

**FORBUDET MOT MISBRUK AV DOMINERENDE
STILLING I EF-TRAKTATEN ARTIKKEL 82
OG
OBJEKTIVE BEGRUNNELSER I FORHOLD TIL
LISENSNEKT**

Kandidatnr: 144071

Veileder: Tore Lunde

Leveringsfrist: 17. desember 2007

Til sammen 13889 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>4</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA OG PROBLEMSTILLINGER.....	4
1.2	FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN ARTIKKEL 54 OG KONKURRANSELOVEN § 11	6
1.3	VEIEN VIDERE	7
<u>2</u>	<u>REELLE HENSYN BAK REGLENE OM LISENSNEKT</u>	<u>8</u>
2.1	KONKURRANSE GIR EFFEKTIV UTNYTTELSE AV RESSURSENE TIL FORDEL FOR FORBRUKERNE	8
2.2	DYNAMISK EFFEKTIVITET.....	9
2.3	STATISK EFFEKTIVITET	11
2.4	FORHOLDET MELLOM EU-KONKURRANSERETT OG MEDLEMSSTATENES IMMATERIALRETT	12
2.5	KONTRAHERINGSFRIHET.....	14
2.6	FORUTBEREGNELIGHET.....	14
<u>3</u>	<u>LISENSNEKT SOM MISBRUKSTYPE.....</u>	<u>15</u>
<u>4</u>	<u>PRESENTASJON AV LÆREN OM OBJEKTIV BEGRUNNELSE</u>	<u>18</u>
<u>5</u>	<u>OBJEKTIVE BEGRUNNELSER I FORHOLD TIL LISENSNEKT</u>	<u>21</u>
5.1	TVANGSLISENS VIL SVEKKE DET DOMINERENDE FORETAKETS INSENTIVER TIL Å INVESTERE I FORSKNING OG UTVIKLING.....	21
5.1.1	ER DET EN RELEVANT OBJEKTIV BEGRUNNELSE AT EN TVANGSLISENS VIL SVEKKE DET DOMINERENDE FORETAKETS INSENTIVER TIL Å INVESTERE I FORSKNING OG UTVIKLING?....	21
5.1.2	HVILKEN METODE BLIR ANVENDT I MICROSOFT FOR Å AVGJØRE OM DEN OBJEKTIVE BEGRUNNELSEN ER RELEVANT?.....	23
5.1.3	RELEVANTE MOMENTER I VURDERINGEN AV OM TVANGSLISENSEN FAKTISK SVEKKER DET DOMINERENDE FORETAKETS INSENTIVER TIL Å INNOVERE	28

5.1.3.1	Store investeringer bak den immaterielle rettigheten	28
5.1.3.1.1	Vekten av argumentet om store investeringer vil bero på om tvangslisensen åpner for imitasjonskonkurranse	34
5.1.3.2	Bakgrunnen for at investeringene ble gjort.....	37
5.1.3.3	Flere momenter fra Microsoft?	38
5.1.4	EN ALTERNATIV ANGREPSMÅTE TIL MICROSOFT-METODEN	38
5.2	INNEHAVER AV DEN IMMATERIELLE RETTIGHETEN ØNSKER Å PRODUSERE DET NYE PRODUKTET SELV	39
5.2.1	ER DET EN RELEVANT OBJEKTIV BEGRUNNELSE AT DET DOMINERENDE FORETAKET ØNSKER Å PRODUSERE DET NYE PRODUKTET SELV?	39
5.2.2	EN PRESISERING AV KRAVET OM EN KONKRET PLAN FORUT FOR LISENSFORESPØRSELEN	42
5.3	RETTIGHETSHAVEREN ANSER IKKE LISENSFOESPØRREREN SOM EN EGNET KONTRAKTSMOTPART	44
5.3.1	RETTSKILDEBILDET	44
5.3.2	KREDITTRISIKO	45
5.3.2.1	En relevant objektiv begrunnelse?	45
5.3.2.2	Graden av kredittrisiko og forholdet til bevisvurderingen av hva som har vært det dominerende foretakets formål med den utestengende atferden.....	47
5.3.2.3	Graden av kredittrisiko og forholdsmessighetsvurderingen	47
5.3.3	DEN ANNEN PART HAR TIDLIGERE OPPTRÅDT ILLOJALT	49
5.3.3.1	En relevant objektiv begrunnelse?	49
5.3.3.2	Grovheten av den illojale oppførselen og forholdet til vurderingen av formålet og forholdsmessighetsvurderingen.....	50
5.4	DET DOMINERENDE FORETAKET ØNSKER Å BESKYTTE OFFENTLIGE INTERESSER	51
5.4.1	DET DOMINERENDE FORETAKET ØNSKER Å BESKYTTE FORBRUKERNE MOT FARLIGE PRODUKTER	51
5.4.2	DET NYE PRODUKTET STRIDER MOT ETIKK OG MORAL	51
5.4.2.1	En relevant objektiv begrunnelse?	51
5.4.3	FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN.....	54
6	<u>KILDER</u>.....	55

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

EF-traktaten artikkel 82 regulerer ensidig atferd fra foretak med en ”dominant position”, og forbyr ”any abuse”. Hvorvidt et foretak er dominerende vil bero på om det har en slik markedsrett til det kan hindre en effektiv konkurranse på markedet og opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og til slutt forbrukerne.¹ Foretakets markedsandel er et viktig moment i vurderingen. En markedsandel på over 50 % vil normalt være tilstrekkelig til å etablere en dominerende stilling.² I tillegg til kravet om dominans og misbruk må ytterligere to vilkår være oppfylt for at atferden skal stride mot artikkel 82. Den som utøver atferden må være ett eller flere foretak, og atferden må kunne påvirke samhandelen mellom statene. Bestemmelsen forbyr ikke markedsdominans. Det er misbruket man ønsker å komme til livs.

Immaterielle rettigheter kjennetegnes ved at de gir en enerett til immaterielle, i motsetning til fysiske, formuesgoder. Immateriell rettslig vern kan man få for tekniske oppfinnelser (patentrett), litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk (opphavsrett), design og varemerke.³ Det ligger i selve kjernen av immaterielle rettigheter at rettighetshaveren må kunne nekte andre å råde over dem, selv om det skulle være snakk

¹ Sml. United Brands, premiss 65.

² For en utførlig gjennomgang av dominansbegrepet, se Kolstad og Ryssdal, side 345 flg.

³ I norsk rett finner vi de sentrale reglene om immaterielle rettigheter i Lov om patentrett av 15. desember 1967 nr. 9, Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12. mai 1961 nr.2, Lov om beskyttelse av design av 14. mars 2003 nr. 15 og Lov om varemerke av 3. mars 1961 nr. 4.

om lisensiering på rimelige vilkår.⁴ Det er ingen uheldig konsekvens, men et tilsiktet resultat, at den immaterielle rettigheten for en periode begrenser konkurransen på et avledet marked. Konkurransbegrensningen fungerer som en belønning for den som har investert tid og penger i å gjøre oppfinnelsen, og i å få den ut på markedet. Til tross for dette har EF-domstolen slått fast at lisensnekt kan utgjøre et brudd på EF-traktaten artikkel 82. Det dominerende foretaket vil da bli pålagt å gi lisens på den immaterielle rettigheten – såkalt tvangslisens. Det er likevel ikke kurant å konkludere med misbruk i saker om lisensnekt. Etter rettspraksis er det et absolutt vilkår er at det foreligger ”exceptional circumstances” – på norsk kan vilkåret oversettes til særlige omstendigheter.⁵

Dersom det kan påvises særlige omstendigheter, vil lisensnekt utgjøre et misbruk med mindre det foreligger en objektiv begrunnelse for atferden.⁶ Objektive begrunnelser kan betegnes som et forsvar for den utviste atferden. Det er slike objektive begrunnelser for lisensnekt som er temaet i denne oppgaven.⁷

Oppgavens hovedproblemstilling er å finne ut hvilke argumenter som kan utgjøre en relevant objektiv begrunnelse i saker om lisensnekt. En fullstendig uttømmende liste er det imidlertid vanskelig å gi. Mulige forsvarsargumenter vil variere fra sak til sak.⁸

En objektiv begrunnelse fører bare til en negativ konklusjon på misbruksspørsmålet dersom atferden til det dominerende foretak er formålmessig, nødvendig og

⁴ Se Volvo mot Veng, premiss 8 og Magill, premiss 49.

⁵ Se Magill, premiss 50 og IMS Health, premiss 67. Vilket om særlige omstendigheter behandles nærmere i kapittel 3.

⁶ Se blant annet Magill, premiss 58 og Microsoft (Førsteinstansen), premiss 333.

⁷ Begrepet objektiv begrunnelse benyttes av Kolstad og Ryssdal, se blant annet side 585. Terminologien varierer imidlertid noe mellom forskjellige forfattere. EF-domstolen, Førsteinstansen og Kommisjonen benytter begrepet ”objective justification”.

⁸ O’Donoghue/Padilla, side 450.

forholdsmessig.⁹ Oppgaven tar ikke sikte på å gi en fullstendig fremstilling av disse vurderingstemaene. Jeg vil likevel se nærmere på særskilte trekk ved disse vurderingene som oppstår spesielt i forhold til den enkelte objektive begrunnelse.

1.2 Forholdet til EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11

Oppgaven er tematisk avgrenset til området for EF-traktaten artikkel 82. Bestemmelsen har sitt motstykke i EØS-avtalen artikkel 54 og den norske konkurranseloven § 11.¹⁰ Fremstillingen er relevant for tilsvarende spørsmål som oppstår i forhold til disse bestemmelsene.

Konkurranseloven § 11 er hjemmelsgrunnlag for inngrep mot misbruk av dominerende stilling dersom atferden bare har virkning på nasjonale forhold. Er samhandelen mellom medlemsstatene påvirket, må norske konkurransemyndigheter og domstoler anvende EØS-avtalen artikkel 54 ved siden av konkurranselovens § 11, jfr. EØS-konkurranseloven § 7.¹¹

Ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11 vil rettskilder fra EF-retten ha tung vekt. Med hensyn til EØS-avtalen artikkel 54 følger dette blant annet av lojalitetsprinsippet som kommer til uttrykk i EØS-avtalen artikkel 3: ”Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale”. Mer konkret følger det av EØS-avtalen artikkel 6 at bestemmelser i EØS-avtalen skal ”fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som Det europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale”. Relevante avgjørelser som er truffet *etter* undertegningen, skal det ”tas tilbørlig hensyn” til, jfr. ODA-avtalen artikkel 3.

⁹ Se kapittel 3.

¹⁰ Se Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. av 27. november 1992 og Konkurranseloven av 5. mars 2004.

¹¹ Se EØS-konkurranseloven av 5. mars 2004.

Det er ikke like opplagt at praksis om EF-traktaten artikkel 82 skal veie tungt ved tolkningen av konkurranseloven § 11. Det eksisterer ingen EØS-rettslig forpliktelse til å innføre nasjonale konkurranseregler som samsvarer med reglene i EØS-avtalen. Dessuten følger det av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd siste punktum, at konkurransemyndighetene hvor samhandelskriteriet er oppfylt, ”ikke er forhindret fra å anvende en mer restriktiv norsk lovgivning”.

Forarbeidene til konkurranseloven sier likevel klart i fra om at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av markedsrett i den norske loven skal være harmonisert med reglene i EØS-avtalen.¹² En slik lovgivervilje må ha stor betydning for rettsanvendelsen, selv om det ikke vil være folkerettsstridig å gi § 11 et annet innhold enn EØS-avtalen artikkel 54.¹³ Det er dessuten vanskelig å finne grunnlag for å konstruere særlige forskjeller i rettskildesituasjonen mellom EØS-reglene og de norske reglene når det gjelder reglens formål.¹⁴ Et annet hensyn som taler for en uniform fortolkning, er hensynet til forutberegneligheten for næringslivet som må forholde seg til de to regelsett.

1.3 Veien videre

Objektive begrunnelser er argumenter som skiller den ulovlige lisensnekt fra den lovlige lisensnekt. For å kunne besvare oppgavens hovedproblemstilling er det nødvendig å ha innsikt i reglene om lisensnekt og de reelle hensyn som reglene hviler på. Dette ser jeg nærmere på i kapittel 2 og 3. I kapittel 4 gir jeg en generell, men kortfattet presentasjon av læren om objektiv begrunnelse.¹⁵

¹² Se NOU 2003:12 Ny konkurranselov side 49, Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 68 og Inst. O. nr. 50 (2003-2004) avsnitt 2.3.

¹³ Graver, side 344.

¹⁴ Graver, side 344.

¹⁵ For en utførlig gjennomgang av læren om objektiv begrunnelse, se Østerud i Kolstad (red.) side 175-228.

Kapittel 5 er oppgavens hoveddel. Her går jeg inn på de enkelte objektive begrunnelsene. I punkt 5.1 ser jeg på behovet for å beskytte insentiver til å investere i forskning og utvikling (heretter forkortet til FoU). Dersom lisensnekten forhindrer fremveksten av et nytt produkt, vil dette være et viktig moment som taler for at det foreligger særlige omstendigheter. I punkt 5.2 ser jeg derfor nærmere på den situasjonen at det dominerende foretaket påberoper seg at det ønsker å bringe det nye produktet på markedet selv. Det kan tenkes at lisensforespørderen er en uegnet kontraktspart. Hvorvidt dette utgjør en objektiv begrunnelse tar jeg opp i punkt 5.3. I punkt 5.4 vurderer jeg om det kan utgjøre en objektiv begrunnelse at det dominerende foretaket ønsker å verne om offentlige interesser.

2 Reelle hensyn bak reglene om lisensnekt

2.1 Konkurransen gir effektiv utnyttelse av ressursene til fordel for forbrukerne

Konkurransen på markedet gir best mulig utnyttelse av de resurser som er til rådighet. Konkurransereglens formål blir således dels å realisere en gunstig slutttilstand - effektiv ressursbruk, og dels å opprettholde selve prosessen – hindre forbudt samarbeid og uønsket utnyttelse av markedsrett. Konkurranseretten er både en prosessforankret og formålsbestemt rettsdisiplin.¹⁶ Formålet om effektiv utnyttelse av ressursene er videre en slutttilstand som skal komme forbrukerne til gode.¹⁷

Effektivitet kan uttrykkes som en målsetning om å få maksimal verdi ut av de goder som settes i produksjon.¹⁸ I konkurranseretten er det vanlig å skille mellom statisk effektivitet, eller allokeringseffektivitet og dynamisk effektivitet.

¹⁶ Kolstad og Ryssdal, side 50.

¹⁷ Sml. avsnitt 4 i Kommisjonens diskusjonsnotat.

¹⁸ Kolstad og Ryssdal, side. 50.

2.2 Dynamisk effektivitet

I et dynamisk perspektiv innebærer en effektiv ressursbruk at det stadig må utvikles ny kunnskap, som skaper muligheter for å utnytte ressursene på nye og bedre måter.¹⁹ Det er særlig sprang i den tekniske utviklingen som skaper dynamisk effektivitet.

Dynamisk effektivitet får vi bare dersom mennesker er motivert til å investere tid og ressurser i FoU. Det er en felles målsetning for konkurranseretten og immaterialretten å skape insentiver til å investere i FoU.

Immaterielle rettigheter gir skaperen en økonomisk verdifull enerett til det han har skapt. Slike rettigheter stimulerer derfor til *å gjøre oppfinnelser og til å drive kreativ virksomhet*.²⁰ En tvangslisens vil kunne oppleves som et inngrep i denne belønningen, og dermed svekke det dominerende foretak sine insentiver til å investere i FoU.

På området for tekniske oppfinnelser skaper patentretten også insentiver til innovasjon. Med innovasjon forstås her praktisk tillempling av oppfinnelser slik at disse kommer til utnyttelse i kommersiell virksomhet, og blir tilgjengelige for forbrukerne. I denne teorien er ikke oppfinneren mest sentral, men de investorer som skal utvikle, produsere, markedsføre og distribuere produktene. Belønning gjennom en enerett er særlig viktig på områder hvor det er knyttet store utgifter og stor risiko til produktutviklingen, som for eksempel i legemiddelindustrien. En eksklusiv enerett er nødvendig for å gjøre prosjektet lønnsomt for investorene. Blir det dominerende foretaket i etterkant møtt med en tvangslisens fra konkurransemyndighetene, risikerer man at ingen vil investere i slike prosjekter.²¹

¹⁹ For en nærmere gjennomgang av hensynet til dynamisk effektivitet, se Kolstad og Ryssdal, side 68 flg.

²⁰ Stenvik, side 24. Videre henvisning til NU 1963:6 side 110 (den oppfinderske virksomhet (...) opmuntres og fremmes).

²¹ Stenvik, side 25 og O'Donoghue/Padille, side. 415-416.

Immaterielle rettigheter skaper substitusjonskonkurranse, som igjen skaper insentiver til å investere i FoU. På grunn av den immaterielle rettigheten kan ikke de andre foretakene imitere produktet til det dominerende foretaket. For å være med i konkurransen om forbrukernes gunst må konkurrentene derfor utvikle produkter som utgjør et bedre alternativ til den beskyttede teknologien. Dersom andre foretak kunne ha regnet med å få tilgang til det dominerende foretak sine immaterielle rettigheter, ville de ikke hatt insentiver til å bruke egne ressurser på forskning og utvikling av nye produkter. På bakgrunn av dette blir det gjerne sagt om immaterielle rettigheter at de *ekskluderer imitasjonskonkurranse, men fremmer substitusjonskonkurranse*.²²

En forutsetning for substitusjonskonkurranse er imidlertid at den immaterielle rettigheten ikke torpederer all konkurranse. Kommisjonen slutter seg til denne måten å betrakte forholdet mellom immaterielle rettigheter og konkurranse i sine retningslinjer for anvendelsen av artikkel 81 på avtaler om overføring av teknologi:

“Intellectual property rights promote dynamic competition by encouraging undertakings to invest in developing new or improved products and processes. So does competition by putting pressure on undertakings to innovate. Therefore, both intellectual property rights and competition are necessary to promote innovation and ensure a competitive exploitation thereof.”²³

Immaterielle rettigheter og konkurranse må altså gå hånd i hånd for å skape det høyeste nivå av dynamisk effektivitet. Det er imidlertid ikke alltid den immaterielle rettigheten legger til rette for dette. Dersom den immaterielle rettigheten gir for vid beskyttelse, kan dette stenge for substitusjonskonkurranse. I slike tilfeller taler hensynet til dynamisk effektivitet for å konkludere med misbruk i en sak om lisensnekt. Etter rettspraksis vil det

²² Sml. Ullrich, side 1250-1252.

²³ Commission Notice – Guidelines on the application of Art. 81 of the Treaty to technology transfer agreements; OJ EC 2004 No. C 101, side 2, avsnitt 7.

tale for at det foreligger særlige omstendigheter dersom lisensnekten forhindrer fremveksten av et nytt produkt. Dette gjenspeiler nettopp ønsket om at immaterielle rettigheter ikke skal stenge for substitusjonskonkurranse.

2.3 Statisk effektivitet

I et statisk perspektiv betyr en effektiv ressursbruk at man til enhver tid utnytter de tilgjengelige ressurser optimalt. Ressursene må allokere (ledes) dit de gjør best nytte for seg.²⁴ Konkurranselovgivningen bygger på den forutsetning at konkurranse er den mekanismen som på best mulig måte vil sørge for en slik allokeringseffektivitet. Når det er konkurranse på markedet, vil det lønne seg for tilbyderne å utnytte ressursene effektivt. Monopolløsningen vil derimot gi et effektivitetstap, da produsert volum vil bli redusert i forhold til frikonkurranseløsningen med høyere priser som resultat.²⁵

Lisensnekt stenger for konkurranse på det aktuelle produktmarked. Allokeringseffektiviteten blir dermed mindre. Ut i fra et statisk perspektiv skulle man derfor være tjent med å statuere misbruk i alle tilfeller av lisensnekt. På en annen side ligger det i systemet med immaterielle rettigheter allerede en avveining mellom hensynet til statisk effektivitet og hensynet til å skape insentiver til å drive forskning, utvikling og kreativ virksomhet. Derfor blir det feil å begrunne en konkurranserettslig tvangslisens utelukkende med behovet for statisk effektivitet.

Praksis viser at det som oftest er hensynet til å fremme substitusjonskonkurranse, og hensynet til den dynamiske effektivitet som begrunner en tvangslisens på bakgrunn av artikkel 82. Det har aldri blitt konkludert med misbruk i en sak hvor lisensforespøreren utelukkende ønsker å imitere produkter som det dominerende foretak har på markedet. Det kan imidlertid tenkes at substitusjonskonkurranse ikke er mulig, fordi den

²⁴ For en nærmere gjennomgang av økonomisk teori om allokeringseffektivitet, se Kolstad og Ryssdal, side 54 flg.

²⁵ Kolstad i kommentarer til konkurranseloven § 1 på rettsdata.no.

immaterielle rettigheten inngår i et produkt som er det eneste forbrukerne vil ha. Årsaken til dette kan være nettverkseffekter, eller at den immaterielle rettigheten inngår i et produkt som er blitt en industriell standard. En tvangslisens vil ikke kunne reetablere substitusjonskonkurransen i slike tilfeller. Her er det på sin plass å spørre om man gjennom en tvangslisens bør åpne for imitasjonskonkurranse.

2.4 Forholdet mellom EU-konkurranserett og medlemsstatenes immaterialrett

Det følger av EF-traktaten artikkel 295 at:

“This Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.”

EF-domstolen har tolket denne bestemmelsen slik at den også gjelder med hensyn til immaterielle rettigheter:

“(…) the existence of a right conferred by the legislation of a Member State in regard to the protection of artistic and intellectual property (...) cannot be affected by the provisions of the Treaty.”²⁶

For å bevege seg rundt artikkel 295 har EF-domstolen operert med et skille mellom *eksistensen* og *utøvelsen* av en immateriell rettighet.²⁷ Det er bare utøvelsen av en immateriell rettighet som kan representere et brudd på art. 82. Skillet mellom eksistens og utøvelse er et hjelpsomt verktøy for å omgå art. 295, men sier oss egentlig lite om hva som representerer et brudd på artikkel 82. EF-domstolen har derfor utviklet læren om essensielle funksjoner. Det essensielle ved en immateriell rettighet må reglene om fri bevegelse og konkurranse respektere.

²⁶ Coditel II, premiss 13.

²⁷ Se for eksempel IMS Health, premiss 67.

Læren om essensielle funksjoner forutsetter at de immaterielle rettighetene har et kjerneområde som er uavhengig av de nasