

Udmåling af sagsomkostninger i immaterialretssager

Af Rasmus Korsgaard, advokat, Plesner, og Rasmus Arler Kamstrup Bogetoft, tenure track adjunkt, Ph.d., Københavns Universitet

Resumé

Retshåndhævelsesdirektivets art. 14 indeholder særlige regler om sagsomkostninger i immaterialretssager. Det var i mange år opfattelsen, at bestemmelsen ikke havde betydning for udmåling af sagsomkostninger i immaterialretssager i Danmark. Efter en række afgørelser fra EU-Domstolen og U 2019.3930 Ø er opfattelsen forladt, og udmåling af sagsomkostninger i immaterialretssager har de seneste år levet sit eget liv. Artiklens formål er at undersøge og klarlægge, hvilke krav EU-retten fastsætter ved udmålingen af sagsomkostninger i immaterialretssager, og om dansk lovgivning og praksis er i harmoni med disse krav.

1 Indledning

Udmåling af sagsomkostninger er tæt knyttet sammen med retssikkerhed. De fleste mennesker har en mere eller mindre kvalificeret holdning til, om der skal udmåles lave, høje eller ingen sagsomkostninger. I den offentlige debat¹ indtages der dog ofte det synspunkt, at sagsomkostninger i civilretlige sager er (alt) for lave, hvilket er et retssikkerhedsmæssigt problem, fordi det dæmper lysten til at forfølge et krav ("access to justice") og få testet uhensigtsmæssigheder i lovgivningen. Behandlingen af sagsomkostninger i den juridiske litteratur har, trods stor retssikkerhedsmæssig og praktisk relevans, været forholdsvist begrænset. Det kan måske hænge sammen med, at reglerne og udmålingsniveauet i mange år har været uændret. Udgangspunktet i civilretlige sager har således i mange år været, at der gælder en kobling mellem sagens værdi og de udmålte sagsomkostninger, og at de udmålte sagsomkostninger langt fra dækkede de faktisk afholdte omkostninger til sagen for den vindende part. Samme tendens har præget sager om immaterialrettigheder.

Det ændrede U 2019.3930 Ø på for immaterialretssager.² Med afsæt i C-57/15 (United Video Properties), hvor retshåndhævelsesdirektivets ("RHD")³ art. 14 fortolkes, blev fokus ved

¹ Se f.eks. <https://borsen.dk/nyheder/opinion/er-det-blevet-for-dyrt-at-fore-sager-i-det-danske-retssystem> (tilgået d. 16 april 2023).

² Om U 2019. 3930 Ø se Victor Henum og Anders Valentin, Decision from the Eastern High Court Changes Danish Practice Regarding Assessment of Recoverable Legal Costs in Patent and IP Cases, *European Intellectual Property Review*, Vol. 42, nr. 3, 2020, s. 196-200. Selvom C-57/15 blev afsagt i 2016, får denne og nyere dansk praksis under radaren i flere civilprocesretlige hovedværker. Se Jens Møller m.fl., *Kommenteret retsplejelov - bind I*, 10. udg. (2018), s. 831-843, Bernhard Gomard & Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 8. udg. (2020), s. 666-673, og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje*, 5. udg. (2020), s. 520. Se dog Lars Lindencrone Petersen og Erik Werlauff, *Dansk retspleje*, 9. udg. (2023), s.173, der både omtaler C-57/15 og U 2019.3930 Ø.

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT 2004, L 157, s. 45, berigtiget i EUT 2004, L 195, s. 16).

udmåling af sagsomkostninger vendt mod omkostningerne ved at føre sagen i stedet for sagens værdi. Specifikt medførte U 2019.3930 Ø, at der blev tilkendt væsentligt højere sagsomkostninger til den vindende part til dækning af advokatomkostninger. Generelt fik U 2019.3930 Ø den betydning, at udmåling af sagsomkostninger i sager om immaterialretssager efterfølgende har levet sit eget liv parallelt med andre civilretlige sager.⁴

Artiklens hovedformål er at se nærmere på den nye udmålingsstandard ("RHD-standard") med afsæt i afgørelser fra EU-Domstolen og danske domstole, at kortlægge anvendelsesområdet for RHD-standarden og vurdere, om danske regler og praksis er i harmoni med EU-retten. Artiklen er inddelt som følger: I afsnit 2 ser vi nærmere på RHD-standarden. Vi indhegner bl.a. anvendelsesområdet for RHD-standarden via en gennemgang af tre kumulative betingelser. Herefter vender vi i afsnit 3 blikket mod de danske regler og praksis. Vi ser nærmere på, om de danske regler og praksis er i overensstemmelse med EU-retten. I afsnit 4 samler vi op, og vi konkluderer, at dansk praksis er i harmoni med EU-retten, men at gældende ret på nuværende tidspunkt er blevet mere uforudsigelig end den tidligere udmålingspraksis. I artiklen anvender vi begrebet sagsomkostninger som et samlebegreb for sagsomkostninger og andre/øvrige udgifter, og vi anvender begrebet immaterialrettigheder i stedet for intellektuelle ejendomsrettigheder, som anvendes i RHD.

2 EU-rettens krav til udmåling af sagsomkostninger (RHD-standarden)

2.1 Kort om RHD

Implementeringen af RHD i 2005 medførte en række ændringer og nyskabelser i immaterialretten. Overordnet set handler RHD – der er et minimumsdirektiv – om retsmidler til civilretlig håndhævelse af immaterialrettigheder. Reglerne dækker en vifte af forskellige regler og værktøjer. Muligheden for at få bevissikring er f.eks. forankret i RHD, ligesom RHD ændrede reglerne om fastsættelsen af kompensation ved krænkelse af immaterialrettigheder. RHD indeholder imidlertid også en (oversat) bestemmelse, der regulerer udmålingen af sagsomkostninger og andre udgifter. Følgende fremgår af RHD art. 14:

"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."

⁴ Det bemærkes, at EU-retten også i andre sager har betydning for udmåling af sagsomkostninger, se Peter Pagh, Behov for ændring af reglerne om sagsomkostninger i miljøsager – konsekvenser af Århus-konventionen og EU-retten, U 2011B.11.

Lovgiver antog ved implementeringen af RHD, at RHD art. 14 ikke medførte ændringer til dansk ret.⁵ Afgørelser fra EU-Domstolen har dog vist, at antagelsen ikke holder vand. Inden vi ser nærmere på disse afgørelser, vil vi først kort belyse formålet med og hensynene bag RHD, som EU-Domstolen også lægger vægt på. Det anføres i betragtning 10 til RHD, at formålet er at harmonisere med henblik på at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked. Værdien af immaterialrettigheder undermineres således, hvis der er barrierer for at håndhæve immaterialrettigheder på en hensigtsmæssig måde.⁶ Det fremgår af RHD art. 3(2), at nationale foranstaltninger og retsmidler skal være effektive, stå i rimeligt forhold til krænkelsen og have en afskrækkende virkning.

2.2 Anvendelsesområdet for RHD art. 14

Anvendelsesområdet for RHD art. 14 har betydning for, hvornår RHD-standarden skal anvendes. Det fremgår af RHD art. 1, at RHD vedrører de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af immaterialrettigheder. Deles denne sætning op, kan der opstilles tre kumulative betingelser: Der skal foreligge en foranstaltning, procedure eller et retsmiddel (afsnit 2.2.1), der er nødvendig for at sikre håndhævelse (afsnit 2.2.2) af immaterialrettigheder (afsnit 2.2.3).

