



**Kandidatafhandling**

Cand.Merc.(jur.)

Afleveringsdato: 5. December 2013

**Erstatningsudmåling i patentkrænkelssager - muligheden for  
indførelse af pønale kompensationsbestemmelser i dansk ret.**

English title: Compensation for patent infringements – the possibility of imposing  
punitive damages in Danish patent law.

**Udarbejdet af:**

Oliver Vassard

---

**Vejledere:**

Marie-Louise Holle

Henrik Lando

Antal anslag: 137107

Antal sider: 72

Copenhagen Business School 2013

## **Summary**

The focus on patents by the business community is increasing with a tremendous pace. The number of patent applications and consequently infringement cases has exploded internationally in recent years.

The subject of this thesis concerns the current compensation rules in Danish patent law and whether these are socially optimal.

It is often stated in the legal literature that the level of paid compensations in patent infringement cases in Denmark is low. Firstly the thesis attempts to demonstrate whether this is a plausible assumption by examining the published (UfR) patent infringement cases in Denmark.

Through presenting and analyzing legal economic theories it is attempted to pinpoint which parameters the optimum compensation rules contain from a societal point of view.

The preventive reasons in compensation rules are important. Firstly in order to create incentives for R & D and secondly to push the parties to agree on licensing rather than ending up in an infringement action.

It is demonstrated that the existing liability rules do not sufficiently reflect the preventive reasons. Possible alternatives to the existing compensation rules are suggested and discussed. These provisions have a punitive character and reinforce the preventive reasons.

Inspired by foreign law, a way to implement these alternative compensation provisions into Danish law is introduced.

# Indholdsfortegnelse

Summary.....	2
<b>Indholdsfortegnelse.....</b>	<b>3</b>
<b>1. Problemstilling .....</b>	<b>5</b>
1.1 Præsentation af emne.....	5
1.2 Begrundelse for valg af emne .....	5
1.3 Problemstilling.....	6
1.4 Synsvinkel .....	6
1.5 Metode .....	7
1.5.1 Juridisk metode .....	7
1.5.2 Økonomisk metode .....	8
1.6 Afhandlingens struktur .....	8
1.7 Afgrænsninger .....	9
<b>2. Samlet analyse .....</b>	<b>10</b>
2.1 Gældende regler for erstatning for patentkrænkelser .....	10
2.1.1 Indledning .....	10
2.1.2 Retshåndhævelsesdirektivet.....	11
2.1.3 Dansk ret.....	13
2.1.4 EU's patentdomstol.....	21
2.1.5 Sammenfatning .....	24
2.2 Patentkrænkelser i dansk retspraksis .....	26
2.2.1 Indledning .....	26
2.2.2 Empirisk undersøgelse.....	26
2.2.3 Sammenfatning .....	28
2.3 Erstatningsformer i et retsøkonomisk perspektiv.....	30
2.3.1 Indledning .....	30
2.3.2 Retsøkonomiske teorier i erstatningsretten.....	31
2.3.3 Det samfundsmæssige hensyn .....	35
2.3.4 Gældende kompensationsregler – i et økonomisk perspektiv .....	36
2.3.5 Oppebærer de nuværende bestemmelser den ønskede præventive effekt?.....	42
2.3.6 Sammenfatning .....	43
2.4 Den samfundsmæssigt mest optimale compensation.....	45
2.4.1 Indledning .....	45
2.4.2 Teorier om erstatningsniveauet.....	45
2.4.3 Mulige kompensationsregler – i et økonomisk perspektiv .....	50

2.4.4 Sammenfatning .....	56
<b>2.5 Konsekvenser af stramning af erstatningsbeføjelsen.....</b>	<b>58</b>
2.5.1 Indledning .....	58
2.5.2 Parternes ageren .....	58
2.5.3 Sammenfatning .....	62
<b>2.6 Indarbejdelse af alternative kompensationsregler i dansk ret .....</b>	<b>63</b>
2.6.1 Indledning .....	63
2.6.2 Pønalt bod .....	64
2.6.3 Fratagning af berigelse.....	68
2.6.4 Sammenfatning .....	74
<b>3. Samlet konklusion .....</b>	<b>75</b>
<b>3.1 Konklusion .....</b>	<b>75</b>
<b>3.2 Perspektivering.....</b>	<b>76</b>
<b>Forkortelser .....</b>	<b>77</b>
<b>Litteraturliste .....</b>	<b>77</b>
<b>Anvendte love, retsfor skrifter mv. ....</b>	<b>81</b>
<b>Doms- og afgørelsesregister .....</b>	<b>83</b>
<b>Bilag.....</b>	<b>88</b>

# **1. Problemstilling**

## **1.1 Præsentation af emne**

Vi har i de seneste år set en stigning i antallet af patentkrænkelssager på verdensplan. Vi er i EU ved at indføre en fælles patentdomstol. Kan vi i Danmark holde fast i de erstatningsretlige principper, om at skadelidte ikke må beriges og overkompenseres i krænkelssager, og hvad er egentligt det økonomisk mest optimale fra et samfundsmæssigt synspunkt?

Hensynet til genoprettelse er almindeligt i erstatningsbestemmelser. Indenfor de immaterialretlige discipliner, herunder patentretten, skal et andet hensyn også oppebæres af disse bestemmelser, nemlig præventionshensynet. Der skal herigennem skabes incitament til forskning og udvikling og videreudvikling af produkter.

Domstolene er i mange år blevet kritiseret for ikke at tilkende høje nok erstatninger i patentkrænkelssager. Dette skyldes blandt andet vanskeligheden i at komme med nøjagtige opgørelser af de lidte tab hos skadelidte og dermed en tilbageholdenhed i fastsættelsen af erstatningsniveauet.

En stigning i antallet af patentkrænkelssager kunne tyde på, at man fra skadevolders side kan spekulere i, hvorvidt man vil indgå aftale om licens eller løbe risikoen for at blive opdaget og betale en kompensation til rettighedshaveren. Dette er kun aktuelt, såfremt præventionshensynet i erstatningsreglerne ikke er opfyldt. Om dette er korrekt, og hvordan dette hensyn eventuelt kan tydeliggøres via pønale bestemmelser vil blive analyseret i den følgende afhandling.

## **1.2 Begrundelse for valg af emne**

Det øgede fokus på patentkrænkelssager fra mediernes side, og de enorme summer, der bliver tilkendt i disse sager i USA, vakte først min opsigt. Aktualiteten i emnet omkring patenter er yderst interessant, og patenter kommer formentlig til at spille en større og større rolle i erhvervslivet de næste mange år. Danmark er ved at vedtage en lov om en fælles patentdomstol på EU-plan, hvilket også understreger aktualiteten.

Antallet af patentansøgninger er de seneste år eksploderet <sup>1</sup> og patentkrænkelssagerne må dermed også blive flere.

En undersøgelse af den juridiske litteratur gav et ensrettet billede af, at den udmålte erstatning i patentkrænkelssager generelt set ansås for at være for lav.

Der findes i alle retskulturer forskellige opfattelser af, hvordan erstatning bør tilkendes. I Common Law lande er anvendelsen af pønalt erstatningsudmåling udbredt. Hermed opstod nedenstående problemstilling.

### **1.3 Problemstilling**

1) Hvordan underbygger gældende dansk ret ved erstatning i patentkrænkelssager den skandinaviske tradition med ikke at berige skadelidte?

2) Det er i den juridiske litteratur ofte udtalt, at erstatningsniveauet i patentkrænkelssager er for lavt; kan en gennemgang af domspraksis sandsynliggøre dette?

3) Hvilke bestanddele indeholder den samfundsmæssigt mest optimale kompensationsregel?

4) Hvordan er det muligt juridisk at indføre denne, og vil det medføre, at man må fravige de erstatningsretligt indarbejdede principper i dansk ret?

### **1.4 Synsvinkel**

Afhandlingen benytter en samfundsmæssig synsvinkel. De samfundsmæssige værdiskabende fordele, der ligger i patentbeskyttelsen, består af de produkt- og forbrugsforbedringer, der følger af skabelsen af nye opfindelser. I og med at erstatningsreglerne er afgørende for, om der er incitament til F&U og videreudvikling af produkter og heraf skabelsen af samfundsmæssig værdi, synes det relevant at

---

<sup>1</sup> Se Bilag 2.

<sup>2</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 520 & 524.

<sup>3</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 204.

anskue kompensationsbestemmelserne fra den samfundsmæssigt mest optimale synsvinkel.

Den samfundsmæssigt mest optimale kompensationsregel defineres i det følgende som den erstatningsregel, der giver rettighedshaver og den potentielle krænker det største incitament til at indgå frivillig licens.

## **1.5 Metode**

Afhandlingens teoretiske ramme for den kommende analyse består af økonomiske teorier, der diskuterer, hvad den mest optimale kompensationsregel indenfor patentkrænkelser er. Den juridiske ramme består af danske erstatningsretlige og immaterialretlige love og forarbejder til disse, norsk ret og EU-ret. Der er kun få steder i den juridiske litteratur nævnt muligheden for indførelsen af pønale elementer i immaterialretten, og det er dette område denne afhandlings problemstilling vil behandle.

### **1.5.1 Juridisk metode**

Afhandlingens juridiske del vil forsøge at afklare, hvad gældende ret er for kompensation indenfor patentkrænkelser. Det vil i den juridiske analyse blive gjort ved at benytte den retsdogmatiske metode, hvor der igennem analyse af relevante retskilder, det være sig love, retspraksis, sædvaner, kutymer og forholdets natur, findes frem til, hvad gældende ret er på netop dette område.

Gældende ret vil igennem analysen blive fortolket ud fra en ordlydsfortolkning, bestemmelseernes formål samt udviklingen i retspraksis.

Det vil afslutningsvist blive diskuteret og påvist, hvor alternative kompensationsregler kan indarbejdes i gældende ret.

Patenter er reguleret nationalt, på EU plan og internationalt. Udover de patentretlige love anvendes andre områder af immaterialretten til brug i analysen. Herunder ophavsretten, varemærkeretten mv. I analysen anvendes desuden komparativt Norsk ret, UK law, Tysk ret, Svensk ret og US law. Se afsnittene: Anvendte Love og Retsforskrifter samt Doms- og afgørelsesregister.

### **1.5.2 Økonomisk metode**

Det vil blive forsøgt besvaret, hvad der ud fra retsøkonomiske teorier synes at være den samfundsmæssigt mest optimale kompensationsregel. For at klarlægge dette anvendes en række retsøkonomiske modeller og teorier og følgende vil blive analyseret.

- 1) De økonomisk mest efficiente regler søges klarlagt via Property rule vs. Liability rule. (Calabresi & Melamed, Robert Merger, Louis Kaplow & Steven Shavall).
- 2) Det søges tydeliggjort, hvorvidt en stramning af kompensationsreglerne er nødvendige fra et retsøkonomisk perspektiv, og hvad der er samfundsmæssigt mest optimalt. (Thomas Riis, Howard F. Chang).
- 3) Det vil blive undersøgt, hvordan parterne agerer ved anvendelsen af nuværende og alternative kompensationsregler, og om det præventive hensyn opfyldes. (Schankerman & Schotchmer).

Det skal pointeres, at de anvendte retsøkonomiske teorier kan være begrænsede i deres anvendelse, blandt andet pga. af antagelser om fuld information mv. Teorierne giver trods deres begrænsninger et billede af, hvad den samfundsmæssigt mest optimale kompensationsregel er.

Herudover vil en empirisk undersøgelse af patentkrænkelsessager i Danmark forsøge at belyse sandsynligheden af holdningen i den juridiske litteratur om, at erstatningsniveauet er for lavt. Dette gøres ved at udtrække det samlede beløb af skadelidtes nedlagte påstande og holde det op mod det tilkendte erstatningsbeløb. Tallene er herefter renset for inflation.

### **1.6 Afhandlingens struktur**

Det har vist sig at være naturligt for opgaven, at analysen hele vejen igennem bliver en integreret analyse og ikke skarpt opdelt i en juridisk og økonomisk del. Dette skyldes blandt andet immaterialrettens udformning, hvor mange bestemmelser begrundes med økonomisk argumentation.



Derfor vil analysen i kapitel 2 være en integreret analyse, der er opdelt i afsnit, som gennemgår gældende ret for erstatning af patentkrænkelser, undersøger retspraksis i patentkrænkelsessager, kommer med bud på hvad den samfundsmæssigt mest optimale erstatningsregel er, og på hvorledes denne kunne indarbejdes i dansk ret. I forbindelse med analysen vil andre retsområder komparativt blive inddraget.

## **1.7 Afgrænsninger**

Igennem opgaven afgrænses der for følgende. Se desuden afsnit 3.2 Perspektivering om, hvorledes der kunne arbejdes videre med emnet.

Sanktioner om fjernelse af produkt fra marked og nedlæggelse af forbud, jf. PTL § 59 vil ikke blive behandlet.

Straf, der kan tillægges en patentkrænker jf. PTL § 57, vil ikke indgå i analysen, da det er kompensationsbestemmelserne, der er interessante for denne opgave. Strafsanktionen har således ikke en klar og entydig funktion i retsøkonomisk analyse fra et samfundsmæssigt synspunkt, da denne ofte vil føre til overdeterrence og ikke være incitamentsskabende for videreudvikling af produkter.

Der vil ikke blive gået i dybden med andre immaterialretlige discipliner udover patenter, dog vil ophavsretten, varemærkeretten mv. blive inddraget som fortolkningsbidrag til analysen, hvor dette findes naturligt.

Bestemmelserne i TRIPS vil ikke få en dybere gennemgang og vil ligeledes kun blive inddraget perifært.

Det vil ikke blive uddybet, hvorvidt Patentretten har en økonomisk begrundelse eller ej. Det antages, at det har den, og der analyseres så på, hvilken form for kompensation der er den optimale.

Erstatningsreglerne i §68 i forslaget til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. fremsat 2. Oktober 2013, vil ikke få en dybere analyse, men vil blive inddraget perifært gennem opgaven.

## 2. Samlet analyse

### 2.1 Gældende regler for erstatning for patentkrænkelser

#### 2.1.1 Indledning

Et patent er en beskyttelse af en opfindelse, der medfører, at man i Danmark opnår en eneret til at fremstille og sælge ideen i op til 20 år. Et patent giver ligeledes patenthaveren en ret til at give andre licens til fremstilling og salg.

Såfremt en patenthaver mener, at denne rettighed er blevet krænket, uden forudgående indgået licensaftale, kan han anlægge en krænkelssag ved domstolen. En sådan sag starter som oftest med nedlæggelse af et fogedforbud, og sagen går herefter til domstolene.<sup>2</sup> Fogedforbuddet, og den straf der foreligger for at krænke, vil ikke blive behandlet i denne analyse. Vi har ikke mange siddende i fængslerne pga. patentretlige overtrædelser, og bestemmelsen har derfor ikke den store praktiske betydning. Bestemmelserne om straf finder vi i PTL §57 & 59.

Der vil udelukkende blive set på den kompensation og erstatning som krænkeren bliver pålagt at give til skadelidte, i dette tilfælde rettighedshaveren.

Erstatning for krænkelser af patenter kan ske efter de almindelige erstatningsretlige principper i dansk ret og efter de særlige kompensationsregler, som er at finde i Patentlovens §58. Reglerne står dog hinanden meget nært. I tidligere patentlove henvistes der til ”de almindelige erstatningsprincipper” – se Patentlove fra før 1967. Generelt er erstatning for immaterialretskrænkelser blevet indarbejdet som en underafdeling til den almindelige erstatningsret.<sup>3</sup>

Det fremgår ofte af litteraturen, at den almindelige opfattelse af de immaterialretlige sanktioner ikke har den fornødne styrke. Dette skyldes alt fra bevisproblemer, omkostningsfulde processer, og at sagerne ofte trækkes i langdrag, hvilket er dyrt og omdømmeskadeligt for rettighedshaver. Det oftest anvendte kritikpunkt er, at de tilkendte erstatninger er for lave.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 520 & 524.

<sup>3</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 204.

<sup>4</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 517, 520, 525.

For yderligere information om patenter generelt, herunder: Retserhvervelsen, beskyttelsens indhold, varighed, indskrænkninger mv. henvises til lærebog om Immaterialret.<sup>5</sup> I dette afsnit vil der blive set på de gældende regler vedrørende kompensationen for patentkrænkelser, og det vil blive vurderet, hvorvidt disse regler er forenelige med traditionen om, at skadelidte ikke må beriges i erstatningsretlige sager.

### **2.1.2 Retshåndhævelsesdirektivet**

I et historisk perspektiv er patentloven de seneste år blevet formet af internationale såvel som EU konventioner. Reglerne angående kompensation for patentretlige krænkelser er sidste gang blevet kraftigt revideret med vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder – Retshåndhævelsesdirektivet. Direktivet finder anvendelse på enhver krænkelse af immaterielle rettigheder og vedrører de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.<sup>6</sup>

Direktivets indledende tekst beskriver formålet med indførelsen af de enkelte artikler i direktivet. Kommissionens begrundelse for direktivet var ønsket om at strømline de enkelte landes intellektuelle ejendomsrettigheder til et ensartet højt niveau. Desuden ønsket om at skabe en præventiv effekt overfor krænkelser i hele det indre marked. Herudover vil direktivet ikke stå til hinder for en yderligere skærpelse af de nationale lovgivninger og har altså karakter af et minimumsdirektiv.<sup>7</sup>

Med hensyn til direktivets artikel 13 vedrørende erstatningsniveauet, står der i direktivets indledende bemærkning 26, at der ved udmålingen skal tages hensyn til: ”Rettighedshaverens tab af fortjeneste eller den krænkende parts uberettigede fortjeneste samt i givet fald det ikke-økonomiske tab, der er påført rettighedshaver.”

---

<sup>5</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 207.

<sup>6</sup> Retshåndhævelsesdirektivet, art. 1

<sup>7</sup> Retshåndhævelsesdirektivet, indledende bemærkninger 8, 9, 10, 13

Desuden kan erstatningsudmålingen, såfremt et tab er svært at fastsætte, afgøres efter de gebyrer og afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed. Sidst men ikke mindst åbnes der op for muligheden for at tilkende en erstatning på objektivt grundlag.

Kommissionen har i en sag om parallelimport af lægemidler kommenteret, at compensationen for krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder skal fastsættes i overensstemmelse med de nationale principper om foranstaltninger til økonomisk godtgørelse, forudsat at de er forenelige med fællesskabsretten og international ret, og navnlig at de er forenelige med principperne om ækvivalens, effektivitet og proportionalitet, jf. EF-Domstolens dom C-348/04 (Boehringer II)<sup>8</sup>, præmis 57. Dette betyder, at Retshåndhævelsesdirektivet skal læses og ratificeres under hensyntagen til disse principper.

Retshåndhævelsesdirektivets artikel 13 og 14 omhandler compensation for immaterialretlige krænkelse. Artikel 13 (1) vedrører forsætlige eller uagtsomme krænkelse og artikel 13 (2) giver muligheden for compensation for god tro krænkelse. Dertil giver artikel 14 mulighed for godtgørelse af sagsomkostninger.

### Artikel 13

1.

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

*Når de retslige myndigheder fastsætter erstatningen,*

*a) skal de tage hensyn til alle relevante aspekter, såsom negative økonomiske konsekvenser, herunder tabt fortjeneste, som den forurettede har lidt, den krænkende parts uberettigede fortjeneste, og, når det er hensigtsmæssigt, andre elementer end de*

---

<sup>8</sup> *Boehringer II*, sag C-348/04, *Boehringer Ingelheim KG and Others v Swingward Ltd and Dowelhurst Ltd.*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 26 April 2007.

*økonomiske, f.eks. den ikke-økonomiske skade, rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen*

*b) eller de kan, som et alternativ til litra a), når det er hensigtsmæssigt, fastsætte erstatningen til et fast beløb på grundlag af elementer, der som minimum svarer til størrelsen af de gebyrer eller afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed.*

2.

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

### **2.1.3 Dansk ret**

Indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivets art. 13 har været medvirkende til at strømline reglerne indenfor immaterielrettighederne og dermed også Patentloven, således at grundreglen om erstatning er enslydende i PTL §58, OPHL §83, VML §43, stk. 1-3:<sup>9</sup>

*“Den, som forsætligt eller uagtsomt begår patentindgreb, skal betale*

*1) et rimeligt vederlag til den forurettede for udnyttelsen og*

*2) en erstatning til den forurettede for den yderligere skade, som overtrædelsen har medført.*

*Stk. 2. Ved fastsættelse af erstatning efter stk. 1, nr. 2, skal der tages hensyn til bl.a. den forurettedes tabte fortjeneste og krænkerens uberettigede fortjeneste.*

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

---

<sup>9</sup> Patentloven, Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 108.

### ***Kompensation PTL §58***

Erstatning indenfor patenter adskiller sig på nogen områder fra den gængse erstatningsret udenfor kontrakt, men tager de samtidig hensyn til traditionen om, at skadelidte ikke må beriges i erstatningssager? Dette vil blive gennemgået nedenfor.<sup>10</sup>

### **Subjektive og objektive betingelser**

Som det ses i PTL §58 er det et krav for, at der kan opnås erstatning for en krænkelse, at der er handlet forsætligt eller uagtsomt. Dansk rets almindelige culpagrundsætning er altså nedskrevet i selve lovtæksten. Yderligere om de subjektive og objektive betingelser indenfor erstatning henvises der til Lærebog i erstatningsret.<sup>11</sup> Der ligger i patentretten en sondring mellem de registrerede patenter og patenter der er undervejs. Hertil skal det siges, at en erhvervsdrivende forventes, at undersøge om et produkt er patenteret og generelt udvise en vis agtpågivenhed.<sup>12</sup> Derfor ses det ikke ofte, at der statueres god tro fra domstolenes side.<sup>13</sup> Herudover skal betingelserne om årsagssammenhæng og adækvans være tilstede. Vanskelighederne opstår, når der skal dokumenteres årsagssammenhæng mellem krænkelsen og tabets størrelse, hvilket kan være den primære årsag til de mange nedsættelser af erstatningskravet, se herom afsnit 2.2.

Fra Retshåndhævelsesdirektivet, fremgår det af art. 10, stk. 3, at proportionalitetshensynet gennemføres. I modsætning til den tidligere affattelse af § 59 betyder dette, at retten vil kunne træffe foranstaltninger over for personer i god tro, dog under hensyntagen til forholdet mellem krænkelsens omfang, de beordrede

---

<sup>10</sup> For dyberegående gennemgang se: Schovsbo og Rosenmeier, 2008, kap. 8. Andersen, Carlquist og Rubinstein, 2006, kap. 12. Skovbo, 2006, Nye regler om godtgørelse og erstatning for produktetfærligheder i Danmark – er området i udvikling?

<sup>11</sup> Eyben og Isager, 2011, s. 83.

