



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 6. maj 2022

Sag BS-19828/2021-OLR
(10. afdeling)

Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S
(advokat Anders Valentin)

mod

Estrella ApS
(advokat Frank Henrik Børresen Jørgensen)

Sø- og Handelsretten har den 7. maj 2021 afsagt dom i 1. instans (sag BS-9704/2020-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Anne Bendfeldt Westergaard har deltaget i ankesagens afgørelse.

Sø- og Handelsrettens dom er ved ankestævning indleveret den 21. maj 2021 anket af Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S med påstande som for Sø- og Handelsretten:

1. Estrella ApS forbydes at markedsføre, sælge eller på anden måde omsætte produkterne afbildet i bilag 4 i Danmark, så længe Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S markedsfører produkterne afbildet i bilag 2 og 12 i Danmark.
2. Estrella ApS forbydes at markedsføre, sælge eller på anden måde omsætte firkantede snackprodukter som afbildet i bilag 5 i Danmark, så længe Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S markedsfører produkterne afbildet i bilag 2 i Danmark.

Estrella ApS ("Estrella") har i ankesvarskriftet indgivet den 10. august 2021 påstået stadfæstelse.

Spørgsmålet om, hvorvidt Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S ("Orkla") har udvist retsfortabende passivitet, har været udskilt til særskilt forlods behandling, og således at dette spørgsmål afgøres på skriftligt grundlag, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1, og § 387.

Landsretten afsagde den 21. januar 2022 kendelse herom. I landsrettens begrundelse og resultat hedder det:

"Der er enighed om, at Estrella ikke siden afgivelsen af proceserklæringen af 18. maj 2015 i den daværende forbudssag har markedsført, solgt eller på anden måde omsat Taffel Super Snacks i den form og i den emballage, som fremgår af bilag 4 og 5, og heller ikke forsøgt at indlede sådan markedsføring. Estrellas direktør, Dennis Lyngsøe, har dog for Sø- og Handelsretten forklaret, at Estrella "... gerne [vil] lave deres snacks firkantede igen, da det medfører lavere produktionsomkostninger. De har planer om at reintroducere den firkantede form igen." Der er ikke i øvrigt oplysninger i sagen om, at Estrella har påbegyndt konkrete og aktuelle forberedelseshandlinger til markedsføring af produkter som vist i bilag 4 og 5 på det danske marked.

Da Estrella ikke siden 2015 har bragt produkter som vist i bilag 4 og 5 på det danske marked, har Orkla ikke kunnet udvise retsfortabende passivitet ved ikke tidligere end sket at anlægge retssag med påstande som de i denne sag nedlagte om, at det i medfør af markedsføringslovens §§ 3 og 22 skal forbydes Estrella at foretage markedsføring, salg eller anden omsætning af produkter som vist i bilag 4 og 5. Orkla har følgelig ikke udvist retsfortabende passivitet, som medfører, at Estrella skal frifindes af de grunde, som Sø- og Handelsretten har anført i den ankede dom.

Landsretten finder anledning til at bemærke, at det kan synes tvivlsomt om Orkla under de foreliggende omstændigheder, hvor Estrella ikke på det danske marked markedsfører, sælger eller på anden måde omsætter Taffel Super Snacks i den form og i den emballage, som fremgår af bilag 4 og 5, og efter det oplyste heller ikke har konkrete planer om at iværksætte sådan markedsføring mv., har en aktuel retlig interesse i at anlægge sag som sket om krænkelse af markedsføringsloven. Landsretten, der ex officio er forpligtet til at rejse spørgsmål herom, finder imidlertid ikke at burde tage stilling hertil, før parterne har haft lejlighed til at udtale sig herom, jf. herom landsrettens retsbog af dags dato.

Orklas påstand om, at sagen skal fremmes, tages herefter til følge som nedenfor bestemt.

Der tages stilling til sagsomkostninger, når ankesagen afgøres.

THI BESTEMMES:

Denne ankesag fremmes foreløbigt.”

I retsbogen om afsigelse af kendelsen anførte landsretten endvidere:

”Som anført i den afsagte kendelse finder landsretten anledning til at rejse spørgsmål om, hvorvidt Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S (”Orkla”) under de foreliggende omstændigheder, hvor Estrella ApS (”Estrella”) ikke på det danske marked markedsfører, sælger eller på anden måde omsætter Taffel Super Snacks i den form og i den emballage, som fremgår af bilag 4 og 5, og efter det oplyste heller ikke har nærmere planer om at iværksætte sådan markedsføring mv., har en aktuell retlig interesse i at anlægge sag som sket om krænkelse af markedsføringsloven, hvilket landsretten ikke har fundet at burde tage stilling til, før parterne har haft lejlighed til at udtale sig herom.

Landsretten finder, at dette mest hensigtsmæssigt bør ske forlods og på skriftligt grundlag.

Der fastsættes derfor følgende frister for afgivelse af indlæg herom:

...

Hvis parterne ikke måtte være indforståede med den ovenfor anførte fremgangsmåde, skal dette meddeles senest den 28. januar 2022, idet der i givet fald anmodes om en nærmere angivelse af, hvorledes den pågældende part ellers måtte ønske spørgsmålet afgjort.”

Der fremkom ikke indsigelse mod det af landsretten foreslåede, og det af landsretten rejste spørgsmål om retlig interesse er herefter særskilt og forlods behandlet på skriftligt grundlag, jf. retsplejelovens § 253, stk. 1, og § 387.

Parterne har indgivet procedureindlæg herom.

Ændrede påstande

Orkla har i sit processkrift 2 ad formaliteten af 4. marts 2022 nedlagt følgende subsidiære påstande til de ovenfor nævnte:

- 1.a. Estrella tilpligtes at anerkende at være uberettiget til at markedsføre, sælge eller på anden måde omsætte produkterne afbildet i bilag 4 i Danmark, så længe Orkla markedsfører produkterne afbildet i bilag 2 og 12 i Danmark.
- 2.a. Estrella tilpligtes at anerkende at være uberettiget til at markedsføre, sælge eller på anden måde omsætte produkterne afbildet i bilag

5 i Danmark, så længe Orkla markedsfører produkterne afbildet i bilag 2 i Danmark.

Estrella har i sit afsluttende processkrift angående spørgsmålet om retlig interesse af 1. april 2022 ændret sin påstand, således at Estrella principalt påstår afvisning, subsidiært frifindelse (m.a.o. stadfæstelse). Herudover har Estrella i samme processkrift påstået de subsidiære påstande, som Orkla har fremsat i sit processkrift af 4. marts 2022, afvist i medfør af retsplejelovens § 383.

Anbringender

Orkla har i det væsentlige anført følgende anbringender, som fremgår af selskabets processkrift 2 ad formaliteten af 4. marts 2022, processkrift 3 ad formaliteten af 13. april 2022 og indlæg af 2. maj 2022 om sagsomkostninger (bilags-henvisninger udeladt, bortset fra hvor de fremgår i citater eller angår de i Orklas påstande nævnte bilag):

Processkrift 2 ad formaliteten

”Baggrunden for, at Orkla har nedlagt disse subsidiære påstande er, at Østre Landsret har rejst spørgsmål om retlig interesse i forhold til Orklas forbudspåstande. Der henvises til afsnit 3 nedenfor.

1. LANDSRETTENS PRØVELSE EX OFFICIO

1.1 Østre Landsret har ikke ”pligt” til at censurere parternes frivillige aftale om at føre proces

Estrella har i sit seneste processkrift af 18. februar 2022 fremsat en række uunderbyggede synspunkter af spekulativ karakter

Estrella anfører (s. 1), at ”det forhold at Østre Landsret rejser spørgsmålet *ex officio* er ikke genstand for selvstændig prøvelse i denne sag”, og at ”Orkla ses ikke at have søgt at påkære Landsrettens afgørelse om at rejse spørgsmålet om retlig interesse *ex officio*”.

Synspunktet synes at være, at Orkla nu skulle være afskåret fra at gøre indsigelse mod, at Østre Landsretten rejser spørgsmålet om manglende retlig interesse *ex officio*.

Estrella synes at gøre gældende, at Orkla burde have gjort indsigelse før den 28. januar 2022

(s. 1):

”[d]et bemærkes i øvrigt, at Orkla må anses for at have være indforstået med fremgangsmåden i mangel af indsigelse indenfor den af Østre Landsret anførte frist (28. januar 2022), jf. retsbog af 21. januar 2022.”

Estrella har ikke redegjort for dette – rent spekulative – synspunkt.

Landsretten har tilsyneladende ment, at man burde rejse spørgsmålet om retlig interesse *ex officio* på baggrund af skriftvekslingen i denne ankesag og de oplysninger, som forelå for Landsretten den 21. januar 2022. Men Landsretten kan jo til enhver tid – og navnlig efter at have modtaget yderligere oplysninger og hørt Orkla – vælge at frafalde behandling af spørgsmålet, eksempelvis hvis Landsretten måtte vurdere, at det samlede sagsforløb (inklusive parallelle eller allerede afsluttede sagsforløb) samlet set ikke giver anledning til en *ex officio* prøvelse, og at det rigtigste ville være respektere det forhold, at ingen af parterne hidtil har bestridt den anden parts retlige interesse i at føre proces.

Estrellas spekulative overvejelser ændrer ikke på, at det står Landsretten frit for at frafalde behandling af spørgsmålet om retlig interesse eksempelvis med henvisning til, at Estrella selv har medvirket til at fremme den verserende sag. Der består således ikke nogen "pligt" for Landsretten til at censurere parternes frivillige aftale om at føre proces.

Vi bemærker, *ex tuto*, at Orkla da heller ikke har haft anledning til at gøre indsigelse før den 28. januar 2022, jf. retsbog af 21. januar 2022. Fristen den 28. januar 2022 blev fastsat som led i parternes skriftveksling om dette spørgsmål. Allerede derfor kan fristen ikke afskære Orkla fra at påberåbe sig indsigelser, som Orkla jo havde fremsat den 4. februar 2022 (se retsbog af 21. januar 2022).

Retsbogen af 21. januar 2022 er i øvrigt ikke udtryk for en retslig beslutning, som ville kunne gøres til genstand for kære. Der er blot tale om en beslutning af procesledende karakter.

Landsretten er frit stillet til at frafalde behandling af spørgsmålet om retlig interesse, og det er Orklas standpunkt, som nærmere redegjort for i det følgende, at Landsretten bør under de foreliggende omstændigheder frafalde behandlingen af retlig interesse og i stedet følge fremgangsmåden efter retsplejelovens § 351, stk. 4.

1.2 Nærmere om Østre Landsrets adgang til *ex officio* at behandle spørgsmålet om retlig interesse

Estrella hævder under henvisning til retsplejelovens § 339, princippet om *jura novit curia*, afgørelsen trykt U.1985.522H og kommentaren i U.1985B.522, at det "*tilkommer Østre Landsret at gå ind i spørgsmålet om retlig interesse*".

Dette standpunkt er efter Orklas udtryk for en sammenblanding af retsregler, og Estrellas synspunkt bygger på en retsvildfarelse.

...

Estrella har supplerende anført (s. 1-2), at der intet betænkeligt skulle være i at rejse spørgsmål om retlig interesse efter godt to år, "*eftersom der ikke er tale om en sag af hastende karakter, idet der jo som bekendt ikke består en aktuel påstået krænkelse og Orkla i øvrigt selv ventede 5 år med at an-*

lægge retssag. Der er således ikke et tidsmæssigt perspektiv at tage hensyn til som anført af Orkla."

Dette er åbenlyst forkert. Parterne har jo allerede – i godt to år – afholdt betydelige omkostninger til at behandle denne sag, fordi parterne har været uenige om sagens materie. Disse omkostninger vil være spildt, hvis Østre Landsret når frem til at sagen skal afvises. Spørgsmål om retlig interesse kunne og burde have været behandlet i Estrellas svarskrift for Sø- og Handelsretten, hvis Estrella reelt havde været af den opfattelse, at Orkla ikke har haft en aktuel retlig interesse i dette søgsmål (jf. retsplejelovens § 351, stk. 4) – sådan som man nu forsøger at hævde med tilbagevirkende kraft. Men hverken Estrella eller Sø- og Handelsretten har på noget tidspunkt rejst spørgsmål om Orklas aktuelle, retlige interesse i dette søgsmål.

