



ØSTRE LANDSRET
KENDELSE
afsagt den 28. maj 2024

Sag BS-748/2024-OLR
(10. afdeling)

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB
(advokat Anders Valentin og advokat Patris Hajrizaj)

mod

Novartis AG og
Novartis Healthcare A/S og
Novartis Pharma AG
(advokat Mikkel Vittrup for alle)

og

Sag BS-2871/2024-OLR
(10. afdeling)

Novartis AG og
Novartis Healthcare A/S og
Novartis Pharma AG
(advokat Mikkel Vittrup for alle)

mod

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB
(advokat Anders Valentin og advokat Patris Hajrizaj)

Sø- og Handelsretten har den 21. december 2023 afsagt kendelse i 1. instans (sag BS-42600/2023-SHR) som følger:

"Hvis Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S senest den 4. januar 2024 stiller sikkerhed på 20.000.000 kr., vil retten meddele følgende forbud og påbud:

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB forbydes i Danmark at udbyde, bringe i omsætning, markedsføre eller anvende lægemidlet Fingolimod "Glenmark", jf. dansk specialitetsnummer 31786, eller importere eller besidde det med et sådant formål, så længe dansk patent nr. DK/EP 2 959 894 er i kraft.

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB påbydes at tilbagekalde allerede skete leverancer af lægemidlet Fingolimod "Glenmark", jf. dansk specialitetsnummer 31786, fra samtlige kommercielle aftagere, herunder hospitaler, grossister, apoteker og sygehusapoteker, hvortil levering er foretaget af Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB.

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB skal samtidig sende kopi af alle tilbagekaldelser til Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S' advokater.

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB påbydes omgående at meddele over for Amgros I/S og alle hospitaler, hvortil leverancer af lægemidlet Fingolimod Glenmark", jf. dansk specialitetsnummer 31786, er sket, at det ikke er muligt at indkøbe lægemidlet Fingolimod "Glenmark", jf. dansk specialitetsnummer 31786, så længe der er nedlagt midlertidigt forbud herimod.

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB skal samtidig sende kopi af alle meddelelser til Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S' advokater.

Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB påbydes omgående at afregistrere den indmeldte pris for Fingolimod "Glenmark", jf. dansk specialitetsnummer 31786, i det danske prisregister (www.medicinpriser.dk).

Inden 14 dage skal Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB betale 297.283,33 kr. i sagsomkostninger til Novartis AG, 297.283,33 kr. til Novartis Pharma AG og 297.283,33 kr. til Novartis Healthcare A/S.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a."

Efter modtagelse af sikkerhedsstillelse er der meddelt forbud og påbud i overensstemmelse hermed ved Sø- og Handelsrettens kendelse af 22. december 2023.

Kendelsen af 21. december 2023 er kærret af Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB ("Glenmark") ved kæreskrift indgivet den 5. januar 2024 (sag BS-748/2024-OLR) og for så vidt angår sagsomkostninger af Novartis AG, Novartis Healthcare A/S og Novartis Pharma AG (samlet "Novartis" i det følgende) ved kæreskrift indgivet den 17. januar 2024 (sag BS-2871/2024-OLR).

Landsdommerne Katja Høegh, Jakob Friis Nolsø og Anne Ruberg-Wurms (kst.) har deltaget i kæresagernes afgørelse.

Påstande

Glenmark har i sag BS-748/2024-OLR nedlagt påstand om, at Sø- og Handelsrettens kendelse ophæves, og at Novartis' påstande 1-4 nægtes fremme, og om at de af Glenmark til Novartis betalte sagsomkostninger, der blev fastsat ved Sø- og Handelsrettens kendelse skal tilbagebetales til Glenmark af Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S med hver 297.283,33 kr., i alt 891.850 kr., med procesrente fra den 28. december 2023.

I sag BS-2871/2024-OLR har Glenmark, for så vidt som landsretten måtte stadfæste det ved kendelsen bestemte om forbud og påbud, påstået stadfæstelse.

Novartis har i sag BS-748/2024-OLR nedlagt påstand om stadfæstelse og har i sag BS-2871/2024-OLR nedlagt påstand om, at Glenmark skal betale sagsomkostninger til Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S med et af landsretten fastsat beløb, som er højere end i alt 891.850 kr.

Novartis har over for Glenmarks påstand om tilbagebetaling principalt påstået afvisning, subsidiært at procesrente tidligst kan påløbe fra den 8. maj 2024, mere subsidiært fra den 5. januar 2024. Novartis er i øvrigt enig i, at hvis Glenmarks påstand om ophævelse og om, at forbud og påbud nægtes fremme, tages til følge, skal Novartis tilbagebetale de modtagne sagsomkostninger.

Sagerne angår for landsretten alene spørgsmålene om, hvorvidt betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, er opfyldt, om afvisning af tilbagebetalingspåstanden, der er nedlagt ved Glenmarks sammenfattende processkrift indleveret den 8. maj 2024, eventuel forretning af tilbagebetalingspåstanden, og sagsomkostninger.

* Advokatfirma 2

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af advokat **Vidne 4**, som har forklaret blandt andet, at han som dengang advokatfuldmægtig nu advokat hos *****, som repræsenterer Novartis i denne og flere andre sager angående samme patent (DK/EP 2 959 894), er den, som har skrevet de fremlagte mails til Glenmark i perioden fra den 7. december 2022 til den 10. marts 2023 vedrørende afregistrering i Medicinpriser.dk af Glenmarks fingolimod-produkt. Den 15. december og 29. december blev Lægemiddelstyrelsens foreløbige prislister, hvori Glenmark stadig var registreret, offentliggjort, og dette er baggrunden for de mails, han sendte den 16. og 29. december 2022. Datoen for den første mail af 7. december 2022 er lidt mere tilfældig. Han ringede, som det fremgår af hans mail af 20. januar 2023, til Glenmarks advokat, advokat Anders Valentin, i begyndelsen af januar 2023. Han ringede, fordi han ikke fik svar på sine mails. Anders Valentin

oplyste, at han ikke havde modtaget nogen instruktion fra Glenmark og at han ville vende tilbage, når han havde fået en instruktion. Anders Valentin oplyste ikke noget om, at Glenmark ikke ønskede at svare eller ville ændre sin tilkendegivelse af 14. november 2022. Under en pause i den mundtlige forhandling i Zentiva-sagen spurgte han Anders Valentin, som repræsenterede Zentiva, om, hvorfor de ikke hørte noget. Det er det, hans mail af 10. marts 2023 refererer til. Anders Valentin sagde, at han ikke kunne komme i kontakt med Glenmark. Han fik fortsat ikke indtryk af, at Glenmark ønskede at ændre sin tidligere tilkendegivelse. Han gik også stadig ud fra, at Glenmark på et eller andet tidspunkt ville komme tilbage med et svar på, hvorfor Glenmark ikke havde afregistreret. Telefonsamtalen i januar var ret kort. Han spurgte Anders Valentin under den mundtlige forhandling, fordi de ikke fik svar på mails. De var interesserede i at vide, hvorfor der ikke blev afregistreret. * overvåger løbende Lægemiddelstyrelsens prisliste for en række klienter. * holdt herunder øje med, om Glenmark afregistrerede sit fingolimod-produkt.

* Advokatfirma 2

Anbringender

Glenmark har om de for landsretten foreliggende spørgsmål gjort navnlig følgende anbringender, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 8. maj 2024, gældende (henvisninger til ekstrakt og materialesamling udeladt):

"1. INDLEDNING

...