<sup>12</sup> Andersen, Carlquist og Rubinstein, 2006, side 426

<sup>13</sup> Til undtagelse se: U.2007.1112.H, Coop Norden A/S og Natex of Scandinavia A/S mod Bestseller A/S., H.D. 30. januar 2007 i sag 67/2006 (2. afd.).

retsmidler og tredjemands interesser, herunder navnlig forbrugere og privatpersoner, der har handlet i god tro.

Det kan ydermere tilføjes, at der for at ifalde straf for krænkelse af et patent kræves en forsætligt handling jf. PTL §57. Dette vil ikke blive behandlet dybere i den følgende analyse.

Erstatningen kan tilkendes efter 3 parametre jf. PTL §58:

- 1) Rimeligt vederlag
- 2) Yderligere skade
- 3) Ikke-økonomisk skade

Ad 1)

Rimeligt vederlag

Ved rimeligt vederlag forstås den mistede licens som rettighedshaveren kunne have opnået ved indgåelse af aftale om udnyttelse af det patenterede. Krænkeren skal altid og som minimum betale en passende licensafgift til rettighedshaver, uanset om der ikke kan dokumenteres noget egentligt tab. Udgangspunktet er et beløb som rettighedshaveren med rimelighed kunne have forlangt for udnyttelsen af patentet, selvom rettighedshaveren aldrig villet have tilladt krænkeren at få licens til udnyttelse.<sup>14</sup>

Der lægges ikke ved udmålingen af rimeligt vederlag vægt på krænkerens fortjeneste, men det er derimod blevet muligt at tage hensyn til denne ved erstatningsudmålingen. Hvis rettighedshaveren tilkendes rimeligt vederlag, kan der kun kræves erstatning for afsætningstab, markedsforstyrrelser og andre tab, såfremt dette tab overstiger det rimelige vederlag.<sup>15</sup> Ved vurdering af størrelsen på det rimelige vederlag har det været fremsat, at der kan være mulighed for at benytte Købelovens §5, således at

---

<sup>14</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 207.

<sup>15</sup> Andersen, Carlquist og Rubinstein, 2006, side 449.

vurderingen kan tage sit udgangspunkt i rettighedshaverens forlangende.<sup>16</sup> Dette virker dog ikke til at være hjemlet. I lovforslaget til implementering af Retshåndhævelsesdirektivet<sup>17</sup> fastslås det også, at det rimelige vederlag skal fastsættes til det vederlag, royalty eller honorar, som rettighedshaver ville have opnået, hvis denne havde indgået en aftale med krænkeren.<sup>18</sup> Bevisførelsen for dette er dog oftest ret kompliceret for rettighedshaver, og derfor er det tilkendte beløb ofte lavere end det påståede.

Fra retspraksis U.2001/747.H<sup>19</sup> ser vi, at når der gives erstatning for afsætningstab og markedsforstyrrelse kan der ikke herudover kræves rimeligt vederlag. Det ses derfor ofte i praksis, at der udmåles kompensation efter de almindelige erstatningsretlige regler, da der er stor chance for at afsætningstabet overstiger det rimelige vederlag. Begge dele kan ikke tilkendes, da det ville medføre dobbeltkompensation, hvilket der ikke er hjemmel til.<sup>20</sup>

Ad 2)

Yderligere skade

Dette betyder, at såfremt rettighedshaver modtager rimeligt vederlag har denne adgang til at kræve erstatning yderligere skade, dog således at der ikke opnås dobbeltkompensation.

Udmålingen af erstatningen foretages på baggrund af:

---

<sup>16</sup> Skovbo, 2006, Nye regler om godtgørelse og erstatning for produktefterligninger i Danmark – er området i udvikling?, s. 128.

<sup>17</sup> Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv. (Retshåndhævelsesdirektivet) KOM(2003) 46 endelig 2003/0024 (COD).

<sup>18</sup> Det menes dog, at der er hjemlet til dette ifølge; Møgelvang-Hansen, Peter og Riis, Thomas, 2001, Føgedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser. Festskrift til Bernhard Gomard, s. 195.

<sup>19</sup> U.2001.747.H, 1) Peter Opsvik, 2) Stokke Fabrikker A/S og 3) Stokke Danmark ApS mod Tvilum Møbelfabrik A/S, H.D. 5. januar 2001 i sag II 352/1999.

<sup>20</sup> Skovbo, 2006, Nye regler om godtgørelse og erstatning for produktefterligninger i Danmark – er området i udvikling?, s. 128.



- a) afsætningstab
- b) krænkerens uberettigede fortjeneste
- c) markedsforstyrrelser
- d) interne tab

a) Afsætningstab

Afsætningstab er det tab rettighedshaveren får, såfremt han sælger færre produkter som en følge af patentkrænkelsen. Der skal her foretages en vurdering af, om det krænkende produkt kan substituere originalen, og hvorvidt tabet kan henføres til krænkelsen og ikke skyldes loyal konkurrence.<sup>21</sup> Det krænkende produkt skal altså have fortrængt originalproduktet fra markedet. Vurderingen af markedsfortrængning er kompliceret, da der indgår mange elementer i en sådan opgørelse. Det er rettighedshaver, der bærer bevisbyrden og skal dokumentere disse tab samt føre bevis for årsagssammenhængen mellem den skadevoldende handling, krænkelsen og den indtrufne skade. Beviset er ikke svært mellem krænkelsen og den indtrufne skade, da dette er en naturlig følge af at sende et kopiproduct på markedet. Det bliver først besværligt, når krænkelsens indflydelse på tabets størrelse skal opgøres. Det er næsten umuligt for rettighedshaver at føre bevis for et vist niveau af salg frem til krænkelsen, en nedgang i salg frem til fagedforbud og herefter en stigning i salg efter nedlæggelse af fagedforbud. Et hvilket som helst produkt bliver præget af mange faktorer i markedet, eksempelvis konjunkturer, markedsføring, distribution, efterspørgsel og trends, hvilket vanskeliggør bevisførelsen betydeligt. Som det ofte fremgår af den juridiske litteratur resulterer dette i lave tilkendte erstatninger.<sup>22</sup>

b) Krænkerens uberettigede fortjeneste

Krænkerens uberettigede fortjeneste er omtalt i bemærkningerne til lovforslag om Retshåndhævelsesdirektivet.<sup>23</sup> I overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivet

---

<sup>21</sup> Andersen, Carlquist og Rubinstein, 2006, side 464

<sup>22</sup> Skovbo, 2006, Nye regler om godtgørelse og erstatning for produkt efterligninger i Danmark – er området i udvikling?, s. 130.

<sup>23</sup> Forslag til lov om ændring af patentloven, ophavsretsloven med flere love. LFV 2005-12-15 nr. 48. Implementering af EF-direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder, s. 5, nr. (2).

indeholder art. 13, stk. 1, litra a) en opremsning af de kriterier, der skal indgå i fastsættelsen af erstatningen. Muligheden for at tage hensyn til den krænkende parts uberettigede fortjeneste afviger fra de almindelige erstatningsretlige principper i dansk ret og kan indebære, at rettighedshaveren i visse tilfælde tilkendes en større erstatning end det lidte tab. Muligheden for at tillægge krænkerens fortjeneste betydning giver retten adgang til en friere vurdering ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse. Dette bør udøves, såfremt der er fuldstændig substitution mellem originalproduktet og krænkerens produkt. Hvorvidt at rettighedshaver kan opnå en erstatning der overstiger det lidte tab står altså nogenlunde tydeligt i forarbejderne. Økonomi og erhvervsministeren har som svar på spørgsmål L 48, spørgsmål 4 stillet d. 14.12.2005 udtalt, at: *”muligheden for at tage hensyn til den krænkende parts uberettigede fortjeneste er nyt i forhold til erstatningsretlige principper i dansk ret. Det fremgår desuden af bemærkningerne at, retten formentlig vil fastsætte den samlede erstatning ud fra skønmæssige betragtninger, hvori krænkerens fortjeneste indgår som et element i beregningen. Muligheden for også at lægge vægt på krænkerens fortjeneste giver således retten adgang til en friere vurdering ved fastsættelsen af det lidte tab og dermed erstatningens størrelse. Det er ikke med forslaget tilsigtet en compensation udover det af rettighedshaver lidte tab.”*<sup>24</sup>

Ud fra denne betragtning har reglerne kun til hensigt at opjustere erstatningsniveauet. Der har ikke siden indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet i Patentloven været taget stilling til krænkerens gevinst ved opgørelsen af erstatningsniveauet i patentkrænkelssager.

I nogen tilfælde er krænkerens produkt af en langt ringere kvalitet og dermed billigere pris end originalproduktet, og den uberettigede gevinst bør i disse tilfælde ikke have den store opmærksomhed i forbindelse med erstatningsudmålingen.

### c) Markedsforstyrrelser

Vurderingen af, hvorvidt der er sket markedsforstyrrelser indenfor patentområdet, er rimelig simpel. Såfremt der er markedsført et kopiprodukt, vil der være tale om en markedsforstyrrelse. Alt efter hvor længe produktet har været i markedet, hvordan det er blevet markedsført, og hvilken kvalitet det har haft, kan det have skadet

---

<sup>24</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 537

originalproduktet betydeligt. Det kan være omkostningsfuldt for rettighedshaveren at genopbygge tillid til originalproduktet og derfor er der adgang til at kræve erstatning for markedsforstyrrelser. Af U.2001.2387.SH<sup>25</sup> fremgår det at kravene til bevisførelsen om, hvorvidt der er sket en markedsforstyrrelse, ikke er omfattende. Desuden udtaler retten, at det ikke er en betingelse, at rettighedshaveren kan dokumentere et afsætningstab for at opnå erstatning for markedsforstyrrelser.

Der, hvor der kan opstå et problem er igen ved udmålingen af erstatningen af den pågældende markedsforstyrrelse. Jo mere sammenlignelige produkterne er i forhold til pris og kvalitet med videre, des højere bliver erstatningen.<sup>26</sup> Det lykkedes i U.2007.1219.H<sup>27</sup> at føre bevis for markedsforstyrrelse og opnå en erstatning på 300.000 kroner for belastning af patenthavers position på markedet.<sup>28</sup>

#### d) Interne tab

Der er her tale om udgifter til konstatering af, at der er sket en krænkelse af rettighedshavers patent. Igen skal der være årsagssammenhæng mellem udgifterne og krænkelsen. Der kan være tale om udgifter til prøvekøb, tekniske undersøgelser mv.<sup>29</sup>

Afslutningsvis viser det sig ofte, at domstolen vurderer den samlede erstatning ud fra et skøn. Et skøn, hvor der skal tages stilling til bevisførelsen af rettighedshavers påstande. Som påvist i denne afhandlings afsnit 2.2 er domstolene sjældent involveret i patentkrænkelsessager, og de gange de er, udtaler de sig ikke om det skønsgrundlag

---

<sup>25</sup> U.2001.2387.SH, Munthe plus Simonsen A/ mod Blues A/S, S.H.D. 10. august 2001 i sag V 89/00.

<sup>26</sup> Skovbo, 2006, Nye regler om godtgørelse og erstatning for produkt efterligninger i Danmark – er området i udvikling?, s. 134.

<sup>27</sup> U.2007.1219.H, opfinder havde ret til erstatning for markedsforstyrrelse og godtgørelse svarende til passende licensafgift for patentkrænkelser, POMI ApS og Breum Maskinstation ved Bent Jensen mod Ebbe Korsgaard. Biintervenienter til støtte for Breum Maskinstation: Hvornum Maskinstation ved Poul Højbjerg og en række andre maskinstationer, H.D. 8. februar 2007.

<sup>28</sup> Andersen, Carlquist og Rubinstein, 2006, s. 477

<sup>29</sup> Ibid, s. 482

erstatningen er udmålt ud fra. Dette ville ellers gøre bevisførelsen lettere for rettighedshaver, da denne kunne lave en vurdering af, hvorledes bevisførelsen burde vægtes.

Ad 3)

Ikke-økonomisk skade

Der er ved ikke-økonomisk skade tale om en særlig form for godtgørelse, som kan tilkendes ved krænkelse af patentet. Denne er omtalt i forarbejderne til lovforslag om retshåndhævelsesdirektivet.<sup>30</sup> Der fandtes ikke tidligere særlig hjemmel til at give godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Godtgørelsen er ikke en del af den almindelige tabserstatning. Denne bestemmelse giver således den krænkede part ret til økonomisk kompensation for den ideelle skade, som krænkelsen måtte have medført. Muligheden for at tage hensyn til den ikke-økonomiske skade medfører, at der vil kunne ydes godtgørelse i de tilfælde, hvor kopiprodukter er af så ringe kvalitet, at disse anses for skadelige for indehaveren af et patent i ideel henseende. Rettighedshaveren behøver altså ikke at have lidt et egentlig økonomisk tab for at få tilkendt godtgørelsen og udmålingen sker efter skøn. Ikke-økonomisk skade kan efter indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet pålægges juridiske såvel som fysiske personer.

Der har som oftest ikke været tale om erstatning for ikke-økonomisk skade i andre sager end ophavsretlige sager.<sup>31</sup> Det er med indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet og de dermed strømlinede erstatningsparagraffer i immaterialretten interessant at se på, hvorledes dette vil få konsekvenser ved udmålingen af erstatningen i patentkrænkelser. Domstolene har endnu ikke haft mulighed for at behandle området mht. Patentkrænkelser.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Forslag til lov om ændring af patentloven, ophavsretsloven med flere love. LFV 2005-12-15 nr. 48. Implementering af EF-direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder., s. 5, nr. (3).

<sup>31</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 538

<sup>32</sup> Se dog U 2007 1219 H, opfinder havde ret til erstatning for markedsforstyrrelse og godtgørelse svarende til passende licensafgift i anledning af patentkrænkelser, men ikke tilkendt efter ikke-økonomisk skade, H.D. 8. februar 2007.

Sondringen mellem økonomisk og ikke-økonomisk skade er interessant fordi ikke-økonomisk skade som oftest betegnes som en godtgørelse, og økonomisk skade hører til normen, at rettighedshaver kan kræve erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Det der betyder noget er, at ikke-økonomisk skade kun kræves, såfremt det er hjemlet i lovgivning eller i en klar analogi.<sup>33</sup> Der hvor dette bliver interessant, er når Ringnes<sup>34</sup> taler om muligheden for et pønalt element i den ikke-økonomiske skade. Mere om dette i denne analyses afsnit 2.6 – Indførelsen af alternative kompensationsregler i dansk ret.

#### **2.1.4 EU's patentdomstol**

Effektivisering af patentretssagerne er et yndet emne i den juridiske litteratur. Det er især procesomkostningerne, der er ved at føre en patentretssag, der har været genstand for diskussioner. Disse omkostninger er betydelige især for små- og mellemstore virksomheder som ofte vil have svært ved at finansiere sådanne sager, selvom de har udsigt til at vinde dem. Tvungne forsikringsordninger har været fremme som bud på, hvordan dette problem kunne løses.<sup>35</sup>

Herudover er udtagelse af patenter en bekostelig affære, da disse skal udtages i de enkelte lande.

Lovforslaget til aftale om en fælles patentdomstol<sup>36</sup> skal tilvejebringe hjemmel til, at Danmark tiltræder en ændring af Den Europæiske Patentkonvention (herefter benævnt EPK). Danmarks tiltrædelse af konventionen skete under iagttagelse af reglerne i grundlovens § 20, idet EPK tillægger Den Europæiske Patentmyndighed (herefter benævnt EPO) kompetence til at udstede patenter med gyldighed i Danmark på lige

---

<sup>33</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 177

<sup>34</sup> Ringnes, 2005, s. 1

<sup>35</sup> For eksempler på diskussionen se: Patentdirektoratet. 1999. Håndhævelse af patentrettigheder. *Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende håndhævelse af patentrettigheder*. April 1999, s. 12 & 17.

<sup>36</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013.

fod med patenter udstedt af den danske patentmyndighed.<sup>37</sup> Danmark overgiver, såfremt lovforslaget bliver vedtaget, suverænitet til den fælles patentdomstol, som herefter kan træffe afgørelser i patentkrænkelsessager mm. Herunder er kort beskrevet, hvilke konsekvenser det vil få for erstatningsudmålingen af patentkrænkelser, og hvorledes fuldbyrdelsen af en afgørelse kommer til at forløbe.

Krænkelsesspørgsmålet skal vurderes ud fra et fælles lovgrundlag. Ved behandling af en sag, der forelægges i henhold til aftalen om en fælles patentdomstol, træffer domstolen sine afgørelser på baggrund af:<sup>38</sup>

- a) EU-retten, herunder forordning (EU) nr. 1257/2012 og forordning (EU) nr. 1260/2012
- b) Aftalen om en fælles patentdomstol.
- c) EPK
- d) Andre internationale aftaler, der finder anvendelse på patenter og er bindende for alle de kontraherende medlemsstater.
- e) National ret.

Tilkendelse af erstatning er hjemlet i aftalens art. 68<sup>39</sup> og ovenstående nævnte retskilder kan følgelig bruges i afgørelsen og udmålingen af krænkelsesspørgsmål:

*1. Domstolen skal på begæring af den forurettede part pålægge krænkeren, der vidste eller med rimelighed burde vide, at hans aktiviteter medførte en patentkrænkelse, at betale den forurettede en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, denne har lidt som følge af krænkelsen.*

---

<sup>37</sup> Lov 2006-06-08 nr. 546 om ændring af patentloven. (Ratifikation af ændringer i den europæiske patentkonvention)

<sup>38</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013, art. 24.

<sup>39</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013., art. 68

2. Den forurettede part skal så vidt muligt stilles, som hvis krænkelsen ikke havde fundet sted. Krænkeren skal fralægge sig sin berigelse. Erstatningen har dog ikke karakter af straf.

3. Når domstolen fastsætter erstatningen:

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

b) kan den, som et alternativ til litra a), når det er hensigtsmæssigt, fastsætte erstatningen til et fast beløb på grundlag af elementer, der som minimum svarer til størrelsen af de gebyrer eller afgifter, som krænkeren skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende det pågældende patent.

4. I sager, hvor krænkeren har krænkert patentet uden at vide det eller uden at have rimelig grund til at vide det, kan domstolen træffe beslutning om tilbagebetaling af et overskud eller om betaling af en kompensation.

De grundlæggende elementer er de samme som dem vi kender fra PTL §58 og Retshåndhævelsesdirektivets art. 13.

Art. 68, stk. 1, omhandler forsætlig/uagtsomhed og proportionalitetshensynet. Stk. 3a, nævner den yderligere skade, herunder markedsforstyrrelser og krænkerens uberettigede gevinst og den ikke-økonomiske skade. Stk. 3b, muligheden for at fastsætte et rimeligt vederlag. Stk. 4, muligheden for domstolen for at fastsætte en kompensation, selvom krænker var i god tro. Alt sammen noget vi kender i forvejen.

Det bliver dog en smule interessant med art. 68, stk. 2 der nævner: ”Krænkeren skal fralægge sig sin berigelse. Erstatningen har dog ikke karakter af straf.”

Dette er ikke førhen set i noget regelsæt og er med sikkerhed et nyt tiltag. Mere om fortolkningen af denne lovtekst i denne afhandlings afsnit 2.6.

I udkastet til Forslag til Lov om Danmarks ratifikation af Aftale om en fælles patentdomstol<sup>40</sup> mv. fremgår det desuden at:

- Lovforslaget ændrer PTL §57 vedrørende straf til også at omhandle Europæiske patenter.
- Lovforslaget ændrer ikke på PTL §58.
- Afgørelser og kendelser fra patentdomstolen kan fuldbyrdes i Danmark ved en skriftlig anmodning til fogedretten og fuldbyrdelsen sker efter retsplejeloven. En ændring af Retsplejeloven er her nødvendig for at give den fælles patentdomstol saglig kompetence frem for danske domstole.

### **2.1.5 Sammenfatning**

Ved indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet i dansk ret forlod man et gammelt erstatningsretligt princip om, at skadelidte ikke må tilkendes erstatning for andet end sit lidte tab, men at der også ved domsudmålingen skal tages hensyn til krænkerens eventuelle opnåede berigelse. Rimeligt vederlag for udnyttelsen er en videreførelse af de principper, der kom med PTL fra 1967, hvorimod udmålingen for en erstatning for yderligere skade er en nyskabelse. Ligeledes er indførelsen af muligheden for godtgørelse for ikke-økonomisk skade et nyt tiltag der kom med Retshåndhævelsesdirektivet.

Indførelsen af EU's patentdomstol vil såfremt denne bliver aktuel ikke have indflydelse på de nationale patentretlige erstatningsbestemmelser. Der kan dog være tale om en interessant åbning i aftalens egen erstatningsbestemmelse (art. 68) vedrørende fratagelse af krænkerens berigelse.

Grundlæggende gælder det altså for de patentretlige erstatningsregler, at de udover genoprettelseshensynet er til for at skabe incitament til forskning og udvikling, videreudvikling, kompensation for eventuelle krænkelser samt oppebære en præventiv effekt.

---

<sup>40</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013.



Det vurderes desuden, at de gældende regler oppebærer hensynet til at skadelidte efter de erstatningsretlige principper ikke må beriges ved en erstatningssag.

Ser vi bort fra de strafferetlige bestemmelser, som har ingen eller meget lille betydning, og udelukkende holder fokus på erstatningen, er spørgsmålet så om den nuværende lovgivning har den ønskede præventive effekt, samt om den kompenserer rettighedshaver tilstrækkeligt?

## 2.2 Patentkrænkelser i dansk retspraksis

### 2.2.1 Indledning

Det er ingen steder nævnt i litteraturen i Skandinavisk immaterialret, at erstatningerne er for høje. Det er en almen opfattelse, at de tilkendte erstatninger er for lave. Hvilket såfremt det er tilfældet, umiddelbart betyder, at en potentiel skadevolder i nogen tilfælde vil have incitament til at krænke og ikke indgå aftale om licens.<sup>41</sup> Hvorvidt retspraksis i patentkrænkelssager stemmer overens med den almene opfattelse i litteraturen gennemgås i det følgende.

### 2.2.2 Empirisk undersøgelse

Ved at foretage en søgning på UfR med ordene ”erstatning ”” patent” (nærhedsprincippet ophævet) er der fremkommet 21 sager vedrørende patentkrænkelser tilbage til året 1920. En UfR søgning giver ikke en udtømmende liste over patentkrænkelssagerne i Danmark, men giver et retvisende billede af, hvorledes patentkrænkelssager er blevet afgjort.