Sagen er af hastende karakter på den måde, at det eneste, som afholder Estrella fra at handle på sin hensigt om relancering, er denne sag og va-remærkesagen (som hovedforhandles for Landsretten i juni 2022).

Estrellas henvisning til Gomard, Civilprocessen, 8. udgave, 2020 (s. 512), angår de indsigelser, som ikke *kan* frafalde (jf. retsplejelovens § 337). Det er åbenbart, at Gomards beskrivelse alene er rettet mod "*visse formalia*" og den særlige kategori af formalitetsindsigelser, der indebærer, "*at retten ikke uanset en part eller parternes ønske derom kan pådømme sagen*". I modsat fald ville bestemmelsen i retsplejelovens § 351, stk. 4, være indholdsløs.

Orkla henviser i det hele herom yderligere til afsnit 2 (s. 2-5) i Orklas processkrift (ad formaliteten) af 4. februar 2022.

1.3 *Estrellas formalitetsindsigelse er prækluderet*

Orkla fastholder, at indsigelsen om manglende aktuel retlig interesse er en formalitetsindsigelse, som senest burde have været fremsat i svarskriftet, jf. retsplejelovens § 351, stk. 4, og dermed er prækluderet.

Som redegjort for i Orklas processkrift af 4. februar 2022, afsnit 2 (s. 2-5), er den fremherskende opfattelse i litteraturen, at spørgsmål om manglende aktualitet (retlig interesse) ikke bør påses af domstolene *ex officio*, fordi kravet om aktualitet er begrundet i hensynet til den sagsøgte - ikke domstolene (Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., Den Civile Retspleje, 5. udgave (2020), s. 142):

"Hvis sagsøgte ikke gør indsigelse mod, at sagen behandles, bør retten næppe af egen drift afvise sagen (eller frifinde sagsøgte for tiden) som følge af manglende aktualitet, da kravet om aktualitet må anses for begrundet i hensynet til den sagsøgte og ikke domstolene. U.1990.611H (omtalt i afsnit 2.3.3) kan siges at støtte denne antagelse."

Denne fortolkning understøttes også af forhandlingsmaksimen.

Gomard og Kistrup, Civilprocessen, 8. udgave (2020), s. 417, forholder sig ikke lige så klart til dette spørgsmål, men anfører:

”Parterne bør ikke ved aftale kunne tvinge retten til at tage et anerkendelsesmål under behandling, hvis de almindelige betingelser herfor ikke er til stede, men i hvert fald i grænsetilfældene tages der nok et vist hensyn til parternes ønske. Navnlig tilfælde, hvor grunden til afvisningen især er, at sagsøgte ikke nu bør tvinges til at tage endelig stilling til et ikke aktuelt stridsspørgsmål, bør retten tage hensyn til, om denne sagsøgte er enig i realitetsbehandlingen eller påstår afvisning.”

Estrella har fra sagens anlæg ved Sø- og Handelsretten i kraft af sin adfærd samtykket i, at denne sag fremmes og realitetsbehandles, og Østre Landsret skal ved sin vurdering af spørgsmålet om påstået manglende aktualitet og retlig interesse lægge dette utvetydige samtykke til grund.

Det forhold, at Estrella – nu – påstår sagen afvist under henvisning til påstået manglende retlig interesse, kan ikke tillægges afgørende vægt, og Landsretten bør i den forbindelse være opmærksom på, at Estrella nu har indtaget to vidt forskellige og indbyrdes modstridende standpunkter i dette spørgsmål:

2. ORKLA HAR RETLIG INTERESSE

Orkla fastholder, at Orkla har en aktuel, retlig interesse i at få prøvet sine påstande i denne sag. Der henvises til Orklas processkrift af 4. februar 2022, idet Orkla har følgende supplerende bemærkninger:

2.1 Passivitet og manglende aktualitet er ikke to sider af samme sag

Som anført i Orklas processkrift af 4. februar 2022, må det lægges til grund som reelt ubestridt, at Estrella har til hensigt at lancere det omtvistede produkt:

- Estrella har til støtte for et anbringende om passivitet gjort gældende, at Estrella besidder rettigheder til at markedsføre det omtvistede produkt (Estrellas sammenfattende processkrift for Østre Landsret om passivitet, s. 4)
- Estrella har gjort gældende, at der påhvilede Orkla en handlepligt (med hensyn til at anlægge sag mod Estrella tidligere end i år 2020) (Estrellas sammenfattende processkrift for Østre Landsret om passivitet, s. 6), og
- Estrella har den 3. februar 2022 anmodet Procesbevillingsnævnet om tilladelse til kære af Østre Landsrets kendelse af 21. januar 2022 (om påstået passivitet) (vedlagt dette skrift).

Disse tre anbringender dokumenterer, at Estrellas standpunkt er, at der må have gjaldt en egentlig *handlepligt* for Orkla i forhold til Estrella uanset, at Estrella frivilligt trak sig fra markedet – ellers ville Orkla jo ikke kunne dømmes for udvist passivitet (som påstået af Estrella). Men hvis Estrella gør gældende, at der gælder en egentlig *handlepligt* for Or-

kla i forhold til Estrella, så kan der jo ikke samtidig være tale om, at Orkla ikke skulle have en aktuel, retlig interesse i denne proces.

Passivitet og manglende aktualitet er selvfølgelig ikke to sider af samme sag, og ved at påstå, at Orkla har udvist passivitet, har Estrella altså nødvendigvis – om ikke andet implicit – anerkendt, at Orkla har aktuel, retlig interesse i dette søgsmål.

Estrella anfører i sit seneste processkrift (s. 2), at

”Estrella ikke har bestridt Orklas retlige interesse. [sic!] Estrellas anbringender om passivitet og forholdet om retlig interesse er to sider af samme sag, idet det hele tiden har været Estrellas anbringende, at det savner mening at gennemføre en forbudssag, idet Orkla må være afskåret fra at føre sag om samme forhold, som Orkla helt åbenbart opgav for 5 år siden, tillige hvor Estrellas produkt fortsat ikke er kommet på markedet i den mellemliggende periode.”

Dette er åbenlyst forkert og tyder på, at Estrellas advokat forsøger at bortforklare en manglende indsigtelse om aktuel, retlig interesse, – måske fordi Estrella bevidst undlod at rejse en sådan indsigtelse i lyset af, at man faktisk har planer om at relancere det omtvistede produkt.

Under alle omstændigheder er det Estrellas risiko, at man har valgt ikke at rejse spørgsmålet om aktuel, retlig interesse i tide (på et tidligere tidspunkt).

Manglende retlig interesse er en formel indsigtelse, som beror på, at om der består en aktuel tvist mellem parterne, og hvis det *ikke* er tilfældet, har sagsøgte mulighed for at fremsætte en formalitetsindsigtelse om manglende aktualitet i medfør af retsplejelovens § 351, stk. 4.

Passivitet er derimod en materiel indsigtelse, som indebærer, at en indehaver af en ret (e.g., immaterialret, markedsføringsret, økonomisk krav) fortaber sit krav, fordi rettighedshaver ved sin passivitet giver modparten anledning til at tro, at man ikke vil håndhæve sin ret. Et anbringende om retsfortabende passivitet forudsætter – ubestrideligt – en aktuel tvist.

2.2 *Estrella har ved sin adfærd bekræftet, at man har aktuelle planer om at gå på markedet*

Estrella henviser i sit seneste processkrift (s. 4) til Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Den Civile Retspleje, 5. udgave (2020), s. 142 og anfører, at en fuldbyrdelsesdom ikke har aktualitet, hvis sagsøgte allerede har opfyldt den forpligtelse, som sagsøgeren påstår dom for.

Det fulde citat nuancerer imidlertid på afgørende måde dette synspunkt (s. 142-143):

”Et fuldbyrdelsessøgsmål har ikke aktualitet, hvis sagsøgte allerede har opfyldt den forpligtelse, som sagsøgeren påstår dom for. Endvidere antages det, at en sagsøger som udgangspunkt ikke kan anlægge sag om et uforfal-

dent krav, da den sagsøgte ikke via et sagsanlæg bør tvinges til at fremkomme med eventuelle indsigelser mod sagsøgerens krav før det tidspunkt, hvor sagsøgte er forpligtet til at opfylde kravet. Har sagsøgte bestridt sagsøgerens krav, inden kravet forfalder, må det dog formentlig antages, at sagsøgeren kan anlægge fuldbyrdelsessøgsmål med det samme, dvs. at sagsøgeren ikke behøver afoente forfaldstidens indtræden." [Understreget]

Det samme gælder Estrellas citat fra s. 145 i Den Civile Retspleje, hvor der åbenlyst tænkes på den situation, at sagsøgte slet ikke har foretaget nogen handlinger, eller "allerede har opgivet at foretage" en række handlinger.

Omstændighederne er markant anderledes i denne sag, allerede fordi Estrella tidligere ubestridt har foretaget de ulovlige handlinger og fordi Estrella har nægtet at bekræfte, at man nu har opgivet at genoptage de ulovlige handlinger, og fordi Estrella konsekvent har argumenteret for synspunkter i sagen, som giver indtryk af, at man faktisk vil foretage disse handlinger.

Orkla henviser til ..., som viser, at Estrella afviste at afgive den relevante bekræftelse.

I det sammenfattende processkrift for Landsretten om passivitet argumenterede Estrella således:

(s. 4) "Tværtimod har Estrella hele tiden fastholdt sine rettigheder, og konklusionen på den midlertidige forbudssag i 2015 var, at det i 6 år nu har stået Estrella frit for at genoptage salget af sit produkt i den oprindelige firkantede Crinkle Square pellet form."

"Det er ikke Estrella som har handlet passivt – Estrella har siden 2015 haft ret til at genintroducere sit produkt på det danske marked når som helst, og Orkla har ikke fastholdt eller forfulgt sine rettigheder efter markedsføringsloven, men derimod udelukkende forfulgt den varemærkeretlige del af sagen."

"Estrella har netop taget forbehold for senere at genlancere produktet, ligesom der er blevet gjort opmærksom på, at Estrella til enhver tid anser sig for berettiget til at sælge produktet. Estrellas produkt er fortsat ikke på markedet og alligevel ønsker Orkla at nedlægge forbud mod det, 5 år senere. Det skal således afoises, at procesklæringen kan tages til indtægt for, at Orkla ikke tidligere havde nogen anledning til at anlægge krænkelssøgsmål efter markedsføringsloven."

s. 6 "Orkla har siden 2015 været vidende om, at det har stået Estrella frit for at genlancere sit produkt siden forbudssagen blev ophævet, idet Estrella har givet klart udtryk herfor."

s. 6 "Tilsvarende har Estrella (debitor) gjort indsigelse mod kravet i den oprindelige forbudssag, og Estrella har i forbindelse med, at produktet blev taget af markedet og Orkla (kreditor) hævede forbudssagen, taget forbehold for senere at genlancere produktet. Netop Orklas manglende reaktion på

Estrellas forbehold for at genlancere produktet tilbage i 2015 skal tages til udtryk for, at Orkla har accepteret, at det stod Estrella frit for at genlancere sit produkt fremtidigt. Netop dette er afgørende i forhold til den passiveitet som Orkla ifalder ved først nu at forsøge at få nedlagt forbud mod Estrellas fremtidige genlancering af produktet."

s. 6 "Det gøres gældende, at Estrella i den grad blev bestyrket i, at Orkla havde opgivet at forfølge sagen efter markedsføringslovens regler og at der må siges at have været stor anledning til reaktion fra Orklas side."

s. 9 "Det må afvises, at Orkla skulle have haft en berettiget forventning om, at Estrella netop ikke ville genlancere stridsproduktet, som anført af Orkla. Dette har desuden ingen betydning i forhold til den af Orkla udviste passiveitet. Orkla blev netop af Intersnack gjort opmærksom på, at Intersnack ikke anså sig forpligtet til at indstille produktion og levering af pellets til Estrella, som den firkantede Taffel Super Snack er produceret på jf. bilag 17, og at man fra Estrellas side ikke anså sig forpligtet til at ændre udformningen." [Understreget].

s. 11 "Tværtimod burde parternes fortsatte tvist ved Patent- og Varemærkestyrelsens havde givet Orkla lejlighed til at anlægge en efterfølgende sag efter markedsføringsloven, og da dette ikke skete havde Estrella en forventning om, at det ikke ville ske."