2.2.1 Foranstaltninger, procedurer og retsmidler

Begreberne foranstaltninger, procedurer og retsmidler (på engelsk: measures, procedures and remedies) er ikke defineret i RHD. Begreberne synes at være overlappende. Formålet har formentlig været at tage højde for, at medlemsstaterne har processuelle værktøjer med forskellige navne, som dog er ensartede. Visse steder i RHD nævnes foranstaltninger eksplicit, f.eks. foreløbige og retsbevarende foranstaltninger,⁷ der på dansk kendes som foreløbige forbud og/eller påbud. Andre foranstaltninger, procedurer og retsmidler som en forbuds- og/eller påbudssag, bevissikring og informationspålæg,⁸ der alle udspringer af RHD, er ligeledes omfattet. Foranstaltninger, procedurer og retsmidler er derfor positivt svært at afgrænse, da også retsmidler, som ikke er forankret i RHD, kan være omfattet. Det kunne f.eks. være tilfældet med isoleret bevisoptagelse, som ikke er forankret i RHD, men som formentlig alligevel må anses for at være en foranstaltning, procedure eller retsmiddel i RHDs forstand.

⁵ Folketingstidende 2005-06, tillæg A, lovforslag nr. L 67, s. 2010-2011 og s. 2018-2019.

⁶ Betragtning nr. 1 i RHD.

⁷ Se RHD art. 9.

⁸ Om disse processuelle virkemidler se Clement Salung Petersen, m.fl. *Judicielle forbud/påbud og immaterialretsprøves* (2015), hvor disse er udførligt beskrevet.

Som udgangspunkt vil alene sager ved retten (indenretlige sager) være omfattet. Sager ved administrative myndigheder, f.eks. Patent- og Varemærkestyrelsen, vil derfor ikke være omfattet. I C-559/20 (Koch Media) udstrakte EU-Domstolen dog RHD til også at dække omkostningerne til fremsendelse af et advarselsbrev, der er en procedure, der foregår udenretligt. I sager om påstået krænkelse af en immaterialrettighed er det kutyme, at rettighedshaveren sender et advarselsbrev til den påståede krænker, inden der tages indenretlige skridt, f.eks. indgivelse af en stævning eller anmodning om et midlertidigt forbud.⁹ C-559/20 (Koch Media) udspringer af en sag, hvor en privatperson efter modtagelse af et advarselsbrev havde accepteret at stoppe med at krænke ophavsrettighederne til et computerspil. Privatpersonen nægtede imidlertid at betale erstatning og rettighedshavers omkostninger til udarbejdelse af advarselsbrevet. Spørgsmålet var, om omkostninger til advarselsbrevet var omfattet af sagsomkostninger eller andre udgifter i RHD art. 14's forstand.¹⁰ EU-Domstolen fastslog, at RHD kan dække såvel indenretlige som udenretlige procedurer, og at advarselsbreve lægger op til en form for mindelig løsning, der ligger forud for en egentlig retssag.¹¹ Omkostningerne til et advarselsbrev kan i EU-Domstolens optik klassificeres som sagsomkostninger, hvis tvisten fører til en retssag, eller som andre udgifter, hvis den ikke gør.¹² Hvis advarselsbrevet ikke fører til en retssag, f.eks. fordi krænkeren ophører med krænkelsen, vil omkostninger til advarselsbrevet være omfattet af andre udgifter, hvis det udgør en *nødvendig procedure* for at sikre håndhævelsen af immaterialrettigheder. I tysk ret er det en nødvendig procedure (et lovkrav) at sende et advarselskrav i denne type tvister. Et lignende lovkrav findes ikke i Danmark. Rækkevidden og de praktiske implikationer af C-559/20 (Koch Media) synes derfor noget usikre fra et dansk perspektiv. Mest relevant synes afgørelsen at (kunne) være for ophavsretssager, hvor der udsendes en masse advarselsbreve.¹³ I øvrige immaterialretssager vil implikationerne af C-559/20 (Koch Media) formentlig være begrænsede, da omkostningerne til udarbejdelse af et advarselsbrev typisk omfattes af et udenretligt forlig.¹⁴ Og hvis der anlægges en sag, vil omkostningerne til advarselsbrevet ofte være svære at udskille fra den indenretlige sag, hvor argumentationen genbruges.

⁹ Jens Schovsbo m.fl., *Immaterialret*, 6. udg., (2021), s. 686. Generelt om advarselsbreve, se Martin Lavesen, 'Advarselsbreve' i *Dansk Immaterialret II – Sanktioner og håndhævelse* (2015).

¹⁰ C-559/20 (Koch Media), pr. 28.

¹¹ Ibid, pr. 35-36.

¹² Ibid, pr. 44-45.

¹³ EU-Domstolen henviser i øvrigt også til C-597/19 (M.I.C.M) flere steder i C-559/20 (Koch Media), der netop drejede sig om masseskrivelser.

¹⁴ Det kan her aftales, at den krænkende part betaler alle eller dele af rettighedshaverens omkostninger til advokat, alternativt at parterne afholder egne omkostninger.

2.2.2 Nødvendige for at sikre håndhævelse

Det er et krav, at de dækkede foranstaltninger, procedurer og retsmidler er nødvendige for at sikre håndhævelse af en immaterialrettighed.¹⁵ I C-435/12 (ACI Adam BV) oversættes dette til, at en sag skal have til formål at forhindre, standse eller rette op på en krænkelse af en eksisterende immaterialrettighed.¹⁶ Overordnet er anvendelsesområdet således tilfælde af håndhævelse. Modsætningsvist følger, at sager, der udspringer af eller relaterer sig til registrering af en immaterialrettighed eller en ugyldighedsprocedure, ikke er omfattet.¹⁷ Grænserne for, hvornår der foreligger håndhævelse, synes dog ikke at ligge helt fast, og der kan i hvert fald peges på tre gråzonetilfælde.

For det første kan der peges på aftaleforhold, der vedrører immaterialrettigheder. Det såkaldte "overrun"-eksempel kan illustrere problemet: En licensgiver har givet licens til, at licenstagere må producere 1.000 enheder (af et ophavsretligt beskyttet værk), men licenstagere har produceret 2.000 enheder. Spørgsmålet er, om der er tale om en kontrakt- og/eller ophavsretskrænkelse. Er der alene tale om en kontraktkrænkelse, vil RHD ikke finde anvendelse. EU-Domstolen har imidlertid slået fast, at rettighedshaveren har valgfrihed i en sådan situation, hvilket således med styrke taler for, at RHD finder anvendelse.¹⁸ Enhver form for tilsidesættelse af en kontraktbestemmelse, der involverer en immaterialrettighed, vil derimod selvsagt ikke blive grebet af RHD. Det må afgøres konkret, om RHD finder anvendelse eller ej.

Det andet eksempel er såkaldte clear the way-søgsmål. Her er hensigten at få fastslået, at der ikke foreligger krænkelse, hvilket gør det mere sikkert at gå på markedet. Et negativt anerkendelsessøgsmål er således næppe omfattet, da formålet ikke er at håndhæve en immaterialrettighed. Rettighedshaveren (sagsøgte) kan – og vil ofte – indlede en midlertidig

¹⁵ I RHD art. 2 bruges begrebet krænkelse (og ikke håndhævelse), men der er formentlig ikke nogen substantiel forskel mellem disse to begreber.