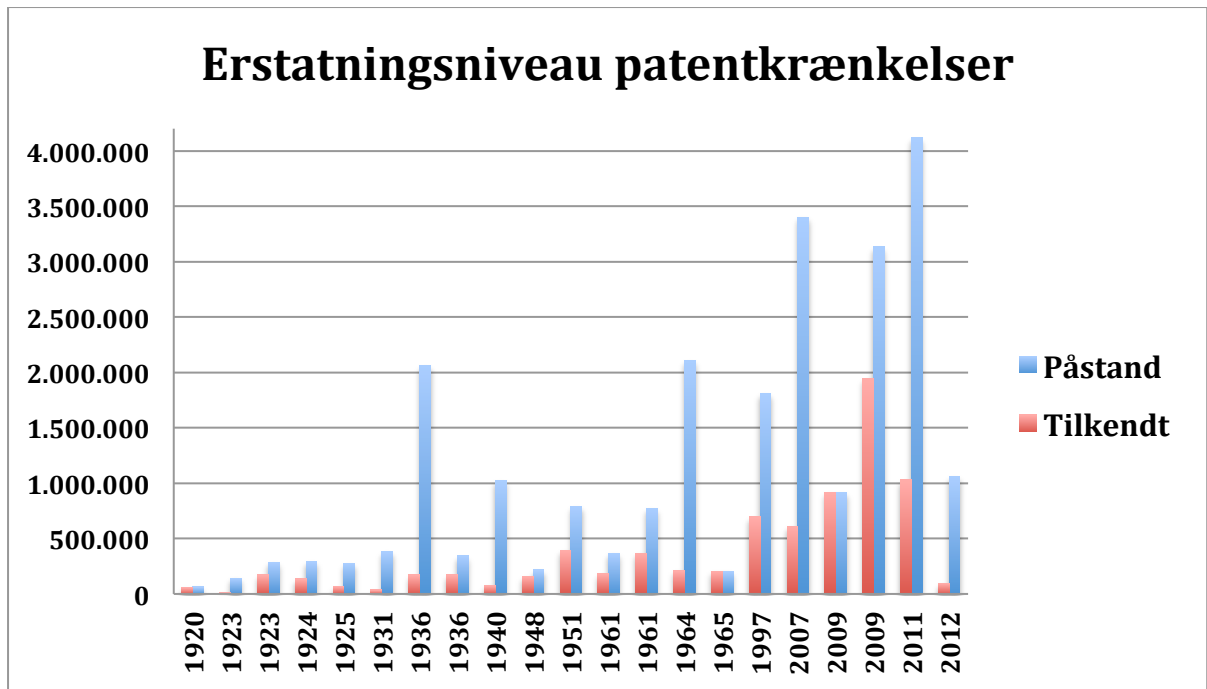
Sagerne er alle patentkrænkelssager. Kun de sager der er afgjort til rettighedshavers fordel er inkluderet i datasættet. Rettighedshavers påstand om samlet erstatning i x antal kroner, og domstolens fastsættelse af erstatningen er udtaget fra hver dom og rensat for inflation.<sup>42</sup> Kompensationsbeløbet er opgjort som det samlede beløb der tilkendes rettighedshaveren, hvilket betyder erstatning, rimeligt vederlag og godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Renter og straf er ikke iberegnet kompensationsbeløbet. Tallene er rensat for inflation via forbrugerprisindekset og inflationsberegneren på OldMoney.dk<sup>43</sup> og vist herunder i kroneværdien for 2013. Se ydermere denne afhandlings Bilag 2 for yderligere information vedrørende de udvalgte domme.

---

<sup>41</sup> Riis, Thomas. 2005. Kompensation for ophavsretskrænkelser – Økonomiske aspekter.

<sup>42</sup> Se bilag 2 for oversigt over domme og tal der er anvendt.

<sup>43</sup> [www.oldmoney.dk](http://www.oldmoney.dk)



Figur 1 – Erstatningsniveau patentkrænkelser fra 1920 – 2013.

Grundet det forholdsvis snævre datasæt er det svært, at foretage en vurdering af om det generelle erstatningsniveau i Danmark er stigende eller det blot er forskelligheden i de enkelte sager, der giver diversiteten i grafen. Der er stor forskel på, hvad sagerne drejer sig om, og hvem der er parter i sagerne. Hvilket selvfølgelig giver sig til kende ved den udmålte erstatning. Det bør ikke konkluderes ud fra dette snævre datasæt, at erstatningsniveauet er steget, men nærmere at det patentretlige område har fået betydeligt mere opmærksomhed i forretningsmæssige sammenhænge og derigennem en måske højere værdi, hvilket betyder, at det selvfølgelig skal have et øget fokus fra lovgivers side.

Det der især er interessant her, er den konstante forskel mellem rettighedshavers påstand og den tilkendte erstatning. Den tilkendte erstatning ligger i langt de fleste tilfælde langt under, hvad rettighedshaver mener at være berettiget til. Den bevisførelse som rettighedshaver skal føre og ligge til grund for det forlangte beløb er både tidskrævende, besværlig og omkostningsfuld. I 18 ud af de 21 sager ligger erstatningsniveauet betydeligt under det påståede.

I 2006 kom Retshåndhævelsesdirektivet, hvor ønsket netop var en forøgelse af den compensation rettighedshaver opnår. Hvis vi ser på erstatningsniveauet de seneste 7

år kunne det tyde på en forøgelse. Men, det er svært at sige ud fra 5 domme. Det der skulle gøre en forskel var, at der nu er mulighed for ved erstatningsudmålingen at tage hensyn til krænkerens opnåede gevinst. Dette har ikke været omtalt i erstatningsudmålingen på nogen af de undersøgte patentkrænkelsessager fra efter 2007. Det skal her siges, at krænkelsen skal være sket efter direktivet er trådt i kraft før de nye bestemmelser kan bringes i brug. Et yderligere problem ses, når det ikke ofte sker, at domstolene adskiller på hvilket grundlag erstatningen er udmålt, men blot angiver et samlet beløb. Dette er også blevet anfægtet i en rapport fra EU, der bl.a. analyserer på konsekvenserne af Retshåndhævelsesdirektivet.<sup>44</sup>

Det er ikke muligt at se, hvor ofte der indgås forlig i patentkrænkelsessagerne, men det må antages, at det ofte sker, pga. de komplicerede bevisførelser for rettighedshaver der hidrører erstatningsudmålingen. En undersøgelse af, hvor ofte patentstridigheder ender i forlig kunne være interessant, da det ville være med til at tydeliggøre vurderingen om, hvorvidt det bedre kan betale sig at krænke end indgå licens. Det må antages, at rettighedshaver på grund af de betydelige omkostninger der ligger i bevisførelsen, vil have en hvis form for incitament til at indgå forlig ved krænkelsesspørgsmål. Dette er lige netop tilfældet i for eksempel amerikanske patentkrænkelsessager. I 2012 endte 4 ud af 5 sager uafsluttede.<sup>45</sup>

En yderligere kommentar til datasættet er det mærkværdige spring eller ”pause” i patentkrænkelsessagerne der er fra 1965 – 1997. Det har ikke været muligt at finde en umiddelbar grund til dette, men det kunne være spændende med en dyberegående undersøgelse af, hvorfor dette er tilfældet.

### **2.2.3 Sammenfatning**

Generelt kan man sige om patentkrænkelsessager, at de er så fåtallige i dansk retspraksis, at det er svært for domstolene, at opnå en rutine i afgørelsen af sagerne.

---

<sup>44</sup> European observatory on counterfeiting and piracy, 2011, Damages in intellectual property rights. Civil Damages in Intellectual Property Rights Cases, s. 11.

<sup>45</sup> Se bilag 1.

Dette kunne tyde på, at der kunne være behov for yderligere specialisering. Denne mening deler blandt andet Schovsbo og Rosenmeier.<sup>46</sup> Desuden kunne dette være endnu et betydeligt argument for, at etableringen af en fælles patentdomstol ville være gavnligt.

Endelig er det ud fra de gennemgåede domme sandsynliggjort, at det der fremgår om erstatningsniveauet i den juridiske litteratur er korrekt. Den tilkendte erstatning er oftest meget lavere, end det beløb rettighedshaver mener at være berettiget til.

---

<sup>46</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 519

## 2.3 Erstatningsformer i et retsøkonomisk perspektiv

### 2.3.1 Indledning

Hvorvidt patentretten har sin berettigelse eller ej fra et økonomisk synspunkt har været diskuteret mangt og meget gennem de sidste 100 år. Forskellige teoretikere er kommet med modsatrettede teorier og konklusioner. Grundstenen i diskussionen ligger i, hvorvidt patentretten skaber incitament til opfindelser eller ej. Her mener kritikere, at de fleste opfindelser ville blive skabt, selvom patentretten ikke eksisterede. Desuden påpeges det, at der kan forekomme en fejlagtig allokering af ressourcer, da beskyttelsen giver incitament til at skabe opfindelser ud fra et økonomisk optimerende og ikke et samfundsmæssigt gavnligt perspektiv.<sup>47</sup> Dette vil ikke blive behandlet nærmere i denne analyse, og det antages, at der er en incitamentsskabende nødvendighed i eksistensen af patentretten.

I nyere litteratur ses det også, at der ikke længere gøres forsøg på at udrede patentrettens eksistentielle grundlag, men at der fokuseres på sekundære problemer såsom, hvorledes patentrettens samfundsmæssige omkostninger kan mindskes.<sup>48</sup> De åbenlyse samfundsmæssige fordele, der ligger i patentretten, er den øgede produktivitet og incitamentet, til at forbedre forbrugsgoder.

Erstatning siges, at tjene to primære formål. For det første er der tale om en genoprettende funktion og for det andet en præventiv funktion. Erstatning har sit eksistensgrundlag i den garanti en rettighedshaver opnår ved et patent. Fra de skandinaviske erstatningsretlige principper ved vi, at genoprettelsesprincippet dækker over, at skadelidte skal stilles, som om skaden ikke var sket. Hvorimod erstatningsbeføjelsens præventive funktion skal forklares med skadevolders forhold og dennes incitament til at indgå licens fremfor at krænke.

Generelt set har vi de senere år set en styrkelse i den patentretlige beskyttelse.<sup>49</sup> Dette begrundes fra et politisk synspunkt i incitamentet til at beskytte virksomhedernes investeringer til frembringelser. På kort sigt må dette umiddelbart siges at kunne

---

<sup>47</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 28

<sup>48</sup> Ibid, s. 31

<sup>49</sup> Denne afhandlings afsnit 2.1

komme i strid med det formål, der ligger i konkurrenceretten, og tanken om at øget konkurrence er godt rent samfundsmæssigt. Spørgsmålet er om denne udvidede beskyttelse på længere sigt vil gavne samfundsmæssigt. Det antages i den følgende analyse at være tilfældet, at den yderligere beskyttelse og erstatning er med til at øge produktiviteten og forbedringen af forbrugsgoder og herigennem altså vil give samfundsmæssige fordele.

Opsummerende fra afsnit 2.1.5 skal der tages hensyn til incitamentet til forskning og udvikling og videreudvikling og de omkostninger, der er i forbindelse med dette. Det skal altså gøres muligt, at videreudvikle produkter til gavn for samfundet. Der må ikke skabes incitament til en skyd-først-spørg-bagefter mentalitet.

Økonomisk teori forholder sig ikke til omfordeling af værdier, hvilket i princippet er det, der sker, når tabet går fra skadelidte til skadevolder. Derfor er erstatningsbeføjelsen ud fra en økonomisk opfattelse snævert knyttet til præventionshensynet og ikke til genoprettelseshensynet.<sup>50</sup>

Det vil i det følgende blive analyseret, hvorledes forbud eller erstatning fungerer bedst til at underbygge det præventive hensyn og hvad der er samfundsmæssigt mest optimalt? Hvor det samfundsmæssige hensyn ligger i kompensationsreglerne? Herunder hvorledes de nuværende regler oppebærer det præventive hensyn?

### **2.3.2 Retsøkonomiske teorier i erstatningsretten**

#### ***Property rule (Ejendomsregel) and Liability rule (Erstatningsregel)***

Calabresi og Melamed skrev i 1972 en artikel, som har haft enorm indflydelse på den retsøkonomiske litteratur og derigennem immaterialretten. Den omhandler blandt andet valget mellem Property rule (ejendomsreglen), Liability rule (erstatningsreglen) og Inalienability rule, når en given interesse/rettighed (entitlement) skal beskyttes. De har hver især deres egen kendetegn.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 82

<sup>51</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 97.

Property rule:

- Der kan ske frivillig transaktion mellem rettighedshaver og potentiel krænker. Disse er enige om værdien af den pågældende interesse.
- Statsintervention er kun nødvendig ved etablering, registrering og håndhævelse.

Liability rule:

- Alle kan erhverve sig rettighedshavers interesse, såfremt de er villige til at erlægge et objektivt fastsat beløb. Burde svare til det beløb rettighedshaver ville fastsætte ved en frivillig overdragelse.
- Statsintervention er nødvendigt som i Property rule, og herudover skal der foretages værdiansættelse af den udnyttelse, der er sket.

Inalienability rule:

- Rettigheden kan ikke overdrages.
- Statsintervention er betydelig i alle henseender.

Hvorvidt der er tale om en Property rule eller Liability rule i immaterielle spørgsmål er afhængig af om domstolen nedlægger forbud eller ej. Såfremt dette er tilfældet er der tale om en Property rule. Hvis domstolen blot tilkender erstatning, er der muligvis kun tale om beskyttelse som en Liability rule.

Udmålingen af den økonomiske compensation skal ses i sammenhæng med markedsværdien af den pågældende interesse/rettighed. Hvis for eksempel vederlaget under en Liability rule var meget høj, ville denne give samme "beskyttelse" som en Property rule til fordel for rettighedshaveren. Hvis vederlaget derimod var meget lavt eller 0, ville den give samme beskyttelse som en Property rule til fordel for krænkeren. Her vil det være nødvendigt for rettighedshaveren at indgå aftale med den potentielle krænker for at forhindre, at denne udnytter rettighedshaverens patent. Derfor er Property rule til fordel for krænkeren.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 98.



Det afgørende for valget mellem Property rule og Liability rule ligger i vurderingen af graden af transaktionsomkostninger og informationsproblemer mellem parterne. Calabresi og Melamed kommer her frem til<sup>53</sup>:

- 1) hvis der er høje transaktionsomkostninger og her menes hindringer for forhandling mellem parterne, så vil Liability rule være at foretrække. Domstolen bør anvende erstatningsbeføjelsen frem for forbudsbeføjelsen.
- 2) hvis der er lave transaktionsomkostninger, altså ingen hindringer for forhandling vil Property rule være den foretrukne løsning. Forbudsbeføjelsen bør anvendes fremfor erstatningsbeføjelsen.

Hertil kommer problemet med fuld information. Det kan tænkes, at der er så høje informationsproblemer mellem parterne, at Liability rule selv med høje transaktionsomkostninger ikke længere vil være at foretrække. Valget mellem Property rule og Liability rule bør foretages ved en afvejning af transaktionsomkostninger og informationsproblemer. Det er ikke klart her, hvilken regel der er optimal.

Valget mellem Property rule og Liability rule er interessant i kompensationsammenhænge, da Calabresi og Melamed mener, at hvis de retshåndhævelsesmidler, vi ser fra Property rule, ikke bringes til effekt skal den compensation, der gives til rettighedshaver, være over markedsværdien for den tilegnede rettighed. Calabresi & Melamed<sup>54</sup> mener altså, at der skal tilføjes et pønalt element til erstatningen, såfremt man ikke bringer retshåndhævelsesmidler for eksempel i form af straf i brug ved en krænkelse.<sup>55</sup>

I forbindelse med omkostninger der kan opstå ved forhandling, er der en række typiske problemstillinger. Tag for eksempel situationen, hvor en potentiel licenstag har videreudviklet et produkt, som denne ønsker at markedsføre. For at produktet kan sendes på gaden kræves det, at der indgås en licensaftale med rettighedshaveren af

---

<sup>53</sup> Ibid, s. 100.

<sup>54</sup> Calabresi & Melamed, 1972, s. 1126

<sup>55</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 99.

originalproduktet. Det videreudviklede produkt kommer ikke til at konkurrere med originalproduktet i markedet, så rettighedshaveren vil ikke lide noget tab ved, at licenstagere markedsfører produktet. Rettighedshaveren ved dog, at licenstagere vil krænke hans patent og sætter derfor licensvederlaget ekstremt højt, selvom at en lille procentdel af overskuddet ville være nok for rettighedshaveren. Årsagen til forekomsten af denne problemstilling skyldes som oftest asymmetrisk information og irrationalitet.<sup>56</sup> Herunder hører også endowment-effekten. Denne siger, at et gode ofte værdiansættes højere når de ejes, end når de ikke ejes.<sup>57</sup>

Holdningen om at transaktionsomkostninger er et afgørende element i valget mellem Property rule og Liability rule anfægtes af Merges.<sup>58</sup> Han mener, at såfremt der opstår høje transaktionsomkostninger, betyder det ikke nødvendigvis at en Liability rule bør foretrækkes. I sådanne tilfælde vil rettighedshaverne foretage skridt mod en løsning på dette. Det kan være i form af etablering af private arrangementer såsom forvaltningsorganisationer, patent pools mv. Merges modstrider ikke at Liability rule kan løse høje transaktionsomkostninger, men mener, at dette har høje samfundsmæssige omkostninger, da det kan være svært, at fastsætte vederlaget pga. utilstrækkelig information, hvilket ofte ses i praksis. Dette betyder ikke, at Property rule altid er at foretrække fremfor Liability rule, men at begge rettighedstyper har samfundsmæssige omkostninger.

En lidt anderledes holdning finder vi hos Kaplow og Shavell.<sup>59</sup> En Property rule (ejendomsregel) sætter en sanktion (eksempelvis forbud) som er større end både krænkerens gevinst og rettighedshaverens reservationspris. Hvorimod en Liability rule (erstatningsregel) sætter en sanktion som er enten lig med krænkerens gevinst eller rettighedshaverens reservationspris (kommer selvfølgelig an på hjemmelsgrundlaget). Tankegangen er at erstatningsreglen har en fordel i forhold til ejendomsreglen, nemlig at den udnytter den information parterne har. Hertil siger Kaplow og Shavell, at såfremt krænkerens gevinst overstiger rettighedshaverens tab,

---

<sup>56</sup> Mere herom i denne afhandlings afsnit 2.5.

<sup>57</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 102.

<sup>58</sup> Merger, 1996. s. 1296 og 1299.

<sup>59</sup> Kaplow & Shavell, 1996, s. 756.

sker der efficient krænkelse, hvilket Property rule (ejendomsreglen) ikke tillader. Det betyder, at Liability rule (erstatningsreglen) vil være samfundsmæssigt mest værdiskabende.

### 2.3.3 Det samfundsmæssige hensyn

Hvordan minimeres de samfundsmæssige omkostninger? Byggestenene der ligger i minimeringen af samfundsmæssige omkostninger ved patentkrænkelser består af 2 hovedpunkter. For det første omkostningerne ved de resulterende skader, og for det andet omkostningerne til sikkerhedsforanstaltninger, der skal begrænse forventede skader, enten ved at forhindre sandsynligheden for de opstår eller ved at reducere skadernes omfang. Dette gælder skadelidte og skadevolder. Det er altså økonomisk efficient, hvis de udgifter der erlægges for at forhindre krænkelsen, er mindre end omkostningerne ved krænkelsen. Dette resulterer i nedsættelse af de samlede samfundsmæssige omkostninger. Skadevolder skal i teorien kun kompensere skadelidte, såfremt det er samfundsøkonomisk optimerende. Det er i denne sammenhæng prævention som begrundelse for erstatning er forskellig fra genoprettelse. Herom skriver Thomas Riis<sup>60</sup>: *"Hvis hverken skadevolder eller skadelidte kan gøre fra eller til for at reducere samlede samfundsmæssige omkostninger ved skader, kan præventionshensynet, som ligger bag den økonomiske model, ikke anbefale en ansvarsregel, eftersom økonomisk teori ikke kan sige meget fornuftigt om formueforskydninger mellem personer."*

Det vil sige, at det samfundsmæssige tab ikke ligger i selve krænkelsen, da det blot er en omfordeling af værdier, men at tabet er et resultat af præventionshensynet. Jo mindre præventiv lovgivningen er, des mindre incitamentseffekt er der til skabelse, forskning og udvikling, hvilket resulterer i et samfundsmæssigt tab. Det betyder, at såfremt lovgivningen er optimal, vil parterne have incitament til at indgå licensaftaler, og krænkelse vil resultere i samfundsmæssige omkostninger.

Ved en for stærk beskyttelse opstår der dog risiko for samfundsmæssige omkostninger i form af dødvægtstab, rent seeking mv. der ikke kan retfærdiggøres i den øgede

---

<sup>60</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 85

incitamentseffekt. Dette skyldes, at en potentiel skadevolder vil tage så store forbehold for ikke at krænke, at denne vil udelade at skabe noget, der ligger tæt op af rettighedshaverens produkt.

Forudsat at patentlovgivningens materielle ret er på et optimalt niveau og havende in mente, at denne er kreeret ud fra såvel erstatningsmæssige som præventive hensyn og herudover bør være incitamentsskabende, så indebærer genoprettelsen af skadelidtes økonomiske status en selvstændig samfundsmæssig fordel. Spørgsmålet er så, hvor stærke kompensationsbestemmelserne egentlig er, og om de oppebærer den nødvendige præventive effekt.

#### **2.3.4 Gældende kompensationsregler – i et økonomisk perspektiv**

I det følgende vil det blive vurderet, hvordan de nuværende regler i PTL §58 fungerer i praksis og i forhold til det præventive hensyn.

Erstatningsbestemmelsen deles op i 4 hovedpunkter:

- 1) Rimeligt vederlag
- 2) Rettighedshaveren tab
- 3) Krænkerens gevinst
- 4) Ikke-økonomisk skade

##### Ad 1) Rimeligt vederlag

Vederlagsreglen er en metode til udmåling af erstatning, som er baseret på markeds- eller licensanalogier. Det rimelige vederlag bør bestemmes ud fra, hvad der er praksis i den givne situation eller industri. De få patentkrænkelsessager, der føres, gør det svært, at danne en sådan praksis. Derfor anvendes reglen i praksis som en metode til, at fastsætte en skønsmæssigt fastsat kompensation. I ophavsretten ses det for eksempel, at tidligere indgåede licensaftaler anvendes i erstatningsudmålingen. Dette er ikke muligt indenfor patentkrænkelsessager, da de er så fåtallige og industrierne så forskellige.

Da problematikken omkring licenseringspraksis er fremtrædende benyttes ofte konstruktionen af en hypotetisk aftale til at give et hensigtsmæssigt udgangspunkt for

beregningen af rimeligt vederlag.<sup>61</sup> For at dette kan fungere, skal der anlægges en ex ante vurdering af den hypotetiske aftalesituation, og der skal altså ikke tages højde for de faktiske økonomiske konsekvenser, men de forventede økonomiske konsekvenser på krænkestidspunktet. Desuden er det et krav for, at en hypotetisk udmåling kan ske, at krænkerens forventede gevinst overstiger rettighedshaverens forventede tab, hvilket selvfølgelig ikke altid kan antages at være tilfældet. I den omvendte situation må den hypotetiske vurdering komme til kort.

