



ØSTRE LANDSRET
KENDELSE
afsagt den 29. august 2019

Sag BS-16813/2018-OLR
(10. afdeling)

SANDOZ A/S
(advokat Anders Valentin)

mod

GILEAD SCIENCES DENMARK ApS
(advokat Mikkel Vittrup)

og

Gilead Biopharmaceutics Ireland UC
(advokat Mikkel Vittrup)

og

Gilead Sciences, Inc.
(advokat Mikkel Vittrup)

samt

Sag BS-1570/2019-OLR
(10. afdeling)

GILEAD SCIENCES DENMARK ApS
(advokat Mikkel Vittrup)

og

Gilead Biopharmaceutics Ireland UC
(advokat Mikkel Vittrup)

og

Gilead Sciences, Inc.
(advokat Mikkel Vittrup)

mod

SANDOZ A/S
(advokat Anders Valentin)

Sø- og Handelsretten har den 24. april 2018 og 20. december 2018 to afsagt kendelser i 1. instans (hhv. sag A-40-17 og sag BS-41319/2018-SHR).

Påstande m.v.

Gilead Sciences Denmark ApS, Gilead Biopharmaceutics Ireland UC og Gilead Sciences, Inc. (herefter Gilead) har nedlagt påstand om, at Sø- og Handelsrettens kendelse om midlertidig forbud af 24. april 2018 stadfæstes for så vidt angår fastsættelsen af sagsomkostninger, at Gilead tilkendes sagsomkostninger for forbudssagens behandling ved landsretten (BS-16813/2018-OLR) på 166.000 kr., at Sø- og Handelsrettens kendelse af 20. december 2018 stadfæstes for så vidt angår fastsættelsen af sagsomkostninger, og at Sandoz i sag BS-1570/2019-OLR tillægges sagsomkostninger for ophævelsessagens behandling for landsretten med et beløb, der ikke overstiger 40.200 kr.

Sandoz A/S (herefter Sandoz) har heroverfor nedlagt påstand om, at Sandoz i sag BS-1570/2019-OLR tilkendes sagsomkostninger for begge retter på i alt kr. 1.680.607,00 kr., og at Sandoz i sag BS-16813/2018-OLR tilkendes sagsomkostninger for begge retter på i alt kr. 1.088.219,46 kr.

Sandoz har endvidere anmodet Østre Landsret om at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af artikel 14 i direktiv 2004/48/EF om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (herefter retshåndhævelsesdirektivet).

Gilead har modsat sig, at der sker præjudiciel forelæggelse.

Sagsfremstilling

Patent- og Varemærkestyrelsen udstedte den 2. august 2010 et supplerende beskyttelsescertifikat (herefter "SPC") til Gilead for produktet "Emtricitabin og

Tenofovirdisoproxil (som fumerat)" (nr. CR. 2005 00032). SPC'et var udstedt på baggrund af patent DK/EP 0 915 894, der udløb den 25. juli 2017.

Den 25. oktober 2017 anlagde Gilead sag ved Sø- og Handelsretten mod Sandoz om midlertidigt forbud med påstand om bl.a., at det blev forbudt Sandoz i Danmark at fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende bestemte lægemidler, så længe det nævnte patent og SPC var i kraft. Denne del af det samlede sagskompleks betegnes i det følgende som "forbudssagen".

Ved kendelse af 24. april 2018 (sag A-40-27) nedlagde Sø og Handelsretten forbud og påbud over for Sandoz med tilhørende krav om sikkerhedsstillelse, idet retten bl.a. fandt, at Gilead havde sandsynliggjort, at det pågældende SPC var gyldigt. Sø- og Handelsretten traf samtidig afgørelse om, at Sandoz skulle betale 310.300 kr. i sagsomkostninger til Gilead. Heraf udgjorde 300.000 kr. dækning af udgifter til advokatbistand, 10.000 kr. dækning af udgifter til vidnet Peter Skinhøj og 300 kr. til retsafgift.

Sandoz kærede Sø- og Handelsrettens kendelse til Østre Landsret og nedlagde i den forbindelse en selvstændig påstand om tilkendelse af sagsomkostninger for begge retter (landsrettens sag BS-16813/2018-OLR).

Ved kendelse af 15. oktober 2018 traf Sø- og Handelsretten afgørelse i en parallel sag mellem Gilead og Mylan S.A.S, Mylan AB og Hospital (sagerne A-27/17 og 34/17). Sø- og Handelsretten fandt her, at formodningen for stridspatentets gyldighed som følge af EU-Domstolens dom af 25. juli 2018 i sag C-121/17 Teva UK ECLI:EU:C:2018:585 nu var afkræftet i en sådan grad, at der var grundlag for at tilsidesætte dette som ugyldigt. Af samme grund afviste retten at nedlægge de begærede forbud og påbud over for Mylan-selskaberne.

Den 26. oktober 2018 kærede Gilead Sø- og Handelsrettens afgørelse af 15. oktober 2018 i Mylan-sagerne til Østre Landsret.