¹⁶ C-435/12 (ACI Adam BV), pr. 63. Konkret var det ikke tilfældet for den sag, som C-435/12 (ACI Adam BV) udsprang af, og som vedrørte søgsmål anlagt mod en forvaltningsorganisation i relation til forståelsen af blankmedieordningen. En noget særlig sag forelå i C-406/09 (Realchemie), hvor det blev slået fast, at omkostninger, der er forbundet med at håndhæve en afgørelse vedrørende immaterialrettigheder fra ét land i et andet land (konkret afgørelser fra Tyskland, der skulle håndhæves i Holland), er omfattet af RHD art. 14, se pr. 45-50. Se også C-681/13 (Diageo Brands BV), hvor det blev slået fast, at RHD art. 14 finder anvendelse på sagsomkostninger, som parterne har afholdt i forbindelse med en erstatningssag anlagt i en medlemsstat med påstand om dækning af det tab, som en arrest, der er foretaget i en anden medlemsstat med henblik på at forhindre en krænkelse af en intellektuel ejendomsret, har medført.

¹⁷ Se C-180/11 (Bericap Záródástechnikai), pr. 76-82.

¹⁸ C-666/18 (IT Development SAS), se særligt pr. 36. For en kritisk analyse af C-666/18 (IT Development SAS) se Thomas Riis og Jens Schovsbo, Har ophavsretten udkonkurreret aftaleretten? Betydningen af EU-Domstolens dom i sag C-666/18 (IT Development SAS), NIR, nr. 3/2020.

forbudssag eller nedlægge en modpåstand (forbud) som reaktion på clear the way-søgsmålet, og dette vil i givet fald udgøre håndhævelse,¹⁹ hvorved RHD (alligevel) finder anvendelse.

Det tredje eksempel er en kombineret strafferetlig og civilretlig forfølgning. RHD finder ikke anvendelse i forhold til en strafferetlig procedure.²⁰ Men det er muligt via privat påtale at få idømt en krænker en bøde,²¹ og denne del af sagen kan derfor principielt ikke være omfattet af RHD. Som regel vil denne del dog udgøre en ret lille del af sagen, ligesom en bødepåstand sjældent bringes i spil. Så vidt vi ved, findes der endnu ikke dansk praksis, der belyser disse tre gråzoneområder nærmere.

2.2.3 Immaterialrettigheder

RHD definerer ikke immaterialrettigheder (i RHD anvendes som anført begrebet intellektuelle ejendomsrettigheder), og der findes heller ikke nogen liste eller eksempler over immaterialrettigheder i RHD. Det fremgår dog af RHD art. 1, at intellektuelle ejendomsrettigheder også dækker industrielle ejendomsrettigheder, men industrielle ejendomsrettigheder er heller ikke defineret. Da der er tale om EU-retlige begreber, er det nærliggende at søge inspiration i andre EU-retlige kilder. Kommissionen har udsendt en erklæring, hvori der oplistes en række forskellige typer af immaterialrettigheder, herunder ophavs-, varemærke-, design- og patentrettigheder. Toldforordningen indeholder ligeledes en liste over immaterialrettigheder, der er i harmoni med Kommissionens erklæring.²² Begge lister er normgivende, men indeholder ikke en udtømmende liste over immaterialrettigheder. Det fremgår tillige af betragtning nr. 13 til RHD, at det er nødvendigt at fastlægge et bredt anvendelsesområde, der både dækker immaterialrettigheder omfattet af fælleskabsbestemmelser og/eller berørte medlemsstaters lovgivning. Et sted skal der jo trækkes en streg i sandet, og det kan være svært. Dette spørgsmål vil vi vende tilbage til nedenunder i afsnit 3.2.1, hvor vi ser nærmere på, hvordan danske domstole har set nærmere på denne – i øvrigt ret principielle – afgrænsning.

2.3 Sagsomkostninger, andre udgifter eller erstatning?

Opfyldes de tre kumulative betingelser ovenfor, bliver det næste spørgsmål, om en given omkostning/udgift falder i kategorien sagsomkostninger eller andre udgifter. Sondringen

¹⁹ Se f.eks. U 2016.1673 S.

²⁰ RHD art. 2(3), litra c.

²¹ Se f.eks. U 2008.2263 S.

²² Rådets forordning (EU) nr. 608/2013 af 12. juni 2013 om toldmyndighedernes håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og om ophævelse af Rådets forordning (EF) nr. 1383/2003, der indeholder en definition af intellektuelle ejendomsrettigheder

mellem omkostning (*sagsomkostninger*) og udgift (*andre udgifter*) forekommer ikke oplagt,²³ og det havde været mere hensigtsmæssigt at anvende begreberne advokatombkostninger og andre/øvrige omkostninger.²⁴ Under alle omstændigheder må det afklares, om en given omkostning/udgift falder inden for RHD art. 14. I den forbindelse er det værd at holde i mente, at der består en snitflade til erstatning, der reguleres særskilt i RHD art. 13. Det fremgår af betragtning 26 i RHD, at der ved erstatningsudmålingen skal tages hensyn til rettighedshaverens udgifter til f.eks. påvisning og efterforskning af krænkelsen. Det kan skabe forvirring, særligt fordi listen ikke er udtømmende. En udgift/omkostning kan derfor falde i tre kategorier: 1) sagsomkostninger, 2) andre udgifter og 3) erstatning.

EU-Domstolen har i en række afgørelser belyst ovenstående begreber og snitfladerne mellem dem nærmere. I C-57/15 (*United Video Properties*) fik Telenet i en belgisk sag erklæret *United Video Properties'* patent ugyldigt og blev dermed frifundet.²⁵ *United Video Properties* ankede afgørelsen, men frafaldt appellen. Telenet havde modtaget rådgivning fra en patentagent, men under belgisk lovgivning kunne omkostninger hertil kun dækkes, hvis det kunne godtgøres, at modparten havde udvist ansvarspådragende adfærd.²⁶ EU-Domstolen udtalte, at der ikke var noget i RHD, der indikerede, at omkostninger til en patentagent kunne være betinget af et krav om ansvarspådragende adfærd.²⁷ Om snitfladen mellem andre udgifter og erstatning udtalte EU-Domstolen, at andre udgifter måtte fortolkes snævert for ikke at udhule erstatningsbegrebet i RHD art. 13. Således kan alene udgifter, som er "direkte og tæt tilknyttet til den konkrete sag", dækkes som andre udgifter under RHD art. 14.²⁸ Men hvis der er behov for rådgivningsydelser fra en teknisk sagkyndig (uafhængig af deres art) for at anlægge en sag, vil disse udgifter falde i kategorien andre udgifter.²⁹ Et oplagt eksempel er en sagkyndig eksperterklæring, der skal anvendes i en sag om midlertidigt forbud. Erklæringen er her typisk nødvendig for at håndhæve en patentrettighed og træder i stedet for syn og skøn. Generel monitorering af markedet med henblik på at spotte en potentiel krænkelse vil derimod ikke være at betragte som andre udgifter, fordi der ikke er nogen direkte og tæt tilknytning til en konkret håndhævelsessag.³⁰

²³ I artiklen sonderer vi ikke skarpt mellem begreberne, men har dog valgt at bruge ordet omkostning (i stedet for udgift), primært fordi *sagsomkostninger* oftest bruges som samlebegreb.

²⁴ Dette ville også i højere grad følge fx den engelske sprogversion, hvor der sondres mellem legal costs og other expenses.

²⁵ C-57/15 (*United Video Properties*), pr. 15.

²⁶ *Ibid*, pr. 18.

²⁷ *Ibid*, pr. 40.