Derfor er funktionen af reglen om tilkendelse af et rimeligt vederlag nærmest blevet en regel, der kan give hjemmel til at fastsætte en skønsmæssigt fastsat erstatning uden dokumentation af noget lidt tab. Det er i princippet informationsproblemer, som gør det svært for domstolene at udmåle et rimeligt vederlag efter, hvad der er praksis i den givne situation. Det er svært at foretage en vurdering af markedet, da licenser indenfor patenter er fåtallige og ofte enkeltstående sager. Der kunne derfor i forbindelse med den skønsmæssige vurdering anlægges en anden vinkel, hvor domstolene tog udgangspunkt i rettighedshaverens påstande om, hvad et rimeligt vederlag burde være, og det var herefter op til krænkeren at modbevise eller så tvivl om rimeligheden af disse.<sup>62</sup>

I praksis er det desuden sådan, at jo højere substitutionsforholdet er mellem original produktet og krænkerens produkt, des mindre interessant må det antageligvis være at få tilkendt vederlag frem for erstatning for afsætningstab for rettighedshaver. Tabet vil i disse tilfælde som oftest overstige vederlaget.<sup>63</sup>

Problemet her er betragtningen om offeromkostninger. Såfremt rettighedshaveren skulle anslå et rimeligt vederlag, og det herefter var op til krænkeren at modbevise dette, ville rettighedshaveren sætte det rimelige vederlag lig et eventuelt tab, da dette kunne formodes at være større end licensen.

---

<sup>61</sup> Ibid, s. 233.

<sup>62</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 236.

<sup>63</sup> Se hertil U.1962.66.H, J. Nielsen A/S mod A/S Chr. Fabers Fabrikker, H. D. 20. november 1961 i sag II 322/1960.

Hertil skal det pointeres, at i dansk retspraksis om vederlag for produktetfterligninger, som er mere hyppige, udmåles rimeligt vederlag på baggrund af priser for originalproduktet og kan derfor overstige krænkerens fortjeneste.<sup>64</sup>

Det man kan læse ud fra retspraksis er, at der i Danmark ikke lægges meget vægt på det præventive hensyn. Der er tale om genoprettelse og hensynet til, at rettighedshaveren skal kompenseres korrekt. Det er ligegyldigt, om der foretages en krænkelse eller ej, hvilket ligger op til en skyd-først-spørg-bagefter mentalitet. Spørgsmålet er om den yderligere skade kan kompensere herfor og oppebære det præventive hensyn.

Hvor vi i dansk retspraksis ikke har set det udtalt, at der bør ligge et præventivt hensyn i det rimelige vederlag, ses det i den norske retspraksis, at have været omtalt op til flere gange. Se her: RG 2003.868 om uretmæssig brug af billede i forbindelse med en bogpræsentation, hvor retten lagde til grund, at vederlaget skulle udmåles til et højere beløb, end hvad den krænkende kunne have opnået som modydelse for forhåndssamtykke. RG 1999.330, hvor retten udtalte, at der måtte tages hensyn til at vederlagskravet ikke skulle dække manglende betaling af et aftalt vederlag, men en ophavsretskrænkelse. Den anførte begrundelse fra byretten var: ”[p]reventive hensyn taler for at det skal koste mer å krenke loven, enn å følge den”.<sup>65</sup>

Monsen skriver desuden, at han ikke mener, at der bør være en vederlagsregel i erstatningsretten. I forhold til resultatet af at have en vederlagsregel i den danske Patentlov, og hvordan denne anvendes og burde anvendes, kan Monsens betragtning snildt retfærdiggøres. Her tænkes der på, at vederlagsreglen er tiltænkt at skulle anvendes af domstolen i sammenhæng med den praksis, der måtte være og komme, og tilkendes efter, hvad der er forretningsmæssig praksis. Dette er svært indenfor patentretten, da der ofte ikke foreligger nogen praksis. Så rimeligt vederlag bliver brugt til at fastslå en hypotetisk fastsat erstatning.

---

<sup>64</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 240.

<sup>65</sup> Monsen, (2007), s. 331.

Ydermere påpeger han, at der kan være problemer med vederlagsreglen og incitamentet for licenstagere til at krænke.<sup>66</sup> Altså en skyd-først-spørg-bagefter mentalitet.

I det amerikanske retssystem forefindes der en lignende regel om rimeligt vederlag – ”reasonable royalty”.<sup>67</sup> Denne minder til dels om den danske vederlagsregel. Rettighedshaveren behøver ikke at kunne påvise et egentligt tab. Såfremt der foreligger en royaltysats, som rettighedshaveren giver til andre frivillige licenstagere, anvendes denne. Hvis dette ikke er tilfældet, skønner domstolen et rimeligt vederlag. Denne vurdering foretages ud fra en hypotetisk eller analytisk metode. Den hypotetiske går på, at domstolene foretager en vurdering af, hvad parterne ville have fastsat som et rimeligt vederlag, hvis der var indgået en frivillig aftale. Den analytiske tager udgangspunkt i krænkerens gevinst, hvor der fratrækkes et beløb som tilkommer krænkeren for hans arbejde - en slags gevinst, og resten videregives til rettighedshaveren. Forskelligt fra de danske domstole er de amerikanske ikke bange for at tilkende høje kompensationer. I patentsagerne tilkendes ofte beløb, som ligger over, hvad der er normal royalty-sats i de enkelte industrier. Dette giver i sig selv et præventivt hensyn. De amerikanske domstole opfatter ikke ”reasonable royalty” som et licenskrav, men nærmere som en erstatningsregel, der bør genoprette skadelidtes stilling.<sup>68</sup> I sagen Georgia-Pacific Co. vs. United States Plywood Co.<sup>69</sup> nævner domstolen 15 faktorer, som der bør tages stilling til i forbindelse med udmåling via rimeligt vederlag. En lignende opremsning af faktorer er ikke set ved de danske domstole, hvilket skyldes en manglende stillingtagen til ”rimeligt vederlag” af de danske domstole, som grundet de få patentkrænkelsessager som forefindes, formentlig ikke har haft mulighed for at danne en så præcis praksis på området.

Domstolene har i ”rimeligt vederlag” en mulighed for at tilkende en skønsmæssigt fastsat erstatning, men det kan ikke umiddelbart vurderes, at reglen har fået den

---

<sup>66</sup> Ibid, s. 346.

<sup>67</sup> 35 U.S.C. §284.

<sup>68</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 246.

<sup>69</sup> Ibid, s. 246: 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), mod’ d, 446 F.2d 295 (2d Cir. 1971).

tiltænkte praktiske betydning. Domstolene anvender ikke reglen til at fastsætte hypotetiske markedspriser og danne præcedens på området, måske fordi sagerne er for få. De tilkender således til stadighed en skønsmæssigt fastsat kompensation til rettighedshaveren.<sup>70</sup>

#### Ad 2) Rettighedshaverens tab

Her er der oftest tale om et afsætningstab, hvis der skal nedlægges påstand om et afsætningstab kræver det en vis substitution mellem originalproduktet og krænkerens produkt. Opgørelsen af afsætningstabet foretages som oftest med udgangspunkt i krænkerens omsætning, såfremt rettighedshaveren har information om dette. Vurderingen ligger i graden af markedsfortrængning. Er krænkerens produkt helt og aldeles substituerbart med originalproduktet mht. kvalitet, pris mv., kan der være tale om markedsfortrængning 1:1. Hvis krænkeren har produceret samme produkt til en lavere pris er markedsfortrængningen ikke 1:1, da krænkeren har udvidet sin potentielle efterspørgsel på produktet til folk med en lavere betalingsvillighed.

Yderligere komplikationer kan opstå, såfremt rettighedshaveren agerer ved at nedsætte prisen på originalproduktet, efter at krænkeren har introduceret sit produkt. Dette vil resultere i, at parterne agerer som om originalproduktet ikke er patentretligt beskyttet. Derfor skal en vurdering af markedsfortrængning foretages ud fra priserne, før krænkeren introducerede sit produkt på markedet.<sup>71</sup>

Såfremt en omsætningsnedgang er fastslået som resultat af markedsfortrængning kan opgørelsen foretages ved en simpel beregning. Mistet omsætning i antal styk \* fortjeneste pr. enhed (dækningsbidrag). Dette ses dog ikke ofte anvendt i retspraksis, som undtagelse se U.2011.2319.H (Tandstikker), hvor rettighedshaver nedlægger påstand om at få tilkendt erstatning ud fra denne tab opgjort som ovenfor, men Højesteret tilkender et skønsmæssigt fastsat beløb.

---

<sup>70</sup> Disse sager fra den øvrige immaterialret viser dette: U.1993.572.H, Nordisk Copyright Bureau mod Søllerød kommune, H.D. 27. april 1993 i sag I 331/1991. U.1987.538.SH, Johs. Thornam A/S mod K.K.E. Motorer ApS, S.H.D. 18. juli 1986 i sag H 541/1985.

<sup>71</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 251.



Under rettighedshavers tab kan der også forekomme tab, som ikke er direkte økonomisk målbare såsom markedsforstyrrelse og tab af goodwill. Udmålingen sker efter det centrale normative kriterium, at den baseres på krænkelserens synlighed i den relevante kundekreds.<sup>72</sup>

Størrelsen på erstatningsudmålingen ved rettighedshavers tab beror på, hvor strenge krav domstolen sætter til bevisførelsen for det lidte tab, hvad enten der er tale om afsætningstab eller markedsforstyrrelse. Strenge krav vil resultere i en mindre kompensation og mere lempelige krav kan teoretisk betyde, at rettighedshaver kan opnå en gevinst. Ved en antagelse om, at der foreligger lempelige krav for bevisførelsen i de nuværende regler, afspejler retspraksis ikke en højere gevinst.<sup>73</sup>

### Ad 3) Krænkerens gevinst

Der kan tages hensyn til krænkerens gevinst ved udmåling af erstatningen. Denne kan forekomme højere end rettighedshaverens tab, såfremt krænkeren har været dygtigere til at producere og markedsføre produktet. Det kan betyde, at det kan betale sig for krænkeren at krænke, såfremt rettighedshaverens erstatning er begrænset til det lidte tab.

Hvis der derimod sker en berigelse af rettighedshaver, fordi den udmålte erstatning, baseret på krænkerens gevinst, overstiger rettighedshaverens tab, vil der fra et økonomisk synspunkt være incitament til for rettighedshaveren at tilskynde krænkelser.

I retspraksis er det ofte ikke tydeligt, hvis der fra domstolens side har været taget hensyn til krænkerens gevinst. Se dog U.2012.107.H (Transformers).<sup>74</sup>

Med indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet ligger der som anført i afsnit 2.1 en mulighed for, at erstatningsudmålingen foretages med udgangspunkt i krænkerens gevinst. Der er dog ikke sket den store ændring i retspraksis. Det kunne forventes, at den bagvedliggende plan med Retshåndhævelsesdirektivet<sup>75</sup> var, at der burde ske en

---

<sup>72</sup> Ibid, s. 271.

<sup>73</sup> Afhandlingens afsnit 2.2

<sup>74</sup> U.2012.107.H, VN Legetøj A/S mod Hasbro Europe, filial af Hasbro International Inc., og Hasbro Scandinavia A/S, H.D. 3. oktober 2011 i sag 218/2009 (1. afd.)

<sup>75</sup> Afhandlingens afsnit 2.1.2.

klar tilkendegivelse af, at princippet om at rettighedshaver ikke kan opnå berigelse ikke er et ufravigeligt princip. Mere om denne diskussion i afsnit 2.6.

#### Ad 4) Ikke-økonomisk skade

Immaterielrettens pendant til EAL § 26 om tortgodtgørelse har eksisteret i længere tid i ophavsretsloven, men er som nævnt en nyskabelse i patentloven, som kom med indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet.

Fordelen for rettighedshaver ved, at der bliver tilkendt erstatning for ikke-økonomisk skade, ligger i at denne ikke behøver føre bevis for et lidt tab. Anvendelsen af muligheden for at tilkende compensation for ikke-økonomisk skade ved blot at fastsætte et ”tilfældigt” beløb, kan dog forekomme problematisk, da der stadig skelnes mellem økonomisk og ikke-økonomisk skade i retsreglen. Det er dog set i retspraksis indenfor ophavsretten, at rettighedshaver lægger tab for markedsforstyrrelse og ikke-økonomisk skade ind under samme erstatningskrav.<sup>76</sup>

Skadens omfang er et af hovedprincipperne ved udmåling. Denne vurderes fra en kvantitativ synsvinkel, dels en kvalitativ synsvinkel. Herudover anvendes skyldgraden ved udmålingen.<sup>77</sup>

Tilkendt erstatning for ikke-økonomisk skade er ikke set i patentkrænkelsessager endnu. Herunder er et par eksempler fra retspraksis fra den øvrige immaterialret. Det kan generelt siges, at der ikke umiddelbart findes en rød tråd i den måde domstolene anvender muligheden for tilkendelse af erstatning for ikke-økonomisk skade. Der gives i disse sager ikke nogen nærmere begrundelse for erstatningsniveauet. U.2008.2263.SH (PIRATOS) og U.2001.747.H (Tripp Trapp-II).

### **2.3.5 Oppebærer de nuværende bestemmelser den ønskede præventive effekt?**

De erstatningsretlige regler rummer kun et præventivt element i form af, at faktiske tab overføres til den krænkende. Yderligere præventive virkninger må hentes på strafferettens område, som er indrettet til netop dette formål. Der tilkendes dog meget sjældent strafferetlige sanktioner i patentkrænkelsessager. Derfor kunne det tyde på,

---

<sup>76</sup> U.1997.1546.V (NCB), U.2001.1572.V (Links til MP3-filer).

<sup>77</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 323.

at der er et hul i lovgivningen, såfremt det er ønsket, at der bør være et præventionshensyn i erstatningsbestemmelserne i Patentlovens §58.

Undersøgelsen i denne afhandlings afsnit 2.2 omhandler erstatningsudmålingen i krænkelssager. Her konstateres det, at den tilkendte erstatning ofte ligger meget under rettighedshavers påstand. Dette kan give incitament for en potentiel skadevolder til at flytte grænsen for, hvornår et produkt kan være krænkende, da det beløb skadevolder kommer til at betale skadelidte givetvis ligger under dennes gevinst. Umiddelbart er der ikke her den ønskede præventive effekt, men en sådan vurdering bør yderligere begrundes i empiriske undersøgelser af antallet af patenttvister, som ikke når domstolene, eller hvor der bliver indgået forlig. I og med at vi ved, at der ligger meget høje omkostninger i at føre sådanne sager, antages det, at mange patentretlige tvister afgøres ved indgåelse af forlig mellem parterne.

Det er ønsket fra lovgivers side, at kompensationsbestemmelserne skal oppebære et præventivt hensyn.<sup>78</sup>

### 2.3.6 Sammenfatning

Det samfundsmæssige hensyn består i, at der forefindes optimale kompensationsregler. Dette vil medføre, at parterne har incitament til at indgå licensaftaler i stedet for at krænke og en eventuel krænkelse i den forbindelse vil betyde samfundsmæssige omkostninger.

Diskussionen om, hvilken retsregel der foretrækkes: Property rule (forbud) eller Liability rule (erstatning), munder ud i, at Liability rule som oftest er at foretrække, men at der kan opstå samfundsmæssige omkostninger ved anvendelsen af begge regler. Indfører man et forbud via Property rule, vil det dog resultere i ingen nyskabelser, hvorimod der via Liability rule er mulighed for at opnå samfundsmæssige fordele. Dertil angiver Calabresi og Melamed, at der skal indføres et pønalt element ved anvendelsen af Liability rule. Erstatning foretrækkes frem for

---

<sup>78</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder – Retshåndhævelsesdirektivet. Indledende bemærkninger samt art. 3 stk. 2: ”...*have afskrækkende virkning*,...

påbud, så længe kompensationsreglerne er tilstrækkelige til at oppebære det præventive hensyn.

Præmisserne for erstatningsudmålingen er af domstolene ofte uklare og formuleret som et skønsmæssigt fastsat beløb. Der er ingen tvivl om, at de mange indgangsvinkler der ligger i udmålingen af kompensationen er begrænset af de erstatningsretlige indarbejdede principper om, at skadelidte ikke må kunne opnå gevinst. Da straf ikke ofte gives til krænkeren af et patent, kan der argumenteres for at erstatningsbestemmelsen bør indeholde et pønalt element for at oppebære det ønskede præventive hensyn.

## 2.4 Den samfundsmæssigt mest optimale kompensation

### 2.4.1 Indledning

Den økonomiske begrundelse for at have patentrettigheder ligger i incitamentsskabelsen til at opfinde nye produkter. Patentrettigheden giver opfinderens en ro til at udvikle og markedsføre produktet og giver en sikkerhed for at rettighedshaveren kan opnå en indtjening herfor uden at skulle være nervøs for konkurrence på markedet. Denne beskyttelse mod konkurrence gør selvfølgelig, at rettighedshaveren kan kræve højere priser for sine produkter.

Som anført i afsnit 2.3.2 mener dele af den retsøkonomiske teori at der, grundet de formodede lave transaktionsomkostninger mellem parterne indenfor licensering af patenter, bør anvendes en Property rule (ejendomsregel) frem for Liability rule (erstatningsregel). Dette taler ligeledes for, at der skal afskrækkes imod, at der krænkes, og at rettigheden dermed går fra enerettighed til vederlagsrettighed. Hvis Liability rule anvendes, bør der fremtræde et pønalt element i erstatningsudmålingen.

Fra et økonomisk synspunkt er erstatningsbeføjelsen begrundet i præventionshensynet. Det skyldes, at hvis man tager udgangspunkt i genoprettelseshensynet, er der blot tale om en omfordeling af værdier, hvilket ikke er interessant i økonomisk teori.

I det følgende vil den optimale kompensation blive fundet ud fra deisen om at det samfundsmæssigt mest optimale defineres som den erstatningsregel, der giver rettighedshaver og den potentielle krænker det største incitament til at indgå frivillig licens. Desuden vil 3 alternative kompensationsregler blive præsenteret.

### 2.4.2 Teorier om erstatningsniveauet

#### *Det optimale kompensationsbeløb*

Det er som sagt en almen opfattelse i litteraturen, at de tilkendte kompensationsbeløb er beskedne.<sup>79</sup> Det optimale kompensationsbeløb kan ikke begrundes i noget

---

<sup>79</sup> Se: Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 207, fodnote 21 for liste over litteratur, hvor denne opfattelse gøres gældende.

økonomisk rationale. Et forslag går på et normativt princip om, at det ikke skal kunne betale sig at krænke. Det betyder, at den kompensation, der gives til rettighedshaver, skal være større eller lig med de økonomiske fordele, krænker opnår ved at sende et produkt i markedet.<sup>80</sup>

Rettighedshaverens omsætning falder, når krænkende produkter markedsføres. Såfremt de erstatningsretlige regler ikke har et vist præventivt niveau mindskes incitament til forskning og udvikling af nye originalprodukter.

Chang<sup>81</sup> skriver i sin artikel om den optimale bredde af patenter. Her gives et eksempel med 2 virksomheder, hvor virksomhed 1 (V1) skaber et originalprodukt og virksomhed 2 (V2) videreudvikler produktet. Højesteret beslutter dog, at virksomhed 2 ikke har krænket, hvilket Chang finder frem til, at være en forkert beslutning fra et økonomisk perspektiv. Changs teori forsøger at give svar på, hvorvidt det optimale kompensationsbeløb bør være bred eller smal.

Virksomhederne er rationelle. V1 investerer mere i forskning og udvikling jo bredere beskyttelsen er. Modsætningsvis er der en samfundsmæssig optimal værdi under en smal beskyttelse, da det giver V2 incitament til at videreudvikle. Dette afhænger selvfølgelig også af den potentielle indtjening V2's produkt kan opnå ved at gå i markedet. Ved en bred beskyttelse bliver V2's investeringer til videreudvikling mere og mere differentierede afhængigt af størrelsen på produktets potentielle indtjening.

Hvilken indflydelse har virksomhedernes indtjening på produktet på det optimale kompensationsbeløb?

Såfremt V1's indtjening er meget lav, vil der ikke blive foretaget investeringer til F&U. Hvis den stiger en smule, vil V1 have incitament til at investere ved en bred beskyttelse. En rimelig høj potentiel indtjening vil resultere i investeringer under en

---

<sup>80</sup> Ibid, s. 208

<sup>81</sup> Chang, 1995, Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation.

For yderligere forklaring og systematisering af teorien i Changs artikel se: Lando, 2010, Note based on Chang's article on the optimal breadth of patents, for VRKØ, autumn 2010, INO

bred såvel som en smal beskyttelse. Her er en smal beskyttelse at foretrække, da V2's investeringer herefter vil være mere efficiente.

V2's potentielle indtjening har ligeledes indflydelse på det optimale niveau. Såfremt V2's indtjening er lav, vil der ikke være incitament til videreudvikling under bred beskyttelse. Hvis bare indtjeningen stiger en smule vil der være incitament under både smal og bred beskyttelse.

En bred beskyttelse kan være at foretrække her, da det hjælper på incitamentet for V1 til at udvikle originalproduktet.

Afslutningsvis kan det siges, at som det ofte ses i praksis, hvor krænkerens indtjening overstiger rettighedshaverens (V1's indtjening er lille, V2's indtjening er højere), da denne har lært af fejl og er bedre organiseret, vil det optimale valg være en bred beskyttelse og højt kompensationsniveau. Det modsatte praktiseres af domstolene når der tilkendes et skønsmæssigt fastsat rimeligt vederlag.

Thomas Riis <sup>82</sup> opstiller tre værdivarianter, der kan anvendes ved erstatningsudmålingen. Disse stemmer overens med erstatningsreglerne i PTL §58:

- a) Markedsværdien – den almindelige værdiopfattelse, der deles af aktører i den pågældende industri.
- b) Reservationsprisen – værdien for rettighedshaveren.
- c) Krænkerens forventede gevinst – værdien for krænkeren.

Som udgangspunkt burde det være lettest for domstolene, at udmåle værdien efter markedet, men det viser sig ikke at være tilfældet i praksis, hvor der ofte skønnes en værdi af domstolen.<sup>83</sup> Dette skyldes formentlig også det begrænsede antal af patentkrænkelsessager.<sup>84</sup> Markedsværdien som måleinstrument er problematisk, da

---

<sup>82</sup> Riis, 2005, Kompensation for ophavsretskrænkelser – Økonomiske aspekter, s. 4

<sup>83</sup> Som undtagelse se varemærkesager i medicinalindustrien, hvor en vis praksis er ved at opstå på ca. 5% af omsætningen af de krænkende produkter. U.2003.1845.H (Bezalip), U.2003.1826.H (Berodual), U.2003.1825.H (Bristol-Myers Squibb), U.2003.630.H (Daivonex), U.2002.1523.H (Rulid) og U.2002.696.H (Plendil).