Ligeledes den 26. oktober 2018 indgav Sandoz en begæring til Sø- og Handelsretten om, at rettens forbud og påbud af 24. april 2018 mod Sandoz blev ophævet (herefter "ophævelsessagen"). Til støtte herfor gjorde Sandoz gældende bl.a., at betingelserne for nedlæggelse af forbud og påbud som følge af Sø- og Handelsrettens kendelse af 15. oktober 2018 i Mylan-sagerne ikke længere var til stede. Sandoz nedlagde desuden påstand om, at Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. april 2018 i forbudssagen blev ophævet for så vidt angår tilkendelsen af sagsomkostninger til Gilead, således at Sandoz i stedet skulle tilkendes sagsomkostninger for Sø- og Handelsrettens behandling af såvel forbudssagen som ophævelsessagen.

Gilead nedlagde heroverfor påstand om frifindelse.

Ved kendelse af 20. december 2018 (BS-41319/2018-SHT) ophævede Sø- og Handelsretten det midlertidige forbud og påbud mod Sandoz af 24. april 2018. Sø- og Handelsretten besluttede samtidig, at Gilead skulle betale sagsomkostninger til Sandoz med 60.300 kr., hvoraf 60.000 kr. heraf var til advokatbistand og 300 kr. til retsafgift. Sø- og Handelsretten fandt i den forbindelse, at retten ikke under ophævelsessagen havde hjemmel til at ophæve den i forbudssagen tidligere truffne afgørelse om sagsomkostninger – der var blevet kæret til landsretten – og til at træffe ny afgørelse om sagsomkostninger for forbudssagen.

Som følge af Sø- og Handelsrettens kendelse af 20. december 2018 hævdede Sandoz den 20. december 2018 sin kære af den del af Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. april 2018 i forbudssagen, som angik ophævelse af de midlertidige forbud og påbud. Sandoz fastholdt samtidig den nedlagte påstand om tilkendelse af sagsomkostninger for forbudssagens behandling i begge instanser. Landsretten aflyste herefter den mundtlige forhandling i forbudssagen og meddelte, at retten ville træffe afgørelse om sagsomkostninger på skriftligt grundlag.

Den 14. januar 2019 kærede Gilead Sø- og Handelsrettens kendelse af 20. december 2018 i ophævelsessagen (landsrettens sag BS-1570/2019-OLR). Gilead bemærkede samtidig, at man tiltrådte Sø- og Handelsrettens afgørelse vedrørende sagsomkostninger, herunder at der ikke var hjemmel til at ophæve den i forbudssagen truffne afgørelse om sagsomkostninger og træffe ny afgørelse om sagsomkostninger for forbudssagen.

Ved kæresvarskrift af 1. marts 2019 påstod Sandoz Sø- og Handelsrettens kendelse i ophævelsessagen stadfæstet, idet man samtidig nedlagde selvstændige påstande om, at Sandoz blev tilkendt "fulde sagsomkostninger for ophævelsessagens behandling for Sø- og Handelsretten (sag BS-41319/2018-SHR) og for Østre Landsret (sag BS-1570/2019-OLR)", og om, at Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. april 2018 i forbudssagen blev omgjort, "således at de til Gilead tilkendte omkostninger ophæves, og Sandoz tilkendes fulde sagsomkostninger for forbudssagens behandling for både Sø- og Handelsretten (sag A-40-17) og for Østre Landsret (sag BS-16813/2018-OLR)."

Der blev herefter berammet hovedforhandling ved Østre Landsret til den 12., 13., 14., 19., 20. og 21. juni 2019, idet kæresagerne skulle sambehandles med kæresagerne i Mylan-sagskomplekset.

Den 28. maj 2019 hævdede Gilead kæresagerne mod både Sandoz og Mylan-virkomhederne.

Anbringender

Sandoz har vedrørende omkostningerne i ophævelsessagen (BS-1570/2019-OLR) gjort gældende bl.a., at Sandoz må anses for den vindende part, da Gilead

hævede sit kæremål, og da anlæggelse af ophævelsessagen var et nødvendigt retsskridt.

Sandoz har haft faktiske sagsomkostninger på i alt 1.680.607 kr. for ophævelsessagens behandling ved begge retter, hvilke omkostninger afspejler det sædvanlige omkostningsniveau i sager om patenter på medicinalområdet. Disse omkostninger bør dækkes fuldt ud, jf. EU-Domstolens dom i sag C-57/15 United Video Properties Inc. ECLI:EU:C:2016:611.

Af de i alt 1.680.607 kr. udgør 835.142 kr. advokatomkostninger for landsretten og 91.200 kr. udgifter til supplerende eksperterklæringer for landsretten fordelt på 74.400 kr. til professor, dr.med. Jens Ole Nielsen og 16.800 kr. til patentagent Ejvind Christiansen. Ved Sø- og Handelsretten beløb udgifterne sig til 754.265 kr., herunder omkostninger til advokat med 601.213 kr. Hertil kommer retsafgift på 300 kr. samt omkostninger til eksperterklæringer fra hhv. Jens Ole Nielsen på 79.200 kr. og Ejvind Christensen på 73.552 kr. Det ved Sø- og Handelsretten tilkendte beløb på 60.300 kr. udgør således under 8% af de faktisk afholdte udgifter, hvilket er i strid med retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 som fortolket af EU-Domstolen.