²⁸ *Ibid*, pr. 36.

²⁹ *Ibid*, pr. 36.

³⁰ *Ibid*, pr. 39.

I C-531/20 (NovaText) vedrørte hovedsagen NovaTexts påståede krænkelse af et universitets EU-varemærke.³¹ I sagen havde en patentagent³² bistået universitetets advokat med bl.a. udarbejdelse af processkrifter og forligsforhandlinger. EU-Domstolen udtalte bl.a., at RHD ikke er til hinder for, at udgifter til en repræsentant, som f.eks. en patentagent, som en rettighedshaver har anvendt individuelt eller sammen med en advokat, kan dækkes som sagsomkostninger, hvis sådanne omkostninger umiddelbart og direkte udspringer af selve sagen.³³ Et sådant udspring vil foreligge, hvis rådgiveren i henhold til national ret er bemyndiget til at repræsentere rettighedshaveren i sagen, men kunne også opstå på anden vis.

34

Efter C-57/15 (United Video Properties) og C-531/20 (NovaText) kan retsstillingen opsummeres således, at udgifter til f.eks. en ensidig erklæring fra en sagkyndig, der er indhentet, før en sag anlægges, falder i kategorien andre udgifter, hvis udgiften har en direkte og tæt tilknytning til sagen. Rådgivning fra en patentagent under en sag kan dækkes, hvis udgifterne umiddelbart og direkte udspringer af den konkrete sag. Omkostninger til monitorering kan hverken dækkes som sagsomkostninger eller andre udgifter, men vil (fortsat) kunne påvirke erstatningsudmålingen. Som vi skal vende tilbage til nedenunder i afsnit 3.2.2, har C-57/15 (United Video Properties) og C-531/20 (NovaText) medført, at praksis i forhold til dækning af omkostninger til patentagenter i Danmark er blevet ændret.

2.4 Udmåling af sagsomkostninger og andre udgifter

EU-Domstolen har i en række afgørelser fortolket RHD art. 14 og udstukket pejlemærker for, hvordan udmålingen af sagsomkostninger skal foregå. Praksis må nu forstås således, at det er samme kriterier og samme udmålingsstandard, der skal anvendes for både sagsomkostninger og andre udgifter.³⁵

Det følger tillige af praksis, at den part, der krænker en immaterialrettighed, i almindelighed må bære alle de økonomiske konsekvenser af sin adfærd.³⁶ EU-Domstolen har i flere afgørelser betonet, at RHD (art. 14) tilsigter at styrke beskyttelsesniveauet for immaterialrettigheder, og at de udmålte sagsomkostninger ikke må være på et niveau, der afholder en rettighedshaver fra

³¹ C-531/20 (NovaText), pr. 11.

³² I en dansk kontekst er navnet misvisende (eller uheldigt oversat), fordi patentagenter alene beskæftiger sig med patentret.

³³ C-531/20 (NovaText), pr. 41.

³⁴ Ibid, pr. 42.

³⁵ Ibid, pr. 45 og 47.

³⁶ C-406/09 (Realchemie), pr. 49, samt C-559/20 (Koch Media), pr. 38.

håndhævelse.³⁷ De udmålte sagsomkostninger skal således have en afskrækkende virkning, således som det fremgår af RHD art. 3(2).³⁸ Det følger dog samtidig af RHD art. 3(2), at et retsmiddel/foranstaltning skal stå i et rimeligt forhold, hvilket således sætter en begrænsning for, hvor "afskrækkende" sagsomkostningerne kan være.³⁹

Det fremgår specifikt af RHD art. 14, at sagsomkostninger skal være *rimelige og forholdsmæssigt afpassede*. Umiddelbart synes der at være et vist overlap mellem disse to begreber. En omkostning, der er urimelig, synes således næppe at kunne være forholdsmæssigt afpasset, mens en omkostning, der er rimelig, vel også må siges at være forholdsmæssigt afpasset. I praksis synes de to begreber at smelte sammen til en samlet proportionalitetsstandard, der således flugter med hensynet i RHD art. 3(2) om, at et retsmiddel/foranstaltning skal "stå i et rimeligt forhold til krænkelsen". Det kommer også klart til udtryk i C-57/15 (United Video Properties), hvor følgende fremgår:

"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."

C-57/15 (United Video Properties) var baggrunden for, at der skete et kursskifte i U 2019.3930 Ø. I C-57/15 (United Video Properties) fastslog EU-Domstolen således, at faste satser for advokatsalær kan være forenelige med RHD art. 14, hvis sådanne satser har til formål at udelukke en unødigt høj godtgørelse af usædvanligt høje salærer.⁴⁰ Derimod var det ifølge EU-Domstolen ikke muligt at indføre en lovgivning, der pålægger faste satser, der er væsentligt mindre end de gennemsnitssatser, der faktisk betales for advokatbistand i en medlemsstat.⁴¹

EU-Domstolen har i flere afgørelser knæsat, at der ved udmålingen skal tages hensyn til de specifikke karakteristika ved en sag, bl.a. i følgende sag C-559/20 (Koch Media):⁴²

"61. I henhold til disse specifikke karakteristika kan den nationale ret således bl.a. tage hensyn til, hvor aktuelt værket er, hvor længe det er tilgængeligt, og om krænkelsen er foretaget af en fysisk person uden for dennes erhvervmæssige eller forretningsmæssige virksomhed, samt, således som det fremgår af 17. betragtning til

³⁷ C-481/14 (Hansson), pr. 63, og C-681/13 (Diageo Brands BV), pr. 77.

³⁸ C-57/15 (United Video Properties), pr. 27.

³⁹ Samme synspunkt gælder ift. udmåling af kompensation, se Thomas Riis i 'De økonomiske sanktioner vederlag, erstatning og godtgørelse' i *Dansk Immaterialret Bind II - sanktioner og håndhævelse* (2015), s. 26.

⁴⁰ C-57/15 (United Video Properties), pr. 25.

⁴¹ *Ibid.*, pr. 26.

⁴² Se også C-57/15 (United Video Properties), pr. 24, jf. RHD 17. betragtning. Se også C-559/20 (Koch Media), pr. 60, og C-531/20 (NovaText) pr. 30.

direktiv 2004/48, til de særlige egenskaber ved den pågældende intellektuelle ejendomsret og, eventuelt, til krænkelsernes forsætlige eller ikke-forsætlige karakter."

C-559/20 (Koch Media) udsprang konkret af en sag om krænkelse af ophavsrettighederne til et computerspil, og ovenstående præmisser bør derfor læses med varsomhed og kan ikke oplagt overføres til andre typer af immaterialrettigheder 1:1.⁴³ Navnlig synes det noget specifikt orienteret mod computerspil, at der henvises til "værkets" aktualitet og tilgængelighed. Inden for andre immaterialrettigheder vil det nok være mere relevant at se på det immaterialretligt beskyttede produkts markedsposition og krænkelsens omfang. . Alligevel peger præmisserne klart på, at domstolene er forpligtede til at foretage en kvalificeret og differentieret vurdering fra sag til sag.