Spørgsmålet om forbudsretlig passivitet har været genstand for omfattende skriftveksling mellem parterne. Glenmark har valgt at indbringe Sø- og Handelsrettens kendelse for Østre Landsret, fordi kendelsen efter Glenmarks opfattelse er forkert.

Først og fremmest fordi Sø- og Handelsretten har undladt at inddrage en række væsentlige faktuelle forhold i vurderingen af forbudsretlig passivitet. For det andet fordi Sø- og Handelsrettens anvendelse af de retlige kriterier for forbudsretlig passivitet strider imod retspraksis fra Østre Landsret og Højesteret. Dette gælder navnlig fastsættelsen af starttidspunktet for beregningen af forbudsretlig passivitet og den materielle vurdering af passivitet.

Novartis har i denne sag fremført en meget omfattende – men delvist selvmodsigende – argumentation, som kun kan give mening, hvis Landsretten er villig til at omfortolke retsplejelovens § 413, nr. 3, fra – som nu – at være en objektiv regel til en subjektiv loyalitetsstandard.

Novartis gør – med henvisning til en uspecificeret loyalitetsstandard – gældende, at Glenmark (på et uangivet hjemmelsgrundlag) skulle have været juridisk forpligtet til forlods at varsle Novartis, hvis Glenmark agtede at gå – eller forblive – på markedet. Og med henvisning til samme uspecificerede loyalitetsstandard hævder Novartis, at så længe Novar-

tis én gang havde taget forbehold for at anlægge midlertidig forbudssag, så kunne Novartis vælge at anlægge forbudssag på et tidspunkt der passede Novartis – uanset at Glenmark beholdt sin prisregistrering i hele den mellemliggende periode.

Men Østre Landsret kan – med henvisning til fast retspraksis fra Højesteret og landsretterne – uden videre afvise Novartis' selvopfundne og subjektive loyalitetsstandard, allerede fordi den strider imod retsplejelovens § 413, nr. 3 (jf. bl.a. Østre Landsrets kendelse i U.2022.871Ø (Ilumina)).

Forbudsinstituttet udgør – ubestrideligt – en særlig, lovhjemlet undtagelse til den almindelige hovedregel om, hvordan retssager behandles ifølge retsplejeloven, således at sagsøgte grundlæggende retssikkerhedsmæssige garantier kan tilsidesættes (midlertidigt) og sagsøgte må tåle en forkortet proces med en væsentlig bevislempelse for sagsøger.

...

Man kan ikke – som Novartis forsøger – indfortolke et særligt krav om loyalitet (som Novartis da heller ikke har specificeret) i vurderingen af, om betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, er opfyldt. Det giver ikke mening, allerede fordi en rettighedskrænkelse helt grundlæggende vil være udtryk for en illoyal handling. Men det giver heller ikke mening, at Novartis skulle kunne have forbeholdt sig muligheden for at anlægge midlertidig forbudssag, når reglen bygger på objektive kriterier og vurderingen udelukkende går på, om rettighedshavers mulighed for at opnå sin ret vil forspildes, hvis rettighedshaver henvises til at afvente tvistens afgørelse i en hovedsag.

Glenmark gør gældende, at anmodningen om forbud og påbud skal nægtes fremmes, fordi Novartis helt åbenbart kunne – og burde – have anlagt sag om midlertidigt forbud allerede i oktober-december 2022 (med henvisning til følgende forhold):

- Glenmark var – og har indtil Sø- og Handelsrettens forbudskendelse hele tiden været – på markedet qua sin registrering på [medicinpriser.dk](https://www.medicinpriser.dk). Registreringen på [medicinpriser.dk](https://www.medicinpriser.dk) indebærer *eo ipso*, at Glenmark havde *pligt* til at levere sit fingolimodprodukt, når der blev lagt en bestilling.
 - Registreringen af fingolimod på [medicinpriser](https://www.medicinpriser.dk) er et selvstændigt og væsentligt moment, som Novartis henviste til, da man ønskede at overbevise Sø- og Handelsretten (og Østre Landsret) om, at betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, var opfyldt i forhold til Viatris.
 - Novartis anførte således følgende i sagen mod Viatris: "*Når en pris for et lægemiddel er registreret i [medicinpriser.dk](https://www.medicinpriser.dk), er lægemiddelvirkensomheden forpligtet til at kunne imødekomme bestillinger på lægemidlet og levere det*" og, at "*Viatris udby-*

der og markedsfører således fortsat Fingolimod "Mylan" i Danmark via medicinpriser.dk."

- Amgros, som er den største indkøber af fingolimod på vegne af de danske hospitaler, var frit stillet i forhold til at indkøbe fingolimod hos Glenmark eller andre selskaber registreret på medicinpriser, dvs. uafhængigt af, om selskabet har vundet et Amgros-udbud. Uanset om et selskab har vundet et Amgros-udbud, så har Amgros ikke nogen ubetinget købspligt (ingen eksklusivitet).
 - Dette forhold bør Østre Landsret tillægge væsentlig, selvstændig vægt, allerede fordi Novartis har lagt afgørende vægt på dette under forbudssagen mod Via tris som argument for, at betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, var opfyldt: *"Siden udløbet af markedseksklusiviteten for Gilenya den 22. marts 2022, har de danske hospitaler løbende indkøbt generiske fingolimod-produkter udenom de indgåede rammeaftaler."*
- Der var ikke indgået nogen bindende aftale mellem Novartis og Glenmark i november 2022, fordi Glenmark hverken ønskede eller var forpligtet til at gå af markedet eller deltage i det næste udbud.
 - Glenmarks tilkendegivelse var udtrykkeligt møntet på forholdene på tidspunktet for e-mailens afsendelse (jf. ordvalget *"present time"*),
 - Glenmarks udsagn om, at det ikke var muligt at sælge fingolimod i Danmark i de næste to år udgjorde tydeligvis *ikke* en bindende erklæring, men var derimod alene en nøgtern (faktuel) konstatering i forhold til de konkrete omstændigheder, der gjaldt på tidspunktet for Glenmarks meddelelse,
 - Novartis vidste (eller burde vide), at det jo ville være muligt at sælge fingolimod i Danmark indenfor de næste to år uanset Amgros' udbud, og at der ville kunne komme et nyt udbud indenfor de næste to år,
 - Novartis vidste (eller burde vide), at Glenmark frit ville (kunne) deltage i det næste udbud som udtrykkeligt angivet i e-mailen af 14. november 2022.
- Novartis var tydeligvis opmærksom på, at Glenmark ønskede at byde med sit produkt i forbindelse med næste Amgros udbud, og dette tilkendegav Glenmark (i det mindste implicit) over for Novartis i e-mailen af 14. november 2022.
- Novartis anlagde hovedsag mod Glenmark den 5. december 2022 med en forbudspåstand, der var identisk med forbudspåstanden i denne sag, uden at Glenmark protesterede mod den

forbudspåstand. I hovedsagen argumenterede Novartis for, at Glenmark krænkede Stridspatentet, og at *"Novartis kan konstatere, har Glenmark solgt 2730 pakninger af fingolimod produkter i en periode fra den 12. oktober til 21. oktober 2022, dvs. efter valideringen af EP 894 i Danmark. Glenmark."* Østre Landsret bør lægge vægt på, at

- forbudspåstanden i hovedsagen er identisk med forbudspåstanden i denne sag om midlertidigt forbud,
 - når Novartis den 5. december 2022 erklærede, at forbudspåstandene i hovedsagen havde fornøden aktualitet fordi der allerede dengang bestod en konkret tvist mellem parterne, må være betingelserne i retsplejelovens § 413 have været opfyldt ved hovedsagens anlæg samt,
 - Novartis *generelle* (læs: uspecificerede) forbehold om muligheden for yderligere retsskridt er uden betydning for vurderingen af, om betingelserne efter retsplejelovens § 413 *konkret* er opfyldt.
- Novartis' forbudsbegæring i denne sag svarer i vidt omfang til den forbudsbegæring, som Novartis allerede havde udarbejdet og indleveret i den tidligere sag om håndhævelse af Stridspatentansøgningen samt i sagerne mod Zentiva og Viartis. Novartis havde således forbudsbegæringen klar og kunne have indledt sagen på et langt tidligere tidspunkt.
 - Novartis rykkede Glenmark mange gange i perioden fra d. 14. november 2022 til slut-december 2022, men Novartis fik aldrig den ønskede bekræftelse af, at Glenmark havde afregistreret sit fingolimodprodukt fra medicinpriser.dk.
 - I perioden 26. december 2022 til 9. januar 2023 ændredes samtlige registrerede priser på fingolimodprodukter i Danmark på medicinpriser.dk. Disse prisændringer er muligvis sket automatisk som følge af en ændring af omregningen af apotekernes indkøbspriser til forbrugerpriser. Men – på det tidspunkt og indtil i hvert fald juni 2023 – anså Novartis prisændringen for fingolimod "Glenmark" som en *aktiv* prisændring. Dette skærper den handlepligt, der påhviler Novartis efter retsplejelovens § 413, nr. 3.
 - I forbudssagen mod Viartis anførte Novartis bl.a. om prisændringerne den 9. januar 2023: *"Viartis har ligeledes angivet at være i stand til at levere Fingolimod "Mylan" i medicinpriser, ligesom Viartis senest den 9. januar 2023 ændrede sin pris for Fingolimod "Mylan", hvilket viser, at Viartis aktivt ændrer sine priser for det krænkende produkt. Registreringen har været i kraft siden anlæg af sag om midlertidigt forbud og påbud og er fortsat i kraft."*

- Den 13. april 2023 foretog Glenmark et salg af Fingolimod "Glenmark", hvilket Novartis blev bekendt med i slutningen af april. Hellere ikke dette salg påtalte Novartis.

Novartis har haft rig lejlighed og adskillige konkrete anledninger til at anlægge forbudssag mod Glenmark allerede inden den 5. december 2022, og Novartis er løbende blevet bekræftet i, at Glenmark *var* på markedet og *ikke* ville afregistrere sin pris.

Hvis Novartis mente, at sagen var af hastende karakter, så burde disse skærpende omstændigheder have fået Novartis til at indgive begæring om midlertidigt forbud. Når Novartis først har anlagt denne sag 9-11 måneder efter, at Novartis kunne – og burde – have anlagt sagen, så ligger det fast at Novartis' mulighed for at opnå sin ret ikke vil forspildes (eller ville have været forspildt), hvis Novartis henvises til at afvente tvistens retlige afgørelse.

Glenmark gør opmærksom på, at Novartis har nedlagt en identisk forbudspåstand i hovedsagen den 5. december 2022 (BS-50283/2022-SHR), og at Novartis – mod Glenmarks protest - har bedt om udsættelse af hovedsagen. Hvis Novartis *ikke* havde anmodet om udsættelse af hovedsagen, så ville hovedsagen sandsynligvis allerede have været afsluttet i første instans i dag.

Glenmark vil være indstillet på at indgive en fælles meddelelse til Sø- og Handelsretten i hovedsagen (BS-50283/2022-SHR) med anmodning om, at hovedsagen genoptages.

...

14. SAGSOMKOSTNINGER

Glenmark påstår sig tilkendt fulde sagsomkostninger for sagens behandling for Sø- og Handelsretten og Landsretten.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, at uanset sagens udfald for Landsretten er der ikke grundlag for at tilkende Novartis yderligere sagsomkostninger for sagens behandling for Sø- og Handelsretten.

Novartis' omkostninger i forbindelse med førelsen af sagen for Sø- og Handelsretten er betydeligt højere, end hvad der må anses for rimeligt til sagens forsvarlige gennemførelse. Novartis' advokatomkostninger på DKK 1.290.000, er således ca. DKK 440.000 højere end Glenmarks' advokatomkostninger, hvilket må tilskrives Novartis' manglende begrænsning og manglende tilskæring af sagen.

Novartis' advokater har endvidere ført selvstændige sager om samme patent i forhold til både Zentiva og Viartis, ligesom Novartis og Novartis' advokater var fuldt ud bekendt med sagens tekniske spørgsmål (som allerede var rejst for Sø- og Handelsretten).

Derudover er Novartis' omkostninger til patentagent på i alt DKK 399.670 næsten seks gange højere end Glenmarks omkostninger på i alt DKK 69.375.

Det er Glenmarks opfattelse, at Novartis' procesførelse har rakt langt ud over de forholdsvis klare og afgrænsede spørgsmål, som var rejst af Glenmark for Sø- og Handelsretten i forhold til spørgsmålet om ikke-krænkelse.

...

MOMS

Glenmark er momsregistreret i Sverige."

Glenmark har indleveret en omkostningsopgørelse, hvoraf fremgår, at selskabet har haft eller forventer at afholde udgifter ekskl. moms til advokat for Sø- og Handelsretten på 750.000 kr. og for landsretten på 459.308,34 kr., udgift ekskl. moms til patentagent for Sø- og Handelsretten på 69.375 kr. samt udgift vedrørende eksperterklæring for Sø- og Handelsretten på 28.973 kr.

Novartis har om de for landsretten foreliggende spørgsmål gjort navnlig følgende yderligere anbringender, som fremgår af selskabernes sammenfattende processkrift af 8. maj 2024, gældende (henvisninger til bilag, ekstrakt og materialesamling udeladt):

"5.3.1 Glenmarks bindende tilsagn af 14. november 2022

...

Glenmarks email har selvfølgelig afgørende betydning for, at Novartis ikke har udvist forbudsretlig passivitet, og det kan ikke tillægges betydning, om selskabets ledelse har været bekendt med eller godkendt indholdet af emailen. Tilkendegivelsen er naturligvis bindende for Glenmark i forholdet over for Novartis.

Det er muligt, at betragtningen om, at det ikke vil være muligt at sælge lægemidlet i Danmark i en periode på mindst 2 år hviler på en misforståelse, men det ændrer ikke ved, at Glenmark som minimum har et givet tilsagn om ikke at gå markedet i den periode, hvor Novartis har vundet udbuddet (som Glenmark ikke deltog i). Først derefter er det muligt, at Glenmark ville komme tilbage på markedet, men det var åbenbart ikke besluttet på tidspunktet for tilkendegivelsen af 14. november 2022.

...

Bemærkningen "*at the present time*" bekræfter endvidere, at Glenmark i hvert fald ikke på daværende tidspunkt havde planer om at gå på mar-

kedet, men forbeholdt sig til ud i fremtiden potentielt at ændre standpunkt. Det kan dog kun forstås som usikkert og efter et betydeligt tidsforløb. I modsat fald ville der ikke være grund til, at man indvilligede i at afregistrere prisen. Ud fra et loyalitetssynspunkt måtte Glenmark, navnlig under hensyntagen til det afgivne tilsagn, være forpligtet til at meddele Novartis, hvis man på et tidspunkt måtte skifte standpunkt, jf. afsnit 5.4. Det gælder ikke mindst tilsagnet om at trække sig fra markedet.