Sandoz har herudover anført bl.a., at sagens værdi er på mindst 61.000.000 kr., og at der var mere arbejde forbundet med ophævelsessagen end med forbudssagen, hvorfor der også af den grund bør udmåles sagsomkostninger til Sandoz for ophævelsessagen i en størrelsesorden, der ligger betydeligt over det niveau, som Sø- og Handelsretten udmålte i forbudssagen. Det må ved udmålingen af sagsomkostninger tillige indgå, at Gilead hævede sagen på et tidspunkt, hvor sagen var forberedt i sin helhed, idet påstandsdokument allerede var færdiggjort, og det eneste udestående var den mundtlige forhandling. Hertil kommer, at Gilead ifølge Sandoz under sagen undertrykte væsentlige oplysninger med omkostningsmæssige følger for Sandoz.

Om forbudssagen har Sandoz anført bl.a., at Sandoz må betragtes som havende vundet forbudssagen henset til, at Sandoz kun hævede sin kære som følge af Sø- og Handelsrettens efterfølgende afgørelse i omgørelsessagen, og til, at Gilead hævede sin kære i ophævelsessagen med det resultat, at det tidligere nedlagte forbud må betragtes som værende nedlagt med urette.

Landsretten bør derfor dels tillægge Sandoz sagsomkostninger i kæremålssagen, dels omgøre Sø- og Handelsrettens omkostningsafgørelse. Sandoz har i den forbindelse fremhævet, at man i forbindelse med ophævelsen af kæremålet fastholdt sin påstand om tilkendelse af sagsomkostninger for forbudssagens behandling ved Sø- og Handelsretten. Sandoz har desuden anført, at man har haft advokatomkostninger til forbudssagen på 383.610,41 kr. for sagens behandling i

Sø- og Handelsretten og på 704.209,05 kr. for sagens behandling i landsretten. Hertil kommer kæreafgift for landsretten på 400 kr.

Sandoz har anmodet om, at landsretten foretager præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Sandoz har til støtte herfor anført bl.a., at der efter EU-Domstolens dom i United Video Properties Inc-sagen er grund til at antage, at udmålingen af sagsomkostninger i danske patentsager ikke afspejler de reelle omkostninger, som er afholdt af den vindende part, hvilket ifølge Sandoz er i strid med artikel 14 i retshåndhævelsesdirektivet.

Gilead har i relation til såvel forbudssagen som ophævelsessagen bestridt, at omfanget af de af Sandoz anførte faktisk afholdte advokatomkostninger står i rimeligt forhold til sagernes værdi, forsvarlige førelse og udfald. Gilead angiver selv at have afholdt mindre beløb i både første og anden instans. Gilead bestrider, at sagens værdi som minimum kan opgøres til 61.000.000 kr., og bemærker, at Sø- og Handelsretten i forbindelse med nedlæggelsen af forbuddet mod Sandoz fastsatte en sikkerhedsstillelse på 20.000.000 kr.

Herudover har Gilead vedrørende sagsomkostninger i ophævelsessagen anført bl.a., at eftersom Sandoz ikke selvstændigt har kæret Sø- og Handelsrettens sagsomkostningsafgørelse til Østre Landsret, er denne afgørelse endelig.

Da Gilead hævdede sit kæremål i ophævelsessagen efter endt skriftveksling, må advokatomkostningerne i kæremålet i ophævelsessagen som udgangspunkt fastsættes til 2/3 af, hvad de almindelige takster for domsforhandling ville føre til. Det vil ikke være berettiget at hense til, at Gilead i forbindelse med forbudssagen ved Sø- og Handelsretten fik tilkendt 300.000 kr. i omkostninger til advokatbistand, da arbejdsomængden var større i forbudssagen end i ophævelsessagen. Derimod kan landsretten tage udgangspunkt i de omkostninger, som Sandoz fik tilkendt ophævelsessagen ved Sø- og Handelsretten. Det må også indgå i vurderingen, at Sandoz alene har indleveret to meget korte processkrifter og heri henvist til de samme anbringender som i førsteinstanssagen. Hertil kommer bl.a., at baggrunden for, at kæresagen mod Sandoz skulle hovedforhandles over 4 dage, var, at sagen mod Sandoz skulle sambehandles med Mylan. Sandoz bør på den baggrund maksimalt tilkendes 40.200 kr.

For så vidt angår forbudssagen har Gilead nedlagt påstand om tilkendelse af sagsomkostninger for begge retter med i alt kr. 500.000 kr. Til støtte herfor har Gilead gjort gældende bl.a., at eftersom Sandoz hævdede kæremålet, må Gilead anses for den vindende part. Ophævelsen af kæremålet indebærer også, at Sø- og Handelsrettens sagsomkostningsafgørelse i forbudssagen står ved magt, og at landsretten dermed ikke har hjemmel til at ændre denne.

