det oplagt, at der ikke kan gives et absolut bevis for, hvad Rettighedshaver ville have tjent uden krænkelsen, og det er derfor fremhævet flere steder på tværs af landegrænser, at erstatningsudmålingen i hvert fald til dels beror på et skøn.⁹

2.2 Substitutionsfaktoren

I denne artikel fokuserer jeg på Rettighedshavers faktisk lidte tab. Rettighedshavers faktisk lidte tab er hendes mistede fortjeneste.

⁷ Bl.a. Schovsbo, J., Rosenmeier, M., & Petersen, C. S. (2021). *Immaterialret* (6. udg.). Djøf Forlag. <https://www.jurabibliotek.dk/view/book/9788771985351/9788771985351.xml>, s. 724, (Skovbo, 2005, s. 193 ff.) og (Andersen mfl., 2006, s. 419 ff.). 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 med almindelig formueskade.

⁸ Se navnlig for Norge: (Rognstad & Stenvik, 2002) og for Sverige Hellberg, J. (2014). *Skadestånd vid patentintrång*. Jure AB, s. 155.

⁹ For bare at nævne nogle få, se for Danmark: (Schovsbo mfl., 2021, s. 735), for Norge: (Rognstad & Stenvik, 2002, s. 537), der med henvisning til (RG 2000.1355 OSRAM) om goodwillskade anfører, at domstolene i erstatningsudmålingen kan ”fjerne sig nokså langt fra det almindelige udgangspunktet om at skadelidte må dokumentere et økonomisk tap.” Endelig for Sverige: Johansson, D. (2020). *Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång* (1. udg.). iustus förlag, s. 144.

For at fastsætte den mistede fortjeneste er det relevant at fastsætte det mistede salg. Hvis en Rettighedshaver kan vise, at hendes salg er faldet som følge af krænkelsen, kan Rettighedshaveren på den baggrund opnå erstatning. Et sådant bevis kan dog være vanskeligt at føre.¹⁰

Derfor ses det meget ofte i dansk praksis – og er bredt anerkendt i litteraturen – at domstolen i stedet kan se på Krænkens salg og vurdere, hvor stor en del af dette Rettighedshaver ville have haft, hvis Krænker ikke var kommet på markedet.¹¹ Denne tilgang genfindes også i Norge og Sverige, hvor der også i flere sager henvises eksplicit til spørgsmålet om, hvor stor en del af Krænkens salg Rettighedshaver ville have haft.¹²

¹⁰ Se (Schovsbo mfl., 2021, s. 736). Et særligt interessant eksempel fra retspraksis er U.2020.2532 Ø – *Anne Black*, som jeg behandler i Bogetoft, R. A. (2020). (2021a) Statistiske perspektiver på erstatning for yderligere skade ved immaterialretskrænkelser – med konkrete eksempler fra Anne Black-sagen (arbejdstitel). Se også U.2004.1085 H – *Montana v. Denka, Ralph Lauren v. Dansk Supermarked (SHD af 10.1.2014 i sag V-0058-12)*, *G-star v. Lanielse (S.H.D. af 9. januar 2015 i sag V-05-14)*, U.2011.2319 H – *Tandstikkere*. I nogle sager fremhæver domstolene, at der ikke er fremlagt dokumentation for et nedadgående salg. Se f.eks. U.2009.1018 H – *Burberry* og U.2012.2706 H – *Puma v. Fakta*.

¹¹ (Riis, 2005, s. 251) anfører: «Såfremt Rettighedshaveren har adgang til oplysninger om omsætningen af krænkende produkter, tager opgørelse af afsætningstab sædvanligvis udgangspunkt heri. Der er imidlertid ofte usikkerhed med hensyn til substitutionsforholdet mellem Rettighedshaverens og Krænkerens produkter. Usikkerhed med hensyn til substitutionsforholdet mellem Rettighedshaverens og Krænkerens produkter udtrykkes hyppigt i udsagn om, at markedsfortrængning ikke har fundet sted i samme omfang som salget (Markedsfortrængning én til én (1:1)).» Se f.eks. Koktvedgaard, M. (1994). Lærebog i Konkurrenceret (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 119 f.: Afsætningstab skal i princippet beregnes som produktet af antallet af ikkesolgte enheder ganget med krænkedes dækningsbidrag pr. enhed (det vil her sige salgsprisen med fradrag af direkte (variable) produktionsomkostninger, såsom materiale og arbejds løn, og ved opgørelsen af antallet af ikkesolgte enheder kan man tage udgangspunkt i, hvor meget Krænkeren har afsat. I en senere version af samme lærebog, Koktvedgaard, M. (2005). Lærebog i konkurrenceret ved Caroline Heide-Jørgensen (6. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 67 f., udtrykker Koktvedgaard måske et større forbehold over for brugen af Krænkens salg til for at skønne Rettighedshavers afsætningstab, da han her skriver, at man kan tage udgangspunkt heri efter ”omstændighederne”. Jeg læser dog afsnittet til mere at handle om, man kan antage 1:1-substitution, snarere end at det er på denne måde, tabet skal opgøres, han ikke er vild med. Se også Skovbo, 2005, s. 329), der anfører, at der kan lægges afgørende vægt på Krænkerens salg, «hvis der foreligger substitution og deraf følgende fuld markedsfortrængning.» Nok også (Andersen mfl., 2006, s. 464 ff.). Historisk har der været et princip, hvor en forfatters erstatning skulle opgøres ud fra bogladeprisen ganget med antallet af solgte krænkelser. Fra Danmark, se Lund, T. (1944). *Billedkunsten i retlig belysning*. G.E.C. Gads Forlag, s. 276, fra Norge, se Gaarder, K. (1968). Erstatningsregler i norsk immaterial- og konkurranserett. *Nordisk Immaterialrettskydd*, 3, 245-260, s. 250. Der er ganske lidt hjælp at hente i diverse forarbejder. Se dog (*Den Nordiske Patentutredning*, 1964, s. 335), hvor det anføres, at der ved fastsættelsen af Rettighedshavers tab kan skeles til Krænkens fortjeneste. Heri ligger noget lidt andet, men princippet er det samme: Informationer om Krænkens salg kan bruges til at estimere effekten på Rettighedshavers salg.

¹² Fra Norge, se (Rognstad & Stenvik, 2002, s. 445) med henvisning til mindretallets afgørelse i *Rt 1999.1725 – Lundetangen* og Sejersted, N. J. (2000). Erstatning for immaterialretskrænkelser. Går udviklingen i riktig retning mor mer effektive erstatningsrettslige sanksjoner? *Nordisk Immaterialrettskydd*, 4, 121, med henvisning til patentretspraksis. For Sverige, se navnlig (Pehrson, 1986, s. 95), (Förnell, 1997, s. 26), Jilmstad, J. (1997). Skadestånd vid intrång i upphovsrätt. In *Immaterialrättsliga skadestånd – Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marnasrätt vid Stockholms Universitet*, nr. 931, s. 38, og Johansson, D. (2020). *Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång* (1. udg.). iustus förlag, s. 143. I svensk patentret ses nogle meget interessante eksempler, hvor der kun er en håndfuld relevante kunder

I stiliseret form kommer denne del af erstatningsudmålingen til at se ud som følger:

Tab = mistet indtjening pr. styk * antal solgte krænkelser * substitutionsfaktoren.¹³

Substitutionsfaktoren er her særligt interessant at undersøge, da den ofte er det eneste, vi ikke kan observere direkte ud fra sagens oplysninger eller dommens præmisser.¹⁴ For at finde substitutionsfaktoren må man derfor ofte regne baglæns fra antallet af solgte krænkelser, Rettighedshavers fortjeneste pr. produkt og den samlede erstatning.

Substitutionsfaktoren er her et tal mellem 0 og 1, der dækker over:

$$\frac{\text{Rettighedshavers mistede salg}^{15}}{\text{Krænkens samlede salg}}$$

Hvis f.eks. Krænker har solgt 1.000 produkter, og Rettighedshaver ville have solgt 300, er substitutionsfaktoren 30 pct.

Rettighedshavers mistede salg kan løst defineres som, hvor meget Krænker har ædt sig ind på Rettighedshavers marked, mens Krænkens samlede salg er summen af, hvor meget han har ædt sig ind på Rettighedshavers marked, og hvor meget han herudover har udvidet markedet. Den relevante øvelse bliver her at vurdere sammensætningen af Krænkens samlede salg. Hvor meget har han ædt sig ind på Rettighedshavers marked, og hvor meget har han udvidet markedet væk fra Rettighedshaver?

Når substitutionsfaktoren i konkrete sager skal fastsættes, ses der ofte på forskelle i pris,¹⁶ kvalitet¹⁷ og salgs-/distributionskanaler.¹⁸ Ligeledes er det anerkendt, at forskelle i

på markedet. Se navnlig *NJA 2011.720 - Mjölkebot 1, Mjölkebot 2 (Svea Hovrätts dom af 8. februar 2013 i sag T 8086-11)* og *Avsyningsystem (Stockholm tingsrätts dom af 5. februar 2010 i sag T 19666-07)*. Om disse situationer anfører (Hellberg, 2014, s. 159 ff.), at et godt bevis for, om Krænkens kunder ville have købt Rettighedshavers produkt, er at spørge dem.

¹³ Denne ligning følger f.eks. ganske direkte af (Riis, 2005, s. 251, 260), men se i det hele referencerne i fodnoter 7 og 11 ovenfor.

¹⁴ 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, se f.eks. *FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro)*, U.2001.747 H – *Tripp Trapp v. Tvillum Möbelfabrik (2-Step-stolen)*, U.2011.2736 H – *Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*, U.2015.979 H – *Tripp Trapp v. Jysk (Steve-stolen)*, U.1983.976 Ø – *Scan Video, 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.

¹⁵ Det er det mistede salg som følge af substitution, vi her leder efter.

¹⁶ F.eks. U.2004.1085 H – *Montana v. Denka*, U.2011.2736 H – *Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*. Fra svensk ret: *Stikofjäder (Svea Hovrätts dom af 2. december 1985 i sag T 743-87)* og *Avsyningsystem (Stockholm tingsrätts dom af 5. februar 2010 i sag T 19666-07)*. Lignende overvejelser anføres.

¹⁷ 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*.

¹⁸ Se f.eks. U.2004.1085 H – *Montana v. Denka*; U 2007.2713 S – *MP3-afspillere*.

renommé/goodwill kan påvirke substitutionsfaktoren.¹⁹ I samme retning må man forvente, at forskelle i brandstyrke og eksklusivt præg også kan påvirke substitutionsfaktoren. Som samlebetegnelse for renommé, goodwill, brandstyrke, eksklusivt præg og lignende bruger jeg begrebet *it-faktor*.²⁰ Endelig er det også relevant at se på effekten af den øvrige konkurrence på markedet.

På det overordnede plan synes det klart, at større forskelle i de nævnte parametre leder til en lavere substitutionsfaktor. Dette ses eksempelvis ved at sammenholde U.2009.1018 H – *Burberry* med U.2011.2736 H – *Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*

I *Burberry* havde Tiger-forretningerne solgt punge, der krænkede Burberrys varemærkerettigheder, til ca. 20 kr./stk. Burberrys egne punge kostede i gennemsnit ca. 2.000 kr. Der var selvfølgelig også store forskelle på salgskanaler – eksklusive Burberry-forretninger vs. Tiger-butikkerne – og i kvalitet. Højesteret afviste helt, at der skulle være sket substitution.

Lulu handlede om krænkelse af Tripp Trapp-stolen. Krænkens stol kostede ca. 600 kr., mens Rettighedshavers kostede ca. 1.300 kr. Stolene blev tilsyneladende solgt ad de samme salgskanaler og uden de store kvalitetsforskelle. Her fastsatte domstolen implicit en substitutionsfaktor på ca. 70 pct.²¹

Mens denne overordnede tendens synes ensartet, er der ikke på nuværende tidspunkt en god teori for sammenhængen mellem de forskellige parametre og substitutionsfaktoren, herunder hvordan kombinationen af parametre påvirker substitutionsfaktoren.²²

2.3 Økonomiske analyser, substitutionsfaktoren og den samlede kompensation

Indtil videre har jeg placeret substitutionsfaktoren i relation til de øvrige kompensationsmuligheder under immaterialretslovene.

¹⁹ Se (Riis, 2005, s. 256) med henvisning til U.2000.212 S – *Mag-lite*.

²⁰ Mens det ikke altid fremhæves eksplicit, finder jeg det som en rimelig antagelse, at overvejelser om *it-faktoren* påvirker vurderingen af substitutionsfaktoren. Et eksempel herpå kan være U.2009.1018 H – *Burberry*. Se også (Koktvedgaard, 1966, s. 58), der om markedsforstyrrelse skriver: «Køberkredsen mister simpelthen interessen for produktet, når det optræder alle vegne i mere eller mindre forvanskede udgaver. Det er en kendsgerning – hvadenten man så vil kalde det snobberi eller ej – at afsætning af en del produkter indenfor kunstindustrien fordrer, at varerne holdes oppe i et vist, mere eksklusivt plan.» Heri ligger modsætningsvis, at Rettighedshavers kunder ikke køber mindre eksklusive krænkelse, hvilket taler for, at forskelle i eksklusivitet påvirker substitutionsfaktoren.

²¹ For en grundig gennemgang af dette, se Bogetoft, R. A. (2021b). Et forsøg på økonomisk forklaring af forskelle og ligheder i 5 sager om produktefterligning. (arbejdstitel).

²² Rettighedshaver skal også have haft kapacitet til at sælge de produkter, som Krænker solgte. Det kan konkret betyde, at domstolene må nedjustere erstatningen.

Ud over at fokusere på substitutionsfaktoren fokuserer denne artikel også på spørgsmålet, om simple økonomiske modeller kan forklare de parametre, som domstolene lægger vægt på, når de fastsætter substitutionsfaktoren – og dermed erstatningen.

Derfor analyserer jeg retspraksis i lyset af simple økonomiske modeller taget fra industriøkonomien. Økonomisk teori generelt kan bidrage med en forståelse af effekterne af bestemte handlinger.²³ I vores tilfælde er industriøkonomien særligt relevant, da den behandler situationer med imperfekt konkurrence, bl.a. monopol, duopol og oligopoltilstande. Modellerne, jeg anvender, er alle bredt anerkendte inden for den industriøkonomiske teori,²⁴ og versioner heraf anvendes også inden for konkurrenceretten.²⁵

Den juridiske erstatning påvirkes imidlertid af faktorer, som ikke naturligt indgår i en stringent økonomisk analyse af krænkelsens økonomiske konsekvenser. Disse faktorer er bl.a. bevisregler, såsom bevisbyrde og processuel skadevirkning, mere normative overvejelser om krænkelsens grovhed²⁶ eller overvejelser om behovet for afskrækkende retsmidler, jf. retshåndhævelsesdirektivets art. 3(2).

I det væsentlige abstraherer jeg fra disse overvejelser. Undtagelsen er de tilfælde, hvor de juridiske faktorer påvirker, hvordan den økonomiske analyse skal se ud. Et eksempel herpå findes i afsnit 7.5 nedenfor.

Mens jeg altså ikke behandler de adskillige juridiske faktorer, som kan påvirke erstatningsudmålingen, er analysen i denne artikel vigtig for et fremtidigt arbejde af den art. Hvis vi f.eks. skal forstå overvejelser om effekten af krænkelsens grovhed på erstatningsudmålingen, bliver vi først nødt til at forstå, hvad de økonomiske konsekvenser af krænkelsen har været.

Det betyder dog også, at de konklusioner, jeg her drager, ikke kan ses som endelige eller absolutte resultater. De skal snarere ses som skridt på vejen mod en bedre forståelse for, hvilke faktorer domstolene lægger vægt på, og hvordan domstolenes tilgang kan forstås i et økonomisk lys.

²³ Se Niels, G., Jenkins, H., & Kavanagh, J. (2016). *Economics for Competition Lawyers* (2. udg.). Oxford University Press, s. 3.

²⁴ Modellerne er navnlig baseret på hovedværket Tirole, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press. Se også Church, J. R., & Ware, R. (2000). *Industrial Organization: A Strategic Approach* (1. udg.). McGraw-Hill. https://works.bepress.com/jeffrey_church/23/

²⁵ Se f.eks. (Niels mfl., 2016, s. 26 ff., 310 ff. og 441 ff.), der bl.a. henviser til lignende overvejelser i relation til mergeranalyser. I konkrete konkurrencesager er modellerne givetvis noget mere komplekse end her.

²⁶ F.eks. at grovere krænkelse i ”særligt” ond tro skulle lede til en højere erstatning (eller en lempeligere bevisbyrde).

3 Tre centrale produktforskelle²⁷

På det økonomiske plan kan vi konceptuelt sondre mellem tre typer af ”produktforskelle,”²⁸ som svarer ganske godt til, hvad der i retspraksis og juridisk litteratur fokuseres på. Man taler i økonomi om prisforskelle, horisontale forskelle og vertikale forskelle. Prisforskelle behøver ikke nærmere forklaring, men det gør de to andre:

Horisontal differentiering dækker over parametre, hvor forbrugerne ikke er enige om, hvad der er bedst. Det kan f.eks. være valget mellem PlayStation og X-box (det samme formål, men delvis forskellige egenskaber), valget mellem Kvickly og Bilka (nogenlunde samme pris og kvalitetsniveau, men forskellige brands) og valget mellem Netto på Frederiksberg og Netto på Nørrebro (ens kvalitet og priser, men folk, der bor på Frederiksberg, foretrækker Netto på Frederiksberg, mens folk på Nørrebro foretrækker Netto på Nørrebro).

Vertikal differentiering dækker derimod over parametre, hvor vi alle er enige om, hvad der er bedst. F.eks. er vi alle enige om, at høj kvalitet er bedre end lav kvalitet, eller at en iPhone med meget hukommelse er bedre end en med lidt. Hvis priserne er de samme, vil alle derfor vælge den høje kvalitet eller telefonen med meget hukommelse.

I de næste tre afsnit vil jeg udvikle simple modeller og analysere effekten på substitutionsfaktoren ved hhv. prisforskelle og horisontale og vertikale forskelle.

Strukturen i de næste tre afsnit er som følger: Jeg starter med at give et overblik over retspraksis inden for det konkrete område. Herefter introducerer jeg en simpel økonomisk model, dens resultater og sammenholder disse med retspraksis på området. Navnlig viser jeg med denne fremgangsmetode ikke alene, at retspraksis i udpræget grad kan forklares ud fra den simple økonomiske model, men også, at selv disse simple modeller kan bidrage med relevante indsigter for fastsættelsen af substitutionsfaktoren. Hvert afsnit slutter af med en nuancering, hvori jeg fremhæver de situationer, hvor man bør afvige fra de hovedresultater, der følger af modellen.

Det er værd at bemærke, at de modeller, jeg i de næste tre afsnit anvender, behandler situationen, hvor der kun er to parter – Rettighedshaver og Krænker. I realiteten vil der ofte være andre spillere på markedet, både før, under og efter krænkelsen. Hvordan dét påvirker substitutionsfaktoren, behandles i afsnit 7.

²⁷ I denne artikel fokuserer jeg på situationer, hvor Krænker og Rettighedshaver begge er på markedet og sælger produkter. Men de samme ræsonnementer er i hvert fald en del af vejen også anvendelige på sager, hvor f.eks. Rettighedshaver og Krænker tilbyder services. Ræsonnementerne er også relevante inden for de øvrige kompensationsmuligheder – det rimelige vederlag og Krænkens uberettigede fortjeneste. For at komme tilpas i dybden med analysen er overvejelser herom ikke taget med.

²⁸ Inden for industriøkonomien er det rette term produktdifferentiering. Se navnlig (Tirole, 1988).

4 Prisforskelle

4.1 Retspraksis

Når domstolene udmåler erstatning baseret på informationer om Krænkens salg, lægges der næsten altid vægt på eventuelle prisforskelle, når de vurderer, hvor stor en del af Krænkens salg, Rettighedshaver ville have haft. I næsten alle sager er Krænkens produkt det billigere alternativ, men kun i meget få sager er der alene tale om forskelle i pris.²⁹

Ét eksempel, hvor det – næsten – var tilfældet, er U.2007.2713 S – MP3-afspillere. Her udtalte Sø- og Handelsretten i sine præmisser:

Produkterne blev til dels solgt i samme butikker og må formodes at være blevet udstillet og markedsført uden emballage som det er sædvanligt for denne type produkter. Produkterne har derfor over for forbrugerne fremtrådt som identiske. Efter oplysningerne om Creative Technologys omsætning og designets tidsmæssige holdbarhed må salget af Mr. Platinum derfor have medført en betydelig markedsfortrængning af Creative Technologys MuVo-afspiller. Men retten må også gå ud fra at det forhold at Mr. Platinum blev solgt til en lavere pris, i ikke ubetydeligt omfang har medført at en del forbrugere som købte Mr. Platinum til 699 kr., ikke i stedet ville have købt den dyrere MuVo 128 der i den pågældende periode kostede 999 kr.

Substitutionsfaktoren blev her sat til 71 pct.³⁰

Det centrale for vores analyse er, at større prisforskelle i retspraksis ofte vil lede til en mindre substitutionsfaktor.

4.2 Økonomisk grundlag og sammenhæng med substitutionsfaktoren

Det er en standardantagelse i økonomisk teori, at lavere priser leder til mere salg.³¹ Konkurreres der endvidere kun på pris, antages det normalt, at forbrugerne vil købe det produkt, der er

²⁹ Et andet eksempel kunne være: *Reisenthal Kurve* (S.H.D. af 22. maj 2008 i sag V-52-07 – *Reisenthal Accessoires v. Zebra A/S*). Parallelimport kan også have lignende effekter. Se f.eks. landsrettens bemærkninger i U.2020.2532 Ø – *Anne Black*. En sag, hvor spørgsmålet ikke blev nærmere behandlet er *John Deere-traktorer* (S.H.D. af 18. april 2011 i sag V-0060-09 – *Deere & Company v. AgroFyn*). Et særligt område, hvor der primært er tale om en prisforskel, er ved krænkelse af medicinske patenter. Se f.eks. (*Esomeprazol* (S.H.D. af 18. februar 2016 i sag T-4-13 – *AstraZeneca AB og A/S v. Krka Sverige AB*), *Seroquel* (S.H.D. af 24. januar 2017 i sag T-2-12 – *AstraZeneca AB og A/S v. Teva Denmark A/S* og U.2016.2429 H – *Singulair parallelimport*). Om dette område se dog afsnit 4.3, nedenfor. Inden for svensk patentret kan især nævnes: *Avisyningsystem* (*Stockholm tingsrätts dom af 5. februar 2010 i sag T 19666-07*), (*Stikofjäder* (*Svea Hovrätts dom af 2. december 1985 i sag T 743-87*)).