Som det fremgår, er det Estrellas standpunkt,

- at der bestod en handlepligt for Orkla,
- at Estrella som debitor har gjort indsigelse mod Orklas krav,
- at Orklas krav derfor er fortabt, og
- at det står Estrella frit at genlancere det omtvistede produkt.

Orkla har selvsagt en aktuel, retlig interesse i at få prøvet – og tilbagevist – Estrellas synspunkter, herunder at få prøvet om Estrella har ret i, at det står Estrella frit for at relancere det omtvistede produkt.

Hertil kommer Estrellas direktørs vidneforklaring om, at man har planer om at relancere det omtvistede produkt (påankede dom, s. 14).

Som anført ovenfor, fremsatte Estrella i det sammenfattende proceskrift for Landsretten (s. 6) et anbringende om, at det må afvises, at Orkla skulle have haft en berettiget forventning om, at Estrella ikke ville relancere stridsproduktet. Også dette forhold understøtter, at Estrella har til hensigt at relancere det omtvistede produkt.

Procesøkonomiske hensyn – og hensyn til Orkla – taler for, at Orkla skal kunne få prøvet denne sags tvistepunkter – ikke mindst fordi Estrella aldrig af egen drift har påstået manglende retlig interesse.

Omstændighederne i denne sag er ikke anderledes, end når en debitor gør indsigelse mod en fordrings eksistens. I denne sag har Estrella (debitor) dog først gjort indsigelse mod fordringens eksistens og samtidig gjort gældende, at kreditor (Orkla) burde have forfulgt kravet tidligere.

Først da Landsretten afviste, at kravet burde være forfulgt tidligere, forsøger debitor nu at gøre gældende, at kravet ikke er forfaldent, og at kreditor faktisk slet ikke (endnu) kan forfølge sit krav.

Estrellas argumentation er selvmodsigende.

Landsretten bør ligeledes notere sig Estrellas anmodning til Procesbevillingsnævnet om tilladelse til kære af Østre Landsrets kendelse af 21. januar 2022 (vedlagt), hvor Estrella har gentaget sine synspunkter om, at Orkla har en egentlig handlepligt, og at Orklas krav derfor skulle være bortfaldet på grund af passivitet.

Dette standpunkt er – som redegjort for - uforeneligt med standpunktet i Estrellas seneste processkrift, hvor Estrella – nu – er af den opfattelse, at kravet ikke er aktuelt.

Orkla henviser ligeledes til Estrellas påstandsdokument for Sø- og Handelsretten, hvor Estrella gjorde indsigelse mod, at Orkla overhovedet skulle besidde en markedsføringsretlig beskyttelse. Estrella anførte, at KiMs Snack Chips ikke opfylder markedsføringslovens krav til beskyttelse, er udtryk for teknisk funktion, og at der ikke foreligger en markedsføringsretlig krænkelse.

Når Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl. således i Den Civile Retspleje (s. 142-143) anfører, at sagsøger kan anlægge sag "med det samme", hvis sagsøgte bestrider kravet, så hænger det sammen med, at en kreditor ikke skal tåle, at sagen først behandles i retten (med en behandlingstid på mellem 1-3 år), når forfaldstiden er indtrådt, hvis det står klart, at der allerede består en uoverensstemmelse mellem parterne om kravet.

Det er jo netop tilfældet i denne sag.

2.3 Estrellas påståede ret til de firkantede pellets

Estrella har konsekvent hævdet, at Estrella skulle have en bedre ret til at sælge og markedsføre den firkantede chip med henvisning til det langvarige samarbejde, der bestod mellem Estrellas moderselskab Intersnack og Orkla.

Orkla henviser til Estrellas påstandsdokument for Sø- og Handelsretten:

s. 2 "Det produkt, som ligger til grund for Orklas produkt KiMs Snack Chips, nemlig en 'Crinkle Square pellet', blev leveret til Orkla (tidligere KiMs) fra 1992 og frem til 2015 af Estrellas koncernforbundne tyske selskab Intersnack/Pellsnack.

(...)

Intersnack har i mere end 20 år produceret og leveret præcis den pellet jf. bilag B (E501), som Orkla nu ønsker at forhindre Estrella i at markedsføre i Danmark.

Crinkle Square pellet som er basis for Orklas Snack Chips produkt blev betragtet som et "Pellsnack produkt", jf. bilag T (kopi af bestyrelsesreferat) (E63). Pellsnack Products GmbH & Co KG blev etableret i 1987 som et samarbejde mellem 5 virksomheder (herunder Intersnack og Orkla), som alle havde en interesse i produktion og salg af chips produceret af pellets jf. bilag U (E219), erklæring fra Klaus Köster."

s. 22 "Det gøres gældende, at Estrella på ingen måde har handlet illoyalt eller kan siges at være i ond tro eller har foretaget dadelværdige forhold som skulle begrunde, at Estrella ikke må sælge en firkantet chips med riller baseret på sit eget produkt Crinkle Square Pellet. Efterligning er derfor udelukket i denne sag, eftersom den pellet, der ligger til grund for det færdige produkt, oprindeligt kommer fra Estrellas koncernforbudne selskab Intersnack/Pellsnack, som igennem flere år har leveret til Orkla/KiMs."

s. 23 "Estrella bestrider herunder den fortolkning af parternes samarbejde, hvorved Orkla påstår at være den part, der har udviklet og defineret det produkt, som ligger til grund for KiMs Snack Chips, nemlig det halvfabrikata, som Estrellas tyske koncernforbundne selskab Pellsnack/Intersnack, jf. bilag A (E493) og B (E501), igennem flere år er blevet leveret til Orkla/KiMs og hvor samarbejdet mellem Intersnack og Orkla blev formelt bragt til ophør i 2015, jf. bilag C (E215-216).

Det skal for fuldstændighedens skyld gøres gældende, at Crinkle Square pellet som er basis for Orklas Snack Chips produkt blev betragtet som et "Pellsnack produkt", jf. bilag T (kopi af bestyrelsesreferat) (E63) og ovenfor vedrørende sagsforløb."

Som led i sin sagsførelse har Estrella således gjort gældende, at Orkla skal tilpligtes at anerkende, at Orkla ikke har nogen markedsføringsretligt funderet eneret til en firkantede chip, og dette anbringende udgør reelt en selvstændig påstand om anerkendelse, som understreger ikke blot Orklas, men ligeledes Estrellas egen retlige interesse i, at denne sag fremmes.

Østre Landsret bør ved vurderingen af spørgsmålet om aktuel, retlig interesse tage hensyn til disse omfattende indsigelser mod Orklas rettigheder, både det tidligere forløb mellem parterne og det parallelle forløb i varemærkesagen samt det forhold, at Estrella under sagen har erklæret at have planer om at relancere det omstridte produkt – som Estrella også tidligere har markedsført i Danmark.

3. ORKLAS SUBSIDIÆRE PÅSTANDE

Til støtte for de subsidiære (anerkendelses)påstande påberåber Orkla sig de samme anbringender og beviser som i forhold til Orklas principale påstande (se endvidere afsnit 2. ovf.).

Det følger af Gomard, Civilprocessen, 8. udgave, 2020 (s. 411), at der er "i nyere praksis en stigende tilbøjelighed til at tage anerkendessøgsmål under påkendelse".

Og videre (s. 411-412):

"En sammenligning mellem de enkelte domme er imidlertid vanskelig at foretage, fordi afgørelserne naturligt nok i høj grad er præget af de konkrete sagsforhold, men de ovenfor anførte ældre afgørelser er formentlig mere restriktive end afgørelser nu om dage i tilsvarende situationer.

Anerkendelsessøgsmål tillades nu i ret vidt omfang, hvor påkendelse af sagen ikke møder konkrete, væsentlige betænkeligheder. [Understreget].

De nye subsidiære påstande retter sig mod Estrellas relancering af det omtvistede produkt. Påstandene svarer indholdsmæssigt til de principale påstande, dvs. de er rettet mod de handlinger, som Orkla ønsker at opnå for, at Estrella er uberettiget til at foretage.

Estrellas manglende indsigelse mod dette søgsmål på eget initiativ understreger (se afsnit 2.2 ovenfor), at der ikke fra Estrellas side har været nogen betænkeligheder ved at få prøvet denne sag i realiteten, men at Estrella derimod må have en selvstændig retlig interesse i at få sagen prøvet. Dette taler i sig selv for en realitetsbehandling af sagen.

Estrellas – erklærede – plan som tilkendegivet af Estrellas partsvidne under hovedforhandlingen for Sø- og Handelsretten om at ville relancere det omtvistede produkt må i denne sammenhæng tages som udtryk for, at ledelsen i Estrella har truffet beslutning om at relancere det omtvistede produkt. Dette må navnlig gælde, når Estrella ikke er villig til at afgive en bindende proceserklæring om at ville afstå fra relancering, så længe varemærkesagen ikke er endeligt afsluttet.

Østre Landsret bør samlet set derfor lægge til grund, at Estrellas planer om relancering af det omtvistede produkt er nærliggende og alene afventer udfaldet af denne sag og/eller varemærkesagen.

Landsretten bør i den forbindelse notere sig, at Estrella allerede råder over produktionsfaciliteter, produktionsopskrifter (samt ingredienser), mv., som vil gøre det muligt for Estrella meget hurtigt at kunne relancere det omtvistede produkt.

..."

Processkrift 3 ad formaliteten

"1. OM FRISTEN DEN 28. JANUAR 2022

Estrella anfører i sit afsluttende indlæg, at:

"Såfremt Orkla mente, at Landsretten ikke kunne rejse spørgsmålet om retlig interesse ex officio, burde Orkla allerede inden den 28. januar 2022 havde gjort indsigelse eller søgt at påkære dette. Estrellas synspunkt er derfor ikke spekulativt som påstået af Orkla, men derimod en konstatering af, at Orkla i mangel af indsigelse indenfor den af Østre Landsret anførte

frist (28. januar 2022), jf. retsbog af 21. januar 2022, har accepteret Østre Landsrets fremgangsmåde."

Dernæst – og som begrundelse for dette synspunkt – henviser Estrella til et afsnit fra Østre Landsrets retsbog:

"Landsretten, der ex officio er forpligtet til at rejse spørgsmål herom, finder imidlertid ikke at burde tage stilling hertil, før parterne har haft lejlighed til at udtale sig herom, jf. herom landsrettens retsbog af dags dato."

Estrella konkluderer herefter:

"Spørgsmålet hvorvidt Orkla har retlig interesse er således allerede på det tidspunkt blevet rejst ex officio i kendelsen og hvorvidt spørgsmålet kan rejses ex officio er i sig selv ikke genstand for behandling i mangel af rettidig indsigelse fra Orkla."

Som det fremgår af den citerede retsbog, angik fristen den 28. januar 2022 alene fremgangsmåden for behandlingen af det rejste spørgsmål. Fristen den 28. januar – og det forhold, at Østre Landsret nu ønskede at tage spørgsmålet op *ex officio* – indebar således ikke, at Østre Landsret allerede havde truffet en beslutning, som kunne være genstand for kære.