Novartis havde eksplicit angivet i sit brev af 3. november 2022, at Novartis ønskede at undgå yderligere retssager. Glenmarks tilsagn "*I presume that the above will satisfy your client*" skal forstås i denne sammenhæng...

...

Glenmark har i sin kærereplik, side 3, anført følgende:

"Glenmark har *ikke* skiftet mening under denne sag. Glenmark har under hele sagen gjort gældende, at Glenmarks e-mail af 14. november 2022 *ikke* indebar nogen forpligtelser for Glenmark, hvilket også fremgår af Glenmarks sammenfattende processkrift for Sø- og Handelsretten:

"Glenmark har netop ikke erklæret, at man ville afstå fra at gå på markedet eller deltage i et Amgros-udbud i en periode på 2 år. Glenmark har kun oplyst Novartis om, at man gik ud fra (på daværende tidspunkt), at der ikke ville komme et Amgros-udbud indenfor de næste to år."

Novartis' synspunkter om, hvorvidt Glenmark havde "*følt sig bundet*" er også misforståede. Glenmark var *ikke* bundet."

Denne argumentation fra Glenmarks side savner imidlertid mening og er i direkte modstrid med Glenmarks egen udlægning af emailen. Glenmarks Country Manager forklarede således under sagen for Sø- og Handelsretten, at han fortolkede emailen af 14. november 2022 som, at Glenmark på tidspunktet for emailens afsendelse ikke havde aktuelle planer om at markedsføre fingolimod i Danmark.

Glenmark forsøger nu at give det indtryk, at Glenmark aldrig har givet Novartis nogen af de efterspurgte bekræftelser og tilsagn. Det er imidlertid ikke korrekt. Glenmark bekræftede netop udtrykkeligt, at man ikke havde (aktuelle) planer om at være på det danske marked. Glenmark kan naturligvis ikke tilkendegive dette over for Novartis, hvis det ikke var korrekt, og så efterfølgende forsøge at udnytte det over for Novartis.

Glenmark angiver i sin kærereplik, at Glenmark ikke havde pligt til at give denne tilkendegivelse - heller ikke under en "*direkte trussel om, at Novartis ville anmode om midlertidigt forbud og påbud*". Det er uklart, hvad Glenmark mener med dette. Det er korrekt, at Novartis angav, at man ville anlægge en sag om midlertidigt forbud og påbud, hvis Glenmark ikke afgav et tilfredsstillende svar. Glenmark afgav dog et tilfredsstil-

lende svar, idet Glenmark netop meddelte, at man ikke ville være på det danske marked i to år. Dette medførte, at betingelsen om aktualitet, dvs. at rekvisitus vil foretage en krænkende handling indenfor en kortere periode, der i retspraksis er fortolket som en periode på ca. seks måneder, ikke var opfyldt.

Den "trussel", som Glenmark henviser til, er i øvrigt den selvsamme "trussel", som Glenmark i dag anfører var til stede. Glenmark mener i dag, at Novartis burde have set bort fra Glenmarks tilkendegivelse og blot anlagt en sag om midlertidigt forbud og påbud. Det savner mening, og ville blot have resulteret i, at Glenmark gjorde en indsigelse om manglende aktualitet gældende.

Glenmark kunne blot have afvist at afgive en tilkendegivelse og så acceptere, at Novartis naturligvis havde anlagt en sag om midlertidigt forbud og påbud. Dette var netop tilfældet med Viatrix. Viatrix var således ikke villig til at afgive nogen tilkendegivelser overfor Novartis, hvorfor Novartis fandt det nødvendigt at anmode om midlertidigt forbud og påbud.

5.3.2 Om den efterfølgende korrespondance og om registreringen af Fingolimod "Glenmark" i medicinpriser.dk

...

Under sagen for Sø- og Handelsretten påpegede Glenmarks advokat imidlertid, at Novartis sendte gentagne rykkere i forhold til Glenmarks afregistrering af pris. Glenmarks argumentationslinje var, at eftersom Novartis var interesseret i at få Glenmark til at afregistrere sin pris i medicinpriser, så må dette have været helt afgørende for Novartis. Glenmark strækker argumentet så langt, at Novartis burde have indset, at den manglende afregistrering fra Glenmarks side var udtryk for, at Glenmark ikke længere stod ved sin erklæring af 14. november 2022, men igen var aktiv på markedet i Danmark. Dette bestrides.

Novartis' interesse i Glenmarks afregistrering af sin pris i medicinpriser hænger sammen med, at for et udbudsprodukt som fingolimod var prisregistreringen den eneste offentligt tilgængelige indikator for, hvornår Glenmark ville **genindtræde** på det danske marked.

Novartis var derfor interesseret i, at Glenmark afregistrerede sin pris i medicinpriser, idet en potentiel **ny** registrering af en pris i medicinpriser ville være en indikator på, at Glenmark ønskede at **genindtræde** på det danske marked. I forhold til det eksisterende udbud, som Glenmark ikke havde deltaget i, havde det som sådan ikke betydning, at Glenmark havde registreret en pris i medicinpriser.

...

5.3.4 Om de parallelle sagsanlæg mod Zentiva og Viatrix

Glenmark har henvist til, at Novartis efter udstedelsen af EP 894 indledte forbudssager mod Glenmarks konkurrenter Zentiva og Viatris, men ikke mod Glenmark. Med henvisning hertil argumenterer Glenmark for, at Novartis har udvist forbudsretlig passivitet over for Glenmark. Dette bestrides også af Novartis.

Novartis anlagde i foråret 2022, inden den formelle udstedelse af EP 894, en række sager om midlertidigt forbud mod Zentiva, Viatris, Teva og Glenmark. Imidlertid afviste retten, at Novartis havde retlig interesse i at indlede midlertidige forbudssager, før end EP 894 formelt var udstedt med virkning i Danmark.

Det er ikke korrekt, at Novartis efter udstedelsen af EP 894 anlagde en ny sag mod Zentiva. Sagen mod Zentiva, som var en del af sagskomplekset om retlig interesse, blev anlagt i marts 2022. Sagen blev imidlertid ikke afvist i sin helhed ved rettens kendelser om manglende retlig interesse, idet sagen også angik et andet patent. Det var derfor alene Novartis' ene påstand, der blev afvist. Da EP 894 blev udstedt og valideret i oktober 2022, var der derfor blot tale om, at Novartis genindtog patentet i den allerede verserende sag. Dette skete også i relation til sagen mod Teva, som dog efterfølgende blev forligt.

5.3.4.1 Om Novartis' argumentation i sagen mod Viatris

Glenmark forsøger i sin kærereplik at give retten det indtryk, at Novartis har indtaget to forskellige synspunkter i de to sager om midlertidige forbud og påbud mod henholdsvis Viatris og Glenmark. Dette er imidlertid ikke korrekt.