3 Danske regler og praksis

3.1 Danske regler

Udmåling af sagsomkostninger er reguleret i rpl kap. 30. Det følger af rpl § 316, stk. 1, at som sagsomkostninger erstattes de udgifter, der har været fornødne til sagens forsvarlige udførelse, at udgifter til advokatbistand erstattes med et passende beløb, og øvrige udgifter erstattes fuldt ud. Efter vores opfattelse er rpl § 316, stk. 1, ikke i sig selv i strid med RHD art. 14 eller EU-Domstolens fortolkning heraf. Danske domstole har dog i civilretlige sager i mange år tilkendt sagsomkostningerne efter en vejledning, som er udstukket af landsretspræsidenterne,⁴⁴ hvilket er i tråd med forarbejderne.⁴⁵ I kølvandet på C-57/15 (United Video Properties) var det åbenlyst, at en sådan praksis ikke var gangbar. Efter vores opfattelse var de danske domstole dog rimeligt tilbageholdende med at følge vejledningen slavisk, hvilket naturligt hænger sammen med, at der i immaterialretssager ofte findes en række påstande, som er svære at opgøre økonomisk (hvad er f.eks. værdien af at få nedlagt/afværget et forbud?). Problemet var snarere, at de udmålte sagsomkostninger ikke udgjorde en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, der reelt var afholdt af den vindende part som anført i pr. 29 i C-57/15 (United Video Properties) som gengivet ovenfor.

Det fremgår af rpl § 316, stk. 2, at sagsomkostninger ikke kan tilkendes skadesløst eller efter regning. Umiddelbart kan bestemmelsen læses således, at domstolene er afskåret fra at tildele

⁴³ Se også pr. 62, hvoraf fremgår, at det bør kunne efterprøves, om betaling af sagsomkostninger vedrørende udgifter til en repræsentant i forbindelse med en advarselskrivelse er fair, rimelig og ikke udgør misbrug, jf. tillige C-597/19 (M.I.C.M.), pr. 93.

⁴⁴ Notat om sagsomkostninger i civile sager (2020).

⁴⁵ Forslag til lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Sagsomkostninger, retshjælp og fri proces) fremsat den 30. marts 2005 (de specielle bemærkninger til § 316).

en vindende part sagsomkostninger svarende til de faktiske omkostninger (til advokat), som en part har haft. I givet fald er det tvivlsomt, om bestemmelsen ville være i harmoni med RHD art. 14 eller EU-Domstolens fortolkning heraf, da der efter vores opfattelse ikke er noget til hinder for, at en vindende part får alle sine faktiske omkostninger (til advokat) dækket som sagsomkostninger. Hensigten med rpl § 316, stk. 2, er nok nærmere, at domstolene skal fastsætte sagsomkostninger som et samlet beløb.⁴⁶ Det fremgår endda af forarbejderne (helt tilbage fra 1877), at domstolene faktisk skal tilstræbe at erstatte de faktiske omkostninger så vidt muligt via fastsættelse af sagsomkostninger.⁴⁷ Det understøtter blot, at domstolene ikke lovgivningsmæssigt er afskåret fra at tilkende sagsomkostninger, som dækker de faktiske afholdte omkostninger til advokat.

Det kan overvejes, om rpl § 126, stk. 2, har en afsmittende effekt på udmålingen af sagsomkostninger. Det følger af bestemmelsen, at en advokat ikke må kræve højere vederlag for sit arbejde, end hvad der kan anses for rimeligt. I mange sager – som vi gennemgår nedenfor – fremgår det af afgørelserne, at der gives oplysninger om, hvad de samlede advokatomkostninger er løbet op i eller ventes at løbe op i (efter afslutningen af hovedforhandlingen). I det omfang der foreligger en afvigelse fra, hvad klienten ender med at betale, vil domstolene skulle tage højde herfor i fastsættelsen af sagsomkostninger. Det er muligt, at en advokat har brugt 1.000.000 kr. på at føre sagen, men hvis klienten alene bliver opkrævet 500.000 kr. (under hensyntagen til rpl § 126, stk. 2), er det det sidstnævnte beløb, som har betydning ved udmålingen.

3.2 Dansk praksis

Der er afsagt en lang række afgørelser efter U 2019.3930 Ø.⁴⁸ Nedenfor gennemgår vi en række af disse afgørelser for at se, om praksis er i harmoni med RHD art. 14 og EU-Domstolens fortolkning heraf. Først vil vi se på, hvordan danske domstole forholder sig til anvendelsesområdet for RHD art. 14 (afsnit 3.2.1). Dernæst vil vi se nærmere på, hvordan danske domstole efter U 2019.3930 Ø dækker omkostninger, dog begrænset til patentagenters arbejde. Endelig vil vi se på, hvordan sagsomkostninger til dækning af advokatomkostninger er blevet udmålt efter U 2019.3930 Ø (afsnit 3.2.3).

⁴⁶ Henrik Kirk, *Sagsomkostninger*, 2. udg., (2011), s. 75, og Jens Møller m.fl., *Kommenteret retsplejelov - bind I*, 10. udg. (2018), s. 843.

⁴⁷ Motiverne er gengivet i Henrik Kirk, *Sagsomkostninger*, 2. udg. (2011), s. 75.

⁴⁸ Efter vores skøn +100 afgørelser.

3.2.1 At være eller ikke at være en immaterialrettighed – anvendelsesområdet for RHD art. 14

Som nævnt ovenfor kan der opstilles tre kriterier for, om en sag er omfattet af RHD: Der skal foreligge en (1) foranstaltning, procedure eller et retsmiddel, (2) der er nødvendig for at sikre håndhævelse af (3) intellektuelle ejendomsrettigheder. Ift. de to første kriterier synes der ikke at have været praksis, hvor anvendelsesområdet for RHD art. 14 har været testet for alvor. Værd at bemærke, men næppe overraskende, er det dog, at delspørgsmål af rent processuel karakter i en retssag er omfattet af RHD.⁴⁹ I flere sager har domstolene slået fast, at sager, der udspringer af administrative sager, falder uden for RHDs anvendelsesområde.⁵⁰ Der skal med andre ord foreligge en tvist om håndhævelse af en immaterialrettighed, ikke en tvist om, hvorvidt et varemærke er registrerbart, eller hvem der ejer en immaterialrettighed.

Den største tvivl synes at være forbundet med at finde ud af, om der er tale om en immaterialrettighed, dvs. kriterium nr. 3. Det er oplagt, at rent markedsføringsretlige sager, f.eks. sager om misrekommandering, falder udenfor. Oplagt er det ligeledes, at håndhævelse af patenter, varemærker og ophavsrettigheder falder indenfor, hvilket danske domstole også ubesværet og konsekvent har fundet frem til.⁵¹

I Danmark findes der dog en række rettigheder og bestemmelser, som har immaterialretlige træk. Det principielle og interessante spørgsmål her er, om der er tale om ægte eller pseudo-immaterialrettigheder i RHDs forstand. Der kan her særligt fremhæves tre bestemmelser/rettigheder, som giver anledning til tvivl: (1) forretningshemmeligheder,⁵² (2) markedsføringslovens § 3, der ofte påberåbes i produktetfterligningssager og kendetegnskonflikter, og (3) markedsføringslovens § 22, der er kendetegnsrettens *lex generalis*.

Særligt kompliceret bliver det, når disse tre pseudo-immaterialrettigheder kombineres med ægte immaterialrettigheder. Det sker ofte i produktetfterligningssager, hvor det er normalt at procedere på, at et produkt både krænker en ophavs- og/eller designret, og at markedsføringen af produktet strider mod markedsføringslovens § 3. Inden vi vender os mod disse kombinationstilfælde, vil vi dog først se på, hvordan domstolene har behandlet de tre pseudo-immaterialrettigheder, når sagen alene angår én af disse.

⁴⁹ Novartis v. Zentiva mfl. - ØLK af 6. oktober 2022 i sagerne BS-23156/2022-OLR, BS-23157/2022-OLR.