<sup>84</sup> Afhandlingens afsnit 2.2

denne aldrig vil overstige den værdi rettighedshaveren tillægger udnyttelsehandlingen. Hvis markedsværdien overstiger rettighedshaverens antagede værdi, ville denne have tilbudt en frivillig licens. Problemet opstår, hvis rettighedshaveren mener, at denne kan få en højere indtjening ved ikke at tilbyde licens. Derfor bør det optimale kompensationsbeløb sættes til rettighedshaveren reservationspris. Hvilket er den pris, denne ville kræve for at indgå en frivillig licens.

I sammenhæng med dette kan det gøres gældende, at såfremt reservationsprisen overstiger markedsprisen udnytter rettighedshaveren sin eneretsbeskyttelse. Ved en krænkelse, hvor domstolen udmåler compensationen efter markedsværdien og tilkender et rimeligt vederlag overgår eneretsbeskyttelsen til en vederlagsrettighed. Ved at anvende markedsværdien kompenseres rettighedshaveren ikke for sit tab af eneretsbeskyttelsen. I norsk ophavsret kan ophavsmanden ligesom i dansk ret få erstatning efter udmåling af rimeligt vederlag, men denne kompenseres også for sit tab af eneretsbeskyttelsen. Værdien af dette tab svarer til differencen mellem markedsværdien og ophavsmandens reservationspris. Det betyder at såfremt compensationen sættes til:

- 1) Markedsværdien – vil der ikke være incitament til forskning og udvikling af originalprodukt.
- 2) Reservationsprisen – er det usikkert om der vil blive videreudviklet og ved en videreudvikling kan en potentiel skadevolder spekulere i at krænke frem for at indgå licens.
- 3) Krænkerens forventede gevinst – vil en potentiel skadevolder indgå licens, og hvis ikke denne får det, vil der ikke blive videreudviklet, da der ikke er nogen fordel i at krænke.

I praksis opstår der et tab, når en rettighed krænkes frem for indgåelse af licensaftale. Dette skyldes som oftest et informationsproblem som repræsenterer en risiko. Som udgangspunkt bærer rettighedshaveren denne risiko, men i og med at den potentielle skadevolder kan eliminere denne, bør skadevolder ud fra et præventivt synspunkt bære denne risiko. Derfor ligger der et økonomisk argument i at inkludere en afgift i



kompensationsudmålingen for at overføre risikoen for informationsproblemet fra rettighedshaver til skadevolder.<sup>85</sup>

### *Efficient krænkelser og overdeterrence*

Grundideen i efficient krænkelser er, at en part, der kan videreudvikle et produkt og give det en højere værdi, bør gøre dette, da det fra et samfundsmæssigt synspunkt skaber værdi. Parterne burde ved fuld information kunne nå til enighed om en licensaftale. Dette er imidlertid ikke tilfældet, da der kan opstå problemer ved delingen af det overskud, som den videreudviklende part har opnået. Fastsættelse af værdien af den krænkendes udnyttelse gør det endnu mere kompliceret, da det er en forudsætning for efficient krænkelser, at rettighedshaveren bliver kompenseret for hele sit tab, hvilket her er det samme som dennes reservationspris. Såfremt dette beløb er svært at fastslå, bør det tilkendte beløb sættes tilstrækkeligt højt til, at det afskrækker den potentielle skadevolder fra at krænke og til i stedet at handle via markedet. Der er altså en samfundsmæssig begrundelse for, at tilkende rettighedshaveren kompensation efter dennes reservationspris for at tilskynde at efficient krænkelser kan forekomme.<sup>86</sup>

Såfremt rettighedshaverens reservationspris er svært at fastsætte bør den skønsmæssigt fastsatte kompensation være tilstrækkelig høj til, at den presser parterne til at indgå frivillige licensaftaler. Fra et økonomisk perspektiv er efficient krænkelser det mest optimale, men pga. informationsproblemer og hensynet til det incitamentsskabende element, er en høj kompensation der presser parterne til at handle via markedet den næstbedste løsning. Såfremt markedet er nogenlunde velfungerende, og parterne uden for høje transaktionsomkostninger kan indgå licensaftaler, ligger der altså et økonomisk argument for at tilkende en høj kompensation, der kunne have et pønalt element.

I forbindelse med tilkendelse af en høj kompensation kan der dog opstå en række problematiske og uhensigtsmæssige resultater. En høj kompensation kan for det første forhindre efficient krænkelser. For det andet kan der opstå et forsigtighedsproblem hos en part, der ønsker at videreudvikle et originalprodukt. En betegnelse herfor er

---

<sup>85</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 211.

<sup>86</sup> Riis, 2005, Kompensation for ophavsretskrænkelser – Økonomiske aspekter, s. 6.

*overdeterrence*. Ønsket om at videreudvikle bliver ikke ført ud i livet, da den part der vil videreudvikle formoder, at domstolen kunne dømme ham for at krænke, selvom det ikke er tilfældet. Der opstår altså en unødvendig tilbageholdenhed. Sidst men ikke mindst, kan det tænkes, at en rettighedshaver har incitament til at ville føre retssager i stedet for at indgå frivillige aftaler.<sup>87</sup>

### ***Håndhævelsesfejl***

Incitamenteffekten er den økonomiske begrundelse for beskyttelsen af patenter. Denne effekt er ikke alene afhængig af kompensationens størrelse, men også sandsynligheden for at krænkelsen bliver opdaget, at rettighedshaveren lægger sag an, og at kompensationen faktisk bliver udbetalt. For at finde det optimale kompensationsniveau kan man vælge at se på forholdene, før krænkelsen er sket. Dette er ikke almindeligt i traditionel erstatningsret, hvor der ses på forholdene *ex post*, og der kan her opstå en konflikt mellem retsøkonomisk teori og erstatningsretten. De økonomiske incitament til at krænke vokser i takt med, at sandsynligheden for at en kompensation ikke bliver udbetalt bliver større. I og med at retshåndhævelsen ikke er perfekt, tales der her om håndhævelsesfejl. Der er altså en vis sandsynlighed for, at et kompensationsbeløb ikke kommer til udbetaling pga. håndhævelsesfejl. Dette alene kan retfærdiggøre et højere erstatningsbeløb og muligheden for at indføre pønale bestemmelser.<sup>88</sup>

### **2.4.3 Mulige kompensationsregler – i et økonomisk perspektiv**

I vurderingen af om en given regel er økonomisk efficient ses udelukkende på, hvorvidt der er lidt et samfundsmæssigt tab. En formueskade hos skadelidte vil ofte ikke medføre et samfundsmæssigt tab, da tabet vil kunne modregnes i skadevolders gevinst. Dette er dog ikke helt korrekt i forbindelse med Patentretlige krænkelser, da det netop er incitamentet til frembringelse der giver en samfundsmæssig gevinst. Et tab hos skadelidte og en mistet indtjening vil mindske incitamentet til opfindelse.

Det samfundsmæssige mest optimale valg er erlæggelse af vederlag/indgåelse af licens.

---

<sup>87</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 213.

<sup>88</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 216.

Thomas Riis giver i sin artikel om kompensation for ophavsretskrænkelser<sup>89</sup> en løftet pegefinger til såvel dommere som juridiske forfattere og skriver således om det immaterialretlige erstatningsniveau:

*”Når man kritiserer erstatningsniveauet - og det mener jeg for så vidt, at der kan være god grund til - må man bruge en normativ målestok, der er hentet uden for retsvidenskaben. Det er synspunktet i det følgende, at et økonomisk perspektiv på erstatningsproblematikken kan tilvejebringe en sådan målestok.*

*Skal man kunne forholde sig til forslag om forhøjelse af erstatningsbeløbenes størrelse, er det en forudsætning at tage udgangspunkt i et normativt princip, der giver mulighed for at besvare spørgsmålet: Hvor meget større skal disse beløb så være? Man kunne eksempelvis vælge et normativt princip, hvorefter det ikke skal kunne betale sig at krænke ophavsrettigheder. Dette synspunkt ligger ofte mere eller mindre eksplicit i diskussionerne om erstatningsniveauet og er sådan set forholdsvis let at implementere. Det kunne man f.eks. gøre ved hjælp af pønale kompensationsbestemmelser (punitive damages) eller med en bestemmelse om, at krænkeren skal fratages den gevinst, han har opnået som følge af krænkelsen.”*

Det er den almindelige opfattelse i dansk ret, at der i kompensationsbestemmelserne ligger et genoprettelseshensyn og mulighed for straf oppebærer det præventive hensyn. Men som anført ovenfor<sup>90</sup> er straf ikke en ofte anvendt sanktion i forbindelse med patentkrænkelsessager, og der bør fra et økonomisk perspektiv (afhandlingens afsnit 2.3) indgå et præventivt hensyn i erstatningsreglerne. Forslag til mulige kompensationsbestemmelser følger herunder.

### ***Pønale kompensationsbestemmelser (Punitive damages)***

En pønalt bestemmelse kunne tage form som en bod der bliver pålagt krænker. Bodden ville komme udover den tilkendte kompensation, som opgjort efter rimeligt vederlag eller afsætningstab.

---

<sup>89</sup> Riis, 2005, Kompensation for ophavsretskrænkelser – Økonomiske aspekter.

<sup>90</sup> Afsnit 2.2.

I USA er pønale bestemmelser en fast del af patentretten og har været det siden år 1800. Bestemmelserne bliver anvendt som et middel til afstraffelse og på den måde en opfyldning af det præventive hensyn.<sup>91</sup> Amerikansk højesteret har defineret pønale bestemmelser som: "*quasi-criminal*" (and) *operate as 'private fines' intended to punish the defendant and to deter wrongdoing*".<sup>92</sup>

I amerikansk retspraksis anses det dog som en forudsætning for, at der kan pålægges en pønalt kompensation, at skadevolder har handlet forsætligt.<sup>93</sup>

En pønalt bod kan opveje præventionshensynet, men man skal passe på, at erstatninger med pønalt karakter ikke resulterer i overkompensation af skadelidte, da dette kan resultere i *overdeterrence*, som vil betyde afholdelse fra videreudvikling af produkter, hvilket ellers fra et samfundsmæssigt synspunkt er nyttigt.

### ***Fratagelse af berigelse***

Den berigelse krænker opnår bliver som omtalt brugt ved erstatningsudmålingen. Men, en decideret fratagelse af berigelse er ikke hjemlet i dansk ret. Der har dog været tale om dette i forarbejderne til Retshåndhævelsesdirektivet art. 3, stk. 2, men det blev ikke medtaget i det endelige direktiv.<sup>94</sup>

Fra et samfundsmæssigt synspunkt vil det altså kunne betale sig, hvis krænkeren producerer et produkt, hvor denne pga. en bedre organisation er i stand til at skabe en yderligere omsætning på samme produkt. Der er altså tale om en efficient krænkelse. Parterne der oplever dette burde i teorien kunne nå frem til en licensaftale, hvor rettighedshaveren får dækket sit tab og krænkeren stadig tjener penge. Såfremt dette ikke sker skyldes det manglende information og høje transaktionsomkostninger. Domstolen bør udmåle en kompensation der svarer til rettighedshaveren tab, men hvis dette ikke er muligt grundet manglende information, bør der tilkendes en erstatning

---

<sup>91</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, 2005, s. 222.

<sup>92</sup> Cooper Industries, Inc vs. Leathermann Tool Group, Inc. 532 U.S. 424 (2001), 432.

<sup>93</sup> Beatrice Foods Co. vs. New England Printing & Lithographing Co., 923 F.2d 1576 (Fed. Cir. 1991), s. 1579.

<sup>94</sup> Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv. (Retshåndhævelsesdirektivet) KOM(2003) 46 endelig 2003/0024 (COD).

der svarer til krænkerens gevinst, udelukkende af den grund, at krænkeren skal presses til at handle via markedet, altså indgå licens. Men, fordi der mellem parterne mangler information og der forekommer høje transaktionsomkostninger er udmåling baseret på krænkerens gevinst kun relevant, såfremt domstolenes manglende information overstiger den mellem parterne.<sup>95</sup>

Spørgsmålet om hvorvidt rettighedshaveren burde have en del af krænkerens gevinst, selvom denne får dækket hele sit tab, er ikke økonomisk relevant. Der er blot tale om forflyttelse af værdi, hvilket ikke fra et samfundsmæssigt synspunkt har betydning. Inddækning af hele tabet er selvfølgelig kun muligt, såfremt domstolene ikke har nogen betydningsfulde informationssvigt. og det er muligt at fastslå rettighedshaverens tab.

At fordelingen alene har indflydelse på parternes formuer, betyder at den enkelte vil gøre sit for at sikre sig den størst mulige andel af overskuddet. Hver part ligger sin strategi for at tilkæmpe sig den største andel. Der er ofte betydelige omkostninger forbundet med en sådan strategi. Disse omkostninger kan være så store, at der ikke bliver noget overskud tilbage. Strategiske omkostninger kan overstige transaktionsomkostningerne ved indgåelse af en frivillig aftale. Dette alene taler for, at der sættes en regel om fratagelse af overskud fra skadevolder, da dette vil give incitament til at handle via markedet.

Thomas Riis <sup>96</sup> skriver om fordelingen af krænkerens gevinst fra en incitamentsskabende synsvinkel.

Tildeles krænkeren hele den opnåede gevinst, opdøner man til patentkrænkelser og udnyttelse af patenter.

Fratager man krænkeren hele gevinsten, vil denne umiddelbart ikke have incitament til at videreudvikle produktet, og der vil ske et samfundsmæssigt tab, men derimod skabes der yderligere incitament til nye opfindelser.

---

<sup>95</sup> Mere om efficient krænkelse i afsnit 2.5.

<sup>96</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 251.

Fordelingen af krænkerens gevinst skal vurderes ud fra<sup>97</sup>:

- 1) *"hvorvidt markedet er i stand til at skabe tilstrækkelige økonomiske incitamentter til henholdsvis frembringelse og udnyttelse af opfindelser set i forhold til det optimale niveau."*
- 2) *"hvorledes princippet for kompensationsudmåling påvirker balancen mellem incitamentterne til på den ene side frembringelse af nye opfindelser og på den anden side udnyttelse af alle skabte opfindelser."*

Den incitamentsskabende synsvinkel er på den ene side ret interessant og på den anden side burde det stå helt klart, hvad der bør foretrækkes. Det kan sågar anfægtes, at en sådan fordeling af overskud slet ikke er relevant, da man inden denne bør foretages bør huske præventionshensynet. Hvis der sker en fordeling af krænkerens gevinst udover rettighedshaverens lidte tab, har man glemt præventionshensynet og udelukkende opfyldt hensynet til genoprettelse. I og med at indgåelse af licensaftale er det samfundsmæssigt mest optimale, bør der ligge et præventionshensyn i erstatningsudmålingen uanset om denne er baseret på rettighedshavers tab eller krænkerens gevinst. Såfremt præventionshensynet bliver ignoreret vil en efficient krænkelse, uanset om det fra en samfundsmæssig synsvinkel er ligegyldigt hvem af parterne der har værdierne, resultere i at incitamentet til at skabe nye opfindelser forsvinder. Dette skyldes, at en efficient krænkelse formentlig vil resultere i en markedsforstyrrelse og fortrængning af originalproduktet, hvilket betyder at incitamentet til F&U er ikke-eksisterende.

En fratagning af berigelse hos skadevolder vil derimod højst sandsynligt resultere i, at der vil blive indgået en licensaftale ved videreudvikling af produkter. Her opstår så problematikkerne omkring fastsættelse af licensvederlag og rettighedshavers incitament til, at sætte disse urealistisk høje og desuden skabelsen af incitamentet for patenttrolle.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Ibid., s. 251.

<sup>98</sup> Patenttrolle er indehavere af patenter eller repræsentanter for klienter som er indehavere af patenter. Patenttrollene har mere fokus på at opsnuse eventuelle krænkerer end at sætte produkter i markedet. Patenttrolle agerer ofte i markeder (USA), hvor erstatningen for krænkelser er høje.

Ved en antagelse om, at der umuligt kan være fuld information mellem parterne ved videreudvikling af et patenteret produkt, må det være sådan, at en potentiel skadevolder vælger at indgå licens, såfremt denne vil få frataget sin gevinst ved at krænke. Fastsættelsen af licensvederlaget vil rettighedshaver fastsætte til dennes reservationspris. Såfremt reservationsprisen ligger under krænkerens gevinst fratrukket licens og videreudviklingsomkostninger, vil denne producere og markedsføre produktet. Ved denne antagelse bliver krænkerens gevinst en optimal kompensation ud fra et retsøkonomisk perspektiv.

### ***Multiplier princippet***

Som nævnt i specialets afsnit 2.4.2 kan håndhævelsesfejl alene begrunde behovet for en strammere erstatningsregel. Denne stramning er for eksempel mulig ved anvendelsen af multiplier princippet, som kobles sammen med teorien om håndhævelsesfejl.

Afhængigt af skadevolders vurdering af, hvor stor sandsynligheden var for at krænkelsen ville munde ud i et erstatningskrav, burde domstolen tage højde herfor, ved at multiplicere erstatningsbeløbet med den inverse relation af håndhævelsesfejlen.<sup>99</sup> Til eksempel burde et erstatningsbeløb fordobles (ganges med 2), hvis skadevolder antog sandsynligheden for at skulle betale et erstatningskrav til 0,5.

Multiplier principle sikrer genoprettelseshensynet, men underbygger ligeledes præventionshensynet. Den optimale sanktion kan beskrives ud fra en simpel formel.<sup>100</sup>

Optimal tilkendt kompensation korrigeret for håndhævelsesfejl (T) beregnes som:

$$T=hS$$

Idet håndhævelsesfejl ( $h$ ) =  $1/p$ , hvor  $p$  = sandsynligheden for, at en krænkelse opdages, retsforfølges og kompensationen i den anledning kommer til udbetaling.  $S$  er

---

<sup>99</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 216.

<sup>100</sup> Riis, 2005, Kompensation for ophavsretskrænkelser – Økonomiske aspekter, s. 6.

det kompensationsbeløb, der ville have været optimalt, hvis der ikke forekom håndhævelsesfejl, dvs. rettighedshaverens reservationspris.

Bestemmelsen af skadevolders opfattelse af sandsynligheden for at krænkelsen opdages er selvfølgelig vanskelig og passer formentlig bedre ind i andre immaterialretlige discipliner end patentretten. Håndhævelsesfejl vil være størst i krænkelse, der forekommer i stort antal, og hvor hver krænkelse har en lille økonomisk betydning. I patentretten er der ofte kun én rettighedshaver, hvorimod det i fx ophavsretten er almindeligt, at der kan være flere ophavsmænd til et værk. Såfremt krænkerne er risikoaverse, vil anvendelsen af multiplier princippet resultere i en for høj kompensation, og der vil opstå overdeterrence.

I USA er alting større og mere ekstremt. Det gælder også multiplier princippet i erstatningsreglerne. Her ikke kun fordobles kompensationsbeløbet, det triples.<sup>101</sup> Dette kendes også nogen steder fra Europæisk ret. Her nævnes det af European observatory on counterfeiting and piracy, at Belgien, Grækenland, Polen, Tjekkiet, Litauen, Østrig og Slovenien kan tilkende dobbelte erstatninger i forbindelse med ophavsretlige sager. I Rumænien og Polen er der mulighed for at triple kompensationen.<sup>102</sup>

Multiplier princippet er som oftest begrundet med, at der er høje kontrolomkostninger og tildeles i sammenhænge, hvor der er behov for sådanne for at opdage krænkelse. Derfor giver erstatningsreglen mest mening i eksempelvis ophavsretlige sager, hvor der er mange krænker. Multiplier princippet vil derfor ikke blive behandlet yderligere som potentiel kompensationsregel indenfor patentretten.

#### **2.4.4 Sammenfatning**

Nedenstående begrundelser taler for, at man ikke fra et økonomisk synspunkt bør begrænse muligheden for at opnå en højere erstatning indenfor patentrettens område. En mulig løsning herpå er indførelsen af pønale elementer i kompensationen.

---

<sup>101</sup> Treble damage princippet.

<sup>102</sup> European observatory on counterfeiting and piracy, 2011, Damages in intellectual property rights. Civil Damages in Intellectual Property Rights Cases, s. 4.



- 1) En bred beskyttelse og højt kompensationsniveau er at foretrække når en potentiel krænkers gevinst overstiger gevinsten på at sætte originalproduktet i markedet.
- 2) De tilkendte beløb er for lave, og retspraksis baserer deres erstatningsudmåling ud fra markedsværdien og et skønsomt fastsat rimeligt vederlag frem for at tage udgangspunkt i rettighedshaverens reservationspris.
- 3) Der tilkendes ikke erstatning for tab af eneretsbeskyttelsen.
- 4) Selvom der opstår håndhævelsesfejl resulterer dette ikke i højere erstatningsbeløb.

Indenfor patentretten vil de mest oplagte instrumenter til en stramning af erstatningsreglerne fra et økonomisk perspektiv være pønalt bod og/eller fratagelse af skadevolders berigelse. Der er en række forbehold forbundet med indførelsen af sådanne sanktioner, hvilket vil blive behandlet nærmere i afsnit 2.5, hvor der ses på konsekvenser af eventuelle stramninger af erstatningsreglerne.

## 2.5 Konsekvenser af stramning af erstatningsbeføjelsen

### 2.5.1 Indledning

En stramning af erstatningsreglerne kan ske ud fra anvendelsen af en pønalt bestemmelse (bod) og/eller fratagelse af berigelse hos skadevolder.

Ved en forudsætning om at der mellem parterne er fuld information og omkostningsfri forhandlinger, burde patentkrænkelser ud fra en økonomisk betragtning ikke forekomme.

En potentiel skadevolder kan vælge mellem at krænke eller betale licens. Såfremt den forventede kompensation er mindre end licensvederlaget vil denne foretrække at krænke. Da indehaveren af patentet også har fuld information, er han bevidst om, at den potentielle krænker har incitament til at krænke. Dette medfører, at han ikke vil fastsætte et vederlag der overstiger den forventede kompensation ved en krænkelse. Rettighedshaveren antages ikke at kunne opnå en indtjening, der overstiger kompensationen i tilfælde af krænkelse. Rettighedshaveren sætter altså vederlaget lig den forventede kompensation for at undgå en besværlig og potentiel omkostningsfuld retssag. I et sådant eksempel bliver kompensationen kun et instrument, der bruges i forhandlingen mellem parterne som *threat points* til bestemmelsen af licensvederlaget. Erstatningsreglerne har her alene betydning for rettighedshaverens forhandlingsposition. Dette er dog ikke tilfældet i den virkelige verden, da det er en utopisk tanke, at der forekommer fuld information og omkostningsfrie forhandlinger.