Østre Landsret kan jo frit vælge at frafalde behandling af spørgsmålet om retlig interesse efter parternes skriftveksling, hvis Landsretten, eksempelvis, måtte vurdere, at der faktisk er fornøden retlig interesse, eller hvis Landsretten måtte finde, at retsplejelovens § 351, **stk. 4, afskærer en nærmere prøvelse.**

2. PARTERNES FRIVILLIGE AFTALE OM PROCESFØRELSE

Estrella har nu bestridt, at man frivilligt at har accepteret at føre proces om de omtvistede forhold. ...

Estrella påberåber sig i den forbindelse to nye anbringender, der nu påberåbes som gamle anbringender til støtte for påstået manglende retlig interesse:

Estrellas svarskrift:

"Det står Estrella frit for at sælge sit produkt i bilag 4 og 5, hvilket har stået fuldstændig klart for Orkla. Ved at hæve sagen tidligere for Sø- og Handelsretten gøres gældende, at Orkla er afskåret fra at prøve samme spørgsmål igen."

Estrellas påstandsdokument:

"Orkla påberåbte sig også markedsføringsloven under forbudssagen jf. bilag D (E151) og bilagene 2 (E479ff), 4 (E487-488) og 5 (E489-490) – de nøjagtig samme bilag som nu er fremlagt i denne sag – hvorfor Orkla i udgangspunktet tillige er afskåret fra at få prøvet sagen på ny her 5 år efter."

Estrella har imidlertid aldrig tidligere påberåbt sig manglende retlig interesse eller manglende aktualitet. Estrella har i stedet – tilsyneladende og uden at påberåbe sig et konkret hjemmelsgrundlag – gjort gældende, at det forhold, at Orkla i sin tid valgte at hævde forbudssagen, da Estrella frivilligt havde trukket sig fra markedet nu skal tillægges en art negativ retskraft – uden dog på noget tidspunkt at have formuleret et sådant anbringende med henvisning til et konkret juridisk hjemmelsgrundlag.

Estrella gjorde nemlig heller ikke negativ retskraft gældende, men brugte i stedet anbringendet til at argumentere for påstået passivitet.

Nu hævder Estrella, at anbringendet skal understøtte *både* et synspunkt om passivitet *og* et synspunkt om manglende retlig interesse, og at anbringendet om manglende aktualitet allerede var fremsat i svarskriftet, jf. retsplejelovens § 351, stk. 4.

Sagens faktum viser imidlertid noget andet, og dette dokumenteres af, at Estrella ikke har været i stand til at henvise til noget processkrift i første instanssagen, hvor Estrella har gjort ”manglende retlig interesse” gældende.

Estrella kan således ikke løfte sin bevisbyrde for, at anbringendet om manglende retlig interesse er fremsat i tide, jf. retsplejelovens § 351, stk. 4.

Orkla har ud fra et indretningssynspunkt med rette måttet kunne gå ud fra, at indsigelsen om manglende aktualitet ikke ville blive gjort gældende efter fristen i retsplejelovens § 351, stk. 4, når begge parter anbringer – i det hele – har gået ud på, at sagen skal afgøres materielt, og når Estrellas direktør samtidig under hovedforhandlingen erklærede, at man havde planer om at relancere det krænkende produkt.

Parterne har således – på vanlig vis – ved deres procesførelse stiltiende indgået aftale om Sø- og Handelsrettens og Landsrettens behandling af sagens materielle forhold.

Orkla har således udelukkende haft grund til at antage, at Estrella havde interesse i at føre denne sag for at få afklaret sin materielle retsstilling i forhold til Orkla – dvs. Estrellas mulighed for at iværksætte de – ubestridte – planer om relancering.

Sagens faktum har ligget fast siden denne ankesags anlæg, og derfor bør Landsretten betragte Estrellas stiltiende samtykke til at føre proces om sagens materielle spørgsmål til grund ved sin afgørelse om retlig interesse.

3. GESTUS-PRODUKTET

Estrella har fremført et nyt anbringende til støtte for påstået manglende aktualitet (afsluttende skrift, s. 2-3):

"Det skal i den forbindelse fremhæves, at Orkla ikke har taget retslige skridt til at fjerne Gestus' produkt som også består af firkantede snack produkter og som har været på det danske marked siden 2017, jf. bilag M, hvorfor det må konkluderes, at nærværende sag på ingen måde kan være hastende for Orkla, herunder idet Estrellas produkt jo slet ikke er på markedet."

Som Estrella vil vide fra Sø- og Handelsretssagen, har Orkla har en aftale med Dagrofa om, at Gestus-produktet vil blive taget af markedet, hvis Orkla får medhold i denne sag eller varemærkesagen (se Orklas påstandsdokument for Sø- og Handelsretten, s. 15).

På denne samlede baggrund anmoder Orkla Landsretten om at afskære dette nye anbringende.

4. AD RETSPLEJELOVENS § 351, STK. 4

Estrella har fremsat et nyt anbringende om, at retsplejelovens § 337, finder anvendelse for alle processuelle spørgsmål, uanset om spørgsmålene måtte være omfattet af retsplejelovens § 351, stk. 4, eller ikke.

Om der skal ske afvisning af sagen efter retsplejelovens § 337, eller om sagen skal fortsætte, beror tilsyneladende – efter Estrellas opfattelse – på, hvad den pågældende dommer den pågældende dag i den pågældende sag måtte være i humør til.

Retsplejelovens § 337 er imidlertid ikke af arbitrær karakter.

Det afgørende er *karakteren* af formalitetsindsigelsen. Hvis der til formalitetsindsigelsen er knyttet sådanne samfundsmæssige hensyn og hensyn til domstolene (fx en indsigelse om, at en nedlagt påstand vil føre til et ulovligt resultat), så finder retsplejelovens § 337 anvendelse. Dette fremgår udtrykkeligt af bestemmelsens ordlyd, som alene angår de "*grunde*", som vil kunne føre til, at "*retten på embeds vegne må afvise (...) sagen*".

Hvis der blot er tale om et hensyn til sagens parter, finder retsplejeloven § 337 ikke anvendelse, og spørgsmålet falder så i stedet ind under retsplejelovens § 351, stk. 4 – som et udslag af det kontradiktoriske princip.

Estrella henviser til Den Civile Retspleje 5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen m.fl., s. 117:

"Forhandlingsprincippet gælder ikke for rettens afgørelse af processuelle spørgsmål. Retten kan af egen drift tage stilling til processuelle spørgsmål, som kan føre til afvisning eller henvisning af sagen, og retten kan når som helst opfordre parterne til at udtale sig herom jf. Rpl § 337."

Estrella har imidlertid undladt loyalt at medtage den andel af tekstafsnittet, som netop præciserer det første (citerede) led. Det fremgår af det andet (udeladte) led, at det netop *ikke* er alle processuelle spørgsmål, der kan tages op af retten *ex officio*. Det fulde citat er:

"Forhandlingsprincippet gælder ikke for rettens afgørelse af processuelle spørgsmål. Retten kan af egen drift tage stilling til processuelle spørgsmål, som kan føre til afvisning eller henvisning af sagen, og retten kan når som helst opfordre parterne til at udtale sig herom jf. Rpl § 337. Det gælder fx spørgsmål om rettens saglige og stedlige kompetence, jf. Rpl §§ 232 og 248, der behandles i kapitel VIII og IX. Andre processuelle spørgsmål kan retten kun tage stilling til, hvis en part anmoder retten herom." [Understreget].

Estrella henviser til endnu et afsnit i Den Civile Retspleje, 5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., s. 363. Estrella har udvalgt dette citat:

"Præklusionsreglen slår i så fald som nævnt kun igennem når retten ikke vil tage spørgsmålet op ex officio."

Dette citat skal tilsyneladende understøtte Estrellas synspunkt om, at bestemmelsen i § 337 finder anvendelse på *alle* processuelle indsigelser. Men Estrella underlader – igen – loyalt at citere det fulde udsagn, som er:

"Manglende retlig interesse, litispændens og negativ retskraft er tilsvarende formalitetsindsigelser, der efter Rpl § 351, stk. 4, skal fremsættes i svarskriftet. Disse indsigelser kan frafalde i et eller andet – ofte ikke helt klart defineret – omfang. Præklusionsreglen slår i så fald som nævnt kun igennem, når retten ikke vil tage spørgsmålet op ex officio. Manglende saglig eller stedlig kompetence er afvisningsmangler, men de behandles efter de specielle regler i Rpl §§ 232 og 248." [Understreget].

Som det fremgår af det fulde udsagn, sonderer forfatterne mellem formalitetsindsigelser, der *kan* frafalde, og formalitetsindsigelser, der *ikke* kan frafalde.

Bestemmelsen i retsplejelovens § 351, stk. 4, er kun relevant i forhold til formalitetsindsigelser, der *kan* frafalde, eksempelvis en indsigelse om manglende aktualitet.

Forfatterne til Den Civile Retspleje (5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., s. 355) sonderer udtrykkeligt mellem de forskellige formalitetsindsigelser:

"Bestemmelsen har endvidere størst betydning for afvisningsmangler, som sagsøgte kan frafalde. Det kan være en afvisningsmangel, såfremt sagsøgers interesse i sagen er i strid med lov og ærbarhed, men sagsøgte kan ikke frafalde denne indsigelse, idet retten efter Rpl § 337 kan tage dette spørgsmål op på ethvert tidspunkt i processen. Sagsøgte skal stadig fremsætte denne indsigelse i svarskriftet, men præklusionsreglen i Rpl § 358, stk. 2, får ikke den store gennemslagskraft, når retten kan tage spørgsmålet op ex officio."

På denne baggrund fastholder Orkla, at indsigelsen om manglende retlig interesse under de foreliggende omstændigheder skal bedømmes ef-

ter retsplejelovens § 351, stk. 4, fordi der ubestrideligt kun skal tages hensyn til parterne.

5. ESTRELLAS PLANER OM RELANCERING

Som tidligere anført, har Estrellas direktør tilkendegivet, at Estrella har planer om relancering af det krænkende chipsprodukt.

Estrella har i sit afsluttende indlæg (s. 4) anførte følgende om disse planerne:

”Estrella har ikke konkrete planer om at reintrodere den firkantede form igen, men det er klart, at Estrella på et eller andet tidspunkt gerne vil have mulighed for at reducere sine indkøbs-/produktionsomkostninger ved igen at anvende den mest optimale produktionsmetode, som netop opnås ved en firkantet form.”

Estrellas direktør har ikke afgivet en erklæring, som nærmere beskriver de tidligere annoncerede planer, og Estrella har heller ikke redegjort for, hvordan udsagnet fra Estrellas direktør nærmere skal forstås.

Så længe Estrella ikke har afgivet en bindende proceserklæring om, at man vil undlade at gå på markedet, må Landsretten lægge til grund, at ter gælder således en formodning for, at Estrellas planer er aktuelle, i og med at der må være truffet en beslutning om relancering i overensstemmelse med vidneforklaringen fra Estrellas direktør.

Under alle omstændigheder må Estrellas uklare og ufuldstændige oplysninger om Estrellas planer tillægges processuel skadevirkning under de foreliggende omstændigheder, jf. retsplejelovens § 344, stk. 2.

6. ORKLAS TIDLIGERE INDLÆG

Estrella henviser nu til en række af Orklas tidligere indlæg, som er indleveret i forbindelse med tvisten om påstået passivitet, herunder Orklas indlæg af 10. november 2021:

”Det følger af retspraksis – og almindelig sund fornuft – at der kun kan statuere passivitet i forhold til en bestemt, aktuel/bestående, adfærd. Hvis en bestemt adfærd ikke (længere) er ophørt (altså ikke længere er aktuel/består), så kan der i sagens natur heller ikke begrebsmæssigt blive tale om at nogen udviser passivitet i forhold til den pågældende adfærd.”

Afsnittet er imidlertid taget ud af sin rette sammenhæng og skal læses i sammenhæng med afsnittene umiddelbart før og umiddelbart efter:

”For at en domstol skal kunne statuere restfortabende passivitet, er det en afgørende forudsætning, at den retsfortabende passivitet har foreligget igennem en længere periode og har været udvist i forhold til en bestemt adfærd.