⁵⁰ Se f.eks. U 2022.3895 Ø og U 2021.5290 Ø. Om overdragelse af et patent, se *JolTech - S.H.D.* af 5. marts 2021 i BS-30513/2020-SHR.

⁵¹ Se f.eks. U 2020.1979 Ø, U 2020.2532 Ø og U 2021.264 Ø.

⁵² Se *Monia Fleischer Ben Soltane, Forretningshemmelighedens retsvern* (2021), s. 98-101.

Det kan dog gøres meget kort, fordi danske domstole har fundet frem til, at RHD ikke finder anvendelse.⁵³ I sager, der angår forretningshemmeligheder,⁵⁴ kan der ikke herske tvivl om, at dette er uproblematisk. Det fremgår af betragtning 39 i direktivet om forretningshemmeligheder, at direktivet om forretningshemmeligheder er *lex specialis* i forhold til RHD. Danske domstole er derfor ikke forpligtet til at bruge RHD-standarden, men kan (fortsat) benytte den gamle udmålingsstandard, hvilket også er sket i praksis.⁵⁵

Derimod giver det anledning til mere undren, at danske domstole dømmer markedsføringslovens § 3 og § 22 ude som ægte immaterialrettigheder (i RHDs forstand). Det er således ikke umiddelbart logisk, at det er muligt at opnå sikring af bevis (hvis regler er forankret i RHD) i produktetfterligningssager efter markedsføringslovens § 3, men at domstolene samtidig mener, at RHD ikke finder anvendelse ved udmålingen af sagsomkostninger i disse sager.⁵⁶ Da lovgiver implementerede RHD, blev bevissikringsreglerne udvidet til produktetfterligningssager ført på markedsføringslovens § 3 (og § 4).⁵⁷ Ifølge forarbejderne⁵⁸ kunne det være “forbundet med væsentlige afgrænsningsproblemer at afgøre, hvorvidt et produkt er ophavsretligt eller designretligt beskyttet, eller om det alene beskyttes efter markedsføringslovens regler om ulovlig produktetfterligning”.⁵⁹ Der fremgår dog intet om, at lovgiver til- eller fravalgte RHD art. 14, hvilket formentlig hænger sammen med, at lovgiver mente, at RHD art. 14 var i harmoni med allerede gældende ret. Det bør også fremhæves, at lovgiver andre steder (u)bevidst har fravalgt dele af RHD. Et eksempel herpå er RHD art. 13, der giver adgang til erstatning baseret på overvejelser om krænkerens uberettigede fortjeneste, som ikke er implementeret i markedsføringsloven, hvilket dog har givet anledning til kritik i litteraturen.⁶⁰ Der kan også henvises til betragtning nr. 13 i RHD, hvoraf fremgår:

⁵³ Se U 2022.2692 Ø og Wood Wood – SHD af 1. juli 2022 i sag BS-34941/2020-SHR.

⁵⁴ Se f.eks. U 2020.3811 SH, OK – SHK af 4. januar 2022 i sag BS-40573/2021-SHR, IDA – SHK af 1. oktober 2020 i sag BS22486/2020-SHR og Nordic Superfood A - SHK af 3. november 2020 i sag BS-14983/2020-SHR.

⁵⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (EØS-relevant tekst).

⁵⁶ Tilsvarende gælder i forhold til krænkelse af selskabsnavne, virksomhedsnavne mv., hvis beskyttelse er særreguleret, men hvor der er et åbenbart overlap ift. markedsføringslovens § 22.

⁵⁷ Rpl § 653, stk. 2, nr. 14.

⁵⁸ Det fremgår af betragtning 13 i RHD, at medlemsstaterne, hvis de ønsker det, kan udvide bestemmelserne i RHD til også at omfatte illoyal konkurrence, herunder piratkopiering og tilsvarende aktiviteter.

⁵⁹ Forslag til lov om ændring af retsplejeloven (Gennemførelse af EU-regler om håndhævelse af immaterialrettigheder mv.) fremsat den 16. november 2005 (pkt. 4.3.1).

⁶⁰ Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven*, 3. udg. (2013), s. 540.

"at medlemsstaterne hvis de ønsker det, af hensyn til nationale behov kan udvide bestemmelserne i dette direktiv til at omfatte illoyal konkurrence, herunder piratkopiering og tilsvarende aktiviteter". (vores understregning)

Betragtning nr. 13 synes således at efterlade medlemsstaterne muligheden for delvist at udvide anvendelsesområdet for udvalgte, og ikke alle, bestemmelser.

Problemet med at dømme markedsføringslovens § 3 (og § 22) ude som ægte immaterialrettigheder er, at det medfører en række praktiske problemer i kombinationssager. Hvis det i en produktefterligningssag (om brugskunst) f.eks. påstås, at produktet krænker en ophavsret, og at markedsføringen af produktet overtræder markedsføringslovens § 3, hvordan skal domstolene da udmåle sagsomkostninger? Der foreligger en del praksis på dette, og det er svært at se en rød tråd i den. I mange sager, hvor der sker en kombination, og hvor sagsøgeren vinder, har domstolene antaget, at RHD finder anvendelse for hele sagen.⁶¹ Men hvis der ikke statueres krænkelse af immaterialrettigheden, men overtrædelse af markedsføringslovens § 3, faldes der tilbage på den (gamle) udmålingsstandard i flere afgørelser.⁶² Hvis sagsøgeren taber i et kombinationstilfælde, peger flere afgørelser på, at der udmåles sagsomkostninger efter RHD-standarden.⁶³ MUMSI-sagen⁶⁴ synes dog at forplumre det billede. Sagen omhandlede markedsføringen af chokoladeproduktet MUMSI, der fremtonings- og markedsføringsmæssigt havde træk, der ledte tankerne hen på Dumle-slikkepinden. Den varemærkeretlige del vedrørte, om formen på Dumle-slikkepinden var beskyttet som et ibrugtaget varemærke og krænkede. Men derudover var det også gjort gældende, at markedsføringen af MUMSI-slikkepinden var i strid med markedsføringslovens § 3 og § 22. Foruden disse spørgsmål vedrørte sagen også i høj grad, om MUMSI-emballagen (markedsføringen heraf) var i strid med markedsføringslovens § 3. Sagsøgte blev frifundet i både Sø- og Handelsretten og Østre Landsret. Mens Sø- og Handelsretten i tråd med øvrig praksis konstaterede, at sagen var omfattet af RHD, konstaterede Østre Landsret, at sagen kun ift. den varemærkeretlige del var omfattet af RHD. Østre Landsret synes således at have brugt en RHD-standard og den gamle standard simultant. Det fremgår dog ikke, hvilken indflydelse det konkret havde på udmålingen af sagsomkostninger, og det er jo også umuligt at sætte præcise tal på.⁶⁵ Det illustrerer dog det svære ved at skulle balancere to forskellige udmålingsstandarder.

⁶¹ Se U 2022.2530 Ø.

⁶² Se DOWN – SHD af 12. maj 2022 i sag BS-1095/2022 SHR og Maanesten Øreringe – SHD af 29. marts 2021 i BS-26853/2020-SHR.

⁶³ Se f.eks. Glaslanterne - S.H.K. af 14. november 2022 i sag BS-21907/2022-SHR, hvor der blev procederet på både en påstået ophavsretlighed (og krænkelse) og en overtrædelse af markedsføringslovens § 3.