I det følgende anvendes Schankerman og Schotchmers model til en vurdering af hvordan parterne agerer ved anvendelsen af forskellige kompensationsregler.<sup>103</sup> Ydermere hvilke konsekvenser en stramning af reglerne medfører.

### 2.5.2 Parternes ageren

Hvorvidt en potentiel skadevolder ved hjælp af en stramning af erstatningsreglerne bør presses til at handle via markedet må bero på en afvejning af, hvorledes parterne vil agere ud fra incitament til F&U af originalprodukt og videreudvikling af dette,

---

<sup>103</sup> Schankerman og Schotchmer, 2001, Damages and injunctions in protecting intellectual property.

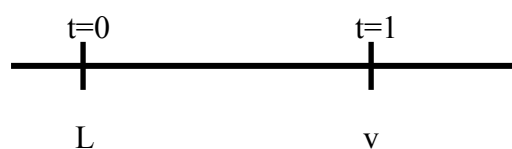
samt hvilken metode der giver den bedste fordeling af ressourcer og samlet nytte. Generelt kan det siges, at hvis markedet er velfungerende bør en stramning foretrækkes, og der er som beskrevet ovenfor et økonomisk argument for at benytte mulighederne for pønalt bod og/eller fratagelse af berigelse.

Parterne antages at agere rationelt og vil anvende den strategi, der har til formål at sikre dem den størst mulige andel af overskuddet.

Schankerman og Scotchmer<sup>104</sup> har opstillet en model for, hvorvidt kompensationsudmåling bør ske efter rimeligt vederlag/rettighedshaverens tab eller fratagelse af berigelse. Herudover indeholder modellen det scenarie, at rettighedshaveren kan gå til domstolene og få nedlagt påbud om, at det videreudviklede produkt ikke må sættes i markedet, eller såfremt det er sket, at det tages af markedet. Dette vil ikke blive behandlet herunder, da der udelukkende er tale om kompensationsudmålingen.

Modellen er som følger. Virksomhed 1 (V1) ejer patent på produkt, som Virksomhed 2 (V2) ønsker at anvende til videreudvikling af nyt produkt. Såfremt V2 undlader at indgå licensaftale, vil V1 måske opdage, at V2 er i færd med en krænkelse. Hvis V2 krænker, kan erstatningsudmålingen baseres på enten rimeligt vederlag/rettighedshaverens tab eller fratagelse af V2's berigelse.

Det antages, at produktet har en værdi ( $v$ ) og det koster ( $c$ ) at producere. Det vil sige, at den uberettigede berigelse er  $d = v - c$ , hvor  $d$  er det samme som skadens størrelse.



L = licensvederlag

v = værdi af nyt produkt

---

<sup>104</sup> Schankerman and Scotchmer, 2001, Damages and injunctions in protecting intellectual property. Se også: Lando, 2010, Note explaining Scotchmer and Schankerman's article on the optimal damage rules for patent breaches, for the VRKØ course, autumn 2010.

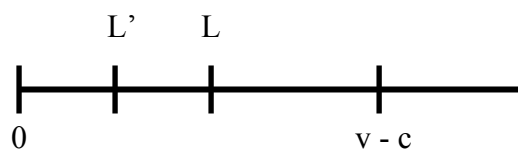
Scenariet er, at parterne mødes ved  $t=0$  for, at diskutere en licens. Hvis de kommer til enighed vil kompensationsbestemmelserne, som beskrevet ovenfor, kun fungere, som *threat points* i forhandlingen. Hvis V2 ved, at den compensation denne kommer til at betale er lille, og at risikoen for at blive opdaget er begrænset, vil han sætte sit bud lavt. V2 vil formentlig acceptere, da denne ved, at der kun er en lille kompensation at hente, såfremt V2 krænker. V2 vil altid trække den til grænsen, men selvfølgelig afhængigt af, hvilken kompensationsbestemmelse der forventes.

### 1) rimeligt vederlag / rettighedshaverens tab

V2 vil krænke såfremt licensen er mindre end profitten ( $L < v - c$ ).

Det antages, at erstatningen er lig licensen.  $d = L$ .

Licens mellem 0 og  $v - c$  er mulig.



Her vil der opstå cirkularitet. Det skyldes, at rimeligt vederlag / rettighedshaverens tab sættes til det parterne ville have været blevet enige om. Hvad parterne ville blive enige om er fastsat ud fra erstatningen, som er fastsat ud fra, hvad parterne ville blive enige om. Erstatningen kan altså blive sat til alt mellem 0 og  $v - c$ .

Hvis V2 vil bryde patent, hvad vil virksomhederne så aftale i licens?  $L'$  eller  $L$ ?

V2 ville aldrig komme til at betale mere, end hvad den ville komme til at betale i erstatning.

V1 vil som minimum have det den er berettiget til, hvis V2 krænker.

Det antages, at der ikke er omkostninger til retssag.

Derfor ender de i  $L'$ .

### 2) uberettiget vinding

(Erstatning =  $d = v - c$ ).

2 mulige scenarier kan udspille sig:

a)

V2 vil ikke videreudvikle medmindre der er aftale om licens.

Det antages, at der ligger en profit på 150. ( $P = 150 = v - c$ ).

Ved indgåelse af licens kommer parterne frem til, at de vil dele overskuddet proportionelt, således at V1 får 75, som dermed bliver licensen. ( $L = 75$ ). V1 vil dog have incitament til at presse licensen op så tæt på profitten som muligt.

b)

V2 tager chancen for ikke at blive opdaget og påbegynder udviklingen

( $d = v - c = 150$ )

Hvis V1 ved at V2 vil påbegynde udviklingen, vil denne forlange en ( $L = 150$ ), da denne ellers bare kan vente til retssag og ( $d = 150$ ).

Jo længere V1 venter med at give sig til kende overfor V2, at denne ved, at V2 påtænker at krænke, des højere bliver licensen formentlig. Dette er et klassisk hold-up. Jo stærkere hold-up, des højere licens. Dette kan standse V2 i dennes videreudvikling, da værdien kan ende med at blive mindre end omkostningerne og licensen tilsammen. ( $v < c + L$ .)

Schankerman & Scotchmer<sup>105</sup> konkluderer følgende.

*“the unjust-enrichment doctrine does a better job of protecting the patentholder if infringement would not be deterred, but otherwise the two doctrines cannot be ranked. The lost-profit doctrine is unreliable in that there are multiple equilibria, with different damages and distributions of profit”*

Det har ikke været muligt, at finde en økonomisk teori der behandler parternes ageren ved en pønalt bod som alternativ erstatningsregel, men det må antages at en sådanne har en tilstrækkelig præventiv effekt til, at V2 i det nævnte eksempel vil foretrække at indgå licens. Alt efter, hvorledes den pønalt bod fastsættes vil parterne kunne nå til enighed, såfremt licensen og V1's reservationspris ligger under  $v - c$ .

---

<sup>105</sup> Schankerman og Scotchmer, 2001, Damages and injunctions in protecting intellectual property, s. 206.

### 2.5.3 Sammenfatning

Schankerman og Scotchmers model påpeger, at uberettiget vinding er den mest optimale kompensationsregel for rettighedshaver såfremt krænkelsen ikke kan undgås. Modellen behandler ikke pønalt bod, men det antages, at reglen giver en tilstrækkelig præventiv effekt til, at parterne vil foretrække at indgå licens.

Ud fra afsnittene 2.3, 2.4 og 2.5 kan følgende sammenfattes.

Det samfundsmæssige mest optimale er indgåelse af licensaftale.

De gældende erstatningsregler er ikke på et optimalt niveau, da den udmålte erstatning ligger under det ønskede, og præventionshensynet ikke er opfyldt.

En stramning af reglerne i form af indførelsen af pønale elementer, såsom pønalt bod og fratagelse af berigelse vil kunne medføre;

- a) Yderligere incitament til opfindelse af originalprodukter for rettighedshaver.
- b) Det opfylder det præventive hensyn ved at mindske incitamentet til at krænke og forøge incitamentet til at indgå licensaftale.
- c) Det kan resultere i, at rettighedshaveren sætter et urimeligt højt vederlag for licensen.
- d) Der kan opstå samfundsmæssige omkostninger i form af: dødvægtstab, informationsspredning og evt. rent seeking, såfremt en potentiel skadevolder undlader at videreudvikle produktet eller blot tilrettelægger sine aktiviteter på en sådan måde, at der ikke kan herske tvivl om, hvorvidt der foretages en krænkelse eller ej, da værdiskabelsen dermed angiveligt mindskes.

## 2.6 Indarbejdelse af alternative kompensationsregler i dansk ret

### 2.6.1 Indledning

Pønalt bestemmelse (bod) og fratagelse af berigelse antages at underbygge det præventive hensyn, men multipliert princippet udelades, da dette som oftest vil tilkende rettighedshaver overordentligt høje gevinster, samt at retsreglen passer bedre ind i andre immaterielretlige sammenhænge, fx ophavsretten.<sup>106</sup> Som påvist i denne afhandlings afsnit 2.3, 2.4 og 2.5 kan indførelsen af pønalt bod og fratagelse af berigelse fra et økonomisk perspektiv resultere i et højnet niveau af præventionshensynet og herigennem større incitament til at indgå licens for en potentiel skadevolder.

Nedenfor undersøges hvorledes de alternative kompensationsregler harmonerer med dansk ret, og hvor der kan ligge en mulighed for indarbejdelse af disse.

Retshåndhævelsesdirektivets forarbejder forholdt sig til problemstillingen om indarbejdelse af strammere regler i erstatningsudmålingen. Det har generelt set fra EU kommissionens side været hensigten at indarbejde strammere regler, end hvad der blev vedtaget i det endelige direktiv.

I forarbejderne står der i art. 3<sup>107</sup>: *”Det præciseres, at disse foranstaltninger og procedurer skal være af en sådan art, at de fratager de ansvarlige den økonomiske vinding ved krænkelsen.”* Hertil fremgår det af erstatningsbestemmelsen i art. 17, stk. 2<sup>108</sup>: *”Når det er hensigtsmæssigt, kan hertil i henhold til stk. 2 lægges rettighedskrænkerens fortjeneste, der ikke indgår i beregningen af skadeserstatningen.”*

---

<sup>106</sup> I amerikansk ret er multipliert princippet ofte anvendt som pønalt erstatningselement. Dette resulterer ofte i et højt erstatningsniveau. Se bilag 1.

<sup>107</sup> Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv. (Retshåndhævelsesdirektivet) KOM(2003) 46 endelig 2003/0024 (COD).

<sup>108</sup> Ibid.

I forarbejderne til erstatningsbestemmelsen art. 17, stk. 1, litra a)<sup>109</sup> er der desuden nævnt muligheden for at indføre multipliser princippet. Dette blev dog ikke medtaget i det endelige direktiv: *”I henhold til stk. 1 har den forurettede krav på a) en erstatning, der fastsættes til det dobbelte af de gebyrer og afgifter, som rettighedskrænkeren skulle have betalt...”*

Det anføres dog i bemærkninger til Retshåndhævelsesdirektivet<sup>110</sup>, at: *”Formålet er ikke at indføre en pligt til at fastsætte en erstatning, der har karakter af straf...”*

Det skal i den sammenhæng huskes, at direktivet er et minimumsdirektiv og således hjemler mulighed for stærkere beskyttelse af immaterialrettigheder i national lovgivning.<sup>111</sup>

### **2.6.2 Pønal bod**

Herunder vil der blive analyseret på gældende regler og blive angivet, hvor en bestemmelse om pønal bod i erstatningsretlige sammenhænge indenfor patentretten kunne indarbejdes.

En pønal bod defineres i det følgende, som et vilkårligt beløb der tilkendes skadelidte, og som overstiger dennes tab ved en krænkelse af dennes rettighed. Tilkendes når skadevolder efter en moralsk opfattelse har handlet forkasteligt. Det er altså ikke nødvendigt for tilkendelse af pønal bod, at rettighedshaveren har lidt et egentligt tab.

Som nævnt ovenfor er det anført, at formålet med Retshåndhævelsesdirektivets art. 13 ikke er at indføre en straf. Der kunne argumenteres for, at der i lovteksten er hjemmel til at indføre pønal bod, men betragtningerne blot påpeger, at det ikke er det, der er

---

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Retshåndhævelsesdirektivet, bemærkning (26).

<sup>111</sup> Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv. (Retshåndhævelsesdirektivet) KOM(2003) 46 endelig 2003/0024 (COD), s. 17 & 18



tale om.<sup>112</sup> Eva Aaen Skovbo<sup>113</sup> skriver i forbindelse med design og varemærker, som er enslydende efter Retshåndhævelsesdirektivets vedtagelse, ”at den danske retstilling på området langt fra er åbenbar og klar, og at det er umuligt at drage sikre konklusioner ved en gennemgang af retshåndhævelsesdirektiv mv.”

### **Indførelse via vederlagsreglen**

Hvor langt er der mellem ”rimeligt vederlag til udnyttelse” og pønalt kompensation? Som anført af Schovsbo og Rosenmeier<sup>114</sup>: ”krænkeren skal betale en passende licensafgift, uanset om der ikke kan dokumenteres noget egentlig tab”. Der er tale om et beløb, som fastsættes skønmæssigt, og som svarer til, hvad rettighedshaveren kan godtgøre med rimelighed, at kunne have forlangt. Forskellen mellem en pønalt bod, som defineres som et vilkårligt fastsat beløb i tilfælde, hvor der er handlet moralsk forkasteligt og et skønmæssigt fastsat rimeligt vederlag, hvor der ikke skal erlægges nogen bevisførelse og ikke være lidt et tab, er vel egentlig kun størrelsen af erstatningen. I og med at det ved informationsproblemer om markedsværdien er rettighedshaveren, der skal stille krav om det rimelige vederlag, og krænkeren der skal så tvivl herom, er det ikke utænkeligt, at denne kunne sætte et vederlag, der overstiger tabet. Hermed vil domstolen antageligt mene, at det ikke længere er et ”rimeligt” vederlag, men et urimeligt vederlag, udelukkende pga. af intentionen med lovreglen. Men da der ikke føres bevis for tab, er dette i princippet ikke muligt at vurdere for domstolene. Forskellen ligger altså i, at den tilkendte erstatning skal være ”rimelig”, med andre ord ikke overstige rettighedshavers tab af hensyn til de erstatningsretlige principper.

### **Indførelse via godtgørelse for ikke-økonomisk skade**

I EAL § 3, 4 og 26 er der tale om godtgørelse. Altså en erstatning der ikke kan dokumenteres i et eventuelt tab, og som gives som ”et plaster på såret”. Godtgørelse som definition har store lighedstræk med ”bod”. Det er en udtalt opfattelse i retslitteraturen at ”bod” og godtgørelse kan forstås ens. Lighedspunkterne ligger i, at

---

<sup>112</sup> Se desuden udtalelsen fra erhvervsministeren i dette speciales afsnit 2.1.3, *Uberettiget fortjeneste*.

<sup>113</sup> Skovbo, (2007), s. 542

<sup>114</sup> Schovsbo og Rosenmeier, 2008, s. 531.

kompensationen tilkendes som et vilkårligt beløb, der kan gives uden dokumentation af noget lidt tab.

I PTL §58, stk. 3 finder vi bestemmelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Spørgsmålet er så, om der ligger en indgangsvinkel i ikke-økonomisk skade til at indføre en pønalt bod.

Først og fremmest må det fastslås at Retshåndhævelsesdirektivet giver hjemmel til, at erstatning for ikke-økonomisk skade kan pålægges juridiske såvel som fysiske personer. Det fremgår desuden af noterne til PTL<sup>115</sup>, at der må tilkendes godtgørelse for ikke-økonomisk skade, selvom der er givet økonomisk kompensation i form af rimeligt vederlag eller erstatning.<sup>116</sup> Ikke-økonomisk skade er ikke klart defineret, men det nævnes, at der kan være tale om en skade der er påført rettighedshaver ved eksempelvis tab af goodwill mv. En antagelse af, at der i denne sammenhæng også kan være tale om godtgørelse for tabet af enerettigheden<sup>117</sup> åbner givetvis muligheden for at tilkende en pønalt bod med hjemmel i PTL §58, stk. 3 (ikke-økonomisk skade).

Da ordlyden efter indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet er ens i OPHL § 83 og PTL § 58 kan der drages paralleller og erfaringer fra ophavsretten. Arne Ringnes<sup>118</sup> har blandt andet set på muligheden for, at der forefindes et pønalt element ved erstatning gennem ikke-økonomisk skade. Ikke-økonomisk skade omtales som ”oprejsning” i norsk ret og vil derfor blive brugt som betegnelse i det følgende. Det skal i den forbindelse pointeres, at Norge ikke er bundet af Retshåndhævelsesdirektivet, men at erstatningsbestemmelsen om ikke-økonomisk skade i ophavsretlige sammenhænge er ens i dansk og norsk lovgivning. I dansk ret er det dog tilstrækkeligt, at der er udvist simpelt uagtsomhed, hvorimod der i norsk ret kræves groft uagtsomhed.

---

<sup>115</sup> Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 108. (Patentloven). Fremtidige lovændringer: L 2013-06-12 nr. 639

<sup>116</sup> Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 108. (Patentloven). Fremtidige lovændringer: L 2013-06-12 nr. 639, Note 216.

<sup>117</sup> Anført i Møgelvang-Hansen og Riis, 2001, s. 201.

<sup>118</sup> Ringnes, Arne. 2005. Erstatning (Opprejsning) for ikke-økonomisk skade. *NIR. Nordiskt immateriellt rättsskydd* / årg. 74, Hæfte 6, 2005: 615-622.

Ringnes skriver således<sup>119</sup>, at erstatning bliver anset som en kompensationsform, mens oprejsning har et pønalt præg. Oprejsningsinstituttet supplerer og styrker erstatningssanktionen. Der er med denne regel både taget hensyn til genoprettelse og prævention. Det skal ikke kunne betale sig at krænke og spekulere i de svære bevisproblemer, der kan opstå i forbindelse med udmålingen af erstatningen.

Retspraksis er sparsom, når det kommer til kompensation for ikke-økonomisk skade.<sup>120</sup> Ringnes<sup>121</sup> omtaler dog en dom fra Oslo byrett, hvor der udelukkende tilkendes erstatning for ikke-økonomisk skade på baggrund af præventionshensynet. Norsk retspraksis tyder på, at det er krænkelsens grovhed, der afgør, hvorvidt der kan tilkendes erstatning for ikke-økonomisk skade.<sup>122</sup>

For at der kan udbetales ikke-økonomisk kompensation, skal krænkeren have optrådt forsætligt, groft uagtsomt eller simpelt uagtsomt, jf. PTL §58, stk. 1. Bevisførelsen for, om der kan blive tale om en pønalt bod ved brug af bestemmelsen om godtgørelse for ikke-økonomisk skade, ligger efter norsk retspraksis i en vurdering af krænkelsens grovhed. Emnet er ikke behandlet i dansk retspraksis,<sup>123</sup> og domstolene har ikke haft mulighed for at vurdere, hvorvidt der efter den gældende bestemmelse kan tilkendes en samlet erstatning, der via eksempelvis rimeligt vederlag og godtgørelse for ikke-økonomisk skade overstiger rettighedshaverens lidte tab. Dette er umiddelbart ikke tænkeligt, såfremt domstolen ligger vægt på de erstatningsretlige principper om ikke at berige skadelidte. Dette lader dog til, at være den eneste begrænsning udover, at det i kommentarerne til Retshåndhævelsesdirektivet står skrevet, at bestemmelserne ikke er tiltænkt at have form af straf. Det burde være rimeligt overskueligt for en domstol, via pønalt bod, at tilkende en erstatning der samlet overstiger rettighedshaverens tab.

---

<sup>119</sup> Ibid, s. 615.

<sup>120</sup> Se dog U.2002.911.Ø (Uberettiget anvendelse af TV-klip) og U.2005.1019.V (Boksearrangement).

<sup>121</sup> Ringnes, 2005, s. 618.

<sup>122</sup> Ibid, s. 621.

<sup>123</sup> Det har ikke via søgning i UfR været muligt at finde en immaterialretlig dom, der behandler dette.

Dette ville være muligt ved at forlade det erstatningsretlige princip og samtidigt forholde sig til at Retshåndhævelsesdirektivet har karakter af et minimumsdirektiv og de adopterede erstatningsregler gerne må være strammere end angivet i direktivet. Indarbejdelsen af en pønalt bod kunne ske via godtgørelsesbestemmelsen i PTL § 58, stk. 3.

Højesteret tilkendte i U.2007.1219.H rettighedshaver et skønsmæssigt fastsat beløb på 300.000kr. for tab af goodwill som følge af markedsforstyrrelse. Det blev ikke diskuteret, hvorvidt dette beløb sammen med det tilkendte vederlag kunne overstige rettighedshavers tab.

### **Aftale om en fælles patentdomstol.**

Kan den eventuelle vedtagelse af den europæiske patentdomstol medføre, at denne udnytter muligheden, der ligger i erstatning for ikke-økonomisk skade oftere end de danske domstole har gjort det. Og at der herigennem indarbejdes en pønalt bod i nordisk erstatningsret, således at der ikke vil blive taget hensyn til de skandinaviske erstatningsretlige principper? Det må tiden vise. Bemærkningerne siger som nævnt i lovforslag til Retshåndhævelsesdirektivet (bemærkning 26), at der ikke bør være tale om en straf, men det står ingen steder nævnt, at den samlede tilkendte erstatning ikke må overstige rettighedshaverens tab. Forslag til lov om en fælles EU patentdomstol<sup>124</sup> indeholder i art. 68, stk. 3 litra a) en lignende bestemmelse om godtgørelse for ikke-økonomisk skade. Det fremgår ligeledes af art. 68, stk. 2, at erstatningen ikke har karakter af straf. En yderligere undersøgelse her ville være interessant.

### **2.6.3 Fratagning af berigelse**

Fratagelse af berigelse defineres i det følgende som en fratagelse af den berigelse skadevolder har opnået ved at krænke skadelidtes rettigheder. Berigelsen tilkendes hermed skadelidte og gives som en eventuel erstatning for dennes tab.

---

<sup>124</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013.

Hvordan kan man indføre en fratagelse af opnået gevinst ved patentkrænkelssager, og hvorledes går det i spænd med de indarbejdede principper i dansk erstatningsret?

EU kommissionen har nedsat et udvalg, der bl.a. skal analysere på konsekvenserne af indførelsen af Retshåndhævelsesdirektivet.<sup>125</sup> Her anbefales det, at medlemsstaterne bør indføre kompensationsregler som har karakter af fratagelse af berigelse, som det er tilfældet i enkelte medlemsstater allerede.