(...)

Eller sagt på en anden måde kan den handlepligt, som retsfortabende passivitet beror på, kun opstå, når der er en konkret (i modsætning til en hypotetisk), aktuel adfærd, som rettighedshaveren kunne eller burde have reageret i forhold til. Der findes ingen retlige præjudikater, som støtter Estrellas (implicitte) anbringende om, at skulle kunne statueres retsfortabende passivitet i forhold til hypotetisk – dvs. ikke-aktuel – adfærd.”

Som det fremgår, er det anførte en generel beskrivelse af forudsætningerne for under hvilke omstændigheder, der kan foreligge passivitet, og det anførte skal læses i lyset af, at Estrella og Orkla var uenige om, hvorvidt passivitet skulle beregnes med udgangspunkt i år 2015, hvor Orkla hævdede forbudssagen.

Som det fremgår af det fulde citat, er det Orklas standpunkt, at passivitet forudsætter en *aktiv* eller *bestående* adfærd, som skal tåles af rettighedshaveren, men der forelå jo netop *ikke* en sådan adfærd i perioden efter 2015 efter forbudssagen blev hævet – dvs. en adfærd som Orkla kunne have måttet tåle.

Dette gælder fortsat, fordi Estrella (endnu) ikke har relanceret det krænkende produkt, og derfor har Orkla heller ikke skullet tåle nogen adfærd. Som redegjort for i Orklas indlæg af 10. november 2021:

”Det er Orklas standpunkt, at Østre Landsret bør fremme denne hovedsag og afvise indsigelserne om passivitet allerede fordi Estrella frivilligt trak stridsproduktet fra det danske marked i 2015 og aldrig siden relancerede det – Orkla har således aldrig tålt nogen krænkende adfærd.” [Understreget].

Men nu hvor Estrellas direktør har tilkendegivet, at man har planer om at relancere det krænkende chipsprodukt, så har Orkla selvfølgelig en retlig interesse i at få afklaret denne sags materielle spørgsmål som nærmere redegjort for i de tidligere indlæg.

Afslutningsvis gør vi opmærksom på, at Orkla valgte at anlægge denne markedsføringssag, efter Estrellas aktive og ihærdighed i varemærkesagen bekræftede, at Estrella havde planer om at relancere det krænkende chips-produkt. Dette bekræftede Estrellas direktør også under partsforklaringen i varemærkesagen for Sø- og Handelsretten.”

Indlæg om sagsomkostninger

”ANMODNING OM TILLÆGELSE AF SAGSOMKOSTNINGER
Orkla anmoder om at blive tillagt fulde, subsidiært delvise, sagsomkostninger, uanset sagens udfald, mere subsidiært at sagsomkostningerne ophæves.

1. ORKLA SKAL TILLÆGES SAGSOMKOSTNINGER

Hvis Østre Landsret er enig med Orkla i, at denne sag skal fremmes, skal Orkla selvfølgelig tillægges fulde sagsomkostninger, jf. retsplejelovens § 312, stk. 1, og § 315.

Selv hvis Østre Landsret måtte nå frem til, at sagen skal afvises, er det Orklas overordnede synspunkt, at Orkla skal tilkendes sagsomkostninger.

Sagen blev således hovedforhandlet for Sø- og Handelsretten, som fri fandt Estrella under henvisning til retsfortabende passivitet. Denne afgørelse blev ændret af Østre Landsret, som ved kendelse af 21. januar 2022 fandt, at Orklas krav ikke er bortfaldet som følge af passivitet.

Orkla bør således i forhold til de materielle spørgsmål, som blev prøvet af Sø- og Handelsretten, betragtes som vinder af sagen, jf. retsplejelovens § 312, stk. 6, idet Orkla faktisk har opnået en forandring af den appellerede afgørelse.

Det bemærkes, at parterne siden sagens anlæg og indtil den 21. januar 2022 på intet tidspunkt har været uenige om spørgsmålet om retlig interesse, og både hovedforhandlingen (i Sø- og Handelsretten) og den omfattende skriftveksling for Østre Landsret har relateret sig til spørgsmål, som Orkla må betragtes som vinder af.

Det gøres gældende, at Estrella er årsag til, at denne sag er opstået. Estrella har således i varemærkesagen og markedsføringsagen givet udtryk for, at man havde konkrete planer om at relancere det krænkende produkt, og Estrella har på intet tidspunkt bestridt, at sagen kunne prøves formelt. Dette har bestyrket grundlaget for, at Orkla anlagde denne sag og førte den.

Havde Estrella i overensstemmelse med retsplejelovens § 352, stk. 4, i svarskriftet nedlagt påstand om afvisning på baggrund af påstået manglende retlig interesse, kunne dette spørgsmål have været prøvet særskilt inden hovedforhandlingen for Sø- og Handelsretten.

Estrella skal derfor betale sagsomkostninger til Orkla med det fulde beløb.

Såfremt Østre Landsret ikke finder grundlag for at tilkende Orkla fulde sagsomkostninger, anmoder Orkla – med samme begrundelse – om at blive tilkendt delvise sagsomkostninger.

2. OPHÆVELSE AF SAGSOMKOSTNINGERNE – MERE SUBSIDIÆR ANMODNING

Såfremt Østre Landsret finder, at Orkla hverken skal tilkendes hele eller delvise sagsomkostninger, anmoder Orkla om, at sagsomkostningerne for sagens behandling for både Landsretten og Sø- og Handelsretten ophæves i deres helhed, subsidiært delvist, jf. retsplejelovens § 312, stk. 3.

Som nævnt ovenfor afsnit 1, har Estrella i det hele været årsag til, at sagens væsentlige spørgsmål ikke er blevet prøvet før spørgsmålet om påstået manglende retlig interesse, og Estrella har på intet tidspunkt tidligere bestridt Orklas aktuelle interesse i førelse af sagen. Disse forhold udgør 'særlige grunde', som medfører, at sagsomkostningerne skal ophæves.

Det vil således i en situation som den foreliggende være urimeligt at pålægge Orkla at betale sagsomkostninger til modparten, som ved sin adfærd har påført sagens parter og domstolene et større, unødvendigt arbejde.

Der henvises til U.2020.1529H, hvor Højesteret ophævede sagsomkostningerne, fordi den vindende part havde været årsag til tvisten mellem parterne. Der henvises endvidere til U.2008.60Ø, hvor en sag blev afvist som følge af manglende retlig interesse (dog ikke manglende aktualitet). Østre Landsret ophævede i den sag sagsomkostningerne, fordi den vindende part "ikke selv har taget initiativ til at få klarlagt, om proceskravet var rejst mod ham som rette procespart". "

Estrella har i det væsentlige anført følgende anbringender, som fremgår af selskabets afsluttende processkrift angående spørgsmålet om retlig interesse af 1. april 2022, supplerende processkrift 19. april 2022 og indlæg om sagsomkostninger af 2. maj 2022 (bilagshenvisninger udeladt, bortset fra hvor de fremgår i citater eller angår de i Orklas påstande nævnte bilag):

Afsluttende processkrift angående spørgsmålet om retlig interesse

"Det fastholdes, at spørgsmålet som er genstand for prøvelse alene er som specificeret i Østre Landsrets retsbog af 21. januar 2022:

"Hvorvidt Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S ("Orkla") under de foreliggende omstændigheder [...] har en aktuell retlig interesse i at anlægge sag som sket om krænkelse af markedsføringsloven. [...]

Landsretten finder, at dette mest hensigtsmæssigt bør ske forlods og på skriftligt grundlag." Landsretten bemærkede i samme retsbog:

"Hvis parterne ikke måtte være indforståede med den ovenfor anførte fremgangsmåde, skal dette meddeles senest den 28. januar 2022, idet der i givet fald anmodes om en nærmere angivelse af, hvorledes den pågældende part ellers måtte ønske spørgsmålet afgjort."

Såfremt Orkla mente, at Landsretten ikke kunne rejse spørgsmålet om retlig interesse ex officio, burde Orkla allerede inden den 28. januar 2022 havde gjort indsigelse eller søgt at påkære dette. Estrellas synspunkt er derfor ikke spekulativt som påstået af Orkla, men derimod en konstatering af, at Orkla i mangel af indsigelse indenfor den af Østre Landsret anførte frist (28. januar 2022), jf. retsbog af 21. januar 2022, har accepteret Østre Landsrets fremgangsmåde.

Det skal afvises som anført af Orkla, at der alene er tale om en procesledende beslutning som ikke kan kæres. Der henvises til Østre Landsrets kendelse af 21. januar 2022, hvor det netop anføres:

”Landsretten, der ex officio er forpligtet til at rejse spørgsmål herom, finder imidlertid ikke at burde tage stilling hertil, før parterne har haft lejlighed til at udtale sig herom, jf. herom landsrettens retsbog af dags dato.”

Spørgsmålet hvorvidt Orkla har retlig interesse er således allerede på dette tidspunkt blevet rejst ex officio i kendelsen og hvorvidt spørgsmålet kan rejses ex officio er i sig selv ikke genstand for behandling i mangel af rettidig indsigelse fra Orkla.

Det er misvisende og ikke korrekt, når Orkla omtaler denne sag som parternes ”frivillige aftale” om at føre proces. Estrella har intet ønske om at føre proces. Det er heller ikke korrekt, når Orkla anfører, at det rigtigste ville være at respektere, at ingen af parterne hidtil har bestridt den anden parts retlige interesse i at føre proces.

Estrella har bestridt Orklas manglende retlige interesse. Anbringendet om, at Orkla er afskåret fra at føre sag om samme forhold, som man jo helt åbenbart opgav for 5 år siden, er det samme anbringende som manglende retlig interesse, eftersom Orkla forsøger at forfølge en sag som ikke er aktuel, og som selv blev opgivet af Orkla.

Der henvises til såvel Estrellas svarskrift af 25. maj 2020 pkt. 3 og 4 og påstandsdokument af 15. februar 2021, pkt. 3 og 5:

”Det står Estrella frit for at sælge sit produkt i bilag 4 og 5, hvilket har stået fuldstændig klart for Orkla. Ved at hæve sagen tidligere for Sø- og Handelsretten gøres gældende, at Orkla er afskåret fra at prøve samme spørgsmål igen”

”Orkla påberåbte sig også markedsføringsloven under forbudssagen jf. bilag D (E151) og bilagene 2 (E479ff), 4 (E487-488) og 5 (E489-490) – de nøjagtig samme bilag som nu er fremlagt i denne sag – hvorfor Orkla i udgangspunktet tillige er afskåret fra at få prøvet sagen på ny her 5 år efter”

1. Sagens tidsmæssige udstrækning

Det fastholdes, at der intet betænkeligt er i, at Østre Landsret rejser spørgsmålet om retlig interesse efter godt 2 år. Sø- og Handelsretten afviste sagen ud fra passivitet, og dette spørgsmål var udskilt til særskilt behandling for Østre Landsret netop som det mest hensigtsmæssige og af procesøkonomiske årsager, idet hele sagen ville bortfalde, såfremt Landsretten havde stadfæstet Sø- og Handelsrettens dom om passivitet. Tilsvarende gælder for spørgsmålet om retlig interesse, som tillige er udskilt til særskilt behandling som det mest hensigtsmæssige og procesbesparende. Der er således ikke tale om spildte omkostninger som anført af Orkla, tværtimod.

Det må afvises, at sagen har hastende karakter, idet der jo som bekendt ikke består en aktuel påstået krænkelse og Orkla i øvrigt selv ventede 5 år med at anlægge retssag.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at Orkla ikke har taget retslige skridt til at fjerne Gestus' produkt som også består af firkantede snack produkter og som har været på det danske marked siden 2017, hvorfor det må konkluderes, at nærværende sag på ingen måde kan være hastende for Orkla, herunder idet Estrellas produkt jo slet ikke er på markedet.