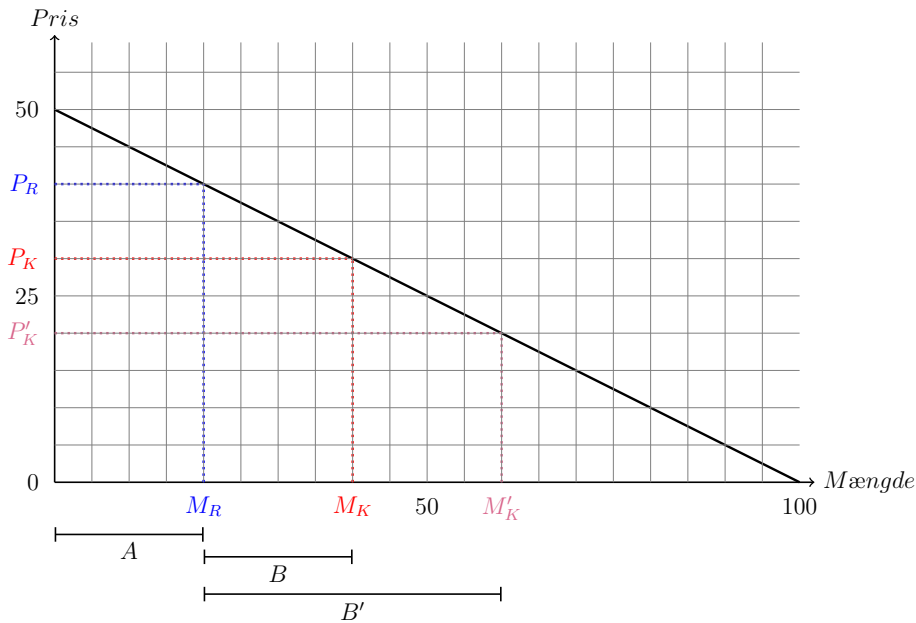
³⁰ Der var solgt 4.074 krænkende produkter, og Rettighedshavers avance pr. styk var 200 kr. Den samlede erstatning blev 580.000 kr. En substitutionsfaktor på 100 pct. havde medført en samlet erstatning på 814.800 kr. Bemærk, at retten faktisk opdelt erstatningen i et rimeligt vederlag på 100.000 kr. og erstatning for yderligere skade på 480.000 kr. Det er dog bredt anerkendt i litteraturen, at der ikke må gives dobbeltkompensation, hvilket betyder, at retten må have vurderet, at det samlede tab må have været maks. 580.000 kr. Se Bogetoft, R. A. (2021c). *Substitutions- og præferenceskade – en alternativ fortolkning af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse (arbejdstitel)* for henvisninger.

³¹ Undtagelsen findes ved såkaldte Giffen-goder, eller hvor prisen signaliserer kvalitet eller eksklusivitet. I disse tilfælde kan en højere pris lede til et større salg.

Substitutionsfaktoren (2)

billigst. Et produkt, der er 1 kr. billigere, vil derfor tage hele markedet. Hvis priserne er ens, antager man, at konkurrenterne deler markedet lige mellem sig.

Vi kan visualisere konsekvensen for substitutionsfaktoren ved at tegne en efterspørgselskurve. Bemærk, at vi her antager, at produkterne er helt identiske.



Figur 3 Substitutionsfaktoren ved prisændringer

På y-aksen har vi prisen (P), mens vi på x-aksen har mængden (M). Den tegnede kurve dækker over efterspørgslen på det produkt, Rettighedshaver sælger. Antag først, at Rettighedshaver er alene på markedet. I figuren er Rettighedshavers pris 40. Ved denne pris sælger hun 20 stk. Dette ses ved den blå stiplede linje i figuren. Dette er mængden A.

Antag nu, at en Krænker indtræder på markedet. Han kan sælge produktet til 30 kr. og sælger derfor 40 stk. Dette er den røde stiplede linje, og mængden A + B. Fordi der kun er forskel i pris, vil alle kunder, der før købte Rettighedshavers produkter, nu købe Krænkens. Rettighedshaver ville kun have solgt mængde A, som er 20 stk., men Krænker sælger som nævnt både mængde A og B, i alt 40 stk. Vi kan derfor skrive substitutionsfaktoren som $\frac{A}{A+B} =$

$$\frac{20 \text{ stk.}}{40 \text{ stk.}} = 50 \text{ pct.}$$

Havde Krænker i stedet solgt til 20 kr. – den lilla stiplede linje – ville han sælge 60 stk., og substitutionsfaktoren være 33,3 pct.

Vi kan se det samme ved at sammenholde længderne A, B og B'.

Heri ligger to ting: 1) Ved lavere priser vil Krænker sælge mere, og Rettighedshaver mindre (intet), og 2) jo større prisforskel, desto mindre vil substitutionsfaktoren være.

Det skyldes, at Krænker allerede ved en lille prisforskel overtager hele Rettighedshavers marked. Hvis han bliver ved med at sænke priserne ud over dette punkt, vil alle nye kunder være kunder, som aldrig ville have købt Rettighedshavers produkt.

Dette resultat stemmer overens med formuleringerne i praksis, som set i f.eks. *MP3-afspillere*, citeret ovenfor.

Det er dog vigtigt at bemærke, at der er en klar sondring mellem substitutionsfaktoren og substituerbarhed. Substitutionsfaktoren refererer til den andel af Rettighedshavers salg, som Krænker har overtaget ved sin indtræden på markedet, og substituerbarhed refererer til, i hvor høj grad forbrugerne anser to produkt for at opfylde de samme behov. En Krænker, der sælger et identisk produkt, men til lavere priser, vil f.eks. sælge flere produkter, end Rettighedshaver ville uden krænkelsen. I en sådan situation vil substitutionsfaktoren være lav, mens substituerbarheden mellem produkterne vil være høj.

Resultatet understreger også en vigtig nuance for vores forståelse af de efterfølgende resultater: Eksemplerne ovenfor viser, at Rettighedshaver mister hele sit salg, når Krænker introducerer sit billigere produkt på markedet. Hvis vi ved, hvad Rettighedshavers salg ville have været uden krænkelsen, ville denne oplysning have været tilstrækkelig, da dette salgstal så vil danne grundlag for erstatningsudmålingen. Men da dette salgstal er ubekendt, er det nødvendigt at indhente informationer om Krænkens salg for at estimere Rettighedshavers salgstab. Ved at estimere dette klarlægges substitutionsfaktoren, som så vil danne grundlag for erstatningsudmålingen.

4.3 Nuance: Hvor meget vil Krænker udvide markedet?

Hvor meget Krænker udvider markedet ved en lavere pris – og dermed hvor meget mindre substitutionsfaktoren skal blive – afhænger af, hvor prisfølsomme forbrugerne er.³² Hvis forbrugerne er meget prisfølsomme, vil efterspørgselskurven være flad, og små prisforskelle vil have stor betydning. Hvis forbrugerne omvendt ikke er prisfølsomme, vil efterspørgselskurven være stejl, og selv store prisforskelle vil have en lille effekt på, hvor meget der sælges.

Hvis prisfølsomheden er lav, vil vi forvente en høj substitutionsfaktor, selv ved store prisforskelle. Det vil navnlig gælde i tilfælde hvor der f.eks. sker en krænkelse af medicinske patenter, da man må forvente, at prisen ikke påvirker, hvor meget, der bliver købt.³³ Sådanne

³² Et mere teknisk begreb er priselasticitet, som udtrykker den procentvise ændring i pris ved en procentvis ændring i mængde.

³³ Det er især tilfældet i Danmark, hvor fjortendedagsauktionssystemet skaber en meget hård priskonkurrence. Mere generelt om prisfølsomheden på medicinalprodukter, se Ringel, J. S., Hosek, S.

overvejelser har formentlig påvirket resultatet i hhv. *Esomeprazol* (S.H.D. af 18. februar 2016 i sag T-4-13 - AstraZeneca AB og A/S v. Krka Sverige AB) og *Seroquel* (S.H.D. af 24. januar 2017 i sag T-2-12 - AstraZeneca AB og A/S v. Teva Denmark A/S).³⁴ *Esomeprazol* vedrørte krænkelse af Rettighedshavers medicinske patent. Her antog begge parter, at Rettighedshaver ville have haft hele Krænkens salg (i antal), selvom Krænkens produkt var billigere end Rettighedshavers. Den antagelse holder kun, hvis man samtidig antager en lav prisfølsomhed hos forbrugerne. Omvendt handlede *Seroquel* om erstatning for uberettiget forbud. Her var parterne ligeledes enige om, at Teva, der havde været udsat for det uberettigede nedlagte forbud, ville have haft hele Rettighedshavers salg – men ikke mere – hvis forbuddet ikke var nedlagt. Og det selvom Tevas produkt blev solgt til ca. 80 pct. af originalprisen. Denne antagelse holder også kun, hvis man samtidig antager lav prisfølsomhed.

Generelt siger man, at forbrugernes prisfølsomhed påvirkes af:

- 1) Hvor mange substitutter der er, og hvor tætte substitutter de er. Hvis prisen på æbler stiger, og det eneste alternativ er kanelgøfler, vil forbrugerne ikke nødvendigvis skifte. Det vil de nok snarere, hvis alternativet er pærer eller bananer.
- 2) Hvor meget godet koster sammenlignet med forbrugers samlede budget. En stigning på 10 pct. i prisen på æbler betyder markant mindre end en stigning på 10 pct. i de københavnske ejendomspriser.
- 3) Om godet er et luksusprodukt eller et nødvendigt produkt. Vi skal have vand, mad og varme. Vi skal ikke have chokoladetrøfler.
- 4) Tidsaspektet. På kort sigt vil forbrugerne måske ikke kunne nå at købe et alternativ til æbler, og de vil derfor affinde sig med en vis prisstigning. På langt sigt har forbrugerne bedre mulighed for at finde gode alternativer.

Bemærk, at det kan have stor betydning for vores analyse, hvordan vi definerer markedet. Ser vi på markedet for dagligvarer i Nuuk, Grønland, er forbrugernes alternativer noget mere begrænsede – og derfor vil de være mindre prisfølsomme – end hvis vi ser på markedet for dagligvarer i København. Her har forbrugerne adskillige alternativer både på produkt- og forretningsniveau.

D., Vollard, B. a., & Mahnovski, S. (2002). The Elasticity of Demand for Health Care: A Review of the Literature and Its Application to the Military Health System. Rand Corporation. http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/2005/MR1355.pdf. Lav prisfølsomhed blev også brugt kreativt i *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*). Se også U.2016.2429 H – *Singulair parallelimport*. I U.2014.3195 H – *Merck v. Orifarm (Cozaar)* findes en interessant forklaring af Susanne Bendixen, der belyser nogle væsentlige nuancer til udgangspunktet om lav priselasticitet og om apotekernes rolle i konkurrencen mellem medicinalprodukter.

³⁴ Forfatteren arbejdede som advokatfuldmægtig på begge sager.

5 Horisontale forskelle – salgskanaler og *it-faktor*.

Ofte konkurrerer virksomheder på forhold, hvor man ikke generelt kan sige, hvad der er bedst: Microsoft- eller Apple-computer, Louis Vuitton eller Dior, weekendtur til Oslo eller Stockholm. Disse parametre kan være mere abstrakte og vedrøre forbrugernes individuelle præferencer (caffé latte eller cappuccino), men kan også være mere konkrete, f.eks. valget mellem to supermarkeder, der ligger forskellige steder i byen. Horisontal differentiering vil også være forskelle i design/æstetik. I mange produktefterligningssager vil der netop være et overlap på æstetikken.³⁵

5.1 Retspraksis

Når der er forskelle i salgskanaler, lægger domstolene ofte vægt på dette som argument for en lavere substitutionsfaktor.³⁶ I samme retning er der eksempler på, at et sammenfald i salgskanaler taler for en højere substitutionsfaktor.³⁷

Det er dog ikke altid, at domstolene under erstatningsudmålingen eksplicit lægger vægt på forskelle i salgskanaler. Se f.eks. U.2009.233 S – *Puma v. Netto*, hvor retten navnlig fremhævede kvalitetsforskelle, og *Maanesten og øreringe (S.H.D. af 29. marts 2021 i sag BS-26853-2020-SHR – Maanesten A/S v. Mash 16 ApS)*, hvor retten navnlig fremhævede oplysninger om markedet og øvrig konkurrence.³⁸ I *Puma v. Netto* var den implicitte substitutionsfaktor ganske lav,³⁹ mens den i *Maanesten* var relativt høj.⁴⁰ Én forklaring herpå kunne være, at domstolene konkret har vægtet andre elementer højere i deres vurdering og derfor alene fremhævet disse. Dette ændrer dog ikke på, at sagerne mudrer billedet af, hvad forskelle i salgskanaler overordnet set betyder for fastsættelsen af substitutionsfaktoren. Desuagtet anser jeg det for et ganske robust resultat, at forskelle i salgskanaler alt andet lige, for domstolene, vil tale for en lavere substitutionsfaktor.

³⁵ Et interessant eksempel på dette findes i U.2012.256 H – *Alfi termokander*, hvor skønspersonen udtalte: «Æstetisk refererer termokanderne til samme publikum. En del af dette publikum vil dermed – bevidst eller ubevidst – købe Royal Classic kanderne pga. prisforskellen, mens en anden del vil fravælge Royal Classic kanderne pga. den store forskel i kvalitet og finish.»

³⁶ Se f.eks. U.2000.212 S – *Mag-lite*, U.2004.1085 H – *Montana v. Denka*, U.2009.1018 H – *Burberry* og U.2009.1789 H – *Kozjol*. (N. M. Andersen mfl., 2006, s. 469) anerkender muligheden for at forskelle i salgskanaler kan påvirke substitutionsfaktoren. Se også (Møgelvang-Hansen & Riis, 2001, s. 198).

³⁷ Se især U.2007.2713 S – *MP3-afspillere* og forudsætningsvist *Baby Dan pusletasker (S.H.D. af 9. september 2016 i sag V-88-15 - HTS Besafe AS v. Baby Dan A/S)*.

³⁸ Se også *Juleengle (S.H.D. af 28. maj 2019 i sag BS-46785/2018-SHR - Sirius Company A/S v. Buy Simple ApS)*, *Kähler vaser (S.H.D. af 7. februar 2017 i sag V-2-16 - Danish Design Management A/S v. Borvictus A/S)*. Endeligt indgik forskelle i salgskanaler ikke i vurderingen i *Rema Jakker (S.H.D. af 1. juli 2005 i sag V.62.04 - Bestseller A/S v. Rema 1000 Danmark A/S)*. Substitutionsskade blev dog afvist af andre grunde.

³⁹ Lidt over 10 pct.

⁴⁰ Retten angiver, at markedsfortrængningen har være høj, dog ikke 1:1.

En anden horisontal parameter er som nævnt *it-faktor*.⁴¹ Forskelle heri følger ofte forskelle i salgskanaler. Dette er næppe overraskende, da forskellige salgskanaler ofte kan inddeles i forskellige niveauer af eksklusivitet. Det ses dog også, at to produkter med forskellige *it-faktor* sælges i samme salgskanaler. Eksempler herpå er de mange sager om krænkelse af rettighederne til Tripp Trapp-stolen.⁴²

5.2 Model og sammenhæng med substitutionsfaktoren

5.2.1 Model

Ud fra et modelperspektiv er det ligegyldigt, om vi taler forskelle i salgskanaler eller forskelle i *it-faktor*.⁴³

Mens de typer horisontal differentiering, man arbejder med i immaterialretssager, altså er multifacetterede, fanges modellens intuition bedst ved at forestille sig konkurrencen mellem to isbutikker. Lad os sige på Frederiksberg og Nørrebro (to dele af København, ca. 5 km fra hinanden). Lad os i øvrigt antage, at butikkerne sælger den helt samme slags is.

Tag nu en forbruger, der bor lige ved siden af butikken på Nørrebro. Køber hun en is dér, får hun nytteværdien ved isen minus prisen på isen. Hvis hendes nytteværdi ved at spise isen er større end prisen på isen, vil hun købe den.

Hvad nu, hvis hun bor på Ydre Nørrebro? Her skal hun ikke kun betale prisen på isen, men hun skal også afholde transportomkostninger for at komme hen til butikken. Det kan være en busbillet eller omkostningen ved at skulle cykle i ti minutter. Køber hun isen, får hun nytteværdien minus prisen minus transportomkostningerne. Denne forbruger vil altså kun købe isen, hvis hendes nytteværdi er større end både prisen og transportomkostningerne.

Ser du derimod på en forbruger, der bor et sted imellem de to isbutikker på hhv. Frederiksberg og Nørrebro, vil hun vælge den butik, der giver hende den største værdi. Hvis prisen (og kvaliteten) er den samme, vil hun derfor vælge den butik, hun bor tættest på. Lad os sige, at det er butikken på Frederiksberg. Denne forbruger vil dermed vælge butikken på Frederiksberg, medmindre der er forhold ved butikken på Nørrebro, som gør denne butik mere fordelagtig. Det kan f.eks. være, hvis priserne på Nørrebro er lavere, eller hvis Nørrebro tilbyder bedre smagsvarianter end butikken på Frederiksberg.

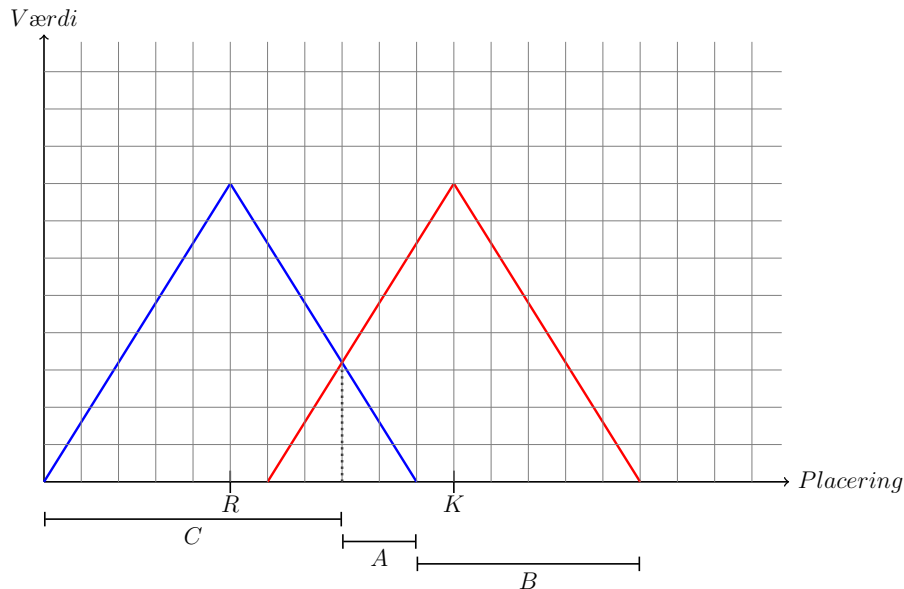
⁴¹ Jeg bruger som nævnt *it-faktor* som en bredere betegnelse for renommé, goodwill, brandværdi, eksklusivt præg. Smh. med fodnote 20. Herudover kan markedsføringskampagner, sociale medier o.l. også påvirke, hvor kraftig konkurrencen er mellem produkterne, og dermed substitutionsfaktoren. En sådan analyse går ud over denne artikels formål.

⁴² F.eks. *FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro)*, U.2001.747 H – *Tripp Trapp v. Tvillum Møbelfabrik (2-Step-stolen)* og U.2011.2736 H – *Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*.

⁴³ Se (Tirole, 1988, s. 96 ff.) for modellen og udvidelser.

Den centrale indsigt er, at forbrugers ”afstand” til et produkt påvirker, hvor meget værdi hun får ud af at købe produktet. En forbruger, der egentlig har en stor værdi af produktet, vil ikke købe det, hvis det er for langt væk.

Lad os gøre dette mere generelt og visuelt. Antag, at der er to produkter på markedet: Rettighedshavers og Krænkens.⁴⁴ Vi kan nu visualisere situationen således:



Figur 4 Horizontal differentiering – Linear City

Rettighedshaver og Krænker er placeret ved deres respektive bogstaver på den vandrette sorte linje. De potentielle kunder er fordelt ligeligt på linjen. De to trekanter viser den værdi, en given forbruger, der er placeret et sted på en horisontale linje, vil have ved køb af hhv. Rettighedshavers og Krænkens produkt, dvs. efterspørgselskurverne. Kurverne går nu i to retninger, da der er forbrugere på begge sider af parterne. Den blå kurve viser den værdi, forbrugerne får af at købe Rettighedshavers produkt. Dvs. nytteværdi minus pris og minus transportomkostninger. Så længe den blå linje er over vandrette linje, der viser parternes placering, er værdien positiv, og forbrugeren, der bor der, vil købe Rettighedshavers produkt – i hvert fald så længe Krænker ikke er til stede. Fordi transportomkostningerne bliver større, jo længere væk fra Rettighedshaver en forbruger bor, falder forbrugernes merværdi.⁴⁵ Netop dette gør, at værdien er højest for de forbrugere, som bor lige ved siden af Rettighedshaver.

⁴⁴ I visualiseringen antager vi også en uniform fordeling af forbrugerne over hele linjen og lineære transportomkostninger. Jeg søger ikke at drage konklusioner, som gælder under mere komplekse antagelser.

⁴⁵ Konkret antager vi, at alle forbrugere er enige om værdien af hhv. Rettighedshavers og Krænkens produkter, og at der ikke foregår prisdiskrimination. Dette påvirker ikke de generelle resultater. Rettighedshaver og Krænker kan godt tilbyde forskellige priser, og initialværdien af produkterne kan også godt være forskellig. Bemærk endelig, at vi antager, der kun købes ét produkt.