For så vidt angår udmålingen af sagsomkostningerne forbundet med kæremålet i forbudssagen har Gilead anført, at Sandoz hævede sin kære efter afgivelse af svarskrift, men før endt skriftveksling. Gilead antager, at en fuld gennemførelse af kæresagen ville have resulteret i tilkendte sagsomkostninger på 500.000 kr. Advokatomkostningerne for kæremålsbehandlingen må derfor som udgangspunkt ansættes til 1/3 af dette beløb.

For så vidt angår spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen har Gilead anført bl.a., at EU-Domstolen allerede har stilling til det spørgsmål, som Sandoz ønsker, at Østre Landsret forelægger præjudicielt for EU-Domstolen, og at der således ikke længere er tvivl om fortolkningen af artikel 14 i håndhævelsesdirektivet. I United Video Properties Inc.-dommen fastslog EU-Domstolen bl.a., at domstolene ved tildelingen af sagsomkostninger ikke alene skal hense til de udgifter, som den vindende part i sagen faktisk har afholdt til advokatbistand. Tværtimod skal vurderingen foretages på grundlag af de faktisk afholdte omkostninger, som har været rimelige at afholde til sagens gennemførelse. Dette er lige præcis kernen i forhold til spørgsmålet om sagsomkostninger, idet Gilead netop gør gældende, at de af Sandoz faktisk afholdte advokatomkostninger ikke står i rimeligt forhold til sagens forsvarlige førelse. De danske regler og de danske domstoles praksis vedrørende tilkendelse af sagsomkostninger er efter Gileads opfattelse i overensstemmelse med retshåndhævelsesdirektivet.

Retsgrundlaget

Retsplejeloven

I Retsplejerådets betænkning 1436/2004 anføres s. 270 ff bl.a. følgende om udmåling af advokatomkostninger:

”Retsplejerådet foreslår derfor at opretholde den nuværende praksis, hvor der alene tilkendes et beløb svarende til, hvad der kan betegnes som et »normalsalær«.

En sådan ordning indebærer i sagens natur, at den vindende part i en række sager vil have større udgifter til advokat end det beløb, der tilkendes til dækning heraf som sagsomkostninger. Dette gælder ikke blot i tilfælde, hvor parten har valgt en advokat, der i sammenligning med andre advokater beregner sig et ekstraordinært højt salær, men også i et vist omfang, når parten har valgt en advokat, der beregner sig et salær, som kun i mindre grad adskiller sig fra, hvad advokater i almindelighed kræver.

...

Advokatsalæret er betaling for advokatfirmaets arbejde med sagen, og alt andet lige forekommer det måske mere rimeligt at tage udgangspunkt i karakteren og omfanget af det arbejde, der er forbundet med sagen.

Det er imidlertid svært konkret at vurdere karakteren og omfanget af arbejdet særligt præcist. Normalt vil man kunne vurdere, om arbejdet med sagen har været særligt vanskeligt og/eller særligt omfattende. Men en blot nogenlunde præcis vurdering af, hvor vanskeligt eller hvor omfattende arbejdet har været, vil forudsætte en urealistisk grundig (og ressourcekrævende) gennemgang af det udførte arbejde.

...

Retsplejerådet finder på den baggrund, at udmålingen af normalsalæret fremover bør ske med udgangspunkt i takster, der bygger både på sagens karakter og på dens værdi.

...

Samtidig skal der imidlertid være forholdsvis bred mulighed for efter anmodning fra en part at fravige udgangspunktet både i opadgående og nedadgående retning.

En fravigelse i opadgående retning kan komme på tale, hvis sagen rejser særligt vanskelige retsspørgsmål eller involverer særligt omfattende bevisspørgsmål.”

I den nævnte betænkning anføres s. 267 endvidere bl.a. følgende om adgangen til at få dækket anden sagkyndig bistand som sagsomkostning:

”I visse typer sager har en part behov for sagkyndig bistand ud over advokatbistand. Som et åbenbart eksempel kan nævnes bistand fra en patentagent i patentsager. ... Efter Retsplejerådets opfattelse skal der imidlertid noget særligt til, før udgifter til sådan sagkyndig bistand skal kunne dækkes som sagsomkostning. Retsplejelovens ordning er, at sagkyndig bistand opnås ved at stille spørgsmål til sagkyndige, der udpeges af retten, og hvis vederlag henregnes til sagsomkostningerne. Derimod bør udgifter til sagkyndig bistand til *udformning* af spørgsmålene i almindelighed ikke kunne erstattes som sagsomkostninger, og dette gælder, uanset om parten eller dennes medarbejdere selv besidder tilstrækkelig viden på området, eller parten har valgt at tilrettelægge sin virksomhed således, at sagkundskab af den relevante art indkøbes hos eksterne samarbejdspartnere.

I mere sjældne tilfælde kan det imidlertid være på sin plads, at den vindende part får tilkendt et passende beløb til dækning af udgifter til sagkyndig bistand til formulering af spørgsmål m.v.”

I UfR 2009.762 H fastslog Højesteret, at udgifter til patentkyndig bistand i bl.a. fagedforbudssager kun kan kræves godtgjort som sagsomkostning, hvis særlige forhold gør sig gældende. Afgørelsen blev afsagt inden EU-Domstolens dom i

United Video Properties Inc.-sagen, og det fremgår ikke af Højesterets afgørelse, at forholdet til retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 blev behandlet.