Som Novartis' allerede har redegjort for under hovedforhandlingen for Sø- og Handelsretten, er der et enkelt forhold, hvor Novartis' argumentation over for Viatris er forkert på grund af en beklagelig misforståelse om baggrunden for justeringen af Viatris' registrerede pris i medicinpriser. Novartis' advokater var tidligere af den fejlagtige opfattelse, at prisjusteringerne den 9. januar 2023 var sket på grund af aktive justeringer fra lægemiddelvirksomhedernes side. Novartis' advokater er imidlertid senere blevet klar over, at prisjusteringerne den 9. januar 2023, som også omfattede Glenmarks produkt, skyldtes automatiske ændringer på grund af ændringer i apoteksavancen. Det samme er tilfældet ved en senere prisjustering den 10. juli 2023.

Som følge heraf frafaldt Novartis også dette anbringende i sagen mod Viatris, da Novartis' advokater blev opmærksom på denne misforståelse.

Novartis forklarede også om baggrunden for disse passive prisjusteringer under hovedforhandlingen ved Sø- og Handelsretten i nærværende sag. Det gentages dog for en ordens skyld her. Det følger af §§ 1 og 2 i bekendtgørelse om beregning af forbrugerpriser m.v. på lægemidler, at forbrugerprisen på lægemidler består af en beregnet registerpris, som består af den anmeldte apoteksindkøbspris tillagt en vis procentsats og et mindre beløb. Denne procentsats har ændret sig ved de årlige opdate-

ringer af bekendtgørelsen i årene 2021- 2023. Dette har givet direkte udslag i priserne angivet i medicinpriser.

Det ses, at priserne i medicinpriser ændrede sig den 9. januar 2023 efter udstedelsen af bekendtgørelse nr. 1579 af 21. december 2022. Da bekendtgørelsen igen blev opdateret ved udstedelsen af bekendtgørelse nr. 1022 af 28. juni 2023, resulterede det i prisændringen af 10. juli 2023. Dette er tilfældet for alle lægemidler baseret på fingolimod, som det ses i ...

Det bestrides på denne baggrund, at Novartis' erklæringer herom skulle være uklare og ufuldstændige og skal tillægges processuel skadevirkning, jf. retsplejelovens § 344, stk. 2. Samtidig bemærkes det, at Glenmarks Country Manager under sin forklaring for Sø- og Handelsretten forklarede, at der ikke var tale om aktive prisjusteringer, men alene passive justeringer som følge af ændringer i apoteksavancen. Det er bemærkelsesværdigt, at Glenmark til trods herfor tilsyneladende forsøger at forfølge et standpunkt, der er i modstrid hermed.

Østre Landsret afsagde den 11. april 2024 kendelse i den parallelle kæresag mod Viatris. Østre Landsret fandt, at aktualitetsbetingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, var opfyldt. Der er tale om en konkret begrundet afgørelse ud fra de faktiske omstændigheder, der var gældende i sagen mod Viatris. Østre Landsrets kendelse ændrer derfor ikke på, at Novartis i nærværende sag ikke har udvist forbudsretlig passivitet.

5.3.5 Om den verserende hovedsag mod Glenmark

...

Glenmark har anført følgende herom i kærereplikken:

"Det kan derfor uden videre lægges til grund, at Novartis i hvert fald den 5. december 2022 tilkendegav at *forbudsbetingelserne* i retsplejelovens § 413, nr. 1 og 2, var opfyldt."

Dette bestrides. Novartis har selvfølgelig ikke tilkendegivet noget om forbudsbetingelserne i retsplejelovens § 413, nr. 1 og 2, ved anlæggelse af hovedsagen, idet det ikke ville være relevant.

...

Hvis Glenmark havde ment, at anlægget af erstatningssagen var en bristet forudsætning for tilsagnet af 14. november 2022, måtte man have givet Novartis meddelelse i stedet for den henholdende korrespondance om afregistrering af pris og den for Novartis' skjulte afgivelse af tilbud på udbuddet for 2024.

Glenmark har også henvist til, at Novartis anmodede om berostillelse i den verserende hovedsag, fordi den verserende indsigelse ved de Europæiske Pantemyndigheder forventeligt ville have afgørende betydning for udfaldet af hovedsagen. Berostillelse af en hovedsag på en ver-

serende indsigelsessag følger imidlertid af lovgivningen og er helt sædvanlig praksis i patentretssager om erstatning, hvor patentet er under indsigelse ved de Europæiske Patentmyndigheder.

...

5.3.8 Hvornår kunne Novartis have anlagt sag om midlertidigt forbud?

...

At Glenmark deltager og vinder udbuddet for 2024 må betragtes som en ny krænkelse, hvorfra den forbudsretlige passivitet løber. Dette understøttes af retspraksis, herunder Sø- og Handelsrettens kendelse af 15. marts 2019 i sag BS-38788/2018-SHR ...

Der kan tillige henvises til Sø- og Handelsrettens kendelse refereret i U 2024.1834 (Coop mod Artpusher Gallery)...

...

Således bør fristen for den forbudsretlige passivitet i nærværende sag først løbe fra Glenmarks nye krænkelse den 25. august 2023.

Novartis gør subsidiært gældende, at selv hvis Novartis på et tidligere tidspunkt burde have indset, at Glenmark havde skiftet holdning og ikke længere stod ved sin tilkendegivelse af 14. november 2022, har Novartis ikke udvist en sådan passivitet fra dette tidspunkt, at betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, ikke er opfyldt.

Alternativt kan fristen for den forbudsretlige passivitet tidligst løbe fra den 13. april 2023, hvor Region Syddanmark foretog et enkeltstående køb af fingolimod "Glenmark" udenom det eksisterende udbud. Novartis sikrede sig dog mod, at tilsvarende fejlkøb kunne ske igen.

Men selv hvis det lægges til grund, at Novartis på dette tidspunkt burde have indset, at Glenmark havde skiftet mening, gik der kun lidt over 4 måneder, inden Novartis anmodede om midlertidigt forbud og påbud. Det er ikke tilstrækkeligt til at statuere forbudsretlig passivitet efter retspraksis, idet der skal være forløbet betydeligt længere tid. Efter retspraksis skal der i hvert fald være forløbet hen mod et år fra det tidspunkt, hvor patenthaver var blevet bekendt med krænkelsen, samtidig med at der ikke foreligger undskyldelige omstændigheder, førend der kan indtræde forbudsretlig passivitet. Der henvises i denne forbindelse til ... oversigter over den forbudsretlige retspraksis, der er fremlagt i sagen.

...

Sø- og Handelsretten fandt ..., at fristen for den forbudsretlige passivitet begyndte at løbe fra det tidspunkt, hvor korrespondancen mellem Novartis og Glenmark strandede i marts 2023.

Det er Novartis' opfattelse, at Sø- og Handelsrettens præmis på dette punkt er forkert. Glenmark havde ikke foretaget sig noget på dette tidspunkt, som gav Novartis anledning til at indse, at Glenmark fortsat ikke ville efterleve sin tilkendegivelse om at trække sig fra markedet og ikke længere markedsføre sit lægemiddel i Danmark. Tværtimod havde Glenmarks advokat forud for den sidste korrespondance oplyst over for Novartis' advokat, at man ikke kunne komme i kontakt med sin klient. Novartis havde således intet grundlag for at tro, at Glenmark på dette tidspunkt havde til hensigt at genindtræde på markedet, men at den manglende kontakt mellem Glenmark og Glenmarks advokat blot var udtryk for, at man ikke var interesseret i det danske marked, i overensstemmelse med tilkendegivelsen og det forhold, at Glenmark netop havde trukket sig fra markedet, herunder ikke deltaget i det seneste udbud.