*”Recommendation: Member States should implement rules for awarding damages and costs in IPR cases that ensure that no economic benefit of an infringement remains with the infringer. Member States’ systems providing for an accounting or disgorgement of infringer’s profits to top up the rightholder’s lost profits award without double counting (Netherlands, Austria, Italy); allowing for damages awards of the full retail price of the infringing goods in appropriate cases (e.g. Estonia); permitting disgorgement of the infringer’s unjust enrichment (Czech, Hungary, Estonia); or requiring damages payments in the amount of a percentage of an infringer’s turnover in certain cases (Spain); should be reviewed as best practices.”*

Selvom TRIPS ikke har direkte virkning i Danmark, er det alligevel bemærkelsesværdigt, at der i TRIPS art, 45, stk. 2. er mulighed for at tilkende erstatning i overensstemmelse med krænkerens gevinst, og at dette ikke har haft indvirkning ved oprettelsen af Retshåndhævelsesdirektivet.

Ved udmåling af det rimelige vederlag skal der tages hensyn til krænkerens gevinst. Det er dog i denne sammenhæng uklart, hvorledes at vederlaget kan udmåles nøjagtigt til denne gevinst og på den måde have karakter af fratagelse af berigelsen. I og med, at der er tale om, at krænkerens gevinst skal indgå i udmålingen, kan det ikke afvises, at domstolene kan have hjemmel til at tilkende en erstatning, der er lig krænkerens gevinst, så længe den ikke bryder med det erstatningsretlige princip om ikke at tilkende rettighedshaver et beløb udover det lidte tab. Sø- og handelsretten opgjorde i U.2000.915.SH (Tyrkisk peber)<sup>126</sup> krænkerens gevinst til 850.000-900.000 kr., men

---

<sup>125</sup> European Observatory on counterfeiting and piracy, 2011, s. 6.

<sup>126</sup> U.2000.915.SH (Tyrkisk peber).

tilkendte uden nærmere begrundelse rettighedshaveren et vederlag på 200.000 kr. Udmåling af erstatning efter krænkerens berigelse har en pønål karakter eftersom det må være reglens overordnede formål at afskrække en potentiel skadevolder fra at krænke.

I dansk ret har det én gang før været diskuteret, hvorvidt afståelse af berigelse kunne indarbejdes i erstatningsregler. Dette sås i kommissionens betænkning nr. 199 om en ny dansk varemærkelov<sup>127</sup>. Her blev det overvejet, om der skulle indarbejdes en regel, hvor også den berigelse, der overstiger skaden, skal afstås til den krænkede. Det blev dog afvist med begrundelsen om, at: *”sådanne tilfælde antagelig vil være sjældne og i hvert fald vanskelige at bevise”*.<sup>128</sup>

I Sverige indførte man allerede i 1986 en bestemmelse i Patentloven om, at der skulle tages hensyn til krænkerens berigelse ved udmåling af erstatning. Herudover minder den øvrige immaterialret helt om den danske.

Bevæger vi os videre ud i Europa og de forskellige jurisdiktioner, ser vi en generel skepsis overfor Retshåndhævelsesdirektivets art. 13 og den korrekte fortolkning af, hvorledes hensynet til krænkerens uberettigede gevinst skal anvendes. I UK udtalte en appeldomstol i en varemærkesag EWCA 1419, 2012. Hollister Incorporated vs. Medik Ostomy Supplies, at rettighedshaverens tab ikke burde begrænse adgangen til at få tilkendt hele skadevolders uberettigede gevinst. Hvilket ligeledes er blevet bakket op af den tyske højesteretsdomstol, som i Case IZR 87/07 Zoladex (Bundesgerichtshof 29 July 2009) fandt, at det at tilkende skadevolders berigelse til skadelidte ikke fandtes at være stridigt med EU-retten. Trevor Cook<sup>129</sup> konkluderer, at EU medlemslande, på trods af uklarheden omkring Retshåndhævelsesdirektivets art. 13, stk. 1, er begyndt at bevæge sig mod en fortolkning, der betyder, at der kan vælges mellem at få tilkendt erstatning efter rettighedshaverens tab eller krænkerens berigelse. Dette er interessant, da det kan betyde, at der er hjemmel til at tilkende rettighedshaver krænkerens gevinst, og at det dermed kun er hensynet til de

---

<sup>127</sup> Betænkning vedrørende ny dansk varemærkelov nr. 199, 1958.

<sup>128</sup> Riis, 2005, Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s. 251.

<sup>129</sup> Cook, 2013, s. 203.

erstatningsrettlige prinsipper i dansk ret, der kan holde domstolene tilbage fra at tilkende en sådan berigelse af skadelidte.

Norsk ret har igennem længere tid adskilt sig fra den danske ved at lægge større vægt på berigelsesbetragtningerne ved udmåling af erstatningen. Især i den norske ophavsret, hvor der er adgang til at kræve krænkerens fortjeneste udbetalt uden hensyn til skyld og skadens størrelse. Dette uanset skyldgraden, og også selvom skadevolder har handlet i god tro.<sup>130</sup>

I Norge har der igennem de seneste år udviklet sig en praksis i højesteret, som i sommeren 2013 har ført til en ændring af patentloven. Denne trådte i kraft 1. Juli 2013 og her indførte man muligheden for udmåling af erstatning svarende til skadevolders berigelse. Erstatningsreglen er nu udformet således:

*§ 58. For forsettlig eller uaktsomt patentinngrep skal inngriperen betale til rettighetshaveren:*

- a) vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen, samt erstatning for skade som følge av inngrepet som ikke ville oppstått ved lisensiering,*
- b) erstatning for skade som følge av inngrepet, eller*
- c) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved inngrepet.*

*Vederlag og erstatning fastsettes etter det av grunnlagene i bokstav a til c som er gunstigst for rettighetshaveren.*

*Er det handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, skal inngriperen, dersom rettighetshaveren krever det, i stedet for vederlag og erstatning fastsatt etter første ledd, betale vederlag svarende til det dobbelte av en rimelig lisensavgift for utnyttelsen.*

*Første og annet ledd gjelder tilsvarende ved medvirkning.*

*For inngrep som har skjedd i god tro, skal inngriperen i den grad det ikke fremstår som urimelig, betale vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen eller til vinningen som er oppnådd ved inngrepet.*

*Ansaret etter første til tredje ledd kan lempes etter lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning § 5-2.*

---

<sup>130</sup> Åndsverksloven § 55, stk. 2.

Kigger man i forarbejderne<sup>131</sup> til ændringen af den norske patentlov ligger følgende til grund for ændringerne. Følgende fremgår af høringsnotaterne til lovforslaget.

Denne generelle opfattelse er, at compensationerne, der tilkendes, er for lave og ikke dækker det faktiske tab. Dette skyldes, at det er vanskeligt at sandsynliggøre alle tabsposter, hvilket blandt andet er baggrunden for, at der gives mulighed for at udmåle erstatningen efter andet end det økonomiske tab. En yderligere årsag er, at potentialet som lå i de daværende gældende regler, som stemte overens med de danske vi har nu, ikke altid bliver udnyttet til fulde af domstolene, når der skal fastsættes en compensation.

Herudover er det særligt præventionshensynet som ligger til grund. Dette tilsiger, at der bør kunne tilkendes et vederlag som overstiger det økonomiske tab hos rettighedshaver.

Punkt a) og b) i den nye lov svarer stort set til gældende dansk ret. Her kan der udmåles vederlag eller tilkendes erstatning for økonomisk tab. Dette er delt op for, at gøre det klart, at et økonomisk tab ikke skal begrænses af, hvad en rimelig licensafgift ville have været, hvis ikke der var blevet krænket.

I punkt c) finder vi den nye regel, som gør det muligt at få tilkendt vederlag som svarer til krænkerens fortjeneste. Herom fremgår det af høringsnotatet<sup>132</sup>:

*”Etter departementets syn er det rimelig at inngriper i det minste må gi fra seg fortjenesten ved inngrepet. Å innføre dette som et alternativt utmålingsgrunnlag vil dessuten bedre rettighetshavers muligheter til å få tilkjent et tilfredsstillende vederlag for inngrepet i situasjoner hvor det er spesielt vanskelig å føre bevis for økonomisk tap og hvor det er vanskelig å fastslå hva en rimelig lisensavgift for utnyttelsen ville utgjort.”*

Udover disse tre erstatningsregler indføres også muligheden for at tilkende dobbeltvederlag. Dette kan dog kun tilkendes i tilfælde af særlig grov krænkelse og der skal være tale om forsætlighed eller grov uagtsomhed fra krænkerens side. Dette

---

<sup>131</sup> Prop. 81 L (2012–2013). Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene). Afsnit 6.

<sup>132</sup> Ibid, afsnit 6.4.



sikrer, at en krænker altid og som minimum vil skulle betale den dobbelte licensafgift og derfor ikke har incitament til at spekulere i, hvorvidt det kan betale sig at krænke eller ej.

Rettighedshaveren har med denne vedtagelse 4 alternative udmålingsgrundlag at basere sit krav på, når der er tale om forsætlige eller groft uagtsomme krænkelser.

I Norge har man altså valgt at forlade princippet om ikke at berige rettighedshaver ved immaterialretlige krænkelser. I høringsnotatet står der: *"Hensynet til nordisk rettsenhet står dermed ikke så sentralt i denne sammenheng."*

Umiddelbart virker det ikke teoretisk usandsynligt, at der ved en dansk domstol kunne tilkendes et beløb, som svarer til fratagelse af berigelse efter gældende regler. For eksempel kunne der tilkendes et rimeligt vederlag og en yderligere erstatning opgjort efter forskellen mellem vederlaget og krænkerens berigelse. Dette ville dog betyde en dobbelt-kompensation og indtil videre har de danske domstole været meget tilbageholdende med at fravige de almindelige erstatningsretlige principper om erstatningsudmåling, hvorfor det i praksis alligevel virker utænkeligt. Det anbefales derfor, at der indsættes en bestemmelse i PTL §58, stk. 1 som gør det muligt, at tilkende en erstatning der svarer til krænkerens uberettigede fortjeneste.

### **Aftale om en fælles EU patentdomstol**

Det fremgår af aftalen om en fælles patentdomstols<sup>133</sup> § 68, at denne åbner op for muligheden for at fratage krænker den uberettigede gevinst.

*" 2. Den forurettede part skal så vidt muligt stilles, som hvis krænkelsen ikke havde fundet sted. Krænkeren skal fralægge sig sin berigelse. Erstatningen har dog ikke karakter af straf."*

Der står ikke nævnt, hvorvidt erstatningen må overstige rettighedshavers tab eller ej, blot at skadelidte så vidt muligt skal kompenseres som om, krænkelsen ikke var sket. Det bliver derfor op til patentdomstolen, om denne vil tilkende rettighedshaver et beløb, der overstiger det lidte tab, og man derigennem forlader de erstatningsretlige principper. Det kan i denne sammenhæng diskuteres, hvad betydningen er af

---

<sup>133</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013.

følgende: ”Erstatningen har dog ikke karakter af straf”. Betyder det netop, at rettighedshaver ikke kan blive beriget?<sup>134</sup> Mere herom i afsnit 3.2 Perspektivering.

#### **2.6.4 Sammenfatning**

Den gældende patentlov indeholder ikke en bestemmelse om tilkendelse af pønalt bod. Domstolene har endnu ikke behandlet spørgsmålet om, hvorvidt godtgørelsen af ikke-økonomisk skade lagt sammen med en eventuel tilkendelse af rimeligt vederlag kan medføre, at den samlede erstatning der tilkendes rettighedshaver overstiger dennes tab. Der ligger en åbning i godtgørelsen af ikke-økonomisk skade for, at der herigennem kan tilkendes en pønalt bod. Igen er det hensynet til de erstatningsretlige principper i skandinavisk ret, som begrænser muligheden her. Som set i norsk ret<sup>135</sup>, har de ikke i Norge haft besvær med at forlade disse principper i forhold til de immaterialretlige erstatningsregler. Indarbejdelsen af en pønalt bod kunne ske via godtgørelsesbestemmelsen i PTL § 58, stk. 3.

Med hensyn til fratagelse af berigelsen hos krænkeren kan det på den ene side ikke afvises, at der efter de gældende regler vil være mulighed for at tilkende et vederlag svarende til krænkerens berigelse. Dette er uklart og ikke afprøvet af domstolene. På den anden side vil domstolene formentligt ikke vende ryggen til de erstatningsretlige principper om ikke at berige skadelidte. Derfor er det næppe sandsynligt, at der vil blive tilkendt erstatning lig med krænkerens gevinst, såfremt denne overstiger rettighedshaverens tab.

Udmålingen af vederlag baseret på rimelig licens, rettighedshavers tab og krænkerens gevinst resulterer ofte i at domstolene fastsætter et skønsmæssigt fastsat beløb. Der kunne med fordel kigges mod norsk lovgivning og deres nyligt inkorporerede fravigelse fra erstatningsretlige principper og de dertil hørende nye kompensationsregler, som løfter præventionshensynet. Der kunne indsættes en bestemmelse i PTL §58, stk. 1 som gør det muligt at tilkende en erstatning, der svarer til krænkerens uberettigede fortjeneste, selvom denne overstiger rettighedshaverens tab.

---

<sup>134</sup> Se nærmere herom denne afhandlings afsnit 3.2 Perspektivering.

<sup>135</sup> Prop. 81 L (2012–2013). Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene). Afsnit 6.

## 3. Samlet konklusion

### 3.1 Konklusion

Erstatningsreglerne i patentloven indbyder ikke til, at skadelidte kompenseres udover dennes lidte tab. Selvom krænkerens gevinst kan indgå i udmålingen af rimeligt vederlag, fremgår det af forarbejderne til Patentloven og bemærkningerne til Retsåndhævelsesdirektivet, at dette ikke skal forstås som en straf, hvilket ej heller udmøntes i retspraksis.

Undersøgelsen af patentkrænkelssagerne i Danmark de seneste 100 år viser, at den tilkendte erstatning i de fleste sager ligger langt under rettighedshavers nedlagte påstand. Bevisførelsen ved de gældende kompensationsregler kan være svær, og derfor tilkendes der ofte lave erstatninger af de danske domstole. Det skaber incitament til en skyd-først-spørg-bagefter mentalitet hos en potentiel skadevolder.

Fra et samfundsmæssigt synspunkt er det økonomisk mest effiente erlæggelse af vederlag inden krænkelse forekommer. Derfor skal kompensationsreglerne udover genoprettelseshensynet bære præg af at have en vis præventiv effekt. Det præventive hensyn er ikke opfyldt gennem de gældende kompensationsbestemmelser. Den optimale kompensationsregel forefindes, når der er incitament til F&U af originalprodukt samt incitament til videreudvikling af dette, og at kompensationsreglerne fraholder en potentiel skadevolder fra at krænke, og denne i stedet vælger at indgå aftale om licens. Dette under hensyntagen til, at rettighedshaver ikke ser en økonomisk fordel i krænkelsen og ligeledes har incitament til at indgå licensaftale. Når disse bestanddele forefindes har vi den mest optimale erstatningsregel fra et samfundsmæssigt synspunkt. Indførelsen af pønalt bod og fratagelse af berigelse som tillæg til gældende ret synes at kunne dække disse behov og dermed repræsentere den samfundsmæssigt mest optimale erstatningsregel.

Det anbefales, at det erstatningsretlige princip om at skadelidte ikke må opnå berigelse i forbindelse med en krænkelse af patentrettigheder forlades begrundet i præventionshensynet.

Erstatningsreglerne i PTL §58 stk. 1 justeres således, at der ved udmålingen af kompensationen ikke blot kan tages hensyn til krænkerens gevinst, men at

kompensationen som et alternativ i stedet kan udgøre hele krænkerens gevinst selvom denne overstiger rettighedshaverens tab.

Desuden bør PTL §58, stk. 3 reguleres således, at godtgørelsen kan overstige rettighedshaverens tab og tilkendes som en pønalt bod som resultatet af den tabte enerettighed.

### **3.2 Perspektivering**

Retshåndhævelsesdirektivet fulgte ikke anbefalingen i forarbejderne om at indføre muligheden for fratagelse af berigelse i det endelige direktiv. Der kunne i den sammenhæng foretages en vurdering af, hvorvidt den anbefalede justering af patentlovens § 58 konflikter med Retshåndhævelsesdirektivets art. 13. Dette selvom direktivet har karakter af et minimumsdirektiv.

Såfremt man indførte pønale bestemmelser og fratagelse af berigelse kunne det være nærliggende at se på tvangslicensreglerne for at kompensere for den eventuelle modvillighed hos rettighedshaver til at indgå licens ved for vidtgående kompensationsbestemmelser.

Det kunne være interessant at se på, hvor mange patentkrænkelsessager der ender i forlig. Generelt gå dybere i den empiriske analyse for at udrede, hvorvidt der fra et praktisk synspunkt er et klart behov for stramning af kompensationsbestemmelserne. Endvidere lade straf indgå i den samlede vurdering af, om det præventive hensyn er opfyldt. Det kunne tænkes, at strafsanktionen kan anvendes som trussel til at indgå et forlig, der overkompenserer rettighedshaveren og dermed giver en beskyttelse som er lig en pønalt erstatning.

Hvis indførelsen af EU's patentdomstol bliver en realitet, betyder det givetvis et skifte i hjemmelsgrundlaget. Her ser det ud til, at det vil være muligt at fratage berigelsen fra skadevolder<sup>136</sup>, men samtidig understreges det, at reglerne ikke har karakter af straf. En yderligere undersøgelse af, hvad overgangen til en fælles patentdomstol betyder for kompensationsreglerne ville være interessant og relevant.

---

<sup>136</sup> Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22.

## **Forkortelser**

PTL – Patentloven

VML – Varemærkeloven

OPHL – Ophavsretsloven

EPK – Europæiske patentkonvention

EPO - Europæiske patentmyndighed

RPL – Retsplejeloven

EAL – Erstatningsansvarsloven

FED – Forsikrings og Erstatningsretlig domssamling

GRL – Grundloven

KRL – Konkurrenceloven

MFL – Markedsføringsloven

NIR – Nordisk Immaterielt Rättsskydd

S.H. – Sø og handelsretten

TRIPS - Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

H. – Højesteret

H. D. – Højesterets dom

S.H.D. – Sø- og handelsrettens dom

Ø.D. – Østre landsret dom

V.D. – Vestre landsret dom

U / UfR – Ugeskrift for retsvæsen

F2d – Federal Reporter, 2d series

pga. – På grund af

mv. – med videre

mm. – med mere

jf. – jævnfør

## **Litteraturliste**

### **Artikler:**

Calabresi, Guido and A. Douglas Melamed. 1972. Property rules, Liability rules, and Inalienability: One view of the Cathedral. *Harvard law review*, 1972, Vol. 85, no. 6: 1089-1128.

Chang, Howard F., 1995. Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation. Published by: *Blackwell Publishing on behalf of The RAND Corporation. The RAND Journal of Economics*, Vol. 26, No. 1: 34-57.

Cook, Trevor. 2013. Monetary compensation for intellectual property infringement, Reasonable royalties, compensation for damage and infringer's profits. *NIR. Nordiskt immateriellt rättsskydd* / årg. 82, Hæfte 2, 2013: 193-203.

European Observatory on counterfeiting and piracy. 2011. Civil Damages in Intellectual Property Rights Cases. Analysis, Recommendations and best practices.

Kaplow, Louis and Steven Shavall. 1996. Property Rules versus Liability Rules: An economic Analysis. *Harvard Law Review*, 1996, Vol. 109(4): 713-790.

Lando, Henrik. 2010. Note based on Chang's article on the optimal breadth of patents, for VRKØ, autumn 2010, INO.

Lando, Henrik. 2010. Note explaining Schotchmer and Schankerman's article on the optimal damage rules for patent breaches, for the VRKØ course, autumn 2010. November 14, 2010.

Merger, Robert P., 1996. Contracting into Liability rules: Intellectual property rights and collective rights organizations. *California Law Review*, 1996, Vol.84(5): 1293-1393

Monsen, Erik. 2007. Nyere, norske dommer om berikelseskrav på immaterialrettens område. *NIR. Nordiskt immateriellt rättsskydd* / årg. 76, Hæfte 4, 2007: 323-347.

Møgelvang-Hansen, Peter og Thomas Riis. 2001. Fogedforbud og kompensation ved immaterialretskrænkelser. *Festskrift til Bernhard Gomard*. 2001. 1. udgave: 177-205.

Patentdirektoratet. 1999. Håndhævelse af patentrettigheder. *Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende håndhævelse af patentrettigheder*.

Riis, Thomas. 2005. Kompensation for ophavsretskrænkelser - økonomiske aspekter. *NIR. Nordiskt immaterielt rättsskydd* / årg. 74, Hæfte 6, 2005: 606-614

Riis, Thomas. 2005. Patentrettens vederlagsrettigheder. *Studier i rättsekonomi, Christian Dahlman (Red.):* 179-192.

Ringnes, Arne. 2005. Erstatning (Oppreisning) for ikke-økonomisk skade. *NIR. Nordiskt immaterielt rättsskydd* / årg. 74, Hæfte 6, 2005: 615-622.

Schankerman, Mark and Suzanne Scotchmer. 2001. Damages and injunctions in protecting intellectual property. *RAND Journal of Economics* vol. 32. No. 1 Spring 2001: 199-220.

Skovbo, Eva Aaen. 2006. Nye regler om godtgørelse og erstatning for produktetfterligninger i Danmark, Er området i udvikling? *NIR. Nordiskt immaterielt rättsskydd* / årg. 75, Hæfte 2, 2006: 121-139.

Skovbo, Eva Aaen. 2007. Hjemmelsproblemer i dansk ret med hensyn til erstatning og straf i sager om krænkelse af EF-design og EF-varemærker. *NIR. Nordiskt immaterielt rättsskydd* / årg. 76, Hæfte 6, 2007: 536-547.

### **Bøger:**

Andersen, Niels M. og Arly Carlquist og Anders Rubinstein. 2006. *Retshåndhævelse af Immaterielrettigheder*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Ankersborg, Vibeke. 2011. *Specialeprocessen. Tag magten over dit speciale!* København: Samfundslitteratur. 1. udgave.

Dahl, Børge. 2011. *Erhvervsretlige love 2011*. København: Handelshøjskolens Forlag. 33. udgave.

Eyben, Bo von og Helle Isager. 2011. *Lærebog i erstatningsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 7. udgave.

Jørgensen, Peter Stray og Lotte Rienecker og Signe Skov. 2011. *Specielt om specialer. En aktivitetsbog*. København: Samfundslitteratur. 4. udgave.

Lando, Ole. 2009. *Kort indføring i komparativ ret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 3. udgave.

Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø. 2008. *Retskilder & Retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2. udgave.

Riis, Thomas. 2005. *Enerettigheder og vederlagsrettigheder - Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.

Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier. 2008. *Immaterielret*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.

Schovsbo, Jens. 2001. *Immateriellaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1. udgave.