Retshåndhævelsesdirektivet og den danske gennemførelse heraf

Retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne sikrer, at rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger og andre udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, som generel regel bæres af den part, der har tabt sagen, medmindre billighedshensyn taler imod dette.«

Det er i forarbejderne til gennemførelseslovene til retshåndhævelsesdirektivet lagt til grund, at retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 kan opfyldes gennem retsplejelovens almindelige regler om sagsomkostninger.

I United Video Properties Inc.-dommen har EU-Domstolen fortolket retshåndhævelsesdirektivets artikel 14. Om dækning af udgifter til advokatombudsninger udtalte EU-Domstolen følgende:

”Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 14 i direktiv 2004/48 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der fastsætter, at den part, der taber sagen, skal betale de sagsomkostninger, som den vindende part har afholdt, hvilken lovgivning giver den ret, der skal afsige dom i sagen, mulighed for at tage hensyn til de særlige omstændigheder i den sag, der er forelagt for den, idet lovgivningen omfatter en ordning med faste satser, der fastsætter et absolut loft for godtgørelsen af udgifter til advokatbistand.

21 Det bemærkes indledningsvis, at artikel 14 i direktiv 2004/48 fastsætter princippet om, at rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, som generel regel bæres af den part, der har tabt sagen, medmindre billighedshensyn taler imod dette.

22 Hvad for det første angår rækkevidden af begrebet »sagsomkostninger«, der skal godtgøres af den part, der taber sagen, således som fastsat i artikel 14 i direktiv 2004/48, bemærkes, at dette begreb bl.a. omfatter advokatsalær, idet dette direktiv ikke indeholder noget element, der gør det muligt at konkludere, at disse omkostninger, der almindeligvis udgør en væsentlig del af de omkostninger, der afholdes i forbindelse med en sag med henblik på at sikre en intellektuel ejendomsret, skulle være udelukket fra denne artikels anvendelsesområde.

23 For det andet fremgår det af 17. betragtning til direktiv 2004/48, at de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er fastlagt i dette direktiv, i hvert enkelt tilfælde bør fastsættes på en sådan måde, at der tages behørigt

hensyn til det pågældende tilfældes specifikke karakteristika. Dette formål kan ganske rigtigt synes at tale imod en fastsættelse af faste beløb for godtgørelsen af sagsomkostningerne som sådan, idet en sådan fastsættelse ikke sikrer hverken en godtgørelse af de udgifter, der reelt er afholdt i et konkret tilfælde af den part, der har vundet sagen, eller mere generelt hensyntagen til alle de særlige omstændigheder ved den foreliggende sag.

24 Imidlertid pålægger artikel 14 i direktiv 2004/48 medlemsstaterne at sikre godtgørelse af kun »rimelige« sagsomkostninger. Desuden bestemmer dette direktivs artikel 3, stk. 1, bl.a., at de af medlemsstaterne fastsatte procedurer ikke må være unødigt udgiftskrævende.

25 Følgelig kan en lovgivning, der fastsætter faste satser for godtgørelse af advokatsalær, i princippet være berettiget på betingelse af, at den har til formål at sikre, at de omkostninger, der skal godtgøres, er rimelige under hensyn til faktorer såsom tvistens genstand, beløb eller det arbejde, der skal udføres for at forsvare den pågældende rettighed. Dette kan bl.a. være tilfældet, såfremt denne lovgivning har til formål at udelukke en unødigt høj godtgørelse af usædvanligt høje salærer, om hvilke der er indgået aftale mellem den part, der har vundet sagen, og dennes advokat, eller som følge af, at advokaten har præsteret ydelser, der ikke anses for at være nødvendige for at sikre overholdelsen af den pågældende ejendomsret.

26 Derimod kan kravet om, at den part, der taber sagen, skal bære de »rimelige« sagsomkostninger, ikke begrunde en lovgivning, der med henblik på gennemførelsen i en medlemsstat af artikel 14 i direktiv 2004/48 pålægger faste satser, der er væsentligt mindre end de gennemsnitssatser, der faktisk betales for advokatbistand i denne medlemsstat.

27 En sådan lovgivning er nemlig ikke forenelig med artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/48, der bestemmer, at foranstaltningerne og retsmidlerne fastsat i henhold til dette direktiv skal have afskrækkende virkning. Den afskrækkende virkning af et krænkelssøgsmål vil blive alvorligt svækket, såfremt krænkeren alene kan idømmes at godtgøre en lille del af de rimelige udgifter til advokat, som den krænkede indehaver af intellektuel ejendomsret har måttet afholde. En sådan lovgivning krænker således hovedformålet med direktiv 2004/48, der består i at sikre et højt beskyttelsesniveau for den intellektuelle ejendomsret i det indre marked, hvilket formål udtrykkeligt fremgår af tiende betragtning til dette direktiv i overensstemmelse med artikel 17, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

28 Hvad for det tredje angår kravet om hensyntagen til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag fremgår det af selve ordlyden af det første spørgsmål, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning i princippet giver retten mulighed for at tage hensyn til disse omstændigheder.