Sø- og Handelsretten fandt imidlertid, at Novartis ikke havde udvist forbudsretlig passivitet ved at anlægge den midlertidige forbudssag cirka 5,5 måned herefter. Denne vurdering er fuldt ud korrekt og i overensstemmelse med retspraksis på området.

Selv hvis retten skulle nå frem til, at Novartis i nærværende sag havde grundlag for at reagere på et tidligere tidspunkt, er der således maksimalt forløbet nogle få måneder, inden Novartis indleverede begæringen om midlertidigt forbud. Der skal ifølge retspraksis foreligge særlige omstændigheder for, at der kan indtræde forbudsretlig passivitet ved en så kort periode, herunder eksempelvis sagsøgers kendskab til krænkelserne igennem en årrække eller manglende godtgørelse af det retstab, man vil lide ved at afvente en hovedsag. Der har således netop været tale om ganske særlige omstændigheder i de få afgørelser fremlagt af Glenmark, hvor der er indtrådt forbudsretlig passivitet på under 1 år, og disse særlige omstændigheder hverken foreligger i eller kan sammenlignes med nærværende sag.

...

5.4 **Loyalitetspligt og berettigede forventninger i forholdet mellem Novartis og Glenmark**

Novartis gør gældende, at betragtninger om rettighedsfortabende passivitet også er baseret på, at der gælder en almindelig loyalitetspligt mellem parter, herunder i deres korrespondance. Forbudsretlig passivitet, som dette er blevet fortolket i retspraksis, er tilsvarende baseret på loyalitetsbetragtninger. Dette ses f.eks. i U 2024.1834 ...

...

Det følger heraf, at der må kræves en vis bebrejdelse (culpa) af rettighedshavernes adfærd, førend der kan indtræde passivitet, dvs. passiviteten må have været betragtelig, før der kan indtræde rettighedsfortabelse. Dette gælder navnlig i patentsager, der adskiller sig fra andre immaterielle rettigheder i forhold til behovet for hurtigt at reagere over for krænkelser for at beskytte den aktuelle markedsværdi. Dette er sær-

ligt begrundet i, at patentrettigheder er tidsbegrænsede, hvor krænkelse således kun kan ske i en begrænset periode, ligesom de øvrige immaterialrettigheder er relationsbestemte, hvor en rettighed udhules ved andres krænkende adfærd (f.eks. mister et varemærke sin værdi, når dette krænkes af andre, da forbrugeren ikke længere forbinder varemærket med varemærkeindehaveren).

Netop patentrettigheders særlige karakter i midlertidige forbudssager blev behandlet i professor, dr.jur., ph.d. Jens Schovsbos responsum af 21. maj 2015 afgivet til brug for en midlertidig forbudssag A-11-14 (Oticon mod GN ReSound) for Østre Landsret:

...

I samme sag afgav tillige professor, dr. jur. **Person 4** et responsum af 5. april 2015, hvori han blandt andet behandlede passivitetsbetragtninger i midlertidige forbudssager. **Person 4** konkluderede tillige, at man skal være varsom med at nægte et midlertidigt forbud ud fra retsplejelovens § 413, nr. 3, i immaterialretlige sager, herunder patentsager:

...

Rettighedshaver skal således have udvist betragtelig passivitet, før det giver mening at nægte et midlertidigt forbud i immaterialretlige sager, herunder særligt patentsager. Dette understøttes tillige af retspraksis for midlertidige forbud i patentsager.

Det følger af retspraksis, at den forbudsretlige passivitet indtræder, hvis der er forløbet væsentligt længere tid end nødvendigt for anlæggelsen af en sag om midlertidigt forbud og påbud. Med andre ord har der ikke foreligget undskyldelige omstændigheder fra sagsøgers side.

I nærværende situation er det imidlertid Glenmarks adfærd alene, der er skyld i, at Novartis ikke anmoder om midlertidigt forbud før den 28. august 2023. Glenmark har forsøgt at "fange Novartis i en fælde", hvor Glenmarks tilkendegivelse af 14. november 2022 indebar, at Novartis ikke ville kunne opfylde aktualitetsbetingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 2, og samtidig forhalede Glenmark opfyldelsen af denne tilkendegivelse, således at Novartis efterfølgende kunne klandres for ikke at opfylde betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3.

De situationer, der i retspraksis har ført til forbudsretlig passivitet, kan således på ingen måde sammenlignes med nærværende situation. Glenmarks adfærd i denne sag har skabt en særdeles atypisk situation, der ikke kan komme Novartis til skade.

...

I forlængelse heraf gør Novartis gældende, at Glenmark ved at svare på Novartis' brev af 3. november 2022 – og ikke blot afvise at svare – forpligter sig til at agere loyalt overfor Novartis. Dette medfører, at Glenmark skulle have klart tilkendegivet overfor Novartis, når man ændrede standpunkt, og at det tidligere tilkendegivne ikke længere var gæl-

dende, eller på anden vis givet udtryk for, at man ikke længere ønskede at svare.

...

5.5 Konsekvenserne af Glenmarks synspunkter

Konsekvenserne af Glenmarks synspunkter vil indebære, at en patenthaver ikke kan indrette sig på, at en konkurrent vil efterkomme en tilkendegivelse om ikke at gå på markedet, eller at konkurrenten i hvert fald loyalt oplyser om, at denne ikke længere er gældende, såfremt konkurrenten samtidig vil gøre passivitet gældende. Dette vil være enormt processkabende.

Derudover vil en patenthaver ikke kunne forfølge allerede skete krænkelse med en hovedsag om erstatning, i frygt for senere ikke at kunne få nedlagt et midlertidigt forbud og påbud, hvis den generiske virksomhed påbegynder nye krænkende handlinger. ...

6 SØ- OG HANDELSRETTENS OMKOSTNINGSOPGØRELSE

Novartis gør gældende, at Novartis skal tilkendes højere sagsomkostninger i sagen for Sø- og Handelsretten i henhold til retsplejelovens § 421...

...

Det følger af retsplejelovens § 316, at som sagsomkostninger erstattes de udgifter, som har været nødvendige til sagens forsvarlige udførelse, og at udgifter til advokatbistand erstattes med et passende beløb. I sager vedrørende immaterielle rettigheder skal retsplejelovens § 316 fortolkes i overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivet, artikel 14, og den praksis, der er udviklet i forbindelse hermed.

...

Novartis har i sagen for Sø- og Handelsretten afholdt omkostninger til advokatbistand på 1.290.000 kr.

Novartis har derudover haft omkostninger til patentagentbistand på 399.670 kr. I forhold hertil bemærkes det, at Novartis' patentagenter har deltaget i forberedelsen af de patenttekniske dele af sagen og har deltaget i hovedforhandlingen af sagen. Novartis' omkostninger til patentagent har derfor været nødvendige.

Sø- og Handelsretten har i sin kendelse alene tilkendt Novartis sagsomkostninger til dækning af advokat- og patentagentomkostninger på 891.850 kr., hvilket svarer til omtrent 50%. Dette udgør ikke en væsentlig og passende del af de faktisk afholdte og rimelige omkostninger.