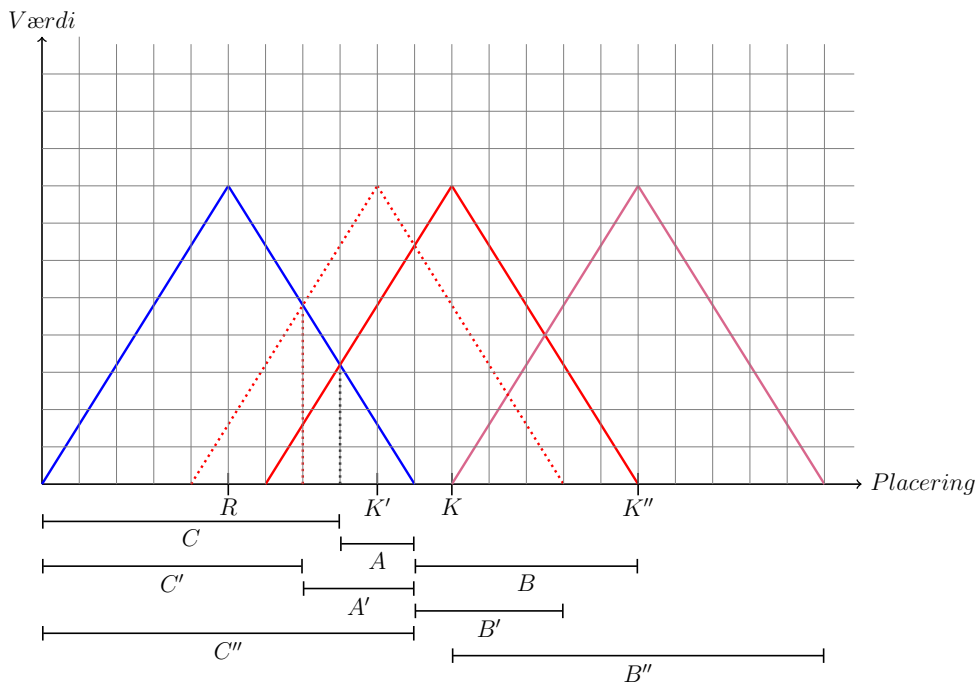
I denne illustration ligger Krænker så tæt på Rettighedshaver, at Krænker tager en del af Rettighedshavers salg; Den del, hvor værdien ved at købe Krænkens produkt er højere end ved at købe Rettighedshavers produkt. Konkret er det området, hvor den røde linje er over den blå. Det svarer til området, som er markeret med længden A.

Substitutionsfaktoren er i dette tilfælde 25 pct. Det kan vi se ved, at der er et overlap på 2 felter, hvor Krænker vinder salget, og at Krænker har et samlet salg på 8 felter (A + B). Substitutionsfaktoren kan derfor skrives som $\frac{A}{A+B}$. Bemærk, at der også er et område, hvor Rettighedshaver vinder salget (C). Dette område er irrelevant ift. substitutionsfaktoren.⁴⁶

Lad os nu se, hvordan substitutionsfaktoren ændrer sig, når afstanden mellem de to produkter ændrer sig, eller hvis prisen på Krænkens produkt ændrer sig. Det er igen vigtigt at understrege, at mens modellen fokuserer på forskelle i salgskanaler, gælder resultaterne bredere for alle typer af horisontale parametre, som salgskanaler, *it-faktor* og æstetiske præferencer.

5.2.2 Ændringer i afstand (men ikke ændringer i pris)⁴⁷

Lad os nu indsætte en række typetilfælde i grafen. Igen har Rettighedshaver den blå kurve, mens Krænker nu er enten rød eller lilla.



Figur 5 Horizontal differentiering – afstand og konkurrence

⁴⁶ At et sådant område overhovedet findes, skyldes, at parterne konkurrerer på mere end bare pris.

⁴⁷ Afgørende er, at vi holder forbrugernes værdi uden transportomkostninger lige. Så i princippet kunne priser og værdi være højere.

Jo tættere parterne er placeret, desto større er substitutionsfaktoren. Dette ses ved at sammenholde den blå og de røde kurver (hhv. K og K'). Ved den solide røde kurve er substitutionsfaktoren som nævnt 25 pct. (2 ud af 8 felter), mens den ved den stiplede røde kurve er ca. 43 pct. (3 ud af 7 felter). Vi kan også se dette ved, at længde A' er større end A , mens B' er mindre end B . Bemærk også, at C' er mindre end C . I dette tilfælde stiger substitutionsfaktoren, mens Rettighedshavers salg bliver mindre. Bemærk dog også, at substitutionsfaktoren stiger, samtidig med at Krænkens salg bliver mindre. Substitutionsfaktoren er 25 pct., når han sælger til 8 felter, men 43 pct., når han sælger til 7.

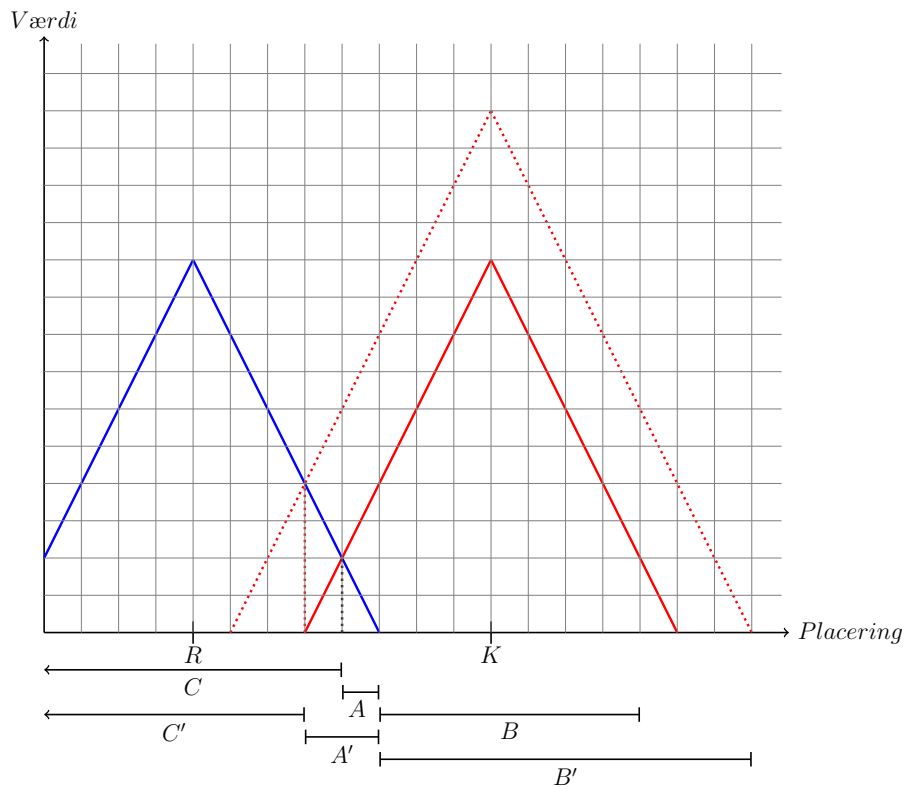
Sammenligner vi den blå og lilla kurve, ser vi, at afstanden her er så stor, at Krænkerikke overtager nogen af Rettighedshavers kunder. Deres respektive kurver møder ikke hinanden. Her er substitutionsfaktoren 0. I dette tilfælde er der altså kun et B'' og et C'' . Et – ekstremt – eksempel herpå kan være Netto i Oslo og Netto i Stockholm.

Endelig, hvis der er et totalt overlap, vil substitutionsfaktoren være 1. Det ville være tilfældet, hvis Krænker var placeret oven i Rettighedshaver, hvorved deres kurver også ville følge hinanden. Her deles parterne om markedet, og der er intet af Krænkens salg, som Rettighedshaver ikke ville have haft. Eksemplet ville være, hvis to butikker lå lige ved siden af hinanden. I dette tilfælde ville parterne ryge tilbage i ren priskonkurrence.

Modellen forudsiger, at en større afstand altid betyder lavere substitutionsgrad – så længe vi holder pris og kvalitet lige. Det modsatte gælder selvfølgelig for mindre afstande. Dette virker umiddelbart intuitivt og passer med retspraksis. Jo større (horisontal) forskel på produkterne, jo større forskel i kunder, som de tiltrækker.

5.2.3 Forskellige priser fra Krænker, men ingen ændringer i afstand

Hvis den eneste forskel på to produkter er prisen, så vi i afsnit 4, at større forskelle leder til lavere substitutionsfaktor. Og hvis der kun er forskelle i afstand, så vi ovenfor, at større afstand leder til lavere substitutionsfaktor. Men hvis der er både afstands- og prisforskelle, kan større prisforskelle lede til en større substitutionsfaktor – og til en mindre. Hvornår det ene og det andet gælder, viser jeg nedenfor:



Figur 6 Horizontal differentiering – pris og konkurrence 1

Den stiplede røde linje indikerer nu de enkelte forbrugeres værdi ved at købe Krænkens produkt, hvis han sænker prisen. Fordi prisen er lavere, bliver alle kunders merværdi ved et køb større, og efterspørgslen stiger. Det betyder, at nogle forbrugere, der ikke tidligere ville købe Krænkens produkt, nu vil. Den sorte stiplede linje indikerer, hvor stor en del af Rettighedshavers marked Krænker oprindeligt tog – det område, hvor den røde linje er over den blå. Den lille stiplede linje indikerer den del af Rettighedshavers marked, som Krænker tager efter en prisændring.

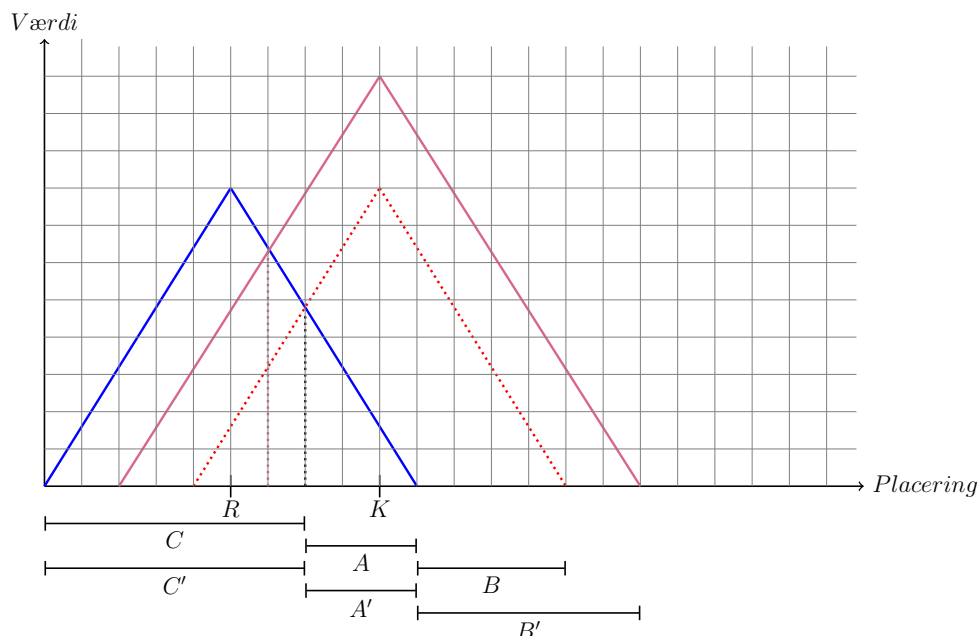
Før prisændringen overtager Krænker 1 felt og har et samlet salg på 9 felter. Substitutionsfaktoren er ca. 11 pct. Efter prisnedsættelsen overtager Krænker 2 felter og har et samlet salg på 12 felter. Substitutionsfaktoren er ca. 17 pct.⁴⁸

Når Krænker sænker sine priser, sker der to ting: Hans marked udvider sig til venstre, og han overtager derfor en større del af Rettighedshavers marked. Samtidig udvider hans marked sig til højre, og han overtager derfor en del af et marked, hvor Rettighedshaver ikke er. Dette ses ved, at A' er større end A, og at B' er større end B.

⁴⁸ Bemærk, at dette resultat også går den anden vej. Desto højere Krænkens pris er, desto lavere substitutionsfaktor. Sammenhold her salget ved den røde stiplede trekant med den røde solide trekant.

I en situation som vist ovenfor vil en Krænkens prisnedsættelse altid medføre en højere substitutionsfaktor. Dog kan substitutionsfaktoren maks. blive 33 pct.⁴⁹

En prisnedsættelse kan også lede til at, substitutionsfaktoren falder. Tag eksemplet her:



Figur 7 Horisontal differentiering – pris og konkurrence 2

I dette tilfælde starter substitutionsfaktoren med at være ca. 43 pct. (den røde stiplede kurve – 3 ud af 7 felter), men den falder til 40 pct. (den lilla kurve, 4 ud af 10 felter). I situationer som denne vil en prissænkning ifølge modellen altid lede til en lavere substitutionsfaktor. Substitutionsfaktoren kan dog mindst være 33 pct.

Forskellen på, om en prisnedsættelse vil lede til en højere substitutionsfaktor (dog maksimum 33 pct.) eller til en lavere substitutionsfaktor (dog minimum 33 pct.), er, om Krænker er placeret under Rettighedshavers efterspørgselskurve eller ej. Det vil være tilfældet, hvis den forbruger, der er placeret lige ved Krænker, også ville være villig til at købe Rettighedshavers produkt.⁵⁰ Intuitionen kan nok fanges ved at holde fast i eksemplet med forskellen på Microsoft og Apple. Hvis den forbruger, der har den største nytteværdi ved at købe Apple-produkter, samtidig ville være villig til at købe Microsoft-produkter, da vil en prisnedsættelse på Apple lede til en lavere substitutionsfaktor, dog minimum 33 pct. Hvis denne forbruger

⁴⁹ I realiteten 33,3 pct. eller 1/3. Jeg henviser læseren til det tekniske appendiks, afsnit 11.1, for en formel gennemgang. Den væsentligste indsigt er, at når Krænker udvider ind i Rettighedshavers territorium, får han kun halvdelen af salget herfra. Hvis han samtidig udvider væk fra Rettighedshaver, får han hele territoriet herfra. Det er derfor, at han ved prisændringer maks. kan øge substitutionsfaktoren til 33,3 pct.

⁵⁰ Mere formelt er kravet, at den forbruger, der har den største nytteværdi ved køb af Krænkens produkt, også har en ikke-negativ værdi ved køb af Rettighedshavers produkt.

ikke ville købe et Microsoft-produkt, ville en prisnedsættelse lede til en større substitutionsfaktor, dog maksimum 33 pct.

Her ligger tre hovedresultater. For det første vil en prisændring nogle gange medføre en større substitutionsfaktor, nogle gange en mindre. For det andet viser modellen, under hvilke omstændigheder en prisændring vil lede til hhv. større eller mindre substitutionsfaktor. Afgørende bliver det, om den forbruger, der har størst værdi af Krænkens produkt, også ville være villig til at købe Rettighedshavers produkt. Hvis det er tilfældet, ser vi for de tredje, at substitutionsfaktoren vil være minimum 33 pct., mens den – hvis det ikke er tilfældet – vil være maksimum 33 pct.

5.3 Modellen sammenholdt med retspraksis

Med denne model har vi spurgt, hvad der sker, hvis afstanden mellem Rettighedshaver og Krænker ændrer sig, og hvis afstanden forbliver den samme, men Krænker ændrer sine priser.

Ser vi isoleret på ændringer i afstand, er det korrekt, at større afstand leder til lavere substitutionsfaktor, og mindre afstand leder til en større substitutionsfaktor. Det betyder, at så snart der er forskelle i horionstale parametre, vil substitutionsfaktoren være mindre end 100 pct. Og forskellen kan være så stor, at substitutionsfaktoren bliver 0 pct.

Dette passer med den del af praksis, der lægger vægt på forskelle/ligheder i salgskanaler, f.eks. U.2000.212 S – *Mag-lite*, U.2004.1085 H – *Montana v. Denka*, U.2009.1018 H – *Burberry*, og U.2009.1789 H – *Kozjol* om forskelle i salgskanaler og U.2007.2713 S – *MP3-afspillere* om ligheder. Da modellen også forudsiger, at enhver horisontal forskel vil have en betydning for substitutionsfaktoren, kan den ikke direkte forklare den retspraksis, hvor der ikke lægges eksplicit vægt på forskelle i salgskanaler,⁵¹ f.eks. U.2009.233 S – *Puma v. Netto og Maanesten og øreringe (S.H.D. af 29. marts 2021 i sag BS-26853-2020-SHR – Maanesten A/S v. Mash 16 ApS)*. Men modellen kan forklare, hvorfor der i de konkrete sager ikke er lagt central vægt på forskellene: at salgskanalerne lå tæt på hinanden, eller at forbrugerne havde relativt lave transportomkostninger ved at flytte sig mellem salgskanalerne. Begge faktorer ville tale for, at det ikke var forskellen i salgskanal, der drev substitutionsfaktorens størrelse.

Modellen understøtter således den overordnede tendens i retspraksis, hvorved forskelle i salgskanaler fremhæves som et element, der leder til en lavere substitutionsfaktor, og giver

⁵¹ En anden forklaring kunne være, at der faktisk er et overlap, men i en anden kontekst. En sådan overvejelse kunne f.eks. forklare U.2015.3932 H – *Yakkay*, hvor Højesteret ikke lagde vægt på forskellen i salgskanaler. Rettighedshavers originale cykelhjelme blev solgt i designforretninger, mens krænkelsen blev solgt i supermarkeder. Forbrugere, der køber designercykelhelme, køber også mad, og man kunne derfor argumentere for, at de samme forbrugere ville være i begge forretninger. Det afgørende spørgsmål er imidlertid, om forbrugere, der køber cykelhelme i designforretninger, ville vælge at købe dem i et supermarked i stedet. For langt de fleste tror jeg ikke, det vil være tilfældet. Medmindre man inddrager den nuance, som jeg diskuterer i afsnittet straks nedenfor.

forklaringsmodeller for den del af praksis, hvor der ikke lægges eksplicit vægt på salgskanalerne.

Modellen nuancerer imidlertid også den overordnede tendens i praksis og formuleringerne, der findes i den nordiske litteratur. Således viser den, at større afstande i salgskanaler og *it-faktor* kan overskygges af forskelle i pris.⁵² Dette resultat er måske næppe overraskende, men ses ikke anerkendt nogetsteds i nordisk litteratur eller retspraksis.

Herudover opsætter modellen en standard for, hvornår en prisnedsættelse vil betyde en højere eller lavere substitutionsfaktor: om den forbruger, der har størst værdi af Krænkens produkt, også ville være villig til at købe Rettighedshavers produkt.

I de fleste sager vil det næppe heller være muligt at definere præcis den forbruger, som har den højeste værdi ved Krænkens produkt. Et praktisk mere brugbart spørgsmål kunne i stedet være, om den gruppe af forbrugere, som Krænkens produkt primært henvender sig til, også ville købe Rettighedshavers produkt. Hvis svaret er ja, taler dette for en relativt højere substitutionsfaktor. Hvis svaret er nej, taler det for en relativt lavere substitutionsfaktor. Med denne formulering nærmer vi os et spørgsmål, som jeg umiddelbart ville formode, at domstolene i forvejen stiller sig – i en eller anden form.⁵³

Modellen finder også, at hvis en prisnedsættelse medfører en større substitutionsfaktor, kan man dog maksimalt opnå en faktor på 33 pct., hvorimod den, hvis prisnedsættelser leder til en lavere substitutionsfaktor, vil være minimum 33 pct.

På dette punkt må man huske, at der er tale om en simpel model.⁵⁴ Og jeg påstår ikke her, at 33 pct. er det korrekte tal.⁵⁵ Men modellen indikerer alligevel, at det forudsætter en konkret vurdering, om forskelle i salgskanaler konkret har ledt til en relativt lavere substitutionsfaktor, og intuitionen om, hvornår prisforskelle har en hhv. positiv eller negativ effekt på substitutionsfaktoren, finder jeg personligt overbevisende.

⁵² Eller værdi.

⁵³ Når nu modellen ender med at svare til, hvad der virker intuitivt, kunne man fristes til at spørge, hvad modellens værdi er. Det korte svar er, at vi med modellen er klar over, hvilke antagelser, der faktisk ligger til grund for denne intuition. Herved bliver vi også klar over, hvilke antagelser vi bør udfordre, hvis vi mener, at intuitionen er forkert.

⁵⁴ Med en mere avanceret model kunne man formentlig svare på spørgsmålet, hvad der kan begrunde en prisforskel. Sådanne overvejelser ville imidlertid kræve, at man bl.a. gjorde sig antagelser om fordelingen af forbrugere (hidtil antager vi en uniform fordeling), og antagelser om, hvordan Rettighedshaver oprindeligt ville prissætte sig før krænkelsen. Det går ud over formålet med denne artikel at udvikle en sådan model.

⁵⁵ At vi lander på 33 pct. skyldes formentlig, at vi antager lineære transportomkostninger. Jeg henviser igen til det tekniske appendiks, afsnit 11.1.

5.4 Nuance: Bør forskelle i salgskanaler og *it-faktor* altid have en negativ effekt på substitutionsfaktoren?

Ovenfor har vi arbejdet med antagelsen om, at større horisontale forskelle leder til større transportomkostninger (i abstrakt forstand) for forbrugerne, hvilket igen betyder, at substitutionen mellem Rettighedshavers og Krænkens produkt bliver mindre.

Men i nogle tilfælde er det muligt, at forskelle i salgskanaler gør det nemmere at skabe substitution, og dermed en højere substitutionsfaktor. F.eks. arbejder man inden for varemærkeretten med princippet om det udviskede erindringsbillede.⁵⁶ Heri ligger, at domstolen – når den bl.a. skal vurdere, om to varemærker er forvekslelige – tager højde for, at forbrugerne ikke ser produkterne samtidig, hvilket betyder, at sammenligningen baseres på et mere ”sløret” grundlag.

Sådanne overvejelser indebærer også, at forskelle i salgskanaler kan medføre, at Krænkens produkt i højere grad substituerer Rettighedshavers, netop fordi forbrugerne ikke har adgang til at sammenligne dem, og dermed verificere evt. forskelle.

Et interessant eksempel på sådanne overvejelser findes i U.2012.107 H – *Transformers*⁵⁷ om rettighederne til Transformers-legetøj. Originalprodukterne blev solgt i legetøjskæder som Toys'R'Us og BR legetøj, mens Krænkens produkt blev solgt i supermarkedskæden Fakta. Sø- og Handelsretten udtalte bl.a.:

Produkterne er delvis substituerbare, da måske navnlig voksne kan forveksle produkterne, og [Krænker]s produkter kom på markedet umiddelbart op til lanceringen af TRANSFORMERS-filmen.

I denne sag kan det have talt for større substitution og dermed en højere substitutionsfaktor, at voksne købere ikke havde mulighed for at foretage en direkte sammenligning og derfor i højere grad kunne have troet, at de købte et Transformers-produkt.

Herudover vil forskelle i *it-faktor* kun være relevante, hvis forbrugerne kan adskille produkterne.⁵⁸ Det kan f.eks. være situationen med en varemærkeforfalskning, der er af så høj kvalitet, at den almindelige forbruger ikke kan identificere det som en forfalskning. Her kan

⁵⁶ Se herom (Schovsbo mfl., 2021, s. 560 ff.).

⁵⁷ Et andet – omvendt – eksempel er *Kæmpe Læske* (S.H.D. af 27. april 2011 i sag V-86/10 – *Mejerigaarden A/S v. A-frost A/S*) om salg af is, der krænkede varemærket Kæmpe Læske. Her argumenterede Krænker bl.a., «at [Rettighedshaver]s is primært sælges enkeltvis gennem kiosker, mens [Krænkens] is sælges i supermarkeder og i pakker med f.eks. 6 stk. i hver pakke. Disse meget forskellige salgskanaler betyder, at risikoen for, at forbrugeren forveksler isene, er meget lille.» Bemærk i øvrigt, at om is sælges enkeltvis eller i pakker af 6 er endnu en horisontal parameter.