29 Det må imidlertid for det fjerde konstateres, at artikel 14 i direktiv 2004/48 fastsætter, at de sagsomkostninger, som den tabende part i sagen skal bære, skal være »forholdsmæssigt afpassede«. Spørgsmålet, om disse udgifter er forholdsmæssige, kan således ikke vurderes uafhængigt af de udgifter, som den vindende part i sagen faktisk har afholdt til advokatbistand, forudsat at disse er rimelige som omhandlet i denne doms præmis 25. Selv om kravet om proportionalitet ikke indebærer, at den tabende part nødvendigvis skal godtgøre alle de udgifter, som den anden part har afholdt, indebærer det imidlertid, at denne sidstnævnte part har ret til en godtgørelse, der i det mindste udgør en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, der reelt er afholdt af den part, der har vundet sagen.

30 Derfor skal en national lovgivning, der fastsætter en absolut grænse for de udgifter, der vedrører advokatbistand, såsom den, der er omhandlet i hovedsagen, sikre dels, at denne begrænsning afspejler virkeligheden vedrørende de satser, der opkræves for advokatbistand på området for intellektuel ejendomsret, dels at i det mindste en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, der reelt er afholdt af den part, der har vundet sagen, bæres af den tabende part. En sådan lovgivning udelukker nemlig ikke, navnlig i et tilfælde hvor den nævnte begrænsning ligger på et for lavt niveau, at dette udgiftsbeløb langt overstiger den fastsatte grænse i en sådan grad, at den godtgørelse, som den vindende part kan rejse krav om, bliver uforholdsmæssig eller i givet fald ubetydelig, hvorved artikel 14 i direktiv 2004/48 fratages sin effektive virkning.

31 Den konklusion, der fremgår af den foregående præmis kan ikke drages i tvivl af den omstændighed, at artikel 14 i direktiv 2004/48 fra sit anvendelsesområde udelukker de tilfælde, hvor billighedshensyn taler imod, at sagsomkostningerne bæres af den part, der har tabt sagen. Denne udelukkelse vedrører nemlig de nationale regler, der tillader retten undtagelsesvis at fravige denne ordning i et særligt tilfælde, hvor anvendelsen af den generelle ordning for sagsomkostninger ville føre til et resultat, der må anses for at være uretfærdigt. Derimod kan billighedshensyn i sagens natur ikke begrunde en generel og betingelsesløs udelukkelse fra en godtgørelse af udgifter, der overstiger et givet loft.

32 Under hensyn til ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 14 i direktiv 2004/48 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der fastsætter, at den part, der taber sagen, skal betale de sagsomkostninger, som den vindende part har afholdt, hvilken lovgivning giver den ret, der skal afsige dom i sagen, mulighed for at tage hensyn til de særlige omstændigheder i den sag, der er forelagt for den, idet lovgivningen omfatter en ordning med faste satser for godtgørelse af udgifter til advokatbistand, på betingelse af, at disse satser sikrer, at de udgifter, som den tabende part skal betale, er rimelige, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at undersøge. Dette direktivs artikel 14 er imidlertid til hinder for en national lovgivning, der fastsætter faste satser, som på grund af for lave maksimal-

beløb ikke sikrer, at i det mindste en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part.”

EU-Domstolen tog endvidere stilling til, i hvilket omfang udgifter til sagkyndig bistand kunne kræves dækket. Spørgsmålet hang sammen med, at den vindende part i den sag, der gav anledning til den præjudicielle forelæggelse, havde haft udgifter til en patentagent. Herom anførte EU-Domstolen bl.a. følgende:

”Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 14 i direktiv 2004/48 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser, der alene fastsætter godtgørelse af udgifter til rådgivning ved en teknisk sagkyndig, såfremt den tabende part har udvist ansvarspådragende adfærd.

34 Med henblik på at besvare dette spørgsmål bemærkes for det første, at ifølge ordlyden af artikel 14 i direktiv 2004/48 skal medlemsstaterne sikre, at rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger »og andre udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt«, som generel regel bæres af den part, der har tabt sagen, medmindre billighedshensyn taler imod dette. Henset til, at der ikke er nogen bestemmelse i dette direktiv, der indeholder en definition af begrebet »andre udgifter«, som ville kunne udelukke de udgifter, der er afholdt til rådgivning ved en teknisk sagkyndig, fra anvendelsesområdet for denne artikel 14, omfatter dette begreb i princippet ligeledes denne type udgifter.

35 For det andet nævnes imidlertid i 26. betragtning til direktiv 2004/48, således som generaladvokaten har anført i punkt 79 i forslaget til afgørelse, de »udgifter til f.eks. påvisning og efterforskning af krænkelsen«, der ofte er knyttet til rådgivning ved en teknisk sagkyndig, og som indehaveren af en intellektuel ejendomsret har afholdt. Denne betragtning henviser udtrykkeligt til tilfælde med »en krænkelse begået af en krænkende part, der vidste eller havde rimelig grund til at vide, at hans aktiviteter udgjorde en krænkelse«, og vedrører derfor bl.a. den erstatning, der skal betales i tilfælde af den krænkende parts ansvarspådragende adfærd. Erstatningen er omhandlet i en bestemmelse i dette direktiv, nemlig dettes artikel 13, stk. 1. Det følger heraf, at »udgifter til [...] påvisning og efterforskning af krænkelsen«, der ofte afholdes forud for en retssag, ikke nødvendigvis henhører under anvendelsesområdet for det nævnte direktivs artikel 14.