⁶⁴ MUMSI - ØLK af 8. september 2022 i BS-14823/2022-OLR.

⁶⁵ Se også U 2022.1225 Ø, der ligeledes angår et kombinationstilfælde (ophavsretligheder og forretningshemmeligheder).

3.2.2 Dækning af omkostninger til patentagenter

Den mest væsentlige omkostning for en part i en retssag vil oftest være til advokater. I patenttvister vil der dog som regel også være høje omkostninger til patentagenter. Praksis vedrørende dækning af omkostninger til patentagenter har i mange år været, at det kun var en patentagents arbejde ifm. en eksperterklæring, der blev dækket. Derimod kunne patentkyndig bistand under sagen ikke dækkes som sagsomkostninger, medmindre særlige forhold gjorde sig gældende.⁶⁶ Efter C-531/20 (NovaText) og C-57/15 (United Video Properties) er retstillingen blevet ændret, således at patentbistand under sagen kan dækkes som sagsomkostninger på linje med omkostninger til advokater.⁶⁷

3.2.3 Udmålingen af sagsomkostninger i dansk praksis før og efter U 2019.3930 Ø

Så vidt vi ved, er der aldrig foretaget en undersøgelse af, om sagsomkostninger i immaterialretssager dækker de faktiske afholdte omkostninger, som den vindende part afholder. Der er dog foretaget undersøgelser mere generelt i civile retlige sager. Domstolsstyrelsen har i en rapport fra 2015 fundet, at den vindende part i gennemsnit fik dækket ca. 1/3 af sine faktiske omkostninger.⁶⁸ Samme konklusion blev i 2020 nået af Justitia.⁶⁹ Det stemmer nogenlunde overens med vores egne erfaringer med og kendskab til udmåling af sagsomkostninger i immaterialretssager før U 2019.3930 Ø.⁷⁰ Der kunne dog være ret stor variation, men ganske sikkert var det, at de udmålte sagsomkostninger aldrig dækkede de faktiske omkostninger forbundet med sagen, og at der ofte var en meget stor diskrepans.

Med U 2019.3930 Ø skete der et markant skift. Der er tale om et forholdsvis kompliceret sagskompleks (patenttvist), som vi ikke vil gå i dybden med, og som i princippet også er underordnet. Det banebrydende i sagen var nemlig, at landsretten med afsæt i C-57/15 (United Video Properties) ændrede kurs om udmåling af sagsomkostninger til dækning af advokatbistand bl.a. med følgende præmisser:

"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

⁶⁶ I forhold til den tidligere praksis se U 2009.762 H samt betænkning nr. 1436/2004, s. 267.

⁶⁷ Bayer-sagen SHK af 4. oktober 2022 i BS17278/2022-SHR.

⁶⁸ Markedsanalyse for domstolene (2015) tilgængelig via domstol.dk/media/xo1lbala/markedsanalyse-domstolsstyrelsen_ramboell.pdf (senest tilgået den 15. januar 2023), s. 22. Analysen dækker tal fra domstolene i perioden 2010-2014 og tager afsæt i 2009-vejledningen fra landsretspræsidenterne. Datakilder, udvælgelsesmetoder mv. er ikke belyst i rapporten, der derfor bør læses med forsigtighed.

⁶⁹ Henrik Rothe m.fl., Erhvervslivets adgang til domstolene, Justitia (2020), s. 121-125.

⁷⁰ Billedet gælder tilsyneladende i hele EU, se Commission staff working document evaluation - Accompanying the document - Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights (2017), s. 17, hvor det konkluderes, at der ofte kun dækkes "a fraction of the total costs incurred".

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."

I kølvandet på U 2019.3930 Ø er der blevet afsagt en lang række afgørelser, hvor disse præmisser genbruges i større eller mindre omfang. Værd at bemærke i den forbindelse er, at "afspejler de satser, der opkræves for advokatbistand på området for intellektuel ejendomsret" synes at have forladt præmisserne i domstolenes efterfølgende afgørelser,⁷¹ hvilket formentlig hænger sammen med, at kriteriet er intetsigende, eftersom satserne for advokatbistand næppe afviger ift. andre sammenlignelige områder. Hvor markant skiftet har været, kan være svært at klarlægge præcis. Efter U 2019.3930 Ø fremgår det imidlertid af flere afgørelser, hvad parternes advokatomkostninger har været, i modsætning til før U 2019.3930 Ø. Nedenfor følger en tabel, der viser de oplyste advokatomkostninger (som kan findes i afgørelsen) og de tildelte omkostninger til dækning af advokatomkostninger (og ikke øvrige omkostninger). I alle sagerne er der givet fuldt medhold.

Tabel 1: Udmåling af advokatomkostninger efter U 2019.3930 Ø, hvor der er givet fuldt medhold.

Sag	Type af sag	Oplyste advokatomkostninger (kr.)	Tildelte advokatomkostninger (kr.)	Dækningsgrad (afrundet) %
Nordisk Innovation ⁷²	Patent	575.000	125.000	22
Danisco ⁷³	Patent	4.947.435	2.750.000	56
Sonion ⁷⁴	Patent	4.400.000	2.500.000	56
Dangrill ⁷⁵	Produktefterligning	315.000	200.000	63
Råmælk ⁷⁶	Patent	185.000	95.000	51
U 2019.3930 Ø ⁷⁷	Patent	1.436.355	750.000	52
U 2019. 3930 Ø ⁷⁸	Patent	1.087.819	500.000	46
U 2020.1979 Ø	Varemærke	235.000	150.000	65
U 2021.4403 Ø	Varemærke	276.125	150.000	54
U 2021.1373 Ø	Patent	4.525.343	2.500.000	55

⁷¹ Se f.eks. U 2021.958 H og 2022.1951 H.

⁷² Nordisk Innovation – SHK af 20. december 2019 i BS-38798/2019-SHR.

⁷³ Danisco – SHK af 12. oktober 2022 i BS-39235/2021-SHR.

⁷⁴ Sonion 1 – SHK af 21. juni 2022 i BS-32103/2021-SHR og Sonion 2 – SHK af 21. juni 2022 i BS-24619/2021-SHR.

⁷⁵ Dangrill – SHK af 14. november 2022 i BS-21907/2022-SHR.

⁷⁶ Råmælk – SHD af 14. marts 2023 i BS-20549/2021-SHR.

⁷⁷ Ophævelsessagen og for begge retter.

⁷⁸ Forbudssagen og for begge retter.

U 2022.2530 Ø	Produktefterligning	1.211.483	900.000	74
U 2023.136 Ø ⁷⁹	Patent	964.680	60.000	6
U 2023.542 Ø	Varemærke	481.447	250.000	52
Dangrill ⁸⁰	Produktefterligning	213.000	200.000	94
U 2022.1951 H	Produktefterligning	116.906	60.000	51

Med så spinkelt et datagrundlag skal der selvsagt udvises tilbageholdenhed mod at drage konklusioner. Men baseret på ovenstående samt egne erfaringer og kendskab til praksis tør vi godt konkludere, at der er sket en væsentlig forøgelse af de omkostninger, som domstolene udmåler til dækning af advokatomkostninger. Således udmåles der i 13 ud af 15 sager sagsomkostninger på mere end 45 % af de faktisk/oplyste afholdte udgifter.