Særligt bemærkes det, at Sø- og Handelsretten i sin begrundelse har tillagt det betydning, at sagen mellem Novartis og Glenmark har indgået i et større kompleks af sager. Hertil bemærkes dog, at Novartis' omkostninger i forbindelse med Glenmark sagen allerede er markant lavere end de tidligere sager, hvorfor de af Novartis faktisk afholdte omkostninger allerede afspejler, at Novartis' advokater har en forhåndsviden om sagen. Der er ikke grundlag for at foretage en yderligere nedsættelse af beløbet.

Derudover angår de af Glenmark rejste indsigelser spørgsmålene om krænkelse og forbudsretlig passivitet. Dette er to nye anbringender, som ikke er gjort gældende i andre sager. Novartis' forhåndsviden om sagskomplekset er således stort set irrelevant i forhold til denne sag, da der er tale om nye anbringender, som Novartis har været nødt til at forholde sig til.

På denne baggrund gøres det gældende, at Novartis er berettiget til yderligere sagsomkostninger i sagen for Sø- og Handelsretten. Det er Novartis' opfattelse, at Novartis bør tilkendes mindst 1.180.000 kr., svarende til en dækning på omtrent 70% af de faktisk afholdte sagsomkostninger, hvilket vil være rimeligt og passende og i overensstemmelse med den seneste retspraksis.

7 SAGSOMKOSTNINGER FOR ØSTRE LANDSRET

Novartis begærer sig tillagt sagsomkostninger i henhold til retsplejeloovens § 421, samt den retspraksis, der følger af EU-Domstolens fortolkning af Retshåndhævelsesdirektivet. Novartis begærer sig endvidere tillagt sagsomkostninger for bistand fra patentagenter.

Novartis vil fremlægge en omkostningsopgørelse under hovedforhandlingen.

8 OM GLENMARKS PÅSTAND AD TILBAGEBETALING AF SAGSOMKOSTNINGER

Novartis gør principalt gældende, at Glenmark har nedlagt sin påstand om tilbagebetaling af sagsomkostninger for sent, idet Glenmark først nedlagde denne påstand den 8. maj 2024. Dette er således ikke gjort inden for fristen for at kære Sø- og Handelsrettens afgørelse af 21. december 2023 om sagsomkostninger. Det forhold, at Glenmark tog forbehold for at nedlægge en sådan betalingspåstand i sit kæreskrift af 5. januar 2024, ændrer ikke herpå.

Novartis gør derudover gældende, at Novartis ikke skal tilbagebetale sagsomkostninger påkendt af Sø- og Handelsretten, idet Novartis påstår stadfæstelse.

Novartis gør endelig gældende, at såfremt Østre Landsret måtte give Glenmark medhold, kan procesrenter først påløbe fra den 8. maj 2024, hvor Glenmark nedlægger betalingspåstanden, subsidiært fra den 5. ja-

nuar 2024, hvor Glenmark iværksatte kære af Sø- og Handelsrettens afgørelse.

9 MOMSFORHOLD

Novartis AG og Novartis Pharma AG er ikke momsregistreret i Danmark, men opfylder betingelserne for at få momsrefusion af moms betalt af danske advokatydelser.

Novartis Healthcare A/S er momsregistreret i Danmark.”

Novartis har indleveret en omkostningsopgørelse, hvoraf fremgår, at selskaberne har haft eller forventer at afholde udgifter ekskl. moms til advokat for Sø- og Handelsretten på 1.290.000 kr. og for landsretten på 700.000 kr., udgift ekskl. moms til patentagent for Sø- og Handelsretten på 399.670 kr. samt udgift til sagkyndige vidner/erklæringsgivere for Sø- og Handelsretten på kr. 41.100, heraf til Vidne 2 15.750 kr. og til Person 2 25.350 kr.

Landsrettens begrundelse og resultat

Retsplejelovens § 413, nr. 3

Hovedspørgsmålet i de foreliggende sager er, om Novartis har godtgjort eller sandsynliggjort, at selskabets mulighed for at opnå sin ret ville forspildes, hvis selskabet på tidspunktet for indleveringen af forbudsbegæringen havde været henvist til at afvente tvistens afgørelse under hovedsagen, jf. retsplejelovens § 413, nr. 3.

Det fremgår af forarbejderne til retsplejelovens § 413, jf. lovforslag nr. L 47 af 1. november 2012 om ændring af retsplejeloven m.fl. love (Midlertidige afgørelser om forbud og påbud), de almindelige bemærkninger pkt. 2.4.3 og de specielle bemærkninger til § 413, at det er forudsat, at muligheden for forbud eller påbud for visse sagstyper kan udgøre den primære sikring mod retskrænkelser, eksempelvis krænkelse af immaterialrettigheder. Retsplejelovens § 413, nr. 3, fortolkes og anvendes i praksis i overensstemmelse hermed. Som det gælder andre rettighedshavere, kan indehavere af immaterialrettigheder forspilde adgangen til at opnå forbud eller påbud, hvis de lader længere tid forløbe, end hvad der med rimelighed er nødvendigt, før de indgiver forbudsbegæring, idet det i så fald må antages, at en henvisning af den pågældende til at gøre sin ret gældende ved almindelig rettergang ikke kan anses for at forspilde den pågældendes mulighed for at forfølge sin ret, jf. retsplejelovens § 413, nr. 3.

I den foreliggende sag havde Novartis forud for udstedelsen den 12. oktober 2022 af stridspatentet, patent nr. DK/EP 2 959 894, i foråret 2022 indgivet forbuds- og påbudsbegæringer mod såvel Glenmark som to andre kopiproducenter, Viatrix ApS ("Viatrix") og Zentiva Denmark ApS ("Zentiva"). Sagerne mod Glenmark og Viatrix og påstand 1 om forbud grundet krænkelse af stridspaten-

tet i sagen mod Zentiva blev afvist ved Sø- og Handelsrettens kendelse af 17. juni 2022 under henvisning til, at stridspatentet på afgørelsestidspunktet endnu ikke var udstedt med virkning i Danmark. Ved Østre Landsrets kendelse af 6. oktober 2022 (U.2023.136Ø) blev kendelsen stadfæstet med samme begrundelse.

Novartis måtte efter stridspatentets udstedelse være klar over, at Glenmark frem til udløbet ultimo oktober 2022 af den forlængede rammeaftale, Amgros 2022-1.559.b, var forpligtet til at levere sit fingolimod-produkt i det omfang, Glenmark modtog bestillinger herpå. Novartis måtte ligeledes vide, at Glenmark ifølge rammeaftalens pkt. 2.3 var forpligtet til at forblive registreret i Medicinpriser.dk i op til 9 måneder efter aftalens udløb med heraf følgende leveringsforpligtelse, og at den nye mellem Amgros og Novartis Healthcare A/S indgåede rammeaftale, Amgros 2023-1.558.b, for perioden 1. januar 2023 til den 31. december 2023 ikke afskar sygehusapotekerne fra at bestille Glenmarks fingolimod-produkt hos Glenmark. Endvidere var Novartis, som det fremgår af Novartis' brev af 3. november 2022 til Glenmark, bekendt med, at Glenmark var forblevet registreret i Medicinpriser.dk efter udstedelsen af patentet, og forlangte som et blandt flere vilkår for at undlade at retsforfølge Glenmark ved indgivelse af anmodning om forbud og påbud, at Glenmark skulle afregistrere sit produkt.