36 For det tredje må det fastslås, at en udvidet fortolkning af artikel 14 i direktiv 2004/48, således at denne bestemmer, at den part, der taber sagen, generelt skal bære de »andre udgifter«, der er afholdt af den part, der har vundet sagen, uden at præcisere arten af disse udgifter, risikerer at tillægge denne artikel et for bredt anvendelsesområde, hvorved direktivets artikel 13 fratages sin effektive virkning. Dette begreb skal derfor fortolkes strengt, og det må antages, at kun de udgifter, der er direkte og tæt knyttet til den

pågældende retssag, henhører under »andre udgifter« som omhandlet i den nævnte artikel 14.

37 For det fjerde må det konstateres, at artikel 14 i direktiv 2004/48 ikke indeholder noget element, der gør det muligt at antage, at medlemsstaterne kan betinge godtgørelsen af de »andre udgifter« eller generelt sagsomkostningerne i forbindelse med en sag, der er anlagt med henblik på at sikre håndhævelsen af en intellektuel ejendomsret, af et kriterium om ansvarspådragende adfærd hos den part, der taber sagen.

38 Spørgsmålet om, hvorvidt en national bestemmelse kan betinge godtgørelsen af udgifter til rådgivning ved en teknisk sagkyndig af, at den tabende part har udvist en ansvarspådragende adfærd, afhænger under hensyn til det ovenstående af disse udgifters tilknytning til den pågældende retssag, idet de nævnte udgifter henhører under »andre udgifter« i artikel 14 i direktiv 2004/48, såfremt tilknytningen er direkte og tæt.

39 De udgifter til påvisning og efterforskning af krænkelsen, der er afholdt i forbindelse med aktiviteter vedrørende bl.a. en generel vurdering af markedet foretaget af en teknisk sagkyndig og dennes afsløring af mulige overtrædelser af en intellektuel ejendomsret, der kan henføres til på dette tidspunkt endnu ukendte krænkere, synes således ikke at udgøre en sådan direkte og tæt tilknytning. For så vidt som rådgivningsydelser ved en teknisk sagkyndig, uafhængigt af deres art, derimod er nødvendige for at kunne anlægge et søgsmål for i et konkret tilfælde at sikre håndhævelsen af en sådan rettighed, henhører de udgifter, der er knyttet til denne rådgivningsbistand, under »andre udgifter«, som i henhold til artikel 14 i direktiv 2004/48 skal bæres af den tabende part.

40 På det grundlag skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 14 i direktiv 2004/48 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser, der alene fastsætter godtgørelse af udgifter til rådgivning ved en teknisk sagkyndig, såfremt den tabende part har udvist ansvarspådragende adfærd, idet disse udgifter skal være direkte og tæt knyttet til et søgsmål, der er anlagt med henblik på at sikre håndhævelsen af en intellektuel ejendomsret.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Landsrettens kompetence

Gilead har gjort gældende, at Sandoz i ophævelsessagen ikke kan tilkendes et højere beløb i sagsomkostninger for sagens behandling ved Sø- og Handelsretten, da Sandoz ikke selvstændigt kærede Sø- og Handelsrettens sagsomkostningsafgørelse til Østre Landsret, og at Sandoz' ophævelse af kæremålet i forbudssagen må indebære, at også Sø- og Handelsrettens sagsomkostningsafgørelse i forbudssagen står ved magt.

Landsretten bemærker hertil, at afgørelser om forbud og ophævelse heraf efter retsplejelovens § 427, stk. 2, 2, pkt., kan kæres efter reglerne i lovens kapitel 53. Det følger af Højesterets praksis, at kæremål efter retsplejelovens § 584, stk. 1, omfatter afgørelsen i sin helhed, og at den begrænsning i adgangen til særskilt at kære afgørelser om sagsomkostninger, der følger af § 584 a, således ikke finder anvendelse i en situation, hvor den underliggende afgørelse kæres, jf. UfR 2014.1535 H og H.K. 23. maj 2019 i sag 146/2018. Sandoz har på den baggrund som indkæret i det af Gilead indgivne kæremål i ophævelsessagen i sit kæresvarskrift kunnet nedlægge påstand om ændring af Sø- og Handelsrettens sagsomkostningsafgørelse, uanset at Sandoz ikke havde indgivet selvstændig kære herom inden for kærefristen efter § 586.

Endvidere præciserede Sandoz i forbindelse med, at kæren i ophævelsessagen blev hævet, at kæremålet blev fastholdt for så vidt angår spørgsmålet om sagsomkostningerne for Sø- og Handelsretten.