Det fastholdes desuden, at Østre Landsret ikke er begrænset i sin procesledelse og kan inddrage spørgsmålet om retlig interesse i denne sag på dette tidspunkt, idet manglende retlig interesse nødvendigvis betyder, at retten ikke kan pådømme sagen.

Estrella har tidligere henvist til Gomard, Civilprocessen, 8. udg., 2020, (s. 512) og det fastholdes, at denne henvisning ikke alene er rettet mod visse formalia som anført af Orkla. Der henvises til Jens Møller, Oliver Talevski, Peter Thønnings og Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen, Den Kommenterede Retsplejelov, 10. udgave, 2018 s. 890 om retsplejelovens § 337 hvor det anføres:

"Retten kan ex officio opfordre parterne til at udtale sig med henblik på at afgøre processuelle spørgsmål som kan føre til afvisning eller henvisning af sagen"

Der er således ikke tale om, at bestemmelsen er begrænset til visse processuelle spørgsmål, men gælder alle processuelle spørgsmål. Det skal derfor også afvises som påstået af Orkla, at bestemmelsen gør retsplejelovens § 351 stk. 4 indholdsløs. Retsplejelovens § 337 fungerer som et supplement og som en mulighed for retten til – på et hvilket som helst tidspunkt – ex officio at rejse processuelle spørgsmål som kan føre til afvisning af sagen, eksempelvis retlig interesse som i denne sag.

2. Ingen præklusion

Det skal også afvises, at der er indtrådt præklusion i forhold til indsigelsen om manglende retlig interesse. Dette ville i så fald betyde, at Østre Landsret var afskåret fra at rejse spørgsmålet ex officio, hvilket Østre Landsret allerede har gjort – allerede af den grund er der ikke indtrådt præklusion. Orklas henvisning til retsplejelovens § 351 stk. 4 må derfor afvises og der henvises endvidere til det tidligere anførte herom i pkt. 1 i indlæg 1 af 18. februar 2022.

Der skal til støtte herfor henvises til Den Civile Retspleje, 5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen m.fl., s. 363:

"Præklusionsreglen slår i så fald som nævnt kun igennem når retten ikke vil tage spørgsmålet op ex officio"

Det gøres derfor gældende, at der ikke kan indtræde præklusion i denne sag, idet Østre Landsret har taget spørgsmålet op ex officio.

Der kan endvidere henvises til Den Civile Retspleje, 5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen m.fl., s. 117:

”Forhandlingsprincippet gælder ikke for rettens afgørelse af processuelle spørgsmål. Retten kan af egen drift tage stilling til processuelle spørgsmål, som kan føre til afovisning eller henvisning af sagen, og retten kan når som helst opfordre parterne til at udtale sig herom jf. Rpl § 337. (min fremhævning)

Det gøres derfor gældende, at Østre Landsret efter fast praksis kan afvise påstande.

Orklas gentagne henvisning i pkt. 1.3 til litteraturen og U.1990.611H har ingen relevans, idet parterne i den sag selv havde ønsket sagen afgjort ved domstolene jf. Højesterets præmisser: ”findes det under sagen rejste spørgsmål således konkretiseret og oplyst, at parterne, der er enige om at ønske spørgsmålet påkendt ved domstolene, har den fornødne retlige interesse heri.” (min fremhævning)

I nærværende sag har Estrella ikke ønsket spørgsmålet/sagen påkendt ved domstolene, hvilket også understreges af såvel formalitets- og passivitetsindsigelseerne fremsat af Estrella for Sø- og Handelsretten. Der henvises til svarskrift af 25. maj 2020, pkt. 2 og 3.

Det er derfor ikke korrekt som anført af Orkla, at Estrella ved sin adfærd skulle have samtykket i at sagen blev fremmet og realitetsbehandlet, tværtimod.

3. Retlig interesse

Det gøres overordnet gældende, at Orkla ikke har en aktuel og konkret retlig interesse i at få sagen afgjort. Der henvises endvidere til Estrellas tidligere bemærkninger i pkt. 1.1 -1.3 i processkrift af 18. februar 2022.

Estrella har ikke konkrete planer om at reintrodere den firkantede form igen, men det er klart, at Estrella på et eller andet tidspunkt gerne vil have mulighed for at reducere sine indkøbs/produktionsomkostninger ved igen at anvende den mest optimale produktionsmetode, som netop opnås ved en firkantet form.

Det kan derfor ikke lægges til grund som ubestridt, at Estrella har en aktuel hensigt om at lancere sit produkt – dette har Estrella ganske enkelt ikke taget stilling til, men Estrella ønsker naturligvis at bevare muligheden som tidligere anført.

Det som er helt afgørende i vurderingen af retlig interesse er aktualitet, hvilket ikke er til stede i nærværende sag, da Orkla selv hævdede søgsmålet i 2015 og Estrellas produkt fortsat ikke er på markedet.

Det er korrekt, at Estrella har anmodet om Procesbevillingsnævnets tilladelse til at kære Østre Landsret kendelse af 21. januar 2022 om passivitet, udelukkende for det tilfældes skyld, at Estrella ikke måtte få medhold i spørgsmålet om manglende retlig interesse. Det er også korrekt, at Estrella i forhold til passivitet har gjort gældende, at Orkla har en handlepligt.

Ovennævnte betyder eller medfører imidlertid ikke, at Orkla skulle have en retlig interesse i sagen. Det er en fejlslutning, når Orkla anfører, at fordi Estrella har argumenteret for passivitet, så kan der ikke argumenteres for manglende retlig interesse.

Orklas argument synes at være, at fordi Estrella i forhold til passivitetsvurderingen har argumenteret for, at Orkla har handlepligt, så må Orkla også have en aktuel retlig interesse. Dette skal afvises.

Der er intet der tilsiger, at en part ikke kan gøre to anbringender gældende (passivitet og manglende retlig interesse) samtidig eller i forlængelse af hinanden, idet det er op til retten at vurdere sagens jus sammenholdt med faktum.

Det fastholdes derfor, at passivitet og manglende retlig interesse er to sider af samme sag, idet begge indsigelser baserer sig på samme faktum; nemlig det forhold, at Orkla er afskåret fra at føre sag om samme forhold, som man jo helt åbenbart opgav for 5 år siden da man hævdede sagen og Estrellas produkt fortsat ikke er på markedet efter 7 år.

Orkla anfører i sit afsluttende indlæg s. 6:

“Estrellas advokat forsøger at bortforklare en manglende indsigelse om aktuel, retlig interesse – måske fordi Estrella bevidst undlod at rejse en sådan indsigelse i lyset af, at man faktisk har planer om at relancere det omtvistede produkt”.

Det skal for god ordens skyld afvises, at Estrella har undladt at rejse indsigelse og allerede af den grund skal Orklas spekulation om Estrellas adfærd tillige afvises.

Estrella har ikke undladt at argumentere for manglende retlig interesse. Estrella har argumenteret for såvel passivitet som manglende retlig interesse, idet anbringendet for såvel Østre Landsret som Sø- og Handelsretten om, at Orkla er afskåret fra at føre sag om samme forhold, som man jo helt åbenbart opgav for 5 år siden, er det samme anbringende som manglende retlig interesse, eftersom Orkla forsøger at forfølge en sag som ikke er aktuel, og som selv blev opgivet af Orkla.

Som anført tidligere har Sø- og Handelsretten ikke haft anledning til at rejse spørgsmålet om retlig interesse eller gå ind i en behandling heraf, og det har heller ikke været nødvendigt for Estrella at gå ind i en yderligere behandling heraf, al den stund Sø- og Handelsretten som bekendt fandt, at Orkla havde udvist passivitet og gav Estrella medhold i, at sagen allerede af den grund måtte bortfalde.

Tilsvarende har ankesagen for Østre Landsret indtil videre været begrænset til alene at angå spørgsmålet om passivitet, og det har derfor ikke været nødvendigt for Estrella at kvalificere anbringendet om manglende retlig interesse før Østre Landsrets kendelse og ex officio inddragelse af spørgsmålet.

Det skal derfor også afvises som anført af Orkla, at Estrella implicit har anerkendt, at Orkla har en aktuel retlig interesse. At passivitet behand-

les som en materiel indsigelse og manglende retlig interesse behandles som en formalitetsindsigelse, kan ikke føre til andet resultat, herunder idet begge indsigelser baserer sig på samme faktum i sagen.

I sit indlæg fremfører Orkla på side 6, at *"et anbringende om retsfortabende passivitet forudsætter – ubestrideligt – en aktuel tvist"*. Der var også en tvist – for 7 år siden – men det er der ikke mere, idet Estrellas produkt ikke er på markedet og der ikke er aktuelle planer herom.

Anbringendet om passivitet blev gjort gældende, idet der i 2015 var en aktuel tvist parterne imellem og Orkla havde forholdt sig passiv ved først at anlægge en sag i 2020. Dette udelukker ikke et anbringende om manglende retlig interesse, tværtimod. Orkla havde i 2015 en retlig interesse i forbudssagen, da Estrellas produkt var på markedet, men Orkla kan aldrig have en retlig interesse i sagen mange år senere, når Orkla selv hævdede forbudssagen i 2015 og Estrellas produkt fortsat ikke er på markedet.

4. Estrellas adfærd

Orkla gentager i sit afsluttende indlæg s. 7, at *"Estrella tidligere ubestridt har foretaget de ulovlige handlinger [...] Estrella har nægtet at bekræfte, at man nu har opgivet at genoptage de ulovlige handlinger"*

Det er for det første bestridt, at Estrella har foretaget ulovlige handlinger og det er direkte forkert, når Orkla gentagne gange fremhæver, at Estrella har foretaget "ulovlige" handlinger. Estrella har ikke handlet ulovligt, og som tidligere anført var det tværtimod Orkla som hævdede forbudssagen og Estrella blev anset som vinder.

Estrella har også derfor afvist at bekræfte Orklas brev af 28. januar 2020:

"På denne baggrund skal jeg bede om at Estrella inden månedens udgang bekræfter, at Estrella ikke - uanset varemærkesagens udfald - genoptager markedsføringen af det firkantede chips-produkt (vedhæftning 1) på det danske marked."

Estrella svarede 31. januar 2020, at *"det ikke er noget min klient har eller ønsker at tage stilling til"*. Estrellas svar bekræfter sagens manglende aktualitet, idet Estrella i 2020 forud for forbudssagens anlæggelse ikke havde taget stilling til en relancering, og det var i øvrigt ikke noget som man ønskede at kommentere på fra Estrellas side. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at Estrella fortsat ikke har taget stilling hertil, hvilket bekræftes af, at produktet ikke er på markedet.

Det fastholdes, at der ikke består konkrete planer om relancering og som fremført i Estrellas tidligere indlæg af 18. februar 2022, s. 5, er det fuldstændig uafklaret, hvordan en evt. relancering ville ske i forhold til valg af emballage, udseende, brand m.v.

At Estrella gerne vil bevare muligheden for på et tidspunkt at relancere sit produkt kan ikke tages til indtægt for en hensigt som skulle opfylde kravet om aktualitet.

Det er heller ikke korrekt, når Orkla anfører i slutindlægget side 8, at de har en retlig interesse i at få prøvet om det står Estrella frit for at relancere sit produkt. Sø- og Handelsretten har allerede taget stilling hertil. Der henvises til Sø- og Handelsrettens retsbog af 6. november 2015:

”Da KiMS har hævet sagen uden, at der er blevet nedlagt et midlertidigt forbud, og da der ikke længere består en aftale, som forhindrer Estrella i at markedsføre og sælge sit produkt, må KiMS anses for den tabende part.”
(min fremhævning).

Det må således være tilstrækkeligt afklaret, at Estrella siden 2015 ikke var bundet af en procesaftale og derfor frit kunne lancere sit produkt igen, hvilket Orkla har været klar over, herunder idet Orkla jo selv hævdede forbudssagen. Det skal også afvises, at Orkla skulle have en retlig interesse i at få prøvet og tilbagevist Estrellas synspunkter som blev gjort gældende i forbindelse med passivitet, eftersom Østre Landsret allerede har taget stilling hertil.