I patentsager kan der spores en tendens til, at domstolene dækker ca. halvdelen af de oplyste advokatomkostninger. Vi har ikke fundet afgørelser, hvor det begrundes, hvorfor det alene er ca. halvdelen, der skal dækkes. Det fremgår af C-57/15 (United Video Properties), at en 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. 50 % er formentlig i overensstemmelse med en almindelige sproglig forståelse af "væsentlig" og dermed ikke på kant med EU-retten. I patentsager vil (manglende) sagsomkostninger i øvrigt sjældent afholde en part fra at håndhæve sine – typisk meget værdifulde – patentrettigheder.

Mens langt de fleste sager indtil videre ligger i området af 50-60 % af de faktisk afholdte udgifter, viser tabellen også, at der kan være ganske store udsving. Højdespringeren er Dangrill med en dækningsgrad på 94 %, ⁸¹ hvilket i praksis medfører, at der ikke skal betales for at vinde. I stærk kontrast hertil er U 2023.136 Ø, hvor et spørgsmål om retlig interesse var blevet udskilt. Den vindende part oplyste at have brugt ca. 1.000.000 kr. i advokatomkostninger, hvilket svarer til ca. 285 timers arbejde med en gennemsnitlig timepris på 3.500 kr. Under henvisning til, at sagen allerede havde verseret i Sø- og Handelsretten, og da spørgsmålet havde begrænset omfang, blev den vindende part alene tildelt 60.000 kr. af Østre Landsret.

Sammenholdt med den tidligere retstilstand opnås der altså nu højere sagsomkostninger.

Kutymen er (fortsat) i dag, at der under eller lige før hovedforhandlingen indleveres en omkostningsopgørelse, ⁸² hvor advokatomkostninger typisk blot består af ét tal uden nogen

⁷⁹ Kæremålsomkostningerne i forholdet mellem Novartis og Viartis.

⁸⁰ Dangrill – ØLK af 2. marts 2023 i BS-49007/2022-OLR.

⁸¹ Dangrill – ØLK af 2. marts 2023 i BS-49007/2022-OLR.

⁸² Se f.eks. Vejledning om behandling af civile sager ved Sø- og Handelsretten (2019), s. 11.

nærmere specification af, hvad arbejdet med sagen har vedrørt. Uden flere oplysninger end ét tal kan det være svært for domstolene at vurdere, om de afholdte advokatombkostninger er (u)rimelige og/eller (u)passende. Gør en part sig umage med specificationen, må chancerne for at få tildelt højere sagsombkostninger – alt andet lige – blive forbedret, og vice versa. Det har også (in)direkte støtte i praksis. I hvert fald har domstolene "straffet" den part, som undlader at fremkomme med oplysninger om, hvad advokatombkostningerne har været, ved at gå tilbage til den gamle udmålingsstandard og dermed fravige RHD-standarden.⁸³ Det er svært at klandre domstolene for at tage denne tilgang.

Derimod kunne det ønskes, at præmisserne om sagsombkostninger blev uddybet. Et illustrativt eksempel er den medieomtalte Anne Black-sag.⁸⁴ Uden nærmere begrundelse tilkendte Højesteret delvise sagsombkostninger på 450.000 kr. for alle tre instanser til designeren Anne Black. Det fremgår ikke, hvorfor Anne Black alene skulle tildeles delvise ombkostninger. Det kunne måske hænge sammen med, at Anne Black blev tildelt en kompensation på 1.000.000 kr. ud af de påståede 3.000.000 kr. Hvis det er tilfældet, virker det meget hårdt dømt, særligt fordi tre instanser var landet på tre forskellige beløb (2.000.000 kr., 300.000 kr. og så 1.000.000 kr.). En anden interessant detalje ved sagen var, at kun 1 ud af 3 produkter nød ophavsretlig beskyttelse. De to øvrige produkter var beskyttet efter markedsføringslovens § 3. Det var således alene noget af sagen (det ene produkt), der var omfattet af RHD. Alligevel greb Højesteret ikke chancen for at sige noget mere generelt og principielt om, hvordan sagsombkostninger skal udmåles i disse kombinationstilfælde. De lave tildelte sagsombkostninger i Anne Black-sagen synes desuden ikke at fremme andre designeres eller rettighedshaveres lyst til at håndhæve deres immaterialrettigheder, hvilket således er i strid med formålet med RHD og RHD art. 14 og EU-Domstolens fortolkning heraf. Tværtimod vil en så lav dækning formentlig (fortsat) afskrække designere/rettighedshavere fra at tage kampen, fordi de ikke kan få dækket deres ombkostninger, eller fordi den potentielle gevinst ved at tage kampen er alt for lav.

4 Afsluttende bemærkninger

EU-Domstolens praksis har navnlig medført to ændringer: For det første har EU-Domstolen udvidet de typer af sagsombkostninger/udgifter, der kan dækkes, hvilket konkret har haft betydning for dækning af udgifter til patentagenter. For det andet medfører EU-Domstolens praksis fsva. udmålingen af sagsombkostninger et skift fra et værdi- til et ombkostningsfokus. I dag tildeles der (væsentligt) højere sagsombkostninger end tidligere. Efter vores opfattelse tyder

⁸³ Se f.eks. U 2020.2955 Ø.

⁸⁴ Anne Black – U 2023.2688 H.

mest på, at dansk lovgivning og praksis er forenelig med EU-retten.⁸⁵ Det betyder imidlertid ikke, at der ikke er plads til forbedringer. Udviklingen i dansk ret kan således – lidt firkantet – beskrives på følgende måde: Før U 2019.3930 Ø var retstilstanden forudsigelig, fordi der altid blev udmålt meget lave sagsomkostninger i immaterialretssager, der aldrig – eller i hvert fald meget sjældent – dækkede de faktiske (advokat)omkostninger. Efter U 2019.3930 Ø bliver der tildelt højere, men mere uforudsigelige sagsomkostninger. Løsningen af ét problem er altså erstattet af et nyt. Uforudsigeligheden skyldes navnlig to momenter. For det første er nyere praksis mere variabel. Tabellen ovenfor viser fx, at der udmåles sagsomkostninger mellem 6 % og 94 % af de faktiske omkostninger. For det andet er der fortsat uklarhed om, hvordan omkostninger udmåles i de sager, hvori både immaterialrettigheder og pseudo-immaterialrettigheder indgår.

Det er muligt, at praksis med tiden vil give svaret på nogle de uafklarede spørgsmål og gøre det nemmere mere præcist at estimere de forventede sagsomkostninger.⁸⁶ Men fra et forudsigelighedsperspektiv ville det være fordelagtigt, hvis der blev fundet frem til måde at udmåle sagsomkostninger på, som var ensartet i hele det civile system. Det vil også afhjælpe udfordringen med skulle skelne mellem ægte og uægte immaterialrettigheder. Foruden at søge inspiration i vores nabolande kunne det overvejes at søge inspiration i de mange og gode detaljerede overvejelser, som danner grundlag for reglerne om udmåling af sagsomkostninger i UPC (Unified Patent Court).⁸⁷

⁸⁵ Ses der rundt i EU i dag, er billedet i øvrigt mildest talt fragmenteret, se Commission staff working document evaluation - Accompanying the document – Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights (2017), s. 7, og Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene – "Evaluation of Directive 2004/48/EC", s. 20, og bilag III.

⁸⁶ En del af usikkerheden består dog i, at sagsomkostninger udmåles ud fra netop parternes omkostninger, og at det på forhånd kan være svært at forudsige, hvor mange ressourcer en sag vil kræve.

⁸⁷ Se Peter-Ulrik Plesner, m.fl. i Den europæiske patentdomstol (2017), kap. 21, der indeholder en grundig gennemgang af reglerne.