⁵⁸ I samme retning (Riis, 2005, s. 256).

substitutionsfaktoren være påvirket af forskelle i pris og evt. salgskanalsforskelle, men ikke forskelle i *it-faktor*.⁵⁹

6 Vertikale forskelle – kvalitetsforskelle⁶⁰

Mens horisontal differentiering dækker over situationer, hvor forskellige forbrugere er uenige om, hvad der er bedst – Xbox eller PlayStation – dækker vertikal differentiering over situationer, hvor alle er enige om, hvad der er bedst. Alle er f.eks. enige om, at høj kvalitet er bedre end lav kvalitet. Hvis to produkter har den samme pris, vil alle derfor vælge det produkt, der har den højeste kvalitet, ligesom alle vil være villige til at betale mere for et produkt af høj kvalitet end et af lav kvalitet.

Alle er derimod ikke enige om, hvor meget de vil betale for en given kvalitet. Forbrugerne har – med andre ord – forskellig betalingsvillighed.

Grundene herfor kan være mange. F.eks. vil forbrugere med en højere indkomst formentlig også være villige til at betale mere for højere kvalitet end forbrugere med lav indkomst, simpelthen fordi de har flere penge til rådighed.⁶¹ Men selv blandt forbrugere med det samme indkomstniveau vil der være forskelle i betalingsvillighed. Den professionelle violinist vil alt andet lige betale mere for en Stradivarius end amatøreren. Et illustrativt eksempel på, hvordan forskellige forbrugere kan vægte kombinationen af pris og kvalitet forskelligt, ses i skønsmandens formulering i U.2012.256 H – *Alfi termokander*:

Æstetisk refererer termokanderne til samme publikum. En del af dette publikum vil dermed bevidst eller ubevidst [...] købe Royal Classic kanderne pga. prisforskellen, mens en anden del vil fravælge Royal Classic kanderne pga. den store forskel i kvalitet og finish.

Hvordan kvalitets- og prisforskelle påvirker substitutionsfaktoren, vises nedenfor. Men først et overblik over retspraksis.

⁵⁹ En sådan situation har måske foreligget i *Varemærkeforfalskede Converse* (S.H.D. af 15. oktober 2014 i sag V-71/12 – *Converse v. Coop mfl.*), hvor der dog ikke blev udmålt erstatning af andre grunde. Se også *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*), hvor Sø- og Handelsretten lagde vægt på, at der ikke var synlige forskelle på det originale og varemærkeforfalskede produkt. En nuance til denne nuance kan være, hvor salgskanalerne i sig selv udtrykker forskelle i *it-faktor*, hvilket da kan påvirke substitutionen. Smh. med diskussionen i afsnit 6.4 nedenfor.

⁶⁰ Denne gennemgang er baseret på især (Tirole, 1988, s. 96 ff.). Se også (Church & Ware, 2000, s. 413 ff).

⁶¹ Merprisen for den øgede kvalitet udgør en mindre del af højindkomstforbrugernes samlede budget.

6.1 Retspraksis

I mange sager, er der oplysninger om kvalitetsforskellen mellem Rettighedshavers og Krænkens produkter. Enten via skønsrapporter,⁶² forklaringer⁶³ eller som del af parternes argumenter.⁶⁴

Sammenholder man med sager, hvor der har været forskelle i salgskanaler, kan man imidlertid få den fornemmelse, at domstolene er mindre villige til at fremhæve kvalitetsforskelle end salgskanaler i fastsættelsen af erstatningen.⁶⁵

I nogle sager har domstolene således fremhævet pris-, men ikke kvalitetsforskellen.⁶⁶ Et interessant eksempel herpå er *FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro)*, hvor Krænker selv argumenterede for, at der var store kvalitetsforskelle (hvorfor substitutionen havde været begrænset). Sø- og Handelsretten tog ikke dette forhold til efterretning. Forklaringen på domstolenes tilsyneladende tilbageholdenhed med at henvise til kvalitet kan måske være, at kvalitet kan være svært at observere og ”objektivt” konstatere.⁶⁷ Derimod er f.eks. prisforskelle nemt observerbare og objektivt konstaterbare.

I en håndfuld, primært nyere, sager har Sø- og Handelsretten dog fremhævet kvalitetsforskelle som argument for en lavere substitutionsfaktor. Navnlige: *U.2009.233 S – Puma v. Netto, Bottega Veneta (S.H.D. af 12. august 2010 i sag V 118/08 og V 44/09 – Guccio Gucci S.p.A. v. Handelselskabet Rudi og Harald Nielsen A/S)*, *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)* og *Kubus Bowl (S.H.D. af 9. februar 2018 i sag V-68-16 – By Lassen ApS v. Coop Danmark A/S og Idanna ApS)*.

Herudover har Højesteret henvist til kvalitetsforskelle mere indirekte, bl.a. med henvisning til at Rettighedshavers produkt (modsat Krænkens) henvender sig til mere eksklusive og

⁶² F.eks. *U.2011.3451 H – Global-knive*, *U.2019.1109 H – Würtz Keramik*, *U.2015.979 H – Tripp Trapp v. Jyske (Steve-stolen)*. Fra litteraturen, se bl.a. (Skovbo, 2005, s. 227) og (Schovsbo m.fl., 2021, s. 736).

⁶³ F.eks. *NIR 1990.238 – Robe di Kappa*, *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*, *U.2005.2082 H – Oslo Lamper, Kähler-vaser (S.H.D. af 7. februar 2017 i sag V-2-16 – Danish Design Management A/S v. Bovictus A/S)* og *Kharisma-øringer (S.H.D. af 9. maj 2016 i sag V-31-15 – Marie Dulong ApS v. Izabel Camille ApS)*.

⁶⁴ Se *U.2012.256 H – Alfå-termokander* og *U.2012.3383 H – Elite Models*. Fra et økonomisk perspektiv er især sagsøgtens argumentation elegant i *Minitrampoliner (S.H.D. af 31. marts 2017 i sag V-1-16 – PE-Redskaber A/S v. Enges ApS)*.

⁶⁵ Dette er en umiddelbar vurdering og er ikke genstand for egentlig empirisk verificering.

⁶⁶ F.eks. *U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen)*, *U. 2014.2497 S – Interior Addict og Baby Dan pusletasker (S.H.D. af 9. september 2016 i sag V-88-15 – HTS Besafe AS v. Baby Dan A/S)*. Sammenspillet mellem kvalitet og pris illustreres også i den ældre *U.1963.782 H – Hvilestol 1*, hvor retten antog en substitutionsfaktor på 100 pct., selvom der var store pris- og kvalitetsforskelle. Sagen kan i denne forstand ikke anses for vejledende. Se også (Koktvedgaard, 1966, s. 57) med en kritik af afgørelsen.

⁶⁷ Relateret til dette er spørgsmålet, om det, der sælges, er et experience good. Se herom i afsnit 6.4 nedenfor.

kvalitetsbevidste kunder. Dette skete i f.eks. U.2004.1085 H – *Montana v. Denka*, U.2009.1018 H – *Burberry*, U.2009.1789 H – *Kozjol* og U.2012.2706 H – *Puma v. Fakta*.⁶⁸

Overordnet om praksis kan man således anføre, at når der henvises til kvalitetsforskelle, taler dette alt andet lige for en lavere substitutionsfaktor. Det er dog ikke altid, at domstolene lægger vægt på kvalitetsforskelle, og der synes ikke i helt samme grad som ved forskelle i salgskanaler at kunne opsættes en generel regel om at kvalitetsforskelle leder til en relativt lavere substitutionsfaktor.

6.2 Model og sammenhæng med substitutionsfaktoren

6.2.1 Model

Vi vil igen udvikle en model, hvor vi placerer de forskellige kundetyper på den vandrette akse. Tidligere udtrykte forbrugernes placering deres horisontale placering. Enten hvilke salgskanaler de var tættest på, eller deres æstetiske præferencer. Nu udtrykker forbrugernes placering, hvor meget de vil betale for kvalitet. Vi organiserer kundetyperne, så de, der vil betale mest, er placeret til højre på akse, og de, der vil betale mindst, er placeret til venstre (placeringen vises ved θ – theta – som er mellem 0 og 1. 0 betyder meget lav betalingsvillighed, mens 1 betyder meget høj betalingsvillighed).

Forbrugerne til højre på akse vil være villige til at betale mere (men ikke det samme) for både Rettighedshaver og Krænkens produkter end forbrugerne til venstre. Dette er modsat, hvad vi så ift. horisontal differentiering, hvor forbrugerne til venstre ville betale mere for Rettighedshavers end Krænkens produkt.

Herved fanger vi den intuition, at alle er enige om, hvad der har størst værdi (høj kvalitet), men at der er forskel på, hvor meget folk vil betale.

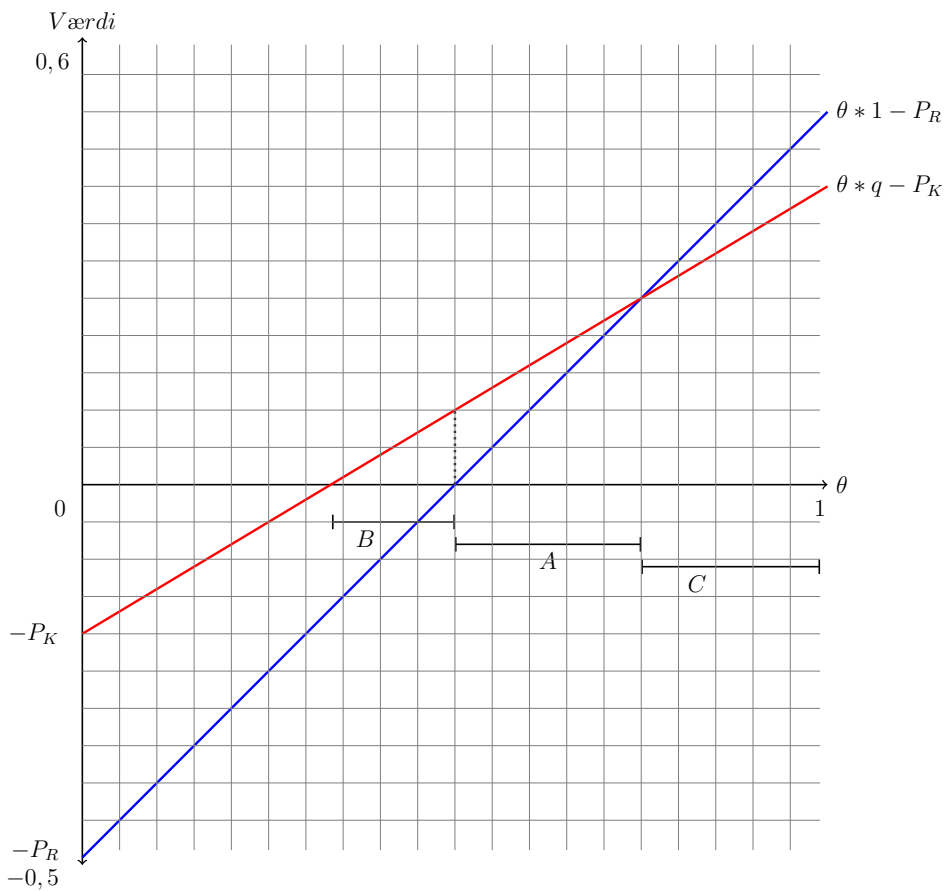
Rettighedshaver og Krænker leverer produkter af en given kvalitet. Vi antager, at Rettighedshaver leverer en kvalitet 1, mens Krænker leverer en kvalitet q , som er mindre end 1, men større end 0.⁶⁹

⁶⁸ Endelig spiller kvalitet også en rolle – måske endda mere centralt – når spørgsmålet lander på markedsforstyrrelse. Idéen er, at underlødige produkter af meget lav kvalitet, beskadiger Rettighedshavers brand eller snylter på samme. Dette ses især i varemærkesager, hvor Rettighedshaver tit anfører, at deres brand beskriver kvalitet. Se f.eks. argumenterne i U.2014.876 H – *Noma* og *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*). Se også (Skovbo, 2005, s. 235), (N. M. Andersen m.fl., 2006, s. 478) og (*Ralph Lauren v. Danske Supermarked* (S.H.D. af 10.1.2014 i sag V-0058-12)). Diskussionen herom vedrører især produktsager, men der i min optik intet til hinder for, at lignende overvejelser gør sig gældende, når Rettighedshaver sælger services.

⁶⁹ Det praktisk mest almindelige er nemlig, at Krænker sælger et produkt af lavere kvalitet.

En given forbrugers værdi ved at købe Rettighedshavers eller Krænkens produkt afhænger dermed af tre ting: produktets kvalitet, forbrugers værdi af kvalitet og prisen på produktet (matematisk kan vi skrive dette som: $\theta * \text{kvalitet} - \text{pris}$).

Vi kan igen tegne to kurver, som viser de forskellige kundetyper værdi ved at købe enten Krænkens eller Rettighedshavers produkt. Som det var tilfældet ved horisontal differentiering, vil en forbruger købe et produkt, hvis værdien ved købet er positiv. Og hvis de har valget mellem to produkter, vælger de det produkt, der giver den højeste værdi, dvs. det produkt, hvis kurve ligger højest for den givne forbruger.



Figur 8 Vertikal differentiering – pris og kvalitet

Den vandrette linje (x-aksen) indikerer forbrugernes kvalitetsbevidsthed, θ , mens den lodrette (y-aksen) indikerer forbrugernes værdi ved køb af ét af produkterne. Den blå kurve er værdien ved køb af Rettighedshavers produkt, mens den røde er værdien ved køb af Krænkens produkt.

Begge kurver vokser mod højre. Det skyldes, at desto mere forbrugerne sætter pris på kvalitet, desto højere er deres værdi ved at købe et produkt af en given kvalitet. Den blå linje starter under den røde, fordi Rettighedshavers produkt er dyrere end Krænkens. Til gengæld stiger

den blå hurtigere end den røde. Dette skyldes, at kvaliteten er 1 på Rettighedshavers produkt og mindre end 1 på Krænkens produkt.⁷⁰

Krænker sælger til alle de forbrugere, der er indrammet af længderne A og B, mens Rettighedshaver sælger til forbrugerne i C. Det er kun område A, hvor Rettighedshaver ville have solgt, hvis krænkelsen ikke var sket. Område B er dér, hvor Krænker har udvidet markedet. Substitutionsfaktoren kan igen skrives som $\frac{A}{A+B}$.

Vi kan igen finde substitutionsfaktoren ved at tælle felter. I dette tilfælde er der lidt over 3,33 felter i område B, mens der i område A er ca. 5 felter. Substitutionsfaktoren er $\frac{A}{A+B} = 5/8,33 = 60$ pct.

Bemærk, at ovenstående dækker situationen, hvor Krænkens kvalitet er lavere end Rettighedshavers (hvilket er den i praksis typiske).⁷¹ Hvis Krænkens produkt er af højere kvalitet end Rettighedshavers, kan vi blot ændre definitionerne, så Krænker er blå, og Rettighedshaver rød. Det område, hvor Krænker sælger til kunder, som ellers ville have købt Rettighedshavers produkt, er nu illustreret med længde C. Men Krænker udvider ikke markedet. Substitutionsfaktoren bliver derfor 100 pct.⁷²

Med denne model i baghovedet kan vi nu se, hvordan forskelle i kvalitet og pris påvirker substitutionsfaktoren.⁷³

6.2.2 Forskellig kvalitet, men fastlåste priser

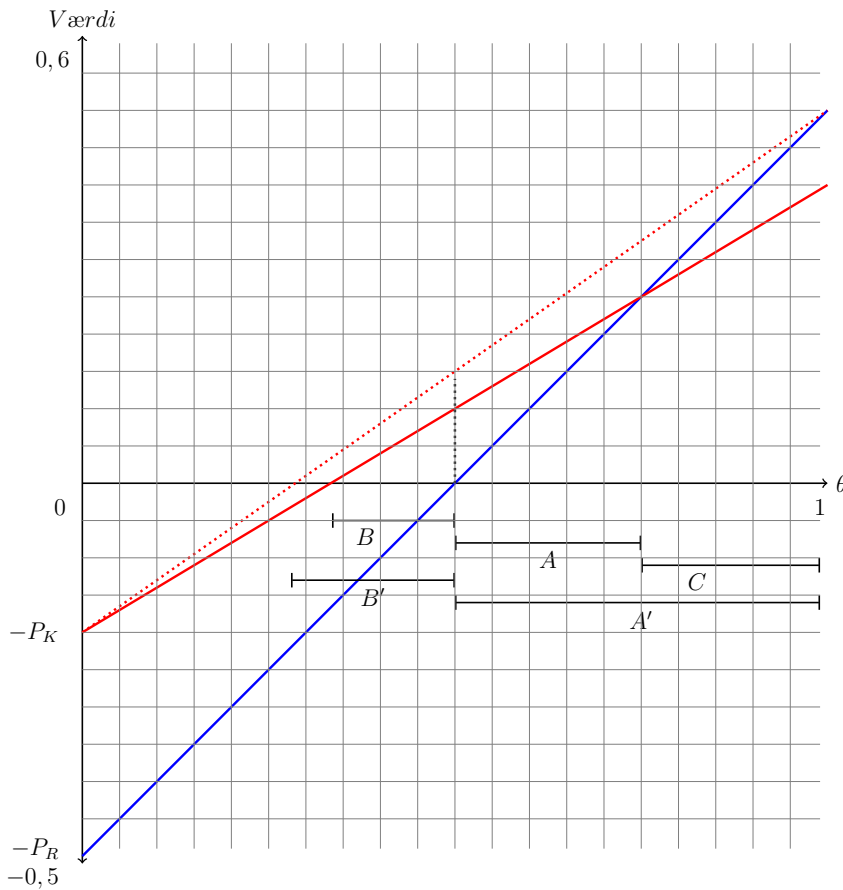
Som det var med afstand, er det med kvalitet. Større kvalitetsforskel leder til en lavere substitutionsfaktor, og mindre kvalitetsforskel leder til en større. Vi ser dette ved at bygge videre på eksemplet ovenfor og lader Krænker øge sin kvalitet.

⁷⁰ I denne tegning antager vi, at Rettighedshavs pris er 0,5, Krænkens er 0,2, og at Krænkens kvalitet er 0,6. Vi kan skrive efterspørgslen for Rettighedshaver som: $\theta * 1 - 0,5$ og for Krænker som: $\theta * 0,6 - 0,2$.

⁷¹ Ifølge Riis er et eksempel, hvor Krænkens kvalitet var højere U.2002.612 S – *Budweiser*. Rettighedshaver krævede imidlertid ikke erstatning for mistet salg som følge af substitution (markedsfortrængning), men alene rimeligt vederlag og markedsforstyrrelse. Se omtalen af sagen i (Riis, 2005, s. 274).

⁷² Dette forudsætter, at Rettighedshaver sælger til de mest kvalitetsbevidste kunder på markedet. Hvis der er øvrig konkurrence på markedet, som sælger til mere kvalitetsbevidste kunder end Rettighedshaver, kan substitutionsfaktoren igen blive mindre end 1. Smh. med min diskussion af øvrige konkurrence i afsnit 7 nedenfor.

⁷³ Der er som nævnt ikke grund til at analysere situationen, hvor der kun er kvalitetsforskelle, da forbrugerne vil vælge det produkt, der har den højeste kvalitet. Hvis Krænkens produkt har en højere kvalitet, vil substitutionsfaktoren være mindre end 100 pct., da Krænker i denne situation også udvider markedet.



Figur 9 Vertikal differentiering – kvalitetsændringer

Når Krænker øger sin kvalitet, er alle forbrugere villige til at betale lidt mere for Krænkens produkt. Derfor vokser hældningen på Krænkens efterspørgselskurve til den røde stiplede linje.⁷⁴ Nu overtager Krænker hele Rettighedshavers salg (længde A') og udvider samtidig markedet en smule (længde B'). Substitutionsfaktoren bliver nu: $\frac{10}{14,3} = 70 \text{ pct.}$, modsat de 60 pct., som var tilfældet ved den lavere kvalitet.

Dette er ikke overraskende. Jo højere Krænkens kvalitet er, jo mere svarer det til Rettighedshavers produkt, og desto flere forbrugere vil være villige til at skifte fra Rettighedshaver til Krænker, når Krænker samtidig tilbyder lavere priser.

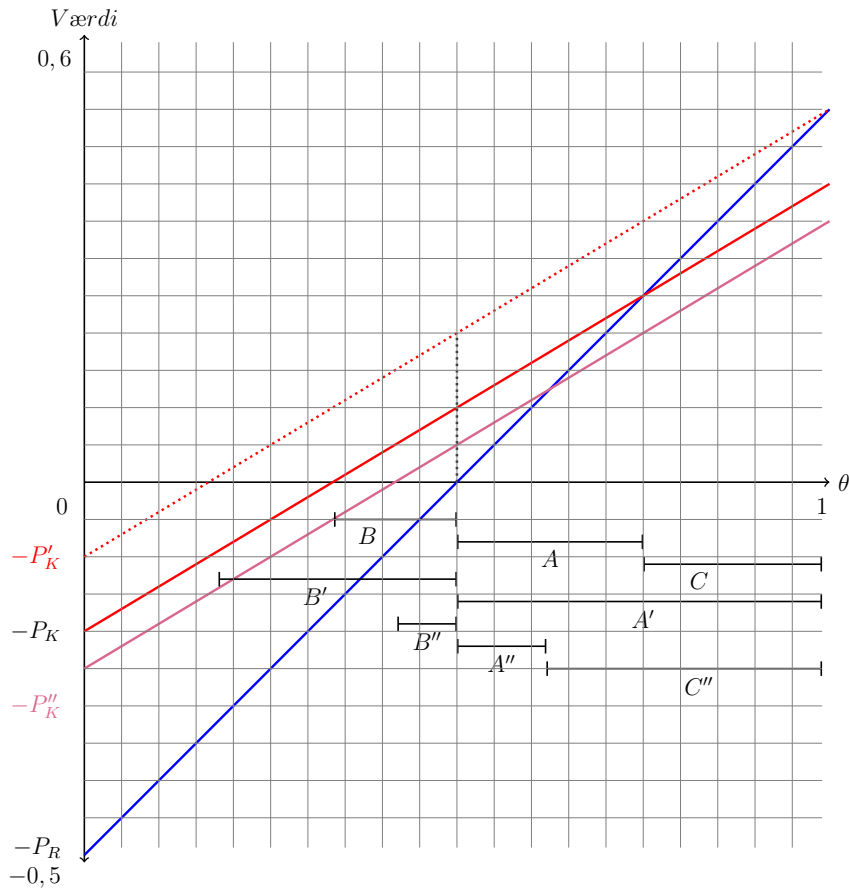
⁷⁴ Konkret antager vi nu en kvalitet på 0,7.