Novartis sendte den 3. november 2022 et brev, der svarede til det, som Novartis samme dag sendte til Glenmark, til Viatrix, som ligeledes havde undladt at lade sit fingolimod-produkt afregistrere efter patentets udstedelse. Viatrix afviste ved mail af 7. november 2022 at opfylde Novartis' krav om blandt andet afregistrering, og Novartis indgav herefter forbudsbegæring mod selskabet den 14. november 2022. I den for Sø- og Handelsretten fortsat verserende sag mod Zentiva, som efter afvisningen af påstand 1 angående stridspatentet alene havde angået et andet patent, nedlagde Novartis efter udstedelsen af stridspatentet endvidere på ny påstande om forbud og påbud angående stridspatentet.

Ved mail af 14. november 2022 svarede Glenmark Novartis, at "there are no opportunities to sell fingolimod in Denmark for at least two years due to Novartis being the only participant in the recent AMGROS tender. Glenmark has no interest in pursuing this matter in Denmark at the present time. Glenmark will therefore shortly de-register its fingolimod products from the Danish Pricing Registry as Glenmark has no plans to market its fingolimod products in Denmark." Novartis anførte hertil ved mail af 16. november 2022, at Novartis havde noteret sig Glenmarks svar, særligt at Glenmark ville afregistrere sit fingolimod-produkt, at Glenmark ikke så nogen mulighed for at sælge sit produkt i Danmark de næste to år, og ikke havde planer om at markedsføre sit produkt i Danmark, og at Novartis derfor ikke for indeværende fandt det nødvendigt at tage retslige skridt, selvom Glenmark havde nægtet at afgive de til-

sagn, som Novartis havde krævet. Novartis forbeholdt sig fortsat at tage retsli-ge skridt, herunder at indgive forbudsbegæring.

I strid med tilsagnet i mailen af 14. november 2022 undlod Glenmark at afregi-strere sit fingolimod-produkt i Medicinpriser.dk, hvilket Novartis, som det fremgår af Novartis' rykkere af 7., 15. og 29. december 2022, 20. januar og 10. marts 2023, som på intet tidspunkt blev besvaret af Glenmark, og det af advokat

Vidne 4 forklarede, var klar over.

Desuagtet undlod Novartis, som den 5. december 2022 havde anlagt en hoved-sag mod Glenmark ved Sø- og Handelsretten med en forbudspåstand 1, der svarer til forbudspåstanden i denne forbuds- og påbudssag og en tilbagekaldel-sespåstand 2, der i det væsentlige svarer til påstand 2 i denne sag, at reagere, før Amgros ved brev af 24. august 2023 meddelte, at Glenmark var blandt vinderne af det udbud af rammeaftale, Amgros 2024-1.144.b, om levering i 2024, som Amgros havde iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 31. maj 2023. Forbudsbe-gæring blev herefter indleveret den 28. august 2023.

Sø- og Handelsretten havde forud herfor meddelt forbud og påbud i overens-stemmelse med de af Novartis mod Zentiva henholdsvis Viatrix indgivne for-budsbegæringer vedrørende stridspatentet ved kendelser af 28. februar 2023 og 15. juni 2023, hvilke er stadfæstet af Østre Landsret ved kendelse af 11. juli 2023 (U.2023.4919Ø) og kendelse af 16. april 2024 (udvalgt til UfR af Karnov).

I lyset af forløbet forud for og efter udstedelsen af stridspatentet, herunder for-løbet i sagerne mod Viatrix og Zentiva, må det lægges til grund, at Novartis i efteråret 2022 havde alle de oplysninger og bevisligheder til rådighed, som var nødvendige for at indlevere en forbudsbegæring mod Glenmark.

Under de nævnte omstændigheder finder landsretten, at der er forløbet væsent-ligt længere tid fra det tidspunkt, hvor Novartis kunne konstatere, at Glenmark ikke opfyldte og med al sandsynlighed heller ikke agtede at opfylde tilsagnet om at lade sit produkt afregistrere, og til indgivelsen af forbudsbegæringen den 28. august 2023, end det med rimelighed var nødvendigt for at indgive begæ-ringen.

Landsretten tager herefter Glenmarks påstand om, at Sø- og Handelsrettens kendelse ophæves, og at Novartis' påstande 1-4 nægtes fremme, til følge.

Tilbagebetalingspåstanden

Glenmarks tilbagebetalingspåstand angår et i sager som denne sædvanligt fremsat accessorisk krav om tilbagebetaling af betalte sagsomkostninger i til-fælde af, at Glenmark får medhold i kæren. En sådan tilbagebetalingspåstand kan ikke anses for omfattet af kærefristen i retsplejelovens § 427, stk. 2, jf. § 586,

stk. 1. Novartis' påstand om afvisning af Glenmarks tilbagebetalingspåstand tages derfor ikke til følge.

Novartis har i øvrigt erklæret sig enig i, at Novartis, hvis Glenmark får medhold i sin påstand om ophævelse, skal tilbagebetale de af Glenmark betalte sagsomkostninger. Herefter, og da landsretten finder, at der ikke er særlige forhold, jf. rentelovens § 3, stk. 5, der kan begrunde, at forrentning skal ske fra et tidligere tidspunkt end Glenmarks indlevering den 8. maj 2024 af det sammenfattende processkrift, hvormed tilbagebetalingspåstanden blev nedlagt, tager landsretten Glenmarks tilbagebetalingspåstand til følge, dog alene med procesrente fra den 8. maj 2024, jf. rentelovens § 3, stk. 4.

Sagsomkostninger

Efter forbuds- og påbudssagens udfald skal Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S i sagsomkostninger for begge retter hver betale 362.991 kr. til Glenmark. Af det samlede beløb på i alt 1.088.973 kr. er 1.000.000 kr. til dækning af udgift til advokat ekskl. moms, 60.000 kr. er til dækning af udgift til patentagent ekskl. moms, og 28.973 kr. er til dækning af udgift til eksperterklæring for Sø- og Handelsretten. Der er ved omkostningsfastsættelsen taget hensyn til at sikre, at en væsentlig og passende del af de rimelige udgifter, som den part, der har vundet sagen, har afholdt, bæres af den tabende part, jf. artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48, som fortolket af EU-Domstolen i navnlig dom af 28. juli 2016 i sag C 57/15 (United Video Properties). Der er endvidere indgået samme hensyn som anført af Sø- og Handelsretten, og at sagerne for landsretten alene har angået betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, Glenmarks tilbagebetalingspåstand, forrentning af denne og sagsomkostninger.

THI BESTEMMES:

Sø- og Handelsrettens kendelse ophæves og Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S' påstande 1-4 nægtes fremme.

De af Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB til Novartis AG, Novartis Pharma AG og Novartis Healthcare A/S betalte sagsomkostninger, der blev fastsat ved Sø- og Handelsrettens kendelse, skal tilbagebetales til Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB af Novartis AG med 297.283,33 kr., af Novartis Pharma AG med 297.283,33 kr. og af Novartis Healthcare A/S med 297.283,33 kr., for alles vedkommende med procesrente fra den 8. maj 2024.

I sagsomkostninger for begge retter skal Novartis AG betale 362.991 kr., Novartis Pharma AG betale 362.991 kr. og Novartis Healthcare A/S betale 362.991 kr. til Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB.

De tilkendte beløb skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Den af Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB i sag BS-748/2024-OLR betalte kæreafgift tilbagebetales.

Publiceret til portalen d. 28-05-2024 kl. 10:01

Modtagere: Kærende Novartis Pharma AG, Kærende Novartis AG,
Indkærede Glenmark Pharmaceuticals Nordic AB, Kærende NOVARTIS
HEALTHCARE A/S