Orkla forsøger at bruge Estrellas anbringender om passivitet derhen, at der skulle bestå en retlig interesse for Orkla. Det er at vende tingene på hovedet, eftersom anbringenderne om passivitet og manglende retlig interesse udspringer af samme faktum; nemlig at Orkla hævdede forbudssagen i 2015 og Estrellas produkt fortsat ikke er på markedet. Der er derfor ikke et modsætningsforhold som hævet af Orkla, tværtimod.

Orkla bekræfter selv i sit indlæg af 10. november 2021 ang. passivitet, at sagen ikke har aktualitet jf. side 2:

”Det følger af retspraksis – og almindelig sund fornuft – at der kun kan statuere passivitet i forhold til en bestemt, aktuel/bestående, adfærd. Hvis en bestemt adfærd ikke (længere) er ophørt (altså ikke længere er aktuel/består), så kan der i sagens natur heller ikke begrebsmæssigt blive tale om at nogen udviser passivitet i forhold til den pågældende adfærd.”

Allerede af den grund kan Orkla ikke siges at have en retlig interesse i forbudssagen, da der ikke består aktualitet.

At Estrella har argumenteret for, at Orkla ikke skulle have en ret (såvel varemærke- som markedsføringsretligt) til formen på KiMs Snack Chips ændrer ikke herpå. Det er en overfortolkning fra Orklas side, når det fremføres (s. 10) at Estrellas anbringende herom udgør en anerkendelsespåstand. Estrella har ikke nedlagt en selvstændig anerkendelsespåstand og har ingen interesse i at denne sag fremmes. Der henvises til det tidligere anførte herom i sammenfattende processkrift ang. passivitet af 5. januar 2022 side 9:

”Det fastholdes, at Estrella havde en berettiget forventning om, at Orkla kun ville forfølge sagen efter varemærkeloven, nu da Orkla havde opgivet forbudssagen efter markedsføringsloven. Orkla har ved deres passivitet ikke givet Estrella andet indtryk, end at den markedsføringsretlige del var opgivet.”

Estrella har således – og med god grund – haft en berettiget forventning om, at Orkla havde opgivet sagen efter markedsføringslovens regler, idet Orkla alene de sidste 5 år har valgt at forfølge sagen varemærkeretligt.

Der henvises desuden til forklaringen fra Estrellas Direktør, Dennis Lyngsø: "Han blev overrasket, da KiMs fem år efter forbudssagen startede en ny sag efter markedsføringsloven" jf. dommens side 14."

Estrella gik ud fra, at parternes tvist alene var varemærkesagen, da Orkla jo selv havde hævet forbudssagen efter markedsføringsloven.

5. Orklas adfærd

Orkla har tidligere fremhævet i sagen, at eftersom Estrella ikke har haft produkterne på markedet de sidste 5 år, har der ikke været noget at nedlægge forbud imod. Estrella har heller ikke produkterne på markedet nu – hvilket er ubestridt – og alligevel vælger Orkla at anmode om nedlæggelse af forbud. Det forhold, at Orkla vælger at nedlægge et forbud nu til trods for, at Estrella ikke er på markedet med sine produkter, er med til at understrege sagens manglende aktualitet og deraf manglende retlige interesse fra Orklas side.

Østre Landsret skal vurdere spørgsmålet om retlig interesse sammenholdt med sagens faktum og de forbudspåstande som Orkla har nedlagt.

Det er et ubestridt faktum, at Orkla i den midlertidige forbudssag for Sø- og Handelsretten i 2015 påberåbte sig markedsføringsloven og nedlagde påstand om forbud med henvisning til bilag 2, 4 og 5 – samme bilag og produkter som i denne sag.

Eftersom den daværende forbudssag per definition vedrørte et forbud mod fremtidig adfærd, anses Orklas påstande og formål i nærværende sag at være identisk med den allerede ophævede forbudssag i 2015, hvilket også bekræfter den manglende retlige interesse.

Det gøres derfor gældende, at Orkla ikke kan anses for at have en retlig interesse i et identisk forbudssøgsmål som Orkla tidligere har ophævet, når Estrellas produkter fortsat ikke er på markedet.

5.1 Orklas anerkendelsespåstande

Estrella skal protestere mod fremsættelse af Orklas nye subsidiaire anerkendelsespåstande.

Orkla kan ikke i en ankesag introducere sådanne påstande og Østre Landsret må afvise disse jf. retsplejelovens § 383, eftersom påstandene ikke har været gjort gældende tidligere i sagen og ikke er fremsat rettidigt.

Orkla skal ikke tillades i en ankesag at forsøge at reparere på det forhold, at Orklas forbudspåstande savner aktualitet. Østre Landsret har rejst spørgsmålet om manglende retlig interesse ex officio og sagen be-

handles skriftligt. Det skal ikke tillades, at Orkla i sit afsluttende skriftlige indlæg pludselig introducerer subsidiære anerkendelsespåstande, som burde være fremsat tidligere.

Særligt i forhold til anbringenderne om passivitet vil det i så fald kræve en helt ny prøvelse, da hverken Sø- og Handelsretten eller Østre Landsret har forholdt sig til spørgsmålet om passivitet i forhold til anerkendelsespåstande – allerede af den grund skal påstandene ikke tillades fremsat og må afvises, herunder med henvisning til retsplejelovens § 384.

Såfremt Østre Landsret i forhold til spørgsmålet om manglende retlig interesse måtte tillade fremsættelse heraf, gøres samme anbringender gældende i forhold til forbudspåstandene og særligt skal der henvises til Den Civile Retspleje, 5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., s. 142 angående både anerkendelse og forbud:

"Hensynet til sagsøgte taler imod, at denne tvinges til at deltage i en tids- og omkostningskrævende proces om et spørgsmål, der er uaktuelt, dvs. som endnu ikke er aktuelt, eller som ikke længere er aktuelt. En sagsøger har derfor kun retlig interesse i sagen, hvis sagsøgerens påstand har aktualitet. Dette gælder såvel fuldbyrdelsessøgsmål jf. nærmere afsnit 2.3.2, som anerkendelse søgsmål, jf. nærmere afsnit 2.3.3."
(min fremhævning)

Vurderingen af retlig interesse er ens for såvel anerkendelsespåstande som forbudspåstande og allerede af den grund savner søgsmålet retlig interesse jf. ovenfor anførte samt i Estrellas processkrift af 18. februar 2022 side 4.

6. Afsluttende bemærkninger

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at realitetsbehandle sagen som påstået af Orkla. Det vil være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at nedlægge et forbud (eller imødekomme en anerkendelsespåstand) angående et produkt og en markedsføringsretlig adfærd i fremtiden som ikke er aktuel og som er ganske uafklaret.

Afslutningsvist skal følgende af Orkla fremførte (s. 11) tillige afvises:

"Estrellas – erklærede – plan som tilkendegivet af Estrellas partsvidne under hovedforhandlingen for Sø- og Handelsretten om at ville relancere det omtvistede produkt må i denne sammenhæng tages som udtryk for, at ledelsen i Estrella har truffet beslutning om at relancere det omtvistede produkt. Dette må navnlig gælde, når Estrella ikke er villig til at afgive en bindende proceserklæring om at ville afstå fra relancering, så længe varemærkesagen ikke er endeligt afsluttet."

Ledelsen i Estrella har ikke truffet beslutning om at relancere det omtvistede produkt. Der henvises til tidligere anførte ovenfor pkt. 4 side 6. Jeg har desuden tidligere på vegne af min klient i processkrift af 18. februar 2022 side 5 oplyst, at "Estrella ikke har konkrete planer om at reintrodere den firkantede form igen, men det er klart, at Estrella på et eller andet

tidspunkt gerne vil have mulighed for at reducere sine indkøbs-/produktionsomkostninger ved igen at anvende den mest optimale produktionsmetode, som netop opnås ved en firkantet form.” Dette gør imidlertid ikke sagen aktuel.

Det er heller ikke korrekt, når Orkla anfører, at Estrella *”ikke er villig til at afgive en bindende proceserklæring om at ville afstå fra relancering, så længe varemærkesagen ikke er endeligt afsluttet”*.

Dette spørgsmål har aldrig været drøftet mellem parterne. Orkla har aldrig anmodet om en proceserklæring. Tværtimod ønskede Orkla, at Estrella *”uanset varemærkesagens udfald”* ikke ville genoptage markedsføringen af sit produkt. Dette ønskede Estrella ikke at forholde sig til.

At Estrella i sine koncernforbundne selskaber besidder produktionsfaciliteter, som anført af Orkla, bevirker ikke, at Estrella – selv hvis Estrella ville – kunne relancere sit produkt hurtigt. Estrella ville for det første ikke bruge samme emballage (som nu er 7 år gammel) og lanceringen af et produkt kræver planlægning i forhold til produktion, kunder, leverandører, markedsføring, koncept-, emballage- og smags- test, strategiske overvejelser m.v. Det ville minimum tage ½ år – hvilket ikke er usædvanligt i branchen – og der er som nævnt ingen konkrete planer herom eller påbegyndt arbejde hermed.

Østre Landsret må lægge til grund, at Estrella ikke har udvist en adfærd, som berettiger Orkla til at forfølge nærværende søgsmål, idet der ikke består en aktuel eller forestående påstået krænkelse, eftersom Estrellas produkt forsat ikke er på markedet.

Orklas egen adfærd derimod må tillægges betydelig vægt, idet Orkla selv hævdede søgsmålet i 2015 og valgte 5 år senere i 2020 at anlægge samme forbudssag om samme produkter, skønt disse ikke havde været på markedet siden 2015 og de fortsat ikke er på markedet i 2022. Orkla kan derfor ikke siges at have en retlig interesse i at forfølge de nedlagte påstande, som savner aktualitet og efter sit indhold derfor ikke er egnet til at indgå i en domskonklusion.

Hensynet til Estrella og det retssikkerhedsmæssige betænkelige i, at imødekomme påstande overfor en hypotetisk og fremtidig adfærd i forhold til nogle produkter, som ikke er på markedet, og hvor Orkla allerede én gang tidligere har hævet en sag herom, må alt andet lige veje tungere. Østre Landsret skal således nægte Orkla at få afgjort nærværende sag, da der ikke ses at bestå en retlig interesse.”

Supplerende processkrift

”Orklas argument om, at Estrella skulle have haft interesse i at føre sagen for at få afklaret sin materielle retsstilling må afvises, særligt da varemærkesagen allerede verserede, ligesom det må afvises, at der skulle være indgået stiltiende aftale om behandling af sagens materielle forhold.

Estrella har ikke ønsket spørgsmålet/sagen påkendt ved domstolene, hvilket også understreges af såvel formalitets- og passivitetsindsigelserne fremsat af Estrella for Sø- og Handelsretten. Der henvises endvidere til pkt. 2 i Estrellas processkrift af 1. april 2022. Det fastholdes derfor, at Estrella ikke har accepteret at føre proces.

Orklas anbringende om et indretningssynspunkt og gentagne anbringender om præklusion, jf. retsplejelovens § 351, stk. 4 og betydningen af, hvad Estrella har gjort gældende tidligere for Sø- og Handelsretten, hverken bør eller skal tillægges nogen vægt, eftersom Østre Landsret har rejst spørgsmålet om manglende interesse ex officio i ankesagen. Det fastholdes derfor, at der ikke kan indtræde præklusion i denne sag, idet Østre Landsret har taget spørgsmålet op ex officio.

Der henvises endvidere til Karnovs noter til retsplejelovens § 351, stk. 4 (note 1818): *"Formalitetsindsigelser, der påses ex officio, er ikke omfattende og kan føre til afvisning, indtil dom er afsagt jf. §337"*. Det er netop hvad der er tale om i denne sag.