Landsretten kan på den baggrund tage stilling til Sø- og Handelsrettens sagsomkostningsafgørelser i såvel forbuds- som ophævelsessagen.

Præjudiciel forelæggelse og EU-konform fortolkning

Sandoz har anmodet om præjudiciel forelæggelse med henblik på at få EU-Domstolens vurdering af, om det er foreneligt med retshåndhævelsesdirektivets artikel 14, at fastlæggelse af sagsomkostninger ikke sker med udgangspunkt i den vindende parts faktisk afholdte omkostninger.

Landsretten bemærker hertil, at retten i den foreliggende sag må anses for en sidsteinstans i relation til TEUF artikel 267, stk. 3. Det følger imidlertid af EU-Domstolens praksis, at en sidsteinstans ikke er pligtig at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen, hvis den EU-retlige bestemmelse, der skal anvendes i den foreliggende sag, allerede er blevet fortolket i fornødent omfang af Domstolen, eller hvis EU-rettens korrekte anvendelse i øvrigt fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads til fortolkningstvivl, jf. forenede sager C-72/14 og C-197/14 X og T.A. van Dijk ECLI:EU:C:2015:564, sag C-160/14 Ferriera da Silva ECLI:EU:C:2015:565, sag C-379/15 Association France Nature Environment ECLI:EU:C:2016:603 og sag C-416/17 Kommissionen mod Frankrig ECLI:EU:C:2018:811.

Landsretten finder, at EU-Domstolens dom i United Video Properties Inc.-sagen giver landsretten de fornødne retningslinjer for at anvende retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 på sagskompleksets fakta. Der er således ikke anledning til at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål til brug for afgørelsen af nærværende kæresager.

Landsretten bemærker også, at det påhviler domstolene i videst muligt omfang at fortolke dansk ret i overensstemmelse med EU-retten, herunder EU-Domstolens afgørelser, jf. bl.a. sag C-68/17 IR EU:C:2018:696 og sag C-55/18 CCOO ECLI:EU:C:2019:402, UfR 2004.1246 H og UfR 2014.1998 H. De grænser for EU-konform fortolkning, som er fastlagt i bl.a. UfR 2014.914 H og UfR 2017.824 H, er ikke til hinder for, at landsretten i den foreliggende sag foretager en fortolkning af retsplejelovens bestemmelser om sagsomkostninger, som iagttager EU-Domstolens fortolkning af retshåndhævelsesdirektivets artikel 14.

De konkrete sager

Landsretten finder, at forbudssagen og ophævelsessagen må ses under et, og at Sandoz må anses for den vindende part i begge sagskomplekser. Landsretten har herved lagt vægt på, at Gilead har hævet sit kæremål i ophævelsessagen, og at baggrunden for, at Sandoz valgte at hæve kæremålet i forbudssagen, netop var, at Sø- og Handelsrettens efterfølgende ophævede det anfægtede forbud.

Landsretten finder endvidere, at retsplejelovens § 316 som fortolket i lyset af retshåndhævelsesdirektivets artikel 14 ikke indebærer, at Sandoz har krav på tilkendelse af sagsomkostninger svarende til samtlige faktiske afholdte omkostninger. De nævnte bestemmelser indebærer til gengæld, at Sandoz har krav på dækning af udgifter til advokatbistand, som dels afspejler de satser, der opkræves for advokatbistand på området for intellektuel ejendomsret, dels en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, der reelt er afholdt.

Landsretten finder herefter, at Sandoz i ophævelsessagen skal tilkendes omkostninger til dækning af udgifter til advokat for begge retter på 750.000 kr. med tillæg af moms. I forbudssagen tilkendes Sandoz 500.000 kr. til dækning af advokatudgifter for begge retter, ligeledes med tillæg af moms.

Landsretten finder endvidere, at det følger af EU-Domstolens dom i United Video Properties Inc.-sagen, at Sandoz skal have dækket sine udgifter til eksperterklæringer, også hvor udgifterne består i bistand fra en patentagent. Som følge heraf tilkendes Sandoz herudover sagsomkostninger på i alt 243.952 kr. til dækning af teknisk bistand. I overensstemmelse med Sandoz angivelse henregnes disse udgifter til ophævelsessagen.

Hertil kommer retsafgift i forbindelse med ophævelsessagen på kr. 300 kr. og i forbindelse med forbudssagen på 400 kr.

THI BESTEMMES:

Gilead Sciences, Inc., Gilead Biopharmaceutics Ireland UC og Gilead Sciences Denmark ApS skal i sag BS-16813/2018-OLR in solidum inden 14 dage betale 500.400 kr. i sagsomkostninger til Sandoz A/S.

Gilead Sciences, Inc., Gilead Biopharmaceutics Ireland UC og Gilead Sciences Denmark ApS skal i sag BS-1570/2019-OLR in solidum inden 14 dage betale 994.252 kr. i sagsomkostninger til Sandoz A/S.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 29-08-2019 kl. 10:01

Modtagere: Kærende Gilead Sciences, Inc., Kærende GILEAD SCIENCES
DENMARK ApS, Kærende Gilead Biopharmaceutics Ireland UC, Indkærede
SANDOZ A/S