Schønning, Peter og Martin Kyst m.fl. 2009. *Grundlæggende immaterielret*. København: Gjøellerup. 2. udgave.

Skovbo, Eva Aaen. 2005. *Erstatning for ophavsretlige krænkelse*. København: Forlaget Thomson. 1. udgave.

Skovgaard, Henning. 1983. *Offentlige myndigheder erstatningsansvar. En studie i statens og kommunernes almindelige erstatningsansvar for retmæssig/retsstridig skadeforvoldelse i professionelle forhold*. København: Gads Forlag.



## **Anvendte love, retsfor skrifter mv.**

### **Love:**

#### **Danmark:**

##### **Patentloven**

Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 108 Fremtidige lovændringer: L 2013-06-12 nr. 639

##### **Varemærkeloven**

Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 109, som ændret ved L 2012-12-23 nr. 1387. Fremtidige lovændringer: L 2013-06-12 nr. 639

##### **Ophavsretsloven**

Lovbekendtgørelse 2010-02-27 nr. 202 om ophavsret, som ændret ved L 2013-04-17 nr. 380

##### **Retsplejeloven**

Lovbekendtgørelse 2013-09-24 nr. 1139, Retsplejeloven, som ændret ved L 2013-11-27 nr. 1313. Fremtidige lovændringer: L 2004-06-09 nr. 447, L 2006-06-08 nr. 538, L 2008-06-17 nr. 479, L 2009-06-12 nr. 505, L 2010-06-25 nr. 715, L 2012-02-28 nr. 156, L 2012-12-18 nr. 1242, L 2013-05-01 nr. 429, L 2013-06-12 nr. 604 og L 2013-06-12 nr. 638.

##### **Erstatningsansvarsloven**

Lovbekendtgørelse 2005-09-20 nr. 885 om erstatningsansvar, som ændret ved L 2006-12-20 nr. 1545, L 2007-06-06 nr. 523, L 2011-06-14 nr. 610 og L 2012-12-18 nr. 1244

##### **Grundloven**

Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov.

##### **Konkurrenceloven**

Lovbekendtgørelse 2013-06-18 nr. 700 Konkurrenceloven. Fremtidige lovændringer: L 2013-06-12 nr. 639

##### **Markedsføringsloven**

Lovbekendtgørelse 2013-09-25 nr. 1216 om markedsføring

##### **Ændring af Patentloven**

Lov 2006-06-08 nr. 546 om ændring af patentloven. (Ratifikation af ændringer i den europæiske patentkonvention).

## **Norge:**

### **Patentloven**

LOV-1967-12-15-9, sidst ændret ved LOV-2013-05-31-25 fra 01.07.2013

### **Åndsverksloven**

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven). LOV-1961-05-12-2, sidst ændret ved LOV-2013-05-31-26 fra 01.07.2013.

## **EU:**

### **Retshåndhævelsesdirektivet**

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

### **Europæiske patentkonvention**

Aftale om EF-patenter 89/695/EØF. Udfærdiget i Luxembourg den 15. december 1989, EFT L 401 af 30.12.1989

## **International:**

### **TRIPS**

Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. (TRIPS).

## **Retsforskrifter:**

### **Danmark:**

#### **Betænkning vedrørende ny dansk varemærkelov nr. 199, 1958.**

Betænkning 1958 nr. 199 vedrørende en ny dansk lov om varemærker: Udarbejdet af handelsministeriet under den 8. december 1949 nedsatte kommission i samarbejde med tilsvarende finske, norske og svenske commissioner.

#### **Lovforslag om Danmarks ratifikation af Aftale om en fælles patentdomstol.**

Forslag til lov om fælles patentdomstol. LFF 2013-10-02 nr. 22. Fremsat 2. Oktober 2013.

### **Lovforslag fra retshåndhævelsesdirektivet til Patentloven**

Forslag til lov om ændring af patentloven, ophavsretsloven med flere love. LFV 2005-12-15 nr. 48. Implementering af EF-direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder. Vedtaget af Folketinget ved 3. behandling den 15. december 2005

### **Lovforslag til Retsplejeloven (Politi og Domstolsreform)**

Forslag til lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love. (Politi- og domstolsreform). LFTV 2006-06-01 nr. 168. Tillægsbetænkning afgivet af Retsudvalget den 1. juni 2006

### **Spørgsmål til erhvervsministeren**

Økonomi og erhvervsministeren spørgsmål L 48, spørgsmål 4 stillet d. 14.12.2005.

### **Norge:**

#### **Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m.**

Prop. 81 L (2012–2013). Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene).

### **EU:**

#### **Forarbejder til Retshåndhævelsesdirektivet**

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv. KOM(2003) 46 endelig 2003/0024 (COD). Om foranstaltninger og procedurer til sikring af overholdelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (forelagt af Kommissionen).

## **Doms- og afgørelsesregister**

### **Danske domme:**

#### **SH2013.T-0001-11 SH2013.T-1-11**

Dansk Mink Papir A/S mod Jasopels A/S, Sø- og Handelsrettens dom afsagt den 20. juni 2013 i sag T-1-11.

**U.2012.3327.H**

Ebbe Korsgaard mod B. Vederlag for krænkelse af patenter. Strafbortfald. H.D. 17. august 2012 i sag 317/2010 1. afd.

**U.2012.107.H**

VN Legetøj A/S mod Hasbro Europe, filial af Hasbro International Inc., og Hasbro Scandinavia A/S, H.D. 3. oktober 2011 i sag 218/2009 (1. afd.)

**U.2011.2319.H**

Prestige Tool-Plast v/Jens Fenger Eriksen mod Bent Reipur. Patent til tandstikkere var krænkede. Erstatning og tilintetgørelse, H.D. 27. maj 2011 i sag 303/2007 (2. afd.)

**U.2009.1523.H**

Dansk Elektrolyse A/S mod Guldager A/S, H.D. 27. marts 2009 i sag 505/2005 (2. afd.)

**U.2009.733.H**

VM Tarm A/S mod Mørch & Sønner A/S, H.D. 12. december 2008 i sag 68/2006 (2. afd.)

**U.2008.2263.SH**

Haribo Lakrids A/S mod Hela Wine & Spirits ApS., S.H.D. 17. juni 2008 i sag V 101-05

**U.2007.2199.H**

Workshop Flexmodul DK ved Martin Olsson mod Aalborg Tekniske Skole, H.D. 24. maj 2007 i sag 116/2004 (2. afd.)

**U.2007.1219.H**

POMI ApS og Breum Maskinstation ved Bent Jensen mod Ebbe Korsgaard. Biintervenienter til støtte for Breum Maskinstation: Hvornum Maskinstation ved Poul Højbjerg og en række andre maskinstationer, H.D. 8. februar 2007 i sag 342/2001 (1. afd.)

**U.2007.1112.H**

Coop Norden A/S og Natex of Scandinavia A/S mod Bestseller A/S., H.D. 30. januar 2007 i sag 67/2006 (2. afd.).

**U.2005.1019.V**

Henrik Graabæk mod Scandinavian TV Organisation against Piracy Denmark I/S, V.L.D. 7. december 2004 i anke 14. afd. B-3121-03.

**U.2003.1845.H**

Paranova A/S mod F. Hoffmann-La Roche AG og Roche A/S, H.D. 28. maj 2003 i sag 119/2002 (2. afd.).

**U.2003.1826.H**

Paranova A/ mod C.H. Boehringer Sohn GmbH, Boehringer Ingelheim KG og Boehringer Ingelheim A/S, H.D. 28. maj 2003 i sag 272/2001 (2. afd.).

**U.2003.1825.H**

Paranova A/S mod Bristol-Myers Squibb Company og Bristol Myers Squibb Danmark, H.D. 28. maj 2003 i sag 168/2001 (2. afd.).

**U.2003.630.H**

Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S (tidligere Orifarm A/S) mod Løvens Kemiske Fabrik Produktionsaktieselskab, H.D. 19. december 2002 i sag 214/2001 (1. afd.).

**U.2002.1523.H**

Orifarm A/S mod Hoechst Marion Roussel S.A., H.D. 22. april 2002 i sag II 146/2000.

**U.2002.696.H**

Orifarm A/S mod AstraZeneca AB og AstraZeneca A/S (tidligere Astra AB og Astra Danmark A/S), H.D. 4. januar 2002 i sag II 51/2000.

**U.2002.911.Ø**

TV 2/Danmark mod Mogens Palle, Ø.L.D. 15. januar 2002 i anke 21. afd. nr. B-2709-00

**U.2001.1572.V**

KODA og Nordisk Copyright Bureau og Dansk Artistforbund og Dansk Musikerforbund og IFPI Danmark som mandatar for Polygram Records A/S m.fl. mod A ved værgeren V, V.L.D. 20. april 2001 i sag KB-afd. B-1943-99.

**U.2001.2387.SH**

Munthe plus Simonsen A/ mod Blues A/S, S.H.D. 10. august 2001 i sag V 89/00

**U.2001.747.H**

1) Peter Opsvik, 2) Stokke Fabrikker A/S og 3) Stokke Danmark ApS mod Tvilum Møbelfabrik A/S, H.D. 5. januar 2001 i sag II 352/1999.

**U.2000.915.SH**

Oy Karl Fazer AB mod Støvring Bolcher A/S. Hovedintervenient: Trimex C. Nielsen GmbH & Co., S.H.D. 11. januar 2000 i sag V 122/97.

**FED.1997.1834**

Jan Olsson A/S mod SAV Danmark Trading A/S, Biintervenient: JAFO AB, Ø.L.D. af 13. oktober 1997. Ø.L.D. af 13. oktober 1997.

**U.1997.1546.V**

Nordisk Copyright Bureau mod M og S, V.L.D. 18. september 1997 i anke 6. afd. B-2582-91

**U.1993.572.H**

Nordisk Copyright Bureau mod Søllerød kommune, H.D. 27. april 1993 i sag I 331/1991.

**U.1987.538.SH**

Johs. Thornam A/S mod K.K.E. Motorer ApS, S.H.D. 18. juli 1986 i sag H 541/1985.

**U.1983.1074.SH**

L'Oréal S.A., Paris og Capilex A/S, Glostrup mod Aldi Marked K/S, Karlslunde, S. H. D. 19. september 1983 i sagerne H 531, 541 og 610/1982.

**U.1965.468.H**

Firmaet Rasmussen & Sommer mod A/S Chr. Fabers Fabrikker, H. D. 19. maj 1965 i sag II 21/1964.

**U.1964.628.H**

Firma Kissendrup Beholder- og Maskinfabrik ved Harry Christiansen mod ingeniør Poul Christensen., H. D. 27. juni 1964 i sag I 26/1961.

**U.1962.66.H**

J. Nielsen A/S mod A/S Chr. Fabers Fabrikker., H. D. 20. november 1961 i sag II 322/1960.

**U.1961.731.H**

Nordfyns Maskinfabrik ved Chr. A. Scheby og Søn mod fabriksejer, civilingeniør M. Nordsten., H. D. 8. juni 1961 i sag II 150/1960.

**U.1952.81.H**

Fabrikant Aage Krause mod Elis Lindén, H. D. 5. december 1951 i sag 452/1949.

**U.1949.53.H**

Firmaet Brødrene Vestergaard mod grosserer C. A. Johansson, H. D. 24. november 1948 i sag 74/1948.

**U.1940.1013.H**

Grosserer Fritz Jørgensen mod Gillette Safety Razor Company, H. D. 7. Oktober 1940 i Sag 197/1939

**U.1937.745.H**

Maskinkompagniet »National« Aktieselskab mod Ingeniør J Ingvarlsen, H. D. 16. Juni 1936 i sag 21/1936.

**U.1936.520.H**

Varmeingeniør Reinholdt Christensen mod Aktieselskabet Brandt & Co i Likvidation, H. D. 8. April 1936 i sag 126/1935

**U.1931.1092.Ø**

A/S De forenede Jærnstøberier mod A/S Alino-Metal og dets Bestyrelsesmedlemmer, Fabrikanterne Alex Orland og Ingemar Foskjær, Ø. L. D. 9. Februar 1931 i sag II 336/1931.

**U.1925.586.H**

Firmaet N Nielsen & Chr Jensen mod Maskinfabrikant Niels Kr Nielsen, H. D. 23. December 1924 i sag R. 158/1923.

**U.1925.96.H**

Firmaet N Nielsen & Chr Jensen mod Maskinfabrikant Niels Kr Nielsen, H. D. 23. December 1924 i sag R. 158/1923

**U.1923.722.Ø**

Firmaet Dansk Tyveri Alarm mod fhv Vekselerer Volff David Nathan, Ø. L. D. 31. Maj 1923 i sag IV 80/1923.

**U.1923.498.H**

Firmaet Orion Pen Co mod Direktør Niels Benzon som Generalrepræsentant for Skandinavien for The Wahl Company, Chicago, H. D. 26. Marts 1923 i sag R 379/1922.

**U.1920.245.H**

Ingeniør I Krüger mod Forpagter C. J. Nielsen, H. D. 26. Januar 1920 i sag Nr 49/1919.

**Norge:****RG 2003.868**

Uretmæssig brug af billede i forbindelse med en bogpræsentation, hvor retten lagde til grund, at vederlaget skulle udmåles til et højere beløb, end hvad den krænkende kunne have opnået som modydelse for forhåndssamtykke.

## **RG 1999.330**

Retten udtalte, at der måtte tages hensyn til, at vederlagskravet ikke skulle dække manglende betaling af et aftalt vederlag, men en ophavsretskrænkelser.

## **UK:**

### **EWCA 1419 (2012)**

Hollister Incorporated vs. Medik Ostomy Supplies. (2011) EWPC 40.

## **Tyskland:**

### **Case IZR 87/07**

Zoladex, Bundesgerichtshof 29 July 2009

## **EU:**

### **C-348/04**

*Boehringer II*, sag C-348/04, Boehringer Ingelheim KG and Others v Swingward Ltd and Dowelhurst Ltd., Judgment of the Court (Second Chamber) of 26 April 2007.

## **USA:**

### **532 U.S. 424**

Cooper Industries, Inc vs. Leathermann Tool Group, Inc. 532 U.S. 424 (2001), 432.

### **923 F.2d 1576**

Beatrice Foods Co. vs. New England Printing & Lithographing Co., 923 F.2d 1576 (Fed. Cir. 1991), s. 1579.

### **446 F.2d 295**

318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), mod'd, 446 F.2d 295 (2d Cir. 1971).

## **Bilag**

### **Bilag 1**

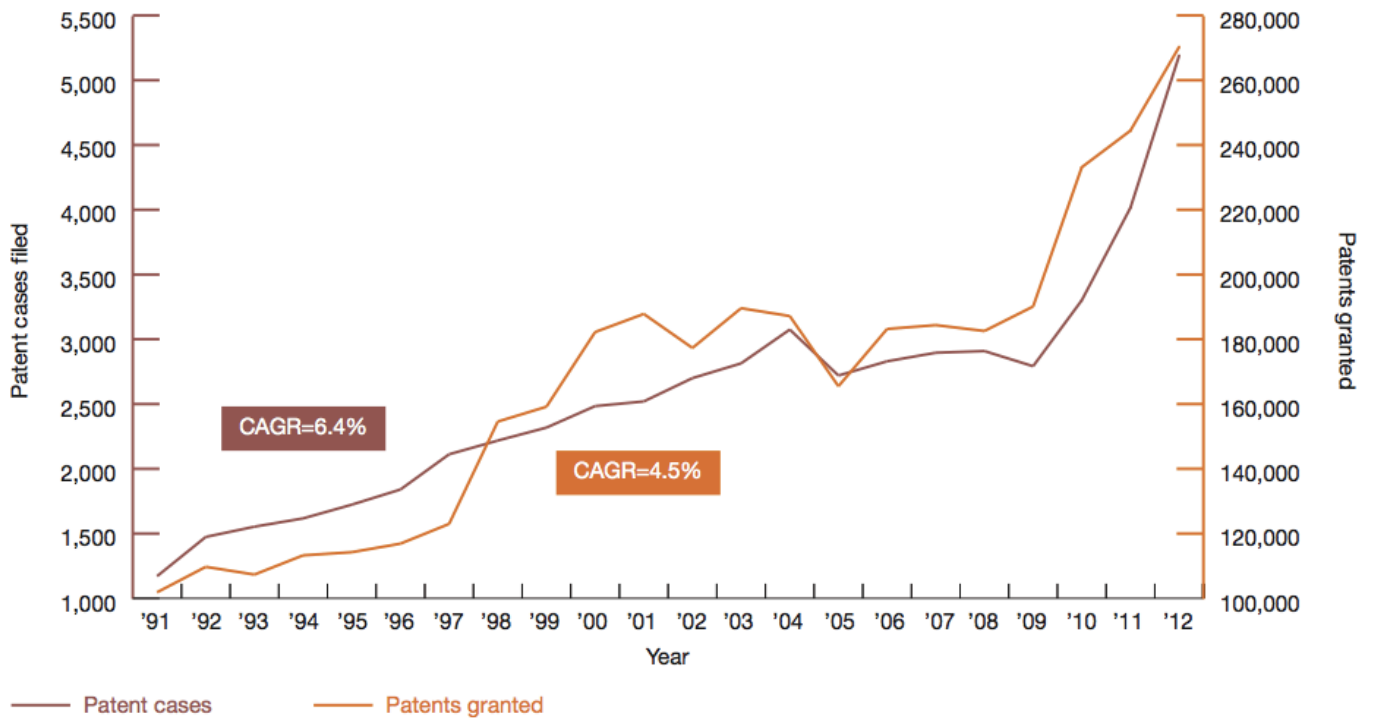
Tabeller og diagrammer over patentansøgninger og patentkrænkelssager i henholdsvis Danmark og USA.

### **Bilag 2**

Empirisk undersøgelse af erstatningsudmåling i patentkrænkelssager fra 1920 – 2013.



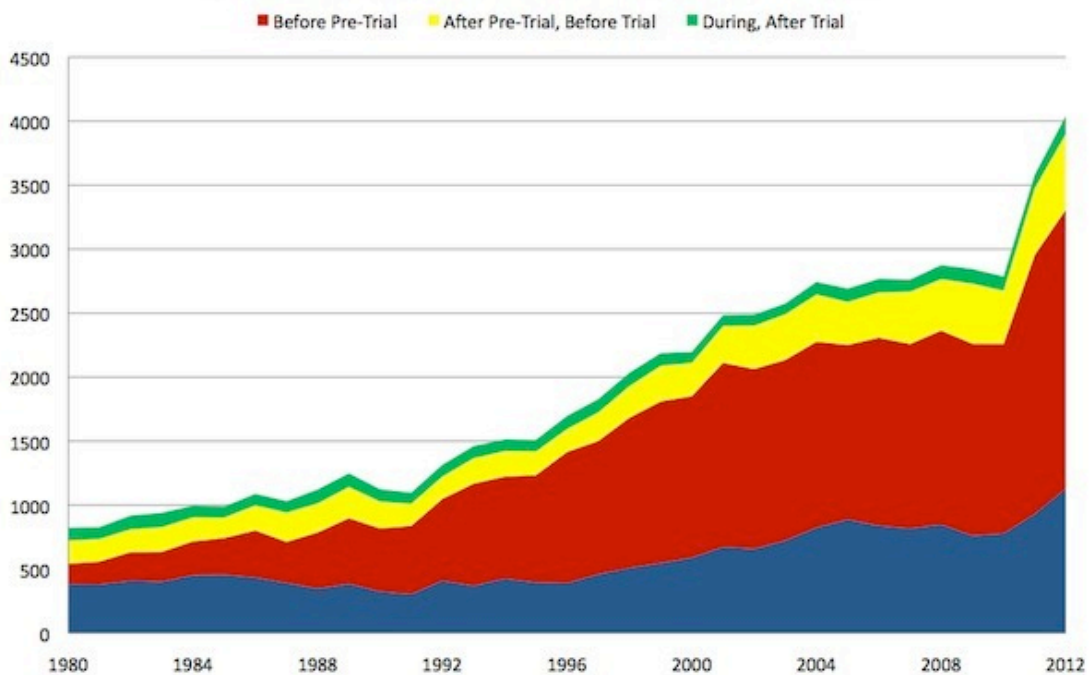
# Bilag 1



Years are based on September year-end.

Sources: US Patent and Trademark Office: Performance & Accountability Report and US Courts: Judicial Facts & Figures

## Patent Cases Terminated 1980 - 2012



Source: The Rise of Patent Litigation in America: 1980 – 2012. 2013. Gene Quinn. <http://www.ipwatchdog.com/2013/04/09/the-rise-of-patent-litigation-in-america-1980-2012/id=38910/>

## Bilag 1

Year	Plaintiff	Defendant	Technology	Award (in MM)
2009	Centocor Ortho Biotech Inc.	Abbott Laboratories	Arthritis drugs	\$1,848
2007	Lucent Technologies Inc.	Microsoft Corp.	MP3 technology	\$1,538
2012	Carnegie Mellon University	Marvell Technology Group	Noise reduction technology on integrated circuits for disk drives	\$1,169
2012	Apple Inc.	Samsung Electronics Co.	Smartphone software	\$1,049
2012	Monsanto Company	E.I. Dupont De Nemours and Company	Genetically modified soybean seeds	\$1,000
2010	Mirror Worlds LLC	Apple Inc.	Operating system	\$626
2011	Bruce N. Saffran M.D.	Jonhson & Johnson	Drug-eluting stents	\$593
2003	Eolas Technologies Inc.	Microsoft Corp.	Internet browser	\$521
2008	Bruce N. Saffran M.D.	Boston Scientific Corp.	Drug-eluting stents	\$432
2009	Uniloc USA Inc.	Microsoft Corp.	Software activation technology	\$388

Source: 2013 Patent Litigation Study. Big cases make headlines, while patent cases proliferate by PriceWaterhouseCoopers (PWC).

	Patentansøgninger med dansk ansøger indleveret nationalt i Danmark, regionalt via EPO, amerikansk via USPTO og/eller internationalt via WIPO for 2000 – 2010									
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	
<b>Nationale patentansøgninger med dansk ansøger</b>	1.811	1.779	1.829	1.654	1.508	1.659	1.635	1.518	1.626	
<b>Europæiske patentansøgninger med dansk ansøger</b>	790	888	968	1.158	1.225	1.383	1.564	1.481	1.828	
<b>Amerikanske patentansøgninger med dansk ansøger</b>	1.065	1.002	923	997	1.165	1.284	1.439	1.703	1.773	
<b>Internationale patentansøgninger med dansk ansøger</b>	980	1.036	1.052	1.123	1.158	1.151	1.357	1.344	1.174	

Kilde: [www.dkpto.dk](http://www.dkpto.dk), [www.epo.org](http://www.epo.org), [www.wipo.org](http://www.wipo.org)

Anmærkning: Der er her ikke tale om unikke ansøgninger, da den samme patentansøgning kan være videreført i flere lande.