I forhold til retsplejelovens § 337 og de af Estrella fremhævede tekststeder i Den Civile Retspleje, 5. udgave, 2020, Ulrik Rammeskov Bang Pedersen m.fl., bemærkes for god ordens skyld endvidere, at de supplerende tekststeder fremhævet af Orkla i sit processkrift af 13 april 2022 (pkt. 4) ikke ændrer på, at Østre Landsret kan rejse og har rejst spørgsmålet om manglende retlig interesse ex officio i denne sag.

Uagtet hvorvidt der er tale om en indsigelse som kan frafalde, har Østre Landsret klar lovhjemmel til at tage dette op ex officio og således finder præklusionsreglen ikke anvendelse. Orklas fortolkning af denne retsregel må deraf afvises, og der henvises til det af Estrella tidligere anførte i pkt. 1 side 3 i processkrift af 18. februar 2022.

For så vidt angår Gestus-produktet bekræfter Orkla blot, at man ikke anser det for et problem, at der findes et tilsvarende produkt på det danske marked. At der er indgået en aftale med Dagrofa om at fjerne produktet hvis Orkla får medhold, minimerer jo ikke den påståede skadevirkning som pågår på femte år – ganske enkelt fordi der ikke er nogen skadevirkning. En firkantet chips med riller er et generisk snack-produkt som ikke nyder beskyttelse og henhører under det almindelig formsprog indenfor branchen.

Det faktum, at Orkla tolererer Dagrofas salg, understreger blot endnu mere Orklas manglende retlige interesse i at føre denne sag, hvor Estrellas produkt slet ikke er på markedet.

I forhold til Estrella skal det bemærkes, at det ikke har været nødvendigt at afgive en supplerende erklæring fra Estrellas direktør eftersom jeg som advokat på vegne af min klient har oplyst at *"Estrella ikke har konkrete planer om at reintroducere den firkantede form igen, men det er klart, at Estrella på et eller andet tidspunkt gerne vil have mulighed for at reducere sine indkøbs/produktionsomkostninger ved igen at anvende den mest optimale produktionsmetode, som netop opnås ved en firkantet form"*

Det er sådan Estrellas forklaring skal forstås og stemmer i øvrigt også overens med hvad der blev forklaret i markedsføringssagen af Estrellas direktør, da det jo netop blev fremhævet, at Estrella (på et tidspunkt) *"gerne vil lave deres snacks firkantede igen, da det medfører lavere produktionsomkostninger"*.

Der er derfor ikke tale om uklare og ufuldstændige oplysninger som påstået af Orkla, og det må afvises at der er grundlag for at tillægge dette processuel skadevirkning. Tværtimod viser sagens faktum, at der hverken var eller er konkrete planer om en relancering.

Det skal derfor også afvises, at der skulle gælde en formodning for, at der er truffet beslutning om relancering i overensstemmelse med vidneforklaringen fra Estrellas direktør. Forklaringen blev afgivet under markedsføringssagen for Sø- og Handelsretten i begyndelsen af 2021, og hvis der på det tidspunkt havde været truffet en afgørelse om relancering ville produktet også havde været på markedet nu, hvilket det fortsat ikke er.

Det må således også afvises, at det skaber en formodning for en aktuel relancering, at Estrella ikke har afgivet en proceserklæring. Som gjort gældende tidligere har dette spørgsmål aldrig været drøftet mellem parterne. Orkla har aldrig anmodet om en proceserklæring. Tværtimod ønskede Orkla, at Estrella *"uanset varemærkesagens udfald"* ikke ville genoptage markedsføringen af sit produkt. Dette ønskede Estrella ikke at forholde sig til.

Orklas anbringender om påstået aktualitet må deraf afvises i sin helhed. Orkla anfører afslutningsvist, at man valgte at anlægge denne sag, da Estrellas direktør i varemærkesagen skulle have bekræftet, at man havde planer om en relancering. Dette må afvises. Estrellas direktør Dennis Lyngsø udtalte i maj 2020 under varemærkesagen BS17352/2018-SHR (dommens side 21) sig ikke om nogle planer men nævnte blot, at *"De indkøber/benytter på nuværende tidspunkt ikke Intersnacks "Crinkle Square Pellet"*.

Forklaringen stemmer således overens med sagens faktum; nemlig at der ikke var eller er konkrete planer om en relancering og produktet er fortsat ikke på markedet.

Det fastholdes derfor, at Østre Landsret skal afvise denne sag, eftersom:

- (1) Estrella ikke har udvist en adfærd, som berettiger Orkla til at forfølge nærværende søgsmål, idet der ikke består en aktuel eller forestående påstået krænkelse, eftersom Estrellas produkt fortsat ikke er på markedet og Estrella ikke har konkrete planer herom.
- (2) Orklas egen adfærd må tillægges betydelig vægt, idet Orkla selv hævdede søgsmålet i 2015 og valgte 5 år senere i 2020 at anlægge samme forbudssag om samme produkter, skønt disse ikke havde været på markedet siden 2015 og de fortsat ikke er på markedet i 2022.

- (3) Orkla har ikke en retlig interesse i at forfølge de nedlagte påstande, som savner aktualitet. Påstandene er efter sit indhold derfor ikke egnet til at indgå i en domskonklusion.
- (4) Det vil være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at imødekomme påstande overfor en hypotetisk og fremtidig adfærd i forhold til nogle produkter – som ikke er på markedet – hvor valg af emballage, udseende, brand m.v. er fuldstændig uafklaret.”

Indlæg om sagsomkostninger

”Såfremt Orkla måtte få medhold i denne sags særskilte spørgsmål om manglende retlig interesse, gøres det af Estrella ... gældende, at sagsomkostningsspørgsmålet skal afgøres i forbindelse med sagens materielle behandling og afslutning ved Østre Landsret – i overensstemmelse med Østre Landsret kendelse af 21. januar 2022.

Såfremt Estrella måtte få medhold i at Orkla ikke har retlig interesse og Østre Landsret således afviser sagen i sin helhed gøres gældende, at Orkla vil være at anse som den tabende part jf. Retsplejelovens § 312 stk. 5 og Estrella skal tilkendes sagsomkostninger.

Det gøres hertil gældende, at Estrella skal tilkendes rimelige sagsomkostninger jf. C-57/15 (United Video Properties). Der er anvendt 65,50 advokattimer på sagens spørgsmål om manglende retlig interesse og Estrella er blevet faktureret ca. 150.000 kr.

--o0o--

Det skal for god ordens skyld afvises, at Estrella skal betale sagsomkostninger til Orkla, såfremt Østre Landsret afviser sagen. Selvom Orkla fik medhold i anken ang. det udskilte spørgsmål om passivitet vil Estrella ved Østre Landsrets afvisning af sagen opnå samme resultat som for Sø- og Handelsretten, hvorfor Estrella ikke skal svare sagsomkostninger til Orkla i sådan et tilfælde.

Der henvises som støtte herfor til Retsplejelovens § 312 stk. 6 ” Den part, som ved appel ikke opnår nogen forandring af den appellerede afgørelse, betragtes med hensyn til sagsomkostninger som tabende”

Ovennævnte gælder uanset om årsagen er, at appelininstansen stadfæster eller afviser appellen jf. FT 2004-05, tillæg A, s. 5552 (bemærkninger til §312). Orkla vil således ved Østre Landsrets afvisning af sagen ikke ved appel opnå nogen forandring af den appellerede afgørelse, eftersom Sø- og Handelsretten tillige afviste Orklas krav, blot med en anden begrundelse (passivitet).

...”

Landsrettens begrundelse og resultat

Landsretten har ex officio rejst spørgsmålet om, hvorvidt Orkla har retlig interesse i de i sagen nedlagte forbudspåstande. Om Estrella, som først i sit første indlæg om det udskilte spørgsmål om retlig interesse af 18. februar 2022 har

påstået afvisning under anbringende om, at Orkla savner retlig interesse, rettidigt har fremsat indsigelse herom, er derfor uden betydning for landsrettens adgang til at tage stilling til det rejste spørgsmål.

Landsretten finder, at de af Orkla i processkrift 2 ad formaliteten af 4. marts 2022 nedlagte subsidiære anerkendelsespåstande i det væsentlige har samme formål som og er udtryk for det samme som de tidligere nedlagte forbudspåstande. Estrella må som følge heraf anses for at have tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser, hvorfor påstandene tillades fremsat, jf. retsplejelovens § 383, stk. 2.

Som anført i landsrettens kendelse af 21. januar 2022 er der enighed om, at Estrella ikke siden afgivelsen af proceserklæringen af 18. maj 2015 i den daværende forbudssag har markedsført, solgt eller på anden måde omsat Taffel Super Snacks i den form og i den emballage, som fremgår af bilag 4 og 5, og heller ikke har forsøgt at indlede sådan markedsføring. Den omstændighed, at Estrellas direktør, Dennis Lyngsøe, for Sø- og Handelsretten har forklaret, at Estrella "... gerne [vil] lave deres snacks firkantede igen, da det medfører lavere produktionsomkostninger. De har planer om at reintroducere den firkantede form igen", indebærer ikke i sig selv, at Estrella kan anses for at have konkrete og aktuelle planer om at relancere Taffel Super Snacks i den form og i den emballage, som fremgår af bilag 4 og 5. Der er ikke i øvrigt oplysninger i sagen om, at Estrella har påbegyndt konkrete og aktuelle forberedelseshandlinger til markedsføring af produkter som vist i bilag 4 og 5 på det danske marked. Estrella har i den forbindelse gjort opmærksom på, at Estrella i givet fald ikke vil bruge samme emballage, og at en relancering af et firkantet snackprodukt – som man ikke for indeværende har konkrete planer om – vil kræve nærmere planlægning og strategiske overvejelser m.v. af mindst et halvt års varighed.

Da Estrella ikke siden 2015 på det danske marked har markedsført, solgt eller på anden måde omsat Taffel Super Snacks i den form og i den emballage, som fremgår af bilag 4 og 5, og da det på den ovennævnte baggrund må lægges til grund, at Estrella heller ikke har konkrete og aktuelle planer om at iværksætte sådan markedsføring mv., finder landsretten, at Orkla ikke har fornøden retlig interesse i de nedlagte forbudspåstande. Det samme gælder de senest nedlagte anerkendelsespåstande, der som nævnt i al væsentlighed har samme formål som og er udtryk for det samme som de tidligere nedlagte forbudspåstande.

Sagen afvises derfor fra domstolene.

Estrella, som for Sø- og Handelsretten og frem til landsrettens kendelse af 21. januar 2022 har påstået sig frifundet under et principalt anbringende om passivitet, har først, efter at landsretten ex officio rejste spørgsmål om retlig interesse, påstået afvisning under anbringende om, at Orkla savner retlig interesse.

Landsretten finder på den baggrund, at sagens omkostninger skal ophæves, for så vidt angår tiden frem til spørgsmålet om retlig interesse blev rejst af landsretten. For så vidt angår tiden herefter fastsættes de sagsomkostninger, som Orkla skal betale til Estrella til dækning af udgift til advokat ekskl. moms, som nedenfor bestemt. Ud over sagens værdi, som af Orkla er anslået til 100.000 kr., er der ved fastsættelsen af beløbet taget hensyn til omfanget af skriftvekslingen om spørgsmålet om retlig interesse. Det bemærkes, at sagen angår overtrædelse af markedsføringsloven. Artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (2004/48) som fortolket af EU-Domstolen i dom af 28. juli 2016 i sag C-57/15 (United Video Properties), som Estrella har henvist til, finder derfor ikke anvendelse.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres, således at denne sag afvises fra domstolene.

I sagsomkostninger for landsretten skal Orkla Confectionery & Snacks Danmark A/S inden 14 dage til Estrella ApS betale 10.000 kr. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Ingen af parterne skal herudover betale sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten eller for landsretten.

Publiceret til portalen d. 06-05-2022 kl. 10:01

Modtagere: Advokat (H) Anders Valentin, Advokat (H) Frank Henrik
Børresen Jørgensen, Appellant Orkla Confectionery & Snacks Danmark
A/S, Indstævnte Estrella ApS