6.2.3 Forskellige priser, men fastlåst kvalitet

Vi kan starte med at observere, at modellen i første omgang forudsiger, hvad vi ville forvente: Jo lavere priser, Krænker kræver, desto mere vil han sælge, og desto mindre vil Rettighedshaver sælge.⁷⁵

Men når der både er pris- og kvalitetsforskelle, vil prisen ikke påvirke substitutionsfaktoren.

Lad os tage to eksempler, hvor prisen dels falder (dvs. kurven rykker opad), dels stiger (dvs. kurven rykker nedad):



Figur 10 Vertikal differentiering – prisændringer

Ved den oprindelige pris (rød linje) er substitutionsfaktoren $5/8,33 = 60$ pct. Hvis Krænker hæver sin pris (den lilla linje), er substitutionsfaktoren $2,5/4,2 = 60$ pct. Hvis Krænker sænker sin pris (pink linje), er substitutionsfaktoren $10/16,67 = 60$ pct.

Mekanismen bag dette resultat er sådan set den samme, som vi så ved horisontale forskelle: Hvis Krænker sænker sine priser, udvider han sin markedsandel i to retninger: For det første

⁷⁵ En lille prisforskel medfører imidlertid ikke, at Krænker overtager hele markedet. Det skyldes, at Krænker for at vinde hele Rettighedshavers marked nu skal tilbyde en kombination af pris og kvalitet, som for den enkelte forbruger er bedre end Rettighedshavers.

sælger han nu til flere af de forbrugere, som tidligere syntes, at både hans og Rettighedshavers produkter var for dyre (kundetyperne til venstre for Krænkens oprindelige kurve) For det andet fanger Krænker også nogle af de kundetyper, som tidligere foretrak Rettighedshavers mix af pris og kvalitet, men som nu foretrækker Krænkens mix (kundetyperne til højre for Krænkens oprindelige kurve).

Det opsigtsvækkende er, at ved vertikale forskelle medfører enhver prisændring det samme mix af udvidelse opad og nedad, så længe Krænker ikke overtager hele Rettighedshavers marked.⁷⁶ Prisændringen har derfor ingen effekt på substitutionsfaktoren.

Endvidere følger det af modellen, at substitutionsfaktoren er fuldstændig dikteret af Krænkens kvalitet relativt til Rettighedshavers. Et mere generelt bevis findes i artiklens appendiks,⁷⁷ men vi kan observere dette ved at se på Krænkens og Rettighedshavers kvalitet i Figur 10 ovenfor. Krænkens kvalitet var 0,6 og Rettighedshavers 1. Og som vi så, var substitutionsfaktoren ved alle priser 60 pct.

Modellen viser fire hovedresultater: (1) Når Krænkens produkt er af lavere kvalitet end Rettighedshavers, vil kvalitetsforskellen påvirke substitutionsfaktoren. Her vil større forskelle lede til en lavere substitutionsfaktor og omvendt. (2) Derimod vil substitutionsfaktoren være 100 pct., hvis Krænkens produkt er af højere kvalitet. (3) Ifølge modellen vil prisforskelle ikke påvirke substitutionsfaktoren, når der også foreligger kvalitetsforskelle. Prisforskellen vil dog påvirke, hvor stort et salg hhv. Krænker og Rettighedshaver faktisk opnår. (4) Det eneste, der i modellen påvirker substitutionsfaktoren, er Krænkens kvalitet relativt til Rettighedshavers kvalitet.

6.3 Modellen sammenholdt med retspraksis

Det ligger i modellens resultater, at der bør lægges vægt på kvalitetsforskelle, når substitutionsfaktoren fastsættes. Som nævnt er der eksempler fra retspraksis, hvor det sker, men der er næppe tale om en konsekvent praksis.

I stedet er der en række eksempler, hvor der er kvalitetsforskelle, men hvor der i stedet fokuseres på prisforskellene. F.eks. *FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro)*.

⁷⁶ Dette er også forskelligt fra situationen med horisontal konkurrence, hvor en prisnedsættelse medførte et mix, der hed 1/3. Ved enhver udvidelse kom 1/3 fra salg til kunder, der ellers ville have købt Rettighedshavers produkt, og 2/3 til kunder, der ikke ville have købt Rettighedshavers produkt.

⁷⁷ Der er i øvrigt en omfattende litteratur om sammenhængen mellem kvalitet og priser. Se bl.a. (Tirole, 1988, s. 118 ff.) med øvrige henvisninger til den generelle teori. Mere teknisk kunne man også sige, at hvis der ingen kvalitetsforskel var, ville Krænker overtage hele markedet ved en lille prisforskel. Hvis vi i den konkrete sag observerer, at Rettighedshaver faktisk har haft et salg, og at Krænker sælger produkter til lavere priser, må vi formode, at der er kvalitetsforskelle (eller øvrige vertikale eller horisontale forskelle).

Da modellen netop forudsiger, at det alene er kvalitetsforskellen, der påvirker substitutionsfaktoren, kan modellen og denne praksis ikke umiddelbart forenes.

Forklaringen på denne uoverensstemmelse kan måske findes i, at domstolenes fokus på prisforskelle skyldes bevismæssige hensyn, da kvalitetsforskelle kan være svære at kvantificere – hvilket modellen abstraherer fra.⁷⁸ Der er sandhed i en sådan forklaring, men den er samtidig noget utilfredsstillende, da den ikke håndterer det dybereliggende problem, at kvalitetsforskelle både intuitivt og i den anvendte model må forventes at påvirke substitutionsfaktoren.

En anden forklaring kunne være, at prisforskellen er et indirekte signal om kvalitetsforskellen. Denne forklaring finder støtte i den anvendte model, hvis vi udvider analysen til at undersøge, hvordan Rettighedshaver og Krænker rationelt vil prissætte deres produkter ved en bestemt kvalitetsforskel. En sådan analyse viser, at parternes priser vil afspejle kvalitetsforskellen. Med andre ord vil en Højkvalitetsrettighedshaver sætte højere priser, jo større kvalitetsforskellen er, mens en Lavkvalitetskrænker vil sætte lavere priser. Omvendt vil priserne være mere ens, jo mere ens kvaliteten er. Jeg henviser til artiklens appendiks, afsnit 11.3, for et teknisk bevis.

Modellen giver dermed ikke kun en økonomisk begrundelse for den retspraksis og -litteratur, der anfører, at kvalitetsforskelle påvirker substitutionsfaktoren. Den giver også en forklaring på, hvorfor det kan være relevant at sammenligne produkternes priser som indirekte signal for kvalitetsforskelle.

Mens modellen i første omgang synes at afvige fra retspraksis, behøver det således ikke at være tilfældet. Så længe vi tror på, at domstolene antager, at parterne rationelt sætter priser ud fra kvalitetsforskellen mellem de to produkter. Dét ville i øvrigt være en meget rimelig antagelse, men er ikke noget, som jeg har set eksplicit anerkendt i dansk retspraksis.

6.4 Nuance: Kan forbrugerne observere kvalitet?

I modellen antager vi, at forbrugerne kan observere produktets kvalitet, før de køber. Hvis de ikke kan, er der tale om et såkaldt experience good: et gode, hvor man først kan observere kvaliteten ved at ”opleve” det.⁷⁹

I sådanne tilfælde kan kvalitetsforskellen ikke påvirke konkurrencen mellem produkterne og dermed heller ikke substitutionsfaktoren.⁸⁰

⁷⁸ Umiddelbart kan man ikke forvente, at der i en konkret sag kan opsættes en specificeret model med oplysninger om kvalitetens effekt på efterspørgslen, hvilket bl.a. vil give sig til udtryk i funktionens hældning i de konkrete modeller. Den konceptuelle indsigt, at forskellige typer vil betale forskellige priser for forskellige niveauer af kvalitet, er det imidlertid vigtigt at fastholde.

⁷⁹ Smh. også med diskussionen om observerbare horionstale forskelle i afsnit 5.4 ovenfor.

⁸⁰ I samme retning (Johansson, 2020, s. 145).

Der er relativt få eksempler fra praksis, hvor denne argumentation er fulgt, men i U.2017.110 *S – Mega Mussel* findes et eksempel, hvor forskelle i teknik og kvalitet var et omdiskuteret punkt i krænkelsevurderingen. I sagen havde Krænker solgt porcelænsprodukter, der krænkede rettighederne til Royal Copenhagens Mega Mussel-mønster. Rettighedshaver anførte:

Den almindelige forbruger kan [...] ikke se på produktet, om det påførte mønster er påmalet, eller om der er tale om en særlig trykmetode [som anvendt af Krænker]. Endvidere har de færreste forbrugere kendskab til forskellige kvaliteter af porcelæn, selv såfremt der måtte være tale om betydelig kvalitetsforskel.

Selve erstatningsspørgsmålet blev ikke behandlet dybere af parterne eller retten, men de her anførte overvejelser er relevante for en fastsættelse af substitutionsfaktoren.⁸¹

Der er en omfattende økonomisk litteratur om, hvordan virksomheder kan håndtere problemet med experience goods. Navnlige hvordan de kan signalere høj kvalitet til forbrugerne. Det kan de bl.a. gøre ved at sætte højere priser, ved at investere i dyrere markedsføring eller ved at sælge deres produkter igennem mere eksklusive salgskanaler.⁸²

Denne nuance kan i første omgang understøtte, at domstolene i højere grad fokuserer på prisforskelle end på kvalitetsforskelle. Men så måske alligevel ikke: Ofte argumenteres der for, at Krænker ved at bruge et lignende designudtryk eller forvekslelige varemærker snylter på den kvalitetsopfattelse, der er af originalproduktet. Her bliver prisforskellen ikke et signal om lavere kvalitet, men om en bedre handel.⁸³

Noget, der måske kan belyse denne analytiske udfordring, er de sager, hvor Rettighedshaver forklarer, at de har modtaget henvendelser fra forbrugere,⁸⁴ der troede, de havde købt

⁸¹ At forbrugerne ikke altid kan observere kvalitet, kan også indfortolkes i U.2017.923 *H – Benedikte Utzon*, hvor der bl.a. blev lagt vægt på, at Krænker på sociale medier havde omtalt Rettighedshavers produkt som værende af lav kvalitet. Dette ville kun være relevant, hvis forbrugerne ikke selv kunne observere kvaliteten, eller undlader at undersøge det, pga. Krænkens udsagn.

⁸² Især sidstnævnte er interessant for vores modelarbejde, da salgskanaler altså dels kan have en horisontal effekt, dels kan have en signalerende effekt ift. vertikal differentiering. Endvidere ville sådanne overvejelser kunne forklare den praksis, hvor der ikke eksplicit henvises til kvalitetsforskelle. Der findes både teoretisk og empirisk litteratur, der understøtter, at producenter af eksklusive produkter kan bruge deres salg igennem eksklusive salgskanaler til at signalere en højere produktkvalitet. Denne strategi kan måske især være relevant for mindre virksomheder, der ikke har kapital til de øvrige metoder til at signalere kvalitet. Ser hertil Chu, W., & Chu, W. (1994). Signaling Quality by Selling through a Reputable Retailer: An Example of Renting the Reputation of Another Agent. *Marketing Science*, 13(2), 177–189. <http://www.jstor.org/esc-web.lib.cbs.dk/stable/183702>, s. 171. Mere generelt, se samme udgivelse, der også henviser til den ældre empiri. Se endvidere Biglaiser, G. (1993). Middlemen as Experts. *The RAND Journal of Economics*, 24(2), 212–223. <https://doi.org/10.2307/2555758>, Biglaiser, G., & Friedman, J. W. (1994). Middlemen as guarantors of quality. *International Journal of Industrial Organization*, 12(4), 509–531. [https://doi.org/https://doi.org/10.1016/0167-7187\(94\)90005-1](https://doi.org/https://doi.org/10.1016/0167-7187(94)90005-1) og Kirmani, A., & Rao, A. R. (2000). No Pain, No Gain: A Critical Review of the Literature on Signaling Unobservable Product Quality. *Journal of Marketing*, 64(2), 66–79. <https://doi.org/10.1509/jmkg.64.2.66.18000>.

⁸³ Eksempel på denne argumentation findes i U.2014.876 *H – Noma*.

⁸⁴ Og her mener jeg slutkunderne, ikke mellemhandlere.

originalproduktet. Eksempler på dette findes bl.a. i de relativt mange sager om krænkelse af Tripp Trapp-stolen.⁸⁵ Tripp Trapp-stolen (og dens tilhørende varemærker) er bl.a. udtryk for høj kvalitet. Forbrugere, der har købt de krænkende kopier, har måske troet, at de har købt et høj kvalitetsprodukt til en lavere pris. I det tilfælde vil den korrekte model at anvende være en med udelukkende prisforskelle – ikke en, hvor prisforskellen var et indirekte signal om kvalitetsforskelle.⁸⁶

7 Øvrig konkurrence på markedet

Indtil videre har vi fokuseret på parametre, der vedrører Rettighedshavers og Krænkernes produkter. Deres priser, hvor de sælges, deres *it-faktor* og deres kvalitet.

Men ud over disse parametre kan den øvrige konkurrence på markedet også påvirke substitutionsfaktoren. F.eks. argumenterer Stenvik for, at hvis der er øvrig konkurrence på markedet, må man regne med, at Krænker også har taget salg herfra.⁸⁷ Argumentet er her, at den øvrige konkurrence leder til en lavere substitutionsfaktor.

Der er i dansk retspraksis relativt få eksempler på eksplicite overvejelser om den øvrige konkurrence.⁸⁸ Tre eksempler er dog *NIR 1990.242 – Vinterstuer*, *NIR 1990.259 – Nomadic Structures* og *Maanesten og øreringe (S.H.D. af 29. marts 2021 i sag BS-26853-2020-SHR – Maanesten A/S v. Mash 16 ApS)*.⁸⁹ I *Vinterstuer* afviste Sø- og Handelsretten erstatning bl.a. med begrundelsen, «at eventuelt utilfredsstillende salg af sagsøgerens vinterstuer helt eller til dels kan skyldes kvalitetsmæssig og prismæssig konkurrence fra andre – større – producenter på markedet.» Bemærk, at Sø- og Handelsretten fokuserer på Rettighedshavers nedgang i salg og vurderer, at i hvert fald en del af dette må skyldes, at Rettighedshaver har mistet salg til anden ikkekrænkende side. I samme retning kan læses *Nomadic Structures*, mens et lignende rationale

⁸⁵ Se FED 1997.1362 S – Tripp Trapp v. Danish Bamboo (Sit'n'gro), U.2001.747 H – Tripp Trapp v. Tvillum Møbelfabrik (2-Step-stolen), S.H.D. af 10. august 2010 i sag V-30/09 – Tripp Trapp v. Leanderform (Leander-stolen), U.2011.2736 H – Tripp Trapp v. Lulu Baby (Lulu-stolen), U.2015.979 H – Tripp Trapp v. Jysk (Steve-stolen) og U.2015.992 H – Tripp Trapp v. Jysk (Dan-stolen)).

⁸⁶ Inden for psykologien er der også studier, der viser en forskel på ”egentlig” og ”opfattet” kvalitet. F.eks. viser et ofte citeret studie af 136 voksne mænd fra 1971, at mændene opfattede en øl af højere kvalitet – dvs. den smagte bedre – hvis den bar et velrenommeret varemærke. Se Jacoby, J., Olson, J. C., & Haddock, R. A. (1971). Price, brand name, and product composition characteristics as determinants of perceived quality. *Journal of Applied Psychology*, 55(6), 570–579. <https://doi.org/10.1037/h0032045> Det vil kræve en nærmere analyse, men jeg vil umiddelbart mene, at det afgørende er den opfattede kvalitet. Netop dette kan forklare, hvorfor en Lavkvalitetskrænker kan konkurrere med en relativt Høj kvalitetsrettighedshaver, hvis Krænkeren samtidig anvender Rettighedshavers varemærke.

⁸⁷(Stenvik, 2013, s. 407).

⁸⁸ Til trods for at der er relativt få eksempler, hvor overvejelser om den øvrige konkurrence indgår eksplicit i præmisserne, kan der næppe være tvivl om, at den salgs overvejelser gør sig gældende. En gennemgang af voteringsprotokollerne fra Højesteret indikerer, at tilstedeværelsen eller manglende tilstedeværelse af andre konkurrenter påvirker fastsættelsen af substitutionsfaktoren.

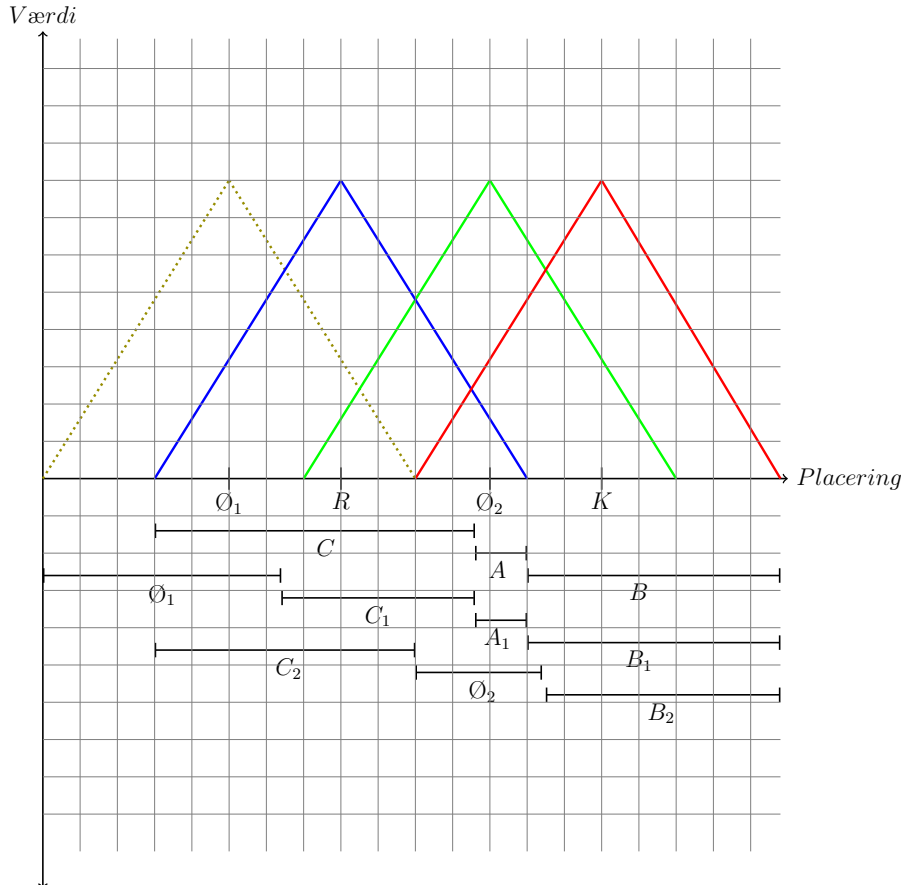
⁸⁹ Omvendt ses i princippet *U.1963.782 H – Hvilestol 1*, hvor landsretten fastsatte substitutionsfaktoren til 1, selvom der var øvrige konkurrenter på markedet. I stedet lagdes der vægt på tilstedeværelsen af øvrige plagiater ift. markedsforstyrrelse. Dommen kan ikke længere ses for vejledende. Dette baserer jeg på tesen om, at domstolene er blevet økonomisk mere sofistikerede (sammen med resten af samfundet).

måske kan udledes af *Maanesten*. I sidstnævnte fastsatte retten dog en relativt høj substitutionsfaktor til trods for den påståede øvrige konkurrence. Bemærk, at de tre afgørelser illustrerer en forskellig tankegang fra den, der driver Stenviks argument.

Afsnit 7.1-7.3 følger i det væsentlige den samme struktur som tidligere. I 7.1-7.2 anvender jeg således de allerede introducerede modeller til at vise, hvordan den øvrige konkurrence kan påvirke substitutionsfaktoren. Jeg viser bl.a., at Sø- og Handelsrettens analyse i *Vinterstuer og Maanesten* fremstår korrekt, mens Stenviks formulering må modificeres. I afsnit 7.3 stiller jeg det nuancerende spørgsmål, hvilke andre markedsdeltagere der skal indgå i fastsættelsen af den øvrige konkurrence. Herefter viser jeg i afsnit 7.4 og 7.5, hvordan de økonomiske modeller kan bruges til at besvare to andre spørgsmål: Om Rettighedshavers markedsandel kan bruges som proxy for substitutionsfaktoren, og hvordan det påvirker substitutionsfaktoren, hvis domstolen antager, at Krænker kunne have været på markedet med et lovligt, konkurrerende alternativ?

7.1 Økonomisk perspektiv på den øvrige konkurrence – horisontal differentiering

Lad os starte med en graf med to øvrige konkurrenter på markedet: \emptyset_1 og \emptyset_2 . \emptyset_1 er repræsenteret ved den prikkede olivengrønne kurve, mens \emptyset_2 er repræsenteret ved den solide grønne kurve. Igen er Rettighedshaver blå og Krænker er rød.



Figur 11 Horisontal differentiering – øvrig konkurrence

Grafen indeholder også tre sæt af længder. I alle tre indgår Krænkens og Rettighedshavers salg, mens vi ændrer på, hvilke af de øvrige konkurrenter der er til stede på markedet. Det øverste sæt er situationen, hvor Krænker og Rettighedshaver er alene på markedet (A, B og C). Det andet er situationen, hvor \emptyset_1 også er på markedet ($A_1, B_1, C_1, \emptyset_1$). Endelig er det nederste sæt længder situationen, hvor \emptyset_2 er på markedet ($A_2, B_2, C_2, \emptyset_2$). Bemærk, at \emptyset_1 alene konkurrerer med Rettighedshaver. Dette minder om situationen i *Vinterstuer*, citeret ovenfor. Omvendt konkurrerer \emptyset_2 med Rettighedshaver og Krænker. Det svarer nogenlunde til den situation, Stenvik fremhæver.

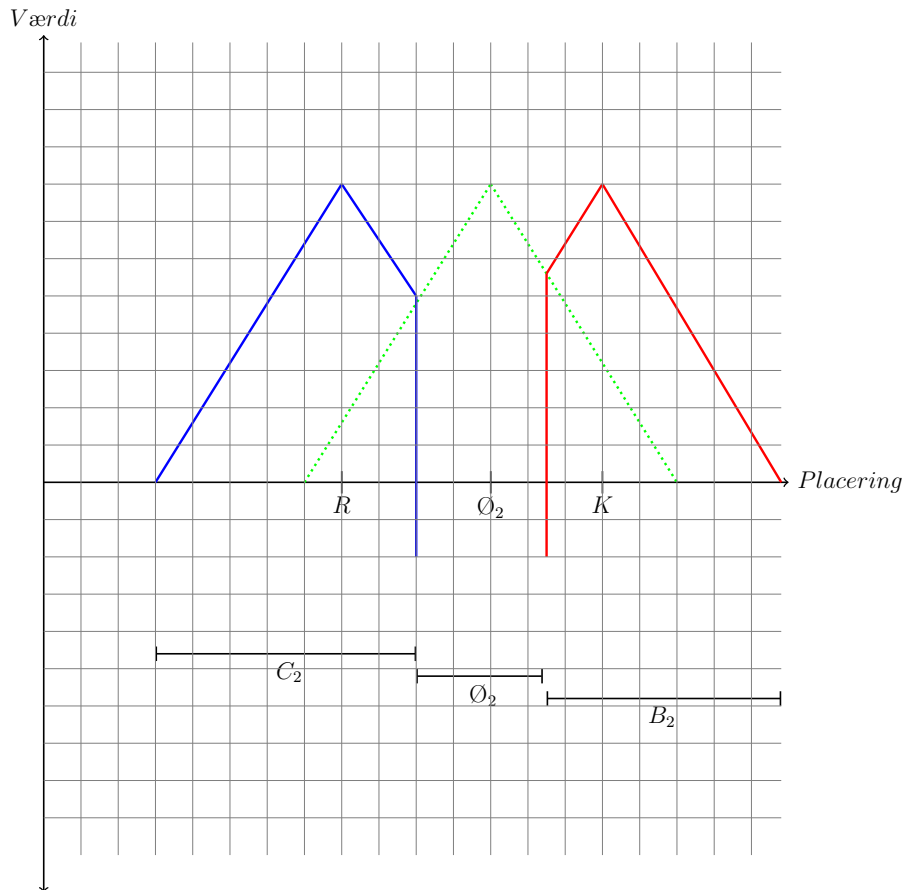
Når Krænker og Rettighedshaver er alene på markedet, udvider Krænker markedet med 7 felter og æder sig ind på Rettighedshaver med ca. 1,5 felter. Substitutionsfaktoren er her ca. 18 pct. ($1,5/8,5$ felter).

Substitutionsfaktoren er den samme, når \emptyset_1 også er på markedet. Det skyldes, at \emptyset_1 og Krænker ikke har et overlap i forbrugere, hvilket betyder, at tilstedeværelsen af \emptyset_1 ikke påvirker hverken det område, hvor Krænker udvider markedet, eller hvor han æder sig ind på Rettighedshavers marked (hhv. B og A).

Men som følge af \emptyset_1 's tilstedeværelse falder Rettighedshavers salg. Selvom den øvrige konkurrence altså i første omgang er irrelevant, kan den være relevant i den situation, hvor den opstår, efter krænkelsen er begyndt, da en introduktion af øvrig konkurrence vil sænke Rettighedshavers salg. Det er i en sådan situation vigtigt, at en introduktion af øvrig konkurrence ikke bliver fejltolket som værende en konsekvens af Krænkens salg, og ikke den øvrige konkurrence.⁹⁰ Det er også derfor, at analysen i *Vinterstuer* fremstår korrekt – så længe den øvrige konkurrence kom til efter krænkelsen startede.

Tilbage står situationen, hvor \emptyset_2 er på markedet (længderne B_2, C_2, \emptyset_2). Her er substitutionsfaktoren 0. Det skyldes, at Krænker ikke æder sig ind på Rettighedshavers marked, men alene \emptyset_2 's. Vi kan se dette ved at udarbejde en graf, hvor vi fjerner de dele af Krænkens og Rettighedshavers kurver, der ligger under \emptyset_2 's, dvs. hvor de forskellige forbrugertyper, der ville foretrække \emptyset_2 's produkt over både Krænker og Rettighedshavers, fjernes:

⁹⁰ Overvejelser som disse spejles i U.2020.2532 Ø – Anne Black.



Figur 12 Alternativ visualisering ved øvrig konkurrence på horisontale parametre

Grunden til, at substitutionsfaktoren er 0, er, at de forbrugertyper, som i princippet ville have købt Krænkens produkt i stedet for Rettighedshavers, alle konkret har købt Ø_2 's produkt i stedet. At Ø_2 ligger mellem Krænker og Rettighedshaver, forhindrer i dette tilfælde substitution mellem Krænker og Rettighedshaver.

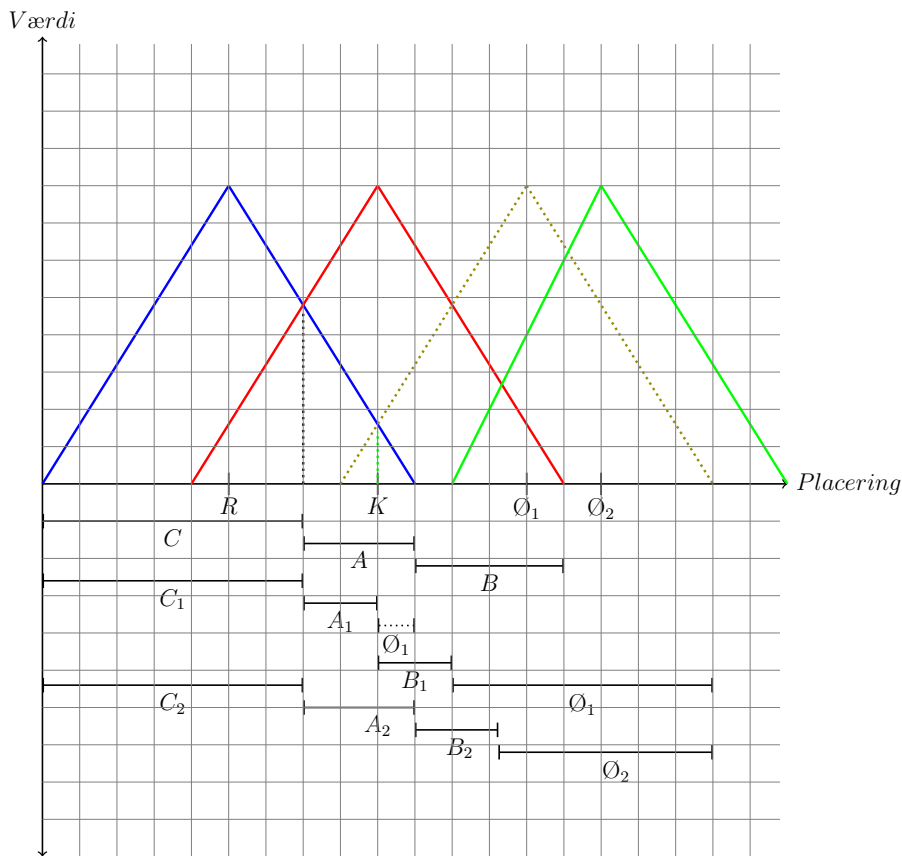
I denne situation har den øvrige konkurrents faktiske salg forhindret, at Krænker har taget salg fra Rettighedshaver. Dette er en anden situation end den, Stenvik forholder sig til: Hvor øvrige konkurrenter – ikke Rettighedshaver – ville have solgt til de forbrugere, som Krænker konkret fik solgt til.

Stenvik forholder sig alene til den øvrige konkurrences kontrafaktiske salg (salg, som de øvrige konkurrenter ville have haft uden krænkelsen), men figuren ovenfor viser, at den øvrige konkurrences faktiske salg (salg, som de øvrige konkurrenter faktisk har haft i løbet af krænkelsen) ligeledes kan påvirke substitutionsfaktoren.

Dette er ikke kun en forståelsesmæssigt vigtig sondring. For mens den øvrige konkurrences kontrafaktiske salg kun kan betyde, at substitutionsfaktoren bliver mindre, kan det faktiske salg betyde, at substitutionsfaktoren bliver større. Lad os gennemgå endnu en figur for at se dette.

Substitutionsfaktoren (2)

Igen er \emptyset_1 repræsenteret ved den prikkede olivengrønne kurve, \emptyset_2 ved den solide grønne kurve, Rettighedshaver ved den blå og Krænker ved den røde:



Figur 13 Horizontal differentiering med øvrig konkurrence

Uden øvrig konkurrence er substitutionsfaktoren ca. 43 pct. (3/7 felter).

Lad os herefter gå til situationen, hvor alene \emptyset_2 er på markedet (det nederste sæt af længder). Her overlapper \emptyset_2 's salg slet ikke med Rettighedshavers. Alligevel vokser substitutionsfaktoren fra ca. 43 til 57 pct. (3/5,3 felter).

Det skyldes, at \emptyset_2 konkurrerer med Krænker i længde B, hvilket betyder, at Krænker ikke udvider markedet lige så meget, som han ellers kunne, hvis \emptyset_2 ikke havde været på markedet. Det gør B_2 mindre, hvilket igen gør substitutionsfaktoren større. Husk her, at substitutionsfaktoren er bestemt af, hvor meget mindre A er end B.

Endelig i situationen med \emptyset_1 er substitutionsfaktoren 50 pct. (2/4). Forklaringen herpå ligger både i \emptyset_1 's faktiske og kontrafaktiske salg. For det første ser vi som før, at B_1 er mindre end B, fordi \emptyset_1 har haft et faktisk salg til forbrugere, som ellers ville have solgt til Krænker. Krænker har samtidig taget en del af \emptyset_1 's salg, hvor \emptyset_1 konkurrerer med Rettighedshaver (markeret med den stiplede længde \emptyset_1). Dette salg ville være gået til \emptyset_1 , ikke Rettighedshaver,

hvis krænkelsen ikke var sket. Derfor bliver A_1 mindre end A . Bemærk dog, at substitutionsfaktoren konkret stadig er større, end når der ikke var en øvrig konkurrence.

Gennemgangen har vist tre hovedresultater:

(1) Hvis den øvrige konkurrence kun overlapper med Rettighedshaver, er den kun relevant for fastsættelsen af substitutionsfaktoren, hvis den opstår, *efter* krænkelsen er begyndt. Her er den indirekte relevant, da vi normalt vil læse en nedgang i Rettighedshavers salg som en indikation på krænkelsens skadevirkninger. I tilfælde af øvrig konkurrence kan en sådan fortolkning være forkert.

(2) Hvis den øvrige konkurrence kun overlapper med Krænker, vil dens faktiske salg mindske Krænkens udvidelse af markedet. Det gør igen, at den del af Krænkens samlede salg, som kommer fra at have ædt sig ind på Rettighedshavers markedsandel, bliver større. Og det betyder, at substitutionsfaktoren er større, end den ville have været uden den øvrige konkurrence.

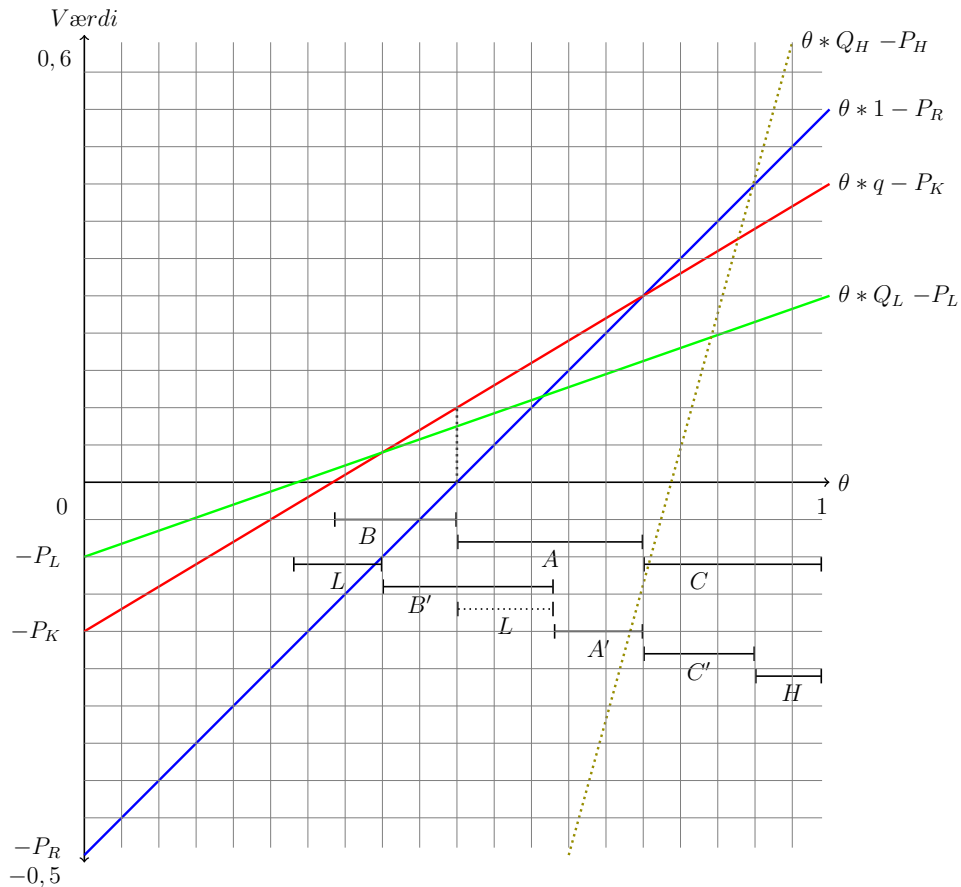
(3) Endeligt hvis den øvrige konkurrence overlapper med både Rettighedshaver og Krænker, kan det medføre, at substitutionsfaktoren er mindre eller større, end den ville have været uden de øvrige konkurrenter. Her er det relevant at se på både de øvrige konkurrenters faktiske og kontrafaktiske salg, da begge dele påvirker substitutionsfaktorens størrelse.

Punkt (1) verificerer den sparsomme retspraksis, vi har på området, mens de to andre punkter udfordrer og nuancerer både, hvad man intuitivt ville forvente – at mere konkurrence leder til lavere substitutionsfaktor – og hvad der umiddelbart synes formuleret i den juridiske litteratur, navnlig af Stenvik.

I næste afsnit undersøger vi effekten af øvrig konkurrence i tilfælde af vertikale forskelle.

7.2 Økonomisk perspektiv på øvrig konkurrence – vertikal differentiering

Vi tilføjer igen to øvrige konkurrenter på markedet: low-end (grøn) og high-end (prikket, oliven). Lad os endelig antage, at low-end tilbyder et produkt, der er af lavere kvalitet og sælges til lavere pris end både Rettighedshaver og Krænker, mens high-end tilbyder et produkt, der er af højere kvalitet og højere pris end Rettighedshaver og Krænker. Rettighedshaver er blå, og Krænker er rød:



Figur 14 Eksempel på øvrig konkurrence – vertikal differentiering

I denne figur har jeg indsat to sæt af længder. Et, hvor Krænker og Rettighedshaver er alene på markedet, og et, hvor både low-end og high-end er på markedet.

I dette eksempel sælger high-end til de mest kvalitetsbevidste forbrugere, hvilket gør, at C' er mindre end C . Denne forskel er imidlertid irrelevant, da Rettighedshavers fald i salg sker i et område, hvor Krænker ikke sælger. Dette svarer til resultatet ovenfor, hvor konkurrence, der kun overlapper med Rettighedshavers efterspørgsel alene, kan have en indirekte relevans for spørgsmålet om substitutionsfaktor, hvis den øvrige konkurrence kommer på markedet, efter krænkelsen er begyndt.

Sammenholder vi nu områderne, hvor Krænker har solgt til forbrugere, der ikke ville have købt Rettighedshavers produkt (dvs. længderne B med B'), ser vi, at B' er rykket til højre og er blevet længere. Det skyldes to forhold. For det første har low-end solgt til nogle forbrugere, som ellers ville have købt Krænkens produkt (området til venstre i grafen, hvor den grønne kurve overstiger den røde). Dette er low-ends faktiske salg og har skubbet Krænkens salg mod højre. B' er samtidig blevet længere pga. low-ends kontrafaktiske salg. Dette er markeret med den stiplede længde L . Dette er salg til forbrugere, som egentlig har en positiv værdi ved

Rettighedshavers produkt, men som – hvis krænkelsen ikke var sket – ville have købt low-ends produkt i stedet for Krænkens og derfor aldrig havde i sinde at købe Rettighedshavers produkt.

Sammenholder vi endelig med det område, hvor forbrugerne ville have købt Rettighedshavers produkt uden krænkelsen (længderne A og A'), ser vi, at A' er blevet mindre. Det skyldes low-ends kontrafaktiske salg, som vi diskuterede ovenfor.

I dette konkrete eksempel er substitutionsfaktoren blevet mindre pga. den øvrige konkurrence. Uden den øvrige konkurrence er substitutionsfaktoren 60 pct. ($5/8,33$ felter), mens den nu er ca. 36 pct. ($2,5/7$ felter).

Mere generelt er det sådan ved vertikal differentiering (i denne model), at hvis den øvrige konkurrence tager en del af Krænkens salg (som i eksemplet med low-end), vil den samtidig tage en kontrafaktisk del af Rettighedshavers salg. Dette afviger fra situationen med horisontal differentiering, hvor de øvrige konkurrenter faktisk kan begrænse Krænkens udvidelse af markedet, uden at det kontrafaktiske salg samtidig begrænser, hvor meget Krænker har ædt sig ind på Rettighedshavers salg. Det betyder alt andet lige, at de øvrige konkurrenter i højere grad vil medføre, at substitutionsfaktoren falder i tilfælde af vertikal differentiering, end de vil i tilfælde af horisontal differentiering.⁹¹

7.3 Nuance: Hvornår er den øvrige konkurrence relevant?

Hvis man skal vurdere, om den øvrige konkurrence har haft en effekt på substitutionsfaktoren, må man først spørge, hvilken øvrig konkurrence der skal indgå i vurderingen heraf.

I en krænkelsessag kan man fristes til kun at se på den øvrige konkurrence fra produkter, der er meget lig Krænkens produkt. Måske endda alene på tilstedeværelsen af andre plagiat. Men som det ligger til grund for hele denne artikel, vælger forbrugerne produkter ud fra en optimering af en lang række forhold. I princippet er det derfor muligt, at Krænker f.eks. leverer en stol, der opfylder lige præcis det miks af parametre, som gør, at en forbruger køber den krænkende stol i stedet for en sofa, et fjernsyn eller noget helt tredje. Det følger, at man ikke nødvendigvis kan begrænse sin analyse af den øvrige konkurrence til andre plagiat eller meget ens produkter.

⁹¹ Hvis den øvrige konkurrence ligger mellem Krænker og Rettighedshaver (lad os kalde denne for middle-end), vil dens tilstedeværelse udelukkende have en negativ effekt på substitutionsfaktoren. Dette har jeg ikke illustreret, men argumentet er som følger: Hvis middle-end uden Krænker ville have haft et positivt salg, vil middle-end altid have et kontrafaktisk salg i A . Det betyder, at substitutionsfaktoren bliver mindre. Hvis middle-end også tager en del af Krænkens salg i længde B , følger det af modellen, at middle-end også har et faktisk salg i hele længde A , hvilket gør, at Krænker ikke sælger til nogen forbrugere, som ellers ville have købt Rettighedshavers produkt. Da bliver substitutionsfaktoren 0.

Teoretisk kunne man endvidere forsøge et argument om, at man i fastsættelsen af substitutionsfaktoren burde forholde sig til forbrugernes samlede forbrugsmuligheder og deraf følgende valg. Rent praktisk virker det dog urentabelt.

I praksis mener jeg også, at man kan undgå så vidtgående analyser. Navnlig i de tilfælde, hvor produkttypen indikerer, at forbrugerne ville have købt et meget tilsvarende produkt, selv hvis krænkelsen ikke var sket. Det vil jeg f.eks. mene gælder ved køb af medicin og produkter som barnestole,⁹² produkter, hvor du med overvejende sandsynlighed også har brug for dem, hvis du køber dem. I dette tilfælde kan man rimeligvis begrænse sin analyse af effekten af øvrig konkurrence til relativt ens produkttyper.

Det samme kan man nok ikke, hvis Krænker sælger produkter i en mere ”spontan” kontekst.

Et interessant eksempel på dette findes i *Edge of Glory (S.H.D. af 4. november 2019 i sag BS-18539/2018-SHR – Telebrands Corporation og International Edge Inc. v. Bilablan ApS og andre.)*. Krænker solgte en lang række tv-shop-produkter, bl.a. en vandslange, en boremaskine og en knivsliber, der krænkede Rettighedshavers rettigheder. Krænker argumenterede bl.a.:

[D]er er tale om overflødhedsprodukter (tv-shop-produkter) – produkter, der henvender sig til en relativt smal niche af kompulsive shoppere, der ikke sætter funktionalitet og kvalitet særligt højt [...]⁹³

Anerkender man dette argument, må man også nødvendigvis spørge, hvilke produkter der egentlig fungerer som alternativer til Krænkens produkt. Ville folk, der køber en knivsliber på tvshop, have gået ud i en forretning og købt en knivsliber, eller ville de bare have købt en vandslange på tv-shop i stedet?⁹⁴

Bemærk endelig, at vi rimeligvis kan formode, der altid vil være et parameter, hvor der ikke er øvrig konkurrence imellem Krænkens og Rettighedshavers produkt: sammenfaldet med immaterialretten. Dette ses klart i tilfælde af produkt efterligninger. Krænkelsen er – næsten per definition – det produkt, der æstetisk minder mest om Rettighedshavers produkt. Hvis den øvrige konkurrence ikke er krænkende, kan vi derfor udlede, at der på dette parameter ikke er øvrig konkurrence, som ligger imellem Rettighedshaver og Krænker. Hvis man skal

⁹² Dog ikke nødvendigvis i samme design som Krænkerstolen. Man bør derfor altid se ud over tilstedeværelsen af plagiater på markedet.

⁹³ Dommen s. 38. Argumentet blev fremsat ift. fastsættelsen af licens (et rimeligt vederlag), men overvejelserne er også relevante for spørgsmålet om substitutionsfaktoren.

⁹⁴ Et andet, tidssvarende, eksempel findes i *U.2020.2532 Ø – Anne Black*. Rettighedshaver, Black, solgte high-end-keramik, herunder vaser og hængepotter. Krænker solgte relativt billige kopier heraf som spotvarer i Netto-supermarkederne. Her er det ikke givet, at forbrugerne ville have købt vaser eller hængepotter et andet sted end i Netto. I stedet ville de måske have købt andre spotvarer. I fastsættelsen af den øvrige konkurrence burde man derfor kaste et bredere net.

konkludere en substitutionsfaktor på 0, kræver det, at den øvrige konkurrence kompenserer for overlappet i immaterialretten på andre parametre. F.eks. pris, kvalitet eller salgskanaler.

7.4 Er substitutionsfaktoren lig Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen?

Fra svensk patentret findes nogle interessante afgørelser, hvor substitutionsfaktoren er sat ud fra oplysninger om Rettighedshavers markedsandel.⁹⁵ Se navnlig *Spisväktare (Stockholms tingsrätts dom af 9. februar 2004 i sag T 2948-01)*, hvor retten opgjorde substitutionsfaktoren til 89 pct., hvilket svarede til Rettighedshavers markedsandele før krænkelsen.

Inden vi sammenholder denne praksis med de anvendte modeller, ser jeg to forudsætninger for, at substitutionsfaktoren kan sættes lig Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen.

For det første må det være en forudsætning, at den oplyste markedsandel er i antal, solgte enheder, ikke omsætning.⁹⁶ En virksomhed, der sælger få, dyre produkter vil have en relativt større markedsandel i omsætning og en relativt mindre markedsandel i antal solgte enheder. For det andet må det være en forudsætning, at hele Krænkens salg ville være gået til Rettighedshaver eller den øvrige konkurrence, som indgår i definitionen af markedet. Hvis Krænker f.eks. har udvidet markedet væk fra både Rettighedshaver og den øvrige konkurrence, vil der være en del af hans salg, som Rettighedshaver eller den øvrige konkurrence ikke ville have haft.

Inden for modellernes rammer er der ikke nogen særlig grund til at antage, at andelen af Krænkens salg, der kommer fra Rettighedshaver, skulle være lig med Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen.

Hvis f.eks. Rettighedshaver har en meget lille markedsandel, men det kun er Rettighedshaver og Krænker, der sælger high-end-produkter, vil substitutionsfaktoren alt andet lige være større end markedsandelen. Og hvis den øvrige konkurrence er placeret mellem Rettighedshaver og Krænker, vil substitutionsfaktoren være 0, desuagtet Rettighedshavers oprindelige markedsandel. Den centrale indsigt er, at substitutionsfaktoren afhænger af, hvordan Krænker er placeret ift. Rettighedshaver – ikke Rettighedshavers andel af det samme marked.

Der findes dog to konkrete situationer, hvor substitutionsfaktoren faktisk vil være lig Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen:

⁹⁵ For en gennemgang af flere af disse sager, se (Hellberg, 2014, s. 161 ff.).

⁹⁶ Hvis ikke vil det være som at sammenligne æbler og bananer eller – mere formelt – forskellige dimensioner. Herom, se Mahajan, S. (2010). *Street Fighting Mathematics* (1. udg.). MIT Press, s. 1 ff.

Det vil for det første være tilfældet, når Krænker overtager hele markedet. Her sælger Krænker til hele markedet, og det betyder, at den andel af hans salg, som Rettighedshaver ville have haft, er lig Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen.

Substitutionsfaktoren vil også være lig Rettighedshavers markedsandel før krænkelsen, hvis Krænker er placeret lige præcis sådan, at den andel af Krænkens salg, der kommer fra Rettighedshaver, er lig Rettighedshavers samlede markedsandel.

Rent empirisk ses det sjældent, at Krænker overtager hele markedet, og der er som nævnt ingen grund til at tro, at Krænker skulle vælge en placering, således at substitutionsfaktoren svarer til Rettighedshavers markedsandel.

Inden for modellerne er det derfor svært at forklare den svenske retspraksis.

Ud fra et bevismæssigt perspektiv mener jeg dog, at det kan være rimeligt at sætte substitutionsfaktoren lig Rettighedshavers markedsandel, så længe der ikke er andre oplysninger i sagen. Når vi ikke ved nærmere om, hvor Krænker er placeret, er et rimeligt gæt, at Krænker har solgt til kunder, der er tilfældigt fordelt ud på hele markedet. Og i det tilfælde er den forventede fordeling af kunder lig med Rettighedshavers markedsandele.⁹⁷

Det er dog vigtigt at understrege, at vi med denne argumentation afviger fra den centrale pointe i de modeller, jeg her har introduceret: at Krænkens placering påvirker, hvilke kunder han sælger til. Vi kan ikke på den ene side sige, at placeringen påvirker, hvilke kunder der sælges til, og på den anden side antage, at Krænkens kunder kan findes gennem en tilfældig udvælgelse af alle kunder på markedet.

Når der er oplysninger om parternes placering, mener jeg derfor, at man bør være noget tilbageholdende med at tillægge Rettighedshavers markedsandel for meget vægt. Fordi Krænker ikke sælger til hele markedet, tror jeg, at Rettighedshavers samlede markedsandel er af begrænset bevismæssig værdi. Det vil dog være op til fremtidige analyser nærmere at afklare dette.

7.5 Øvrig konkurrence fra Krænker?

I gennemgangen ovenfor har jeg fjernet Krænker helt fra markedet, når vi skulle fastsætte substitutionsfaktoren. Navnlig i litteraturen argumenteres der imidlertid for, at domstolene skal tage højde for Krænkens kontrafaktiske salg.⁹⁸ Nærmere bestemt anføres det, at Krænker kunne have solgt et ikkekrænkende produkt i det

⁹⁷ Så længe antallet af kunder, som Krænker har solgt til, er tilpas stort, ville vi ud fra law of large numbers forvente, at forbrugerne fordelte sig i overensstemmelse med markedsandelene.

⁹⁸ For Norge, se navnlig henvisningerne i (Rognstad & Stenvik, 2002, s. 541, fn. 69). For Danmark se (Møgelvang-Hansen & Riis, 2001, s. 185).

kontrafaktiske scenario, hvor krænkelsen ikke var sket, og at Krænkens kontrafaktisk lovlige salg skal fratrækkes i erstatningsudmålingen.

Jeg er bekendt med én dansk afgørelse, hvor et sådant argument tilsyneladende havde en effekt: Sø- og Handelsrettens dom i U.2003.1020 H – *Melitta-kaffefilter*.

I *Melitta* havde Krænker, Coffilter, bl.a. solgt kaffefiltere med den samme nummerering som Rettighedshavers, Melittas, kaffefiltere og brugt nogle af Melittas varemærker som metatags. Sø- og Handelsretten fandt, at dette var en krænkelse af Melittas varemærkerrettigheder og rettigheder efter markedsføringsloven. Ift. erstatningsopgørelsen anførte Sø- og Handelsretten:

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.

Jeg har ikke set dette argument gentaget i senere praksis. Formuleringen kan også nok bedst læses som resultatet af det lidt særlige, at en stor del af krænkelsen lå i, at Coffilter havde brugt Melittas varemærker som metatags. Det havde med andre ord krævet meget små ændringer af Coffilters produkter at være på markedet uden at foretage en krænkelse.

Derfor tror jeg ikke, der kan udledes en generel regel om, at der i fastsættelsen af substitutionsfaktoren skal tages hensyn til et kontrafaktisk lovligt salg.

Hvis man imidlertid vælger at lade Krænkens kontrafaktiske salg indgå i erstatningsfastsættelsen, kan de økonomiske modeller bidrage med nogle enkelte observationer. Idet vi ser Krænkens kontrafaktiske salg som endnu en øvrig konkurrent.

Med dette perspektiv bliver det afgørende spørgsmål, om Krænker i sit kontrafaktiske salg er placeret tættere på Rettighedshaver end den øvrige konkurrence på markedet. For kun i dét tilfælde kan Krænkens kontrafaktiske salg påvirke substitutionsfaktoren.

Lad os illustrere dette med to situationer: 1) Hvor Krænker i det kontrafaktiske scenario sælger det helt samme produkt som under krænkelsen, bare uden immaterialretten. 2) Hvor Krænker sælger et produkt, som er lig den øvrige konkurrences.⁹⁹

⁹⁹ Dette er formentlig, hvad (Møgelvang-Hansen & Riis, 2001, s. 185 f.) henviser til, når de argumenterer for, at hvis der er nære, lovlige, substituerende produkter på markedet, kunne Krænker i stedet have konkurreret (lovligt) med Rettighedshaver med disse produkter.

Ift. 1): Hvis Krænker faktisk har taget salg fra Rettighedshaver, vil Krænker også gøre det i det kontrafaktiske scenario, hvilket taler for en mindre substitutionsfaktor. Da ét af de parametre, der formentlig konkurreres på, er selve immaterialretten, vil Krænkens faktiske produkt være en bedre substitut til Rettighedshavers end Krænkens kontrafaktiske produkt. Substitutionsfaktoren vil derfor være større end 0.¹⁰⁰ Hvor lille eller stor substitutionsfaktoren bliver, afhænger af, hvor væsentlig immaterialretten har været for Krænkens salg.

Ift. 2): Hvis Krænker sælger et produkt, som er (helt) lig den øvrige konkurrences på markedet, har hans kontrafaktiske salg ingen effekt på substitutionsfaktoren. I dette tilfælde er der kun øget konkurrence i et område, hvor Rettighedshaver alligevel ikke ville have haft et salg.¹⁰¹

Jeg vil ikke her argumentere for, om domstolene bør tage højde for Krænkens kontrafaktiske salg. Men jeg er enig med (Rognstad & Stenvik, 2002, p. 542), der anfører, at "[d]et er vanskelig å se hvordan skadevolderen kan føre sannsynlighetsbevis for at han ville valgt et annet handlingsalternativ, når han vitterlig har handlet som han gjorde."

I min optik handler diskussionen om Krænkens kontrafaktiske salg i virkeligheden om, hvorvidt en immaterialret også beskytter Rettighedshavers markedsposition på dele af produktet, som ikke er omfattet af immaterialretten.¹⁰² Hvis f.eks. et krænket patent kun udgør et marginalt bidrag til værdien af en smartphone baseret på 3.000 patenter, er det da rimeligt, hvis Rettighedshaver får erstatning for mistet indtjening på hele telefonen?

Heller ikke her vil jeg sige, hvad der er det rigtige resultat. Men hvis vi er interesserede i at justere for den beskyttede immaterialrets værdi, vil det i min optik være en mere simpel og elegant løsning at fokusere på, hvor stor en del af efterspørgslen der kommer fra den krænkede immaterialret kontra resten af Rettighedshavers produkt.¹⁰³

I en konkret erstatningssag vil man således kunne starte med at fastsætte substitutionsfaktoren og finde Rettighedshavers samlede mistede indtjening på salg af krænkede produkter. Herefter kunne man justere erstatningen ud fra, hvor vigtig man vurderer, at den krænkede

¹⁰⁰ Medmindre der findes en perfekt substitut til immaterialretten. I samme retning Blair, R. D. & Cotter, T. F. (1998). An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law. *William and Mary Law Review*, 39, 1585, fn. 173.

¹⁰¹ Visuelt vil Krænker ligge helt oven i den øvrige konkurrence. I princippet ville dette lede til en hårdere priskonkurrence mellem Krænkens kontrafaktiske produkt og den øvrige konkurrence, hvilket da ville udvide markedet en smule. Men jeg abstraherer fra denne mulighed her.

¹⁰² Mere generelt om disse overvejelser, se Riis, T. (2014). Udmåling af et "rimeligt vederlag for udnyttelsen" ved krænkelse af immaterialrettigheder. In E. Eide, H. Lando, & E. Stavang (Eds.), *Retsøkonomi i nordiske dommer*. Institutt for privatrett, UIO.

¹⁰³ En lignende tilgang findes i amerikansk patentret, under den såkaldte Whole Market Rule. Under reglen kan Rettighedshaver få erstatning for mistet indtjening på hele produktet, hvis efterspørgslen på produktet primært er drevet af det patenterede element. Se Parr, R. L. (2018). *Intellectual Property: Valuation, Exploitation, and Infringement Damages* (5. udg.). John Wiley & Sons, Inc., <https://doi.org/10.1002/9781119419235>, s. 408 ff. og Moore, K. A., Holbrook, T. R., & Murphy, J. F. (2018). *Patent Litigation and Strategy* (5. udg.). West Academic, s. 919 f.

immaterialret har været for denne indtjening. Med denne tilgang undgås unødigt komplicerede kontrafaktiske analyser.¹⁰⁴

8 Konklusion

Når domstolene udmåler erstatning på baggrund af Krænkens salg, skal de vurdere, hvor stor en del af Krænkens salg Rettighedshaver ville have haft. Domstolene skal dermed fastsætte en substitutionsfaktor.

I denne artikel har jeg vist, hvordan de parametre, som retspraksis og -litteratur fremhæver, kan forklares og analyseres ved hjælp af simple økonomiske modeller.

De økonomiske modeller forudsiger bl.a., at større forskelle i enten pris, salgskanaler, *it-faktor* eller kvalitet leder til en mindre substitutionsfaktor. Ligeledes følger det af modellerne, at øvrige konkurrence på markedet kan betyde en mindre substitutionsfaktor. Disse forudsigelser passer med de overordnede tendenser, der ses i retspraksis.

Baseret på de grundlæggende økonomiske idéer har det også været muligt at fremhæve nogle centrale nuancer: Hvor prisfølsomme er forbrugerne? Kan forskelle i salgskanaler lede til, at forbrugerne i højere grad forveksler Krænkens og Rettighedshavers produkt? Kan forbrugerne observere kvalitetsforskelle? Og hvornår kan det være relevant at inddrage øvrig konkurrence i fastsættelsen af substitutionsfaktoren?

Om end simple har de økonomiske modeller således bidraget med en brugbar forståelsesramme for de økonomiske konsekvenser af en krænkelse og de parametre, domstolene lægger vægt på.

Dette understøtter fra mit perspektiv et argument om, at økonomisk tænkning og brug af økonomiske modeller bidrager med værdi, når man skal forstå gældende ret. Det understøtter også, at og hvordan økonomiske overvejelser kan bruges som argumenter i konkrete retssager.¹⁰⁵

Men de økonomiske modeller er også med til at udfordre opfattelsen om, at større forskelle – eller øget konkurrence – altid leder til en lavere substitutionsfaktor.

Konkret viser modellerne, at:

- 1) Øvrig konkurrence kan lede til en større substitutionsfaktor.

¹⁰⁴ Endvidere vil man kunne opbygge relativt simple økonomiske modeller for immaterialrettens betydning for Rettighedshavers indtjening på produktet.

¹⁰⁵ I konkrete sager vil en domstol nok også kræve yderligere konkretisering end blot disse mere konceptuelle modeller. Heri ligger også en udfordring i den økonomiske teoris alt-andet-lige-argumenter, der ikke umiddelbart genfindes i den juridiske argumentation. Jeg mener dog ikke, man kan komme uden om den slags argumenter. At komme til en konkret erstatning vil kræve mere eller mindre implicite antagelser.

- 2) En kombination af horisontale forskelle og prisforskelle kan lede til en større substitutionsfaktor
- 3) Ved vertikale forskelle har prisforskellen ikke en direkte effekt på substitutionsfaktoren, men kan fungere som et indirekte signal herom.

Dette viser for mig den værdi, som simple modeller kan bringe til komplekse spørgsmål. Modellerne har her bidraget med nye indsigter, som det ville være svært at opnå gennem en mere klassisk analyse. Hermed ikke sagt, at modellernes forudsigelser altid vil være korrekte. Det vil de kun, hvis antagelserne holder. Det elegante ved modelarbejdet er, at vi kender disse antagelser.

9 **Idéer til fremtidig forskning**

Jeg ser især et behov for yderligere forskning inden for tre områder: (1) Udvikling af mere avancerede modeller. (2) En afklaring af, hvilke antagelser om rationalitet domstolene gør sig.¹⁰⁶ (3) Grænserne for brug af substitutionsfaktoren.

(1) Det vil være relevant at udvikle mere avancerede modeller og se, hvor godt de forklarer retspraksis samt ændrer på de nuværende modellers forudsigelser. I denne artikel har jeg opdelt de forskellige parametre og behandlet dem enkeltvis. I praksis vil der selvfølgelig være konkurrence på mange parametre samtidig. Der vil dels være konkurrence på flere vertikale parametre ad gangen, men også kombinationer af vertikale og horisontale parametre.¹⁰⁷ Mere direkte relateret til de modeller, jeg her har udarbejdet, vil det være relevant med en dybere analyse af effekten af øvrige konkurrence på substitutionsfaktoren. Især om sammenspillet mellem faktisk og kontrafaktisk salg. Endelig er det også anført i svensk litteratur, at Krænker kan udvide markedet ved at øge sine markedsføringsomkostninger.¹⁰⁸ Hvordan man økonomisk kan behandle sådanne argumenter, vil også være relevant at undersøge nærmere i fremtiden.

(2) I samme retning vil det også være relevant at få en afklaring på, hvilke antagelser om strategisk adfærd domstolene gør sig. Som tidligere vist, kan vi forklare retspraksis ift. kvalitetsforskelle, hvis vi samtidig antager, at domstolene antager, at parterne prissætter deres produkter rationelt.

¹⁰⁶ Hermed mener jeg ikke nødvendigvis, at domstolene skal opføre sig rationelt, men snarere, at der er behov for en afklaring af, hvilke forventninger til Rettighedshaver og Krænkens rationalitet domstolene gør sig, og hvordan disse forventninger påvirker domstolenes vurdering af f.eks. informationer om, at Rettighedshaver har sænket – eller ikke sænket – sine priser som følge af krænkelsen.

¹⁰⁷ Tag f.eks. Irma på Frederiksberg og Netto på Nørrebro. Nogle forbrugere vil foretrække at købe lidt dyrere produkter til en lidt højere pris i Irma, men gider ikke cykelturen og vælger derfor Netto. Men andre vil. Omvendt er der nogle, som faktiske foretrækker Nettos kombination af kvalitet og pris, men som bor tættere på Irma og derfor vælger Irma.

¹⁰⁸ Se (Hellberg, 2014, s. 159).

Men mine modeller forudsiger også, at Rettighedshaver vil sænke sine priser som reaktion på Krænkens konkurrence.¹⁰⁹ Faktisk opstår der det lidt paradoksale, at jo større substitutionsfaktor, desto mere ville vi forvente, at Rettighedshaver skulle sænke sine priser. Og i realiteten sker det meget sjældent (i Danmark.) Ét eksempel er dog U.1994.671 H – *Kroken*.¹¹⁰ Hvis vi accepterer, at Rettighedshaver som udgangspunkt må sænke sine priser for at imødegå konkurrence fra en Krænker, kan Rettighedshavers manglende prisnedsættelse indikere, at der reelt ikke har været konkurrence.¹¹¹

Sådanne argumenter er åbenlyst relevante, men de er svære at komme nærmere for dels praktikere og akademikere. Sådant forholdet det sig efter min mening, især fordi vi ikke har en klar forståelse af, hvad domstolene forventer af rationalitet fra Rettighedshaver, Krænker og andre markedsdeltagere.

(3) Prisændringer er også relevante for det sidste emne, der fortjener nærmere analyse: substitutionsfaktorens grænser. I denne artikel har jeg vist, at substitutionsfaktoren kan være ganske velegnet til at estimere effekten af forskelle i pris, kvalitet etc. Dog formoder jeg, at substitutionsfaktoren vil være meget vanskelig at bruge, hvis Rettighedshaver samtidig sænker sin priser.¹¹² Det skyldes, at den samtidige prisændring mudrer billedet af, hvad Krænkens salg siger om Rettighedshavers mistede salg. Det vil kræve fremtidig analyse at undersøge, om

¹⁰⁹ Denne vinkel blev bl.a. fremhævet af skønsmændene i en sag om uberettiget nedlagt forbud *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)* (denne artikels forfatter var fuldmægtig på sagen). Argumentet var, at hvis ”Krænker” havde været på markedet, ville ”Rettighedshaver” have sænket sine priser og gennemført massive markedsføringstiltag for at udkonkurrere den ny markedsdeltager.

¹¹⁰ At Rettighedshaver havde sænket sine priser, blev dog til et bevismæssigt problem for denne, da retten bl.a. lagde vægt på, at det ikke var dokumenteret, hvor stor en del af prissænkningen der skyldtes krænkelsen.

¹¹¹ Medmindre der findes en god forklaring. F.eks. kan en forklaring være, at Rettighedshaver tog andre strategiske skridt, f.eks. øgede sine markedsføringsomkostninger, eller at Rettighedshaver er vant til løbende krænkelser og derfor har prissat sig ud fra forventningen om, at sådanne vil komme løbende. F.eks. sker der løbende krænkelser af Tripp Trapp-stolen, jf. den tidligere nævnte retspraksis. Disse overvejelser finder en pendant i argumentet om at prisstigninger udtrykker manglende konkurrence. Se f.eks. Højesterets præmisser i U.2004.1085 H – *Montana v. Denka*. Se også (Riis, 2005, s. 260). Argumentet blev også brugt af Krænker 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)*.

¹¹² Problemet er her, at Rettighedshaver nu mister mindre salg, end hun ville have gjort, hvis hun ikke havde sænket priserne. Samtidig sælger hun til lavere priser. Mens hendes mistede indtjening på antal solgte enheder således er mindre, har hun samtidig lidt et tab på alle de faktisk solgte enheder. Denne udfordring blev allerede anerkendt i Brunsvig, P. (1960). Utilbørlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven. *Nordisk Immaterialrettskydd*, 3–4, 146-165, s. 165, der dog – ligesom jeg selv – ikke foreslår en særlig klar alternativ metode til at løse problemet. En måde at håndtere problemet på kunne være at estimere, hvor meget større Krænkens salg ville have været, hvis Rettighedshaver ikke havde sænket sin priser. Baseret på disse salgstal kunne man da anvende den tilgang, som har været genstand for analysen i denne artikel, og herved opsætte et maksimum for erstatningen. Maksimum, fordi Rettighedshaver ved at sænke sine priser alt andet lige må forventes at have begrænset sit tab (for hvorfor ville hun ellers gøre det?).

Substitutionsfaktoren (2)

substitutionsfaktoren er en velegnet metode til at estimere Rettighedshavers mistede salg i disse – sjældne – tilfælde.

10 Bibliografi

- 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>
- Andersen, N. M., Carlquist, A., & Rubinstein, A. (2006). *Rets håndbøvelse af immaterialrettigheder* (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Bernitz, U., Pehrson, L., Rosén, J., & Sandgren, C. (2017). *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (14. udg.). Jure AB.
- Blair, R. D., & Cotter, T. F. (1998). An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law. *William and Mary Law Review*, 39, 1585-1694.
- Biglaiser, G. (1993). Middlemen as Experts. *The RAND Journal of Economics*, 24(2), 212–223. <https://doi.org/10.2307/2555758>
- Biglaiser, G., & Friedman, J. W. (1994) Middlemen as guarantors of quality. *International Journal of Industrial Organization*, 12(4), 509–531. [https://doi.org/10.1016/0167-7187\(94\)90005-1](https://doi.org/10.1016/0167-7187(94)90005-1)
- Bogetoft, R. A. (2021a). Statistiske perspektiver på erstatning for yderligere skade ved immaterialretskrænkelser – med konkrete eksempler fra Anne Black-sagen. (arbejdstitel)
- Bogetoft, R. A. (2021b). Et forsøg på økonomisk forklaring af forskelle og ligheder i 5 sager om produktefterligning. (arbejdstitel)
- Bogetoft, R. A. (2021c). Substitutions- og præferenceskade – en alternativ fortolkning af tabsposterne afsætningstab og markedsforstyrrelse (arbejdstitel)
- Brunsvig, P. (1960). Utilbørlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven. *Nordisk Immaterialrettskydd*, 3–4, 146-165
- Bøggild, F., & Staunstrup, K. (2015). *EU varemærkeret* (1. udg.). Karnov Group Denmark A/S.
- Chu, W., & Chu, W. (1994). Signaling Quality by Selling through a Reputable Retailer: An Example of Renting the Reputation of Another Agent. *Marketing Science*, 13(2), 177–189. <http://www.jstor.org/esc-web.lib.cbs.dk/stable/183702>
- Church, J. R., & Ware, R. (2000). *Industrial Organization: A Strategic Approach* (1. udg.). McGraw-Hill. https://works.bepress.com/jeffrey_church/23/
- Deichmann, H. K. (2004). Kommentar til U 2004.1018 H (Montana-reolsystem). *Nordisk Immaterialrettskydd*, 5, 487–492.

- Deichmann, H. K. (2010). Krænkelser af Burberrys varemærkerettigheder. Kommentar til U 2009.1018 H (Burberry Ltd. mod Zebra A/S). *Nordisk Immaterialrettskydd*, 177-186
- Förnell, P. (1997). Skadestånd vid patentintrång. I *Immaterialrättsliga skadestånd - Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknasrätt vid Stockholms Universitet*, nr. 93.
- Gaarder, K. (1968). Erstatningsregler i norsk immaterial- og konkurranserett. *Nordisk Immaterialrettskydd*, 3, 245-260
- Hellberg, J. (2014). *Skadestånd vid patentintrång*. (1. udg.) Jure AB.
- Jacoby, J., Olson, J. C., & Haddock, R. A. (1971). Price, brand name, and product composition characteristics as determinants of perceived quality. *Journal of Applied Psychology*, 55(6), 570–579. <https://doi.org/10.1037/h0032045>
- Jilmstad, J. (1997). Skadestånd vid intrång i upphovsrätt. I *Immaterialrättsliga skadestånd – Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknasrätt vid Stockholms Universitet*, nr. 931
- Johansson, D. (2020). *Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång* (1. udg.). iustus förlag.
- Kirmani, A., & Rao, A. R. (2000). No Pain, No Gain: A Critical Review of the Literature on Signaling Unobservable Product Quality. *Journal of Marketing*, 64(2), 66–79. <https://doi.org/10.1509/jmkg.64.2.66.18000>.
- Koktvedgaard, M. (1966). Det ophavsretlige sanktionssystem. *Juristen*, 49–62.
- Koktvedgaard, M. (1994). *Lærebog i Konkurrenceret* (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koktvedgaard, M. (2005). *Lærebog i konkurrenceret ved Caroline Heide-Jørgensen* (6. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Kur, A., & Dreier, T. (2013). *European Intellectual Property Law – Texts, Cases & Materials* (1. udg.). Edward Elgar Publishing.
- Lund, T. (1944). *Billedkunsten i retlig belysning*. G.E.C. Gads Forlag
- Mahajan, S. (2010). *Street Fighting Mathematics* (1.). MIT Press.
- Moore, K. A., Holbrook, T. R., & Murphy, J. F. (2018). *Patent Litigation and Strategy* (5. udg.). West Academic
- 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.). Karnov Group Denmark A/S, s. 177–205

- Niels, G., Jenkins, H., & Kavanagh, J. (2016). *Economics for Competition Lawyers* (2. udg). Oxford University Press.
- Parr, R. L. (2018). *Intellectual Property: Valuation, Exploitation, and Infringement Damages* (5. udg.). John Wiley & Sons Inc., <https://doi.org/10.1002/9781119419235>
- Pehrson, L. (1986). Ersättning vid patentintrång – en kritisk granskning av nuvarande regler. I Institutet för immaterialrätt og marknadsrätt vid Stockholms Universitet (Red.), *Ulf, 50 – Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen den 28 februari 1986*. Liberförlag, s. 89–105.
- Riis, T. (2005). Enerettigheder og vederlagsrettigheder – Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv (1. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Riis, T. (2011). Kompensation i immaterialretssager. I L. Andersen, J. Feilberg, A. Laudrup, & J. Schovsbo (red.), *Sø- og Handelsretten 150 år*. Karnov Group Denmark A/S, s. 193–210.
- 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, s. 51-67.
- Ringel, J. S., Hosek, S. D., Volland, B. a., & Mahnovski, S. (2002). *The Elasticity of Demand for Health Care: A Review of the Literature and Its Application to the Military Health System*. Rand Corporation.
- 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 (Eds.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup* (1. udg). Gyldendal Akademisk, s. 512–550
https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsrett/publikasjoner/artikler/immaterialretten_oar_as.pdf
- Sejersted, N. J. (2000). Erstatning for immaterialrettskrenkelser. Går utviklingen i riktig retning mor mer effektive erstatningsrettslige sanksjoner? *Nordisk Immaterialrettskydd*, 4, 121-135.
- 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.
- Skovbo, E. A. (2009). Erstatning for markedsforstyrrelser og godtgørelse svarende til passende licensafgift ved patentkrænkelser – en kommentar til U 2007.1219 (H). *Nordisk Immaterialrettskydd*, 3, 292-294.
- Skovbo E. A. (2012). Højesteret afliver ”dobbelt-op-princippet” i relation til erstatningsudmåling for ophavsretlige krænkelse af digitalt tilgængelige værker. Kommentar

til Højesterets afgørelse af 24. marts 2011 (Direct Connect). *Nordiskt Immaterialrettskydd*, 2, 202–205.

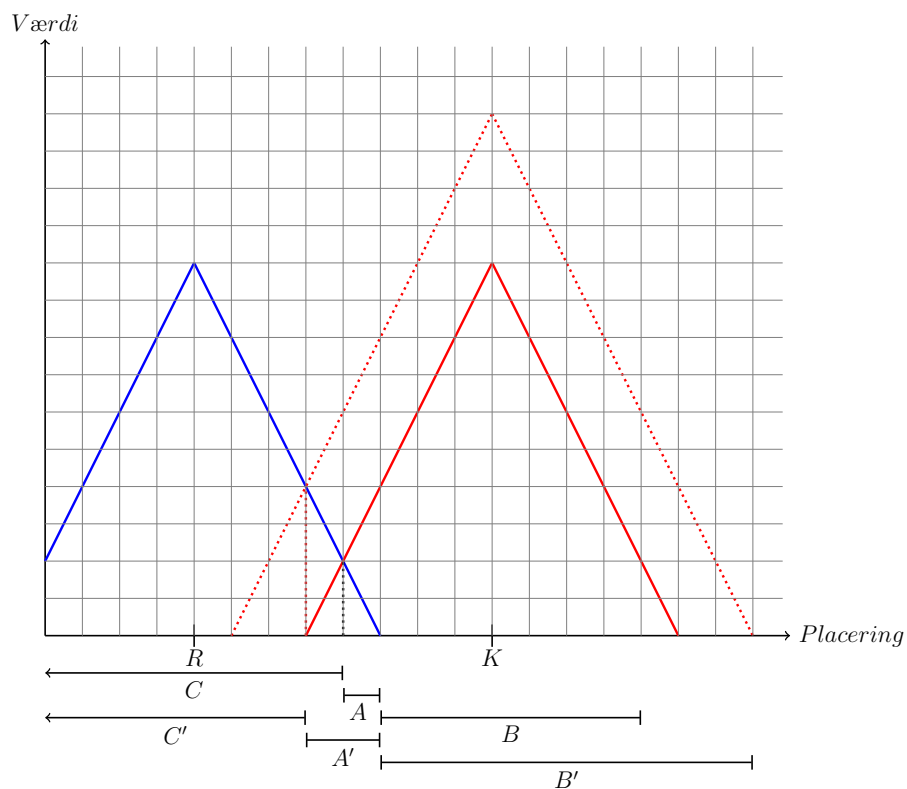
Stenvik, A. (2013). *Patentrett* (3. udg). Cappelen Damm AS.

Tirole, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press.

Yang, Z. (2014). Damaging Royalties: An Overview of Reasonable Royalty Damages. *Berkeley Technology Law Journal*, 29, 647–678.

11 Teknisk appendiks

11.1 Effekten af prisforskelle og horisontal afstand på substitutionsfaktoren



Figur 15 Effekten af prisændringer på substitutionsfaktoren ved horisontal differentiering

Lad h_r være Rettighedshavers højde og h_k være Krænkens højde. Højden udtrykker den merværdi, som forbrugerne placeret lige ved hhv. R og K opnår ved at købe deres produkt.

Lad t være transportomkostninger, dvs. hældningen (formuleret som en positiv værdi)

Substitutionsfaktoren (2)

Antallet af kunder (bredden), der potentielt kunne købe et bestemt produkt, er:

$$B_i(h_i, t) = 2 \frac{h_i}{t}$$

Lad afstanden mellem R og K være defineret som D (for distancen eller differentieringen).

Overlappet er da:

$$O(B_i, D) = \frac{B_R + B_K}{2} - D = \frac{2(h_r + h_k)}{2t} - D = \frac{(h_r + h_k)}{t} - D$$

Observer, at Krænkens substitution af Rettighedshavers salg foregår i halvdelen af overlappet, altså

$$\frac{O(B_i, D)}{2}$$

Krænkens samlede salg bliver derfor:

$$B_k(h_k, t) - O(B_i, D) + \frac{O(B_i, D)}{2} = B_k(h_k, t) - \frac{O(B_i, D)}{2}$$

Substitutionsfaktoren bliver da:

$$SF(B_k, O) = \frac{\frac{O(B_i, D)}{2}}{B_k(h_k, t) - \frac{O(B_i, D)}{2}} =$$

$$\frac{\frac{(h_r + h_k)}{t} - D}{2} = \frac{(h_r + h_k) - D}{2t} = \frac{(h_r + h_k)}{2t} - \frac{D}{2}$$

Substitutionsfaktoren (2)

$$\frac{\frac{(h_r + h_k)}{t} - D}{\frac{4h_k}{t} - \left(\frac{(h_r + h_k)}{t} - D\right)} =$$

$$\frac{h_k + h_r - Dt}{3h_k - h_r + Dt} \quad (1.1)$$

Tag f.eks. ovenstående eksempler fra grafen.

Med den røde solide streg er $h_r = h_k = 10, D = 8, t = 2$:

$$SF = \frac{20 - 16}{30 - 10 + 16} = \frac{4}{36} = \frac{1}{9} \approx 11 \%$$

Ved den røde stiplede linje er $h_k = 14$, så:

$$SF = \frac{24 - 16}{42 - 10 + 16} = \frac{8}{48} = \frac{1}{6} \approx 17 \%$$

Bemærk, at et overlap forudsætter, at

$$Dt < h_r + h_k \text{ iff}$$

$$Dt - h_r < h_k \quad (1.2)$$

Hvis (1.2) ikke gælder, er der ikke et overlap, og substitutionsfaktoren er 0.

Krænker må heller ikke have overtaget hele markedet, dvs. følgende skal gælde.

$$h_k < Dt + h_r \quad (1.3)$$

Hvis (1.3) ikke gælder, er substitutionsfaktoren i stedet

$$\frac{B_r(h_r, t)}{B_k(h_r, t)}$$

Ligning for substitutionsfaktoren gælder derfor når:

$$Dt - h_r < h_k < Dt + h_r$$

Så længe disse constraints holder, følger det, at substitutionsfaktoren kan være maks. 1/3:

$$\lim_{h_k \rightarrow \infty} \frac{h_k + h_r - Dt}{3h_k - h_r + Dt} = \frac{1}{3} \quad (1.4)$$

Intuitionen er, at når Krænker udvider ind i Rettighedshavers territorium, får han kun halvdelen af salget herfra. Hvis han samtidig udvider væk fra Rettighedshaver, får han hele territoriet herfra. Det er derfor, at Krænker ved prisændringer maks. kan øge substitutionsfaktoren til 1/3.

Observer dog, at hvis

$$Dt - h_r < 0 \quad (1.5)$$

da kan substitutionsfaktoren være større end 1/3. Det vil være tilfældet, når Rettighedshaver potentielt kunne sælge til den forbruger, der har den største værdi af Krænkens produkt.

Tag f.eks. situationen, hvor $h_r = h_k = 10, D = 8, t = 1$:

$$SF = \frac{20 - 8}{30 - 10 + 8} = \frac{12}{28} = \frac{3}{7} \approx 43 \%$$

Bemærk her, at (1.4) fortsat gælder. Det betyder, at når (1.5) gælder, vil en prissænkning lede til en lavere substitutionsfaktor, dog minimum 1/3. Når (1.5) gælder, kan ligningen lede til en substitutionsfaktor over 1. Dette strider med vores definition af substitutionsfaktoren. Derfor kan vi opsummerende om substitutionsfaktoren skrive:

$$SF = \begin{cases} 0 & \text{for } h_k < Dt - h_r \\ \min \left\{ \frac{h_k + h_r - Dt}{3h_k - h_r + Dt}, 1 \right\} & \text{for } Dt - h_r < h_k < Dt + h_r \\ \frac{B_r(h_r, t)}{B_k(h_r, t)} & \text{for } h_k > Dt + h_r \end{cases}$$

11.2 Alene kvalitetsforskelle dikterer substitutionsfaktoren¹¹³

Lad Q_R og Q_K være hhv. Rettighedshavers og Krænkens kvalitet og P_R, P_K være deres respektive priser. Vi antager, at $Q_R > Q_K$.

¹¹³ Smh. med den mere generelle model i (Tirole, 1988, s. 96 ff.).

Substitutionsfaktoren (2)

Vi er interesserede i de situationer, hvor der er et vist overlap mellem Krænker og Rettighedshaver, og hvor begge parter sælger produkter samtidig. Dette forudsætter to antagelser.

Antag først, at Krænkers produkt ikke dominerer Rettighedshavers, dvs. at den mest kvalitetsbevidste forbruger med værdi $\theta = 1$ foretrækker Rettighedshavers produkt. Dette indebærer, at

$$1 * Q_R - P_R > 1 * Q_K - P_K$$

Hvilket kan omskrives til:

$$1 > \frac{P_R - P_K}{Q_R - Q_K}$$

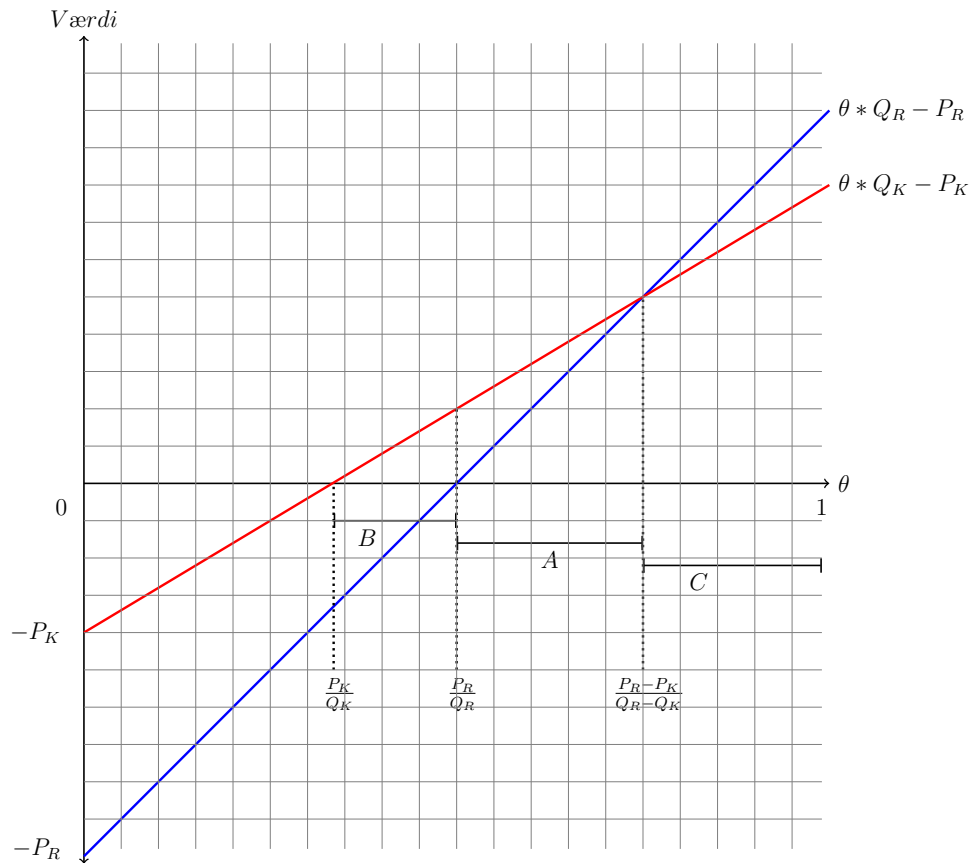
Antag endelig, at Rettighedshavers produkt ikke dominerer Krænkers. Det vil sige, at mens Krænker leverer et produkt af lavere kvalitet, tilbyder han mere kvalitet pr. krone. Vi kan skrive dette som:

$$\frac{Q_K}{P_K} > \frac{Q_R}{P_R}$$

Hvilket er det samme som:

$$\frac{P_R}{Q_R} > \frac{P_K}{Q_K}$$

Vi ser effekten af disse antagelser i grafen nedenfor.



Figur 16 Vertikal differentiering, generel

Område B er det område, hvor Krænker tager Rettighedshavers salg. Det er området mellem:

$$\theta Q_R - P_R = \theta Q_K - P_K \Leftrightarrow$$

$$\theta = \frac{(P_R - P_K)}{(Q_R - Q_K)}$$

og

$$\theta Q_R - P_R = 0 \Leftrightarrow$$

$$\theta = \frac{P_R}{Q_R}$$

Altså er andelen af Rettighedshavers salg, som Krænker overtager:

$$\theta = \frac{(P_R - P_K)}{(Q_R - Q_K)} - \frac{P_R}{Q_R} =$$

$$\frac{Q_R P_R - Q_R P_K - Q_R P_R + Q_K P_R}{(Q_R - Q_K) Q_R} = \frac{Q_K P_R - Q_R P_K}{(Q_R - Q_K) Q_R}$$

Krænkens samlede salg er:

$$\begin{aligned} \theta &= \frac{(P_R - P_K)}{(Q_R - Q_K)} - \frac{P_R}{Q_R} + \frac{P_R}{Q_R} - \frac{P_K}{Q_K} = \\ &= \frac{(P_R - P_K)}{(Q_R - Q_K)} - \frac{P_K}{Q_K} = \frac{Q_K P_R - Q_K P_K - Q_R P_K + Q_K P_K}{(Q_R - Q_K) Q_K} = \\ &= \frac{Q_K P_R - Q_R P_K}{(Q_R - Q_K) Q_K} \end{aligned}$$

Substitutionsfaktoren er pr. definition kunder i B divideret med kunder i A + B:

$$\begin{aligned} \frac{\frac{Q_K P_R - Q_R P_K}{(Q_R - Q_K) Q_R}}{\frac{Q_K P_R - Q_R P_K}{(Q_R - Q_K) Q_K}} &= \frac{Q_K P_R - Q_R P_K}{(Q_R - Q_K) Q_R} \times \frac{(Q_R - Q_K) Q_K}{Q_K P_R - Q_R P_K} = \\ &= \frac{Q_K}{Q_R} \end{aligned} \tag{2.1}$$

Substitutionsfaktoren afhænger altså alene af kvalitetsrationen.

11.3 Prisforskelle er et indirekte signal om kvalitetsforskelle¹¹⁴

Vi kan bevise dette ved at vise, at Krænker (og Rettighedshaver) vil sætte deres priser ud fra kvalitetsforskellen. Vi antager, at begge kvaliteter er valgt på forhånd, og undersøger nu, hvordan parterne sætter deres priser.

Krænkens indtjening ved en given pris er:

$$\pi_K = \frac{Q_K P_R - Q_R P_K}{(Q_R - Q_K) Q_K} (P_K - C_K)$$

Dette er et anden gradspolynomium i P_K med grenene pegende nedad. Krænkens profit maksimeres derfor, når den afledte $P_K = 0$:

$$\begin{aligned} \frac{\delta \pi_K}{\delta P_K} &= \frac{Q_K P_R - 2 Q_R P_K + Q_R C_K}{(Q_R - Q_K) Q_K} = 0 \\ P_K &= \frac{Q_K P_R}{Q_R} + \frac{C_K}{2} \end{aligned} \tag{3.1}$$

¹¹⁴ Smh. (Tirole, 1988, s. 296), der går mere formelt til værks. Bl.a. definerer han værdien af kvalitetsforskelle. Nærværende analyse gælder stadig uden denne tilføjelse.

Dette er Krænkens prisresponsfunktion. Vi ser straks, at desto større kvalitetsforskel (lille $\frac{Q_K}{Q_R}$), desto lavere priser vil Krænker sætte.¹¹⁵

På tilsvarende vis kan vi finde Rettighedshavers prissætningsstrategi:

$$\pi_R = \left(1 - \frac{P_R - P_K}{Q_R - Q_K}\right)(P_R - C_R)$$

Igen kan den optimale pris findes via førsteordensbetingelsen

$$\frac{\delta\pi_R}{\delta P_R} = 1 - \frac{2P_R - P_K}{Q_R - Q_K} + \frac{C_R}{Q_R - Q_K}$$

Vi ser derfor, at Rettighedshavers prisresponsfunktion er:

$$P_R = \frac{P_K}{2} + \frac{C_R}{2} + \frac{Q_R - Q_K}{2} \quad (3.2)$$

Vi ser, at jo større kvalitetsforskel, desto højere pris vil Rettighedshaver kræve.¹¹⁶

¹¹⁵ Bemærk, at en Krænker ikke rationelt kan sætte en pris, hvis $\frac{Q_K P_R}{Q_R} < \frac{C_K}{2}$, da en virksomhed altid vil vælge en pris der er lig med eller større end marginalomkostningerne. Ellers taber den penge.

¹¹⁶ Bemærk, at hvis vi antager ens marginalomkostninger og ens kvalitet, vil begge parter prissætte sig, så $P=C$, hvilket indebærer fuldstændig priskonkurrence, dvs. Bertrand-konkurrence. Lad os f.eks. indsætte Krænkens responsfunktion i Rettighedshavers: $P_R = \frac{P_R + C}{2} + \frac{C}{2}$, og ganger vi begge sider med 4, får vi, at $4P_R = P_R + 3C$, hvorved det er trivielt at se, at $P_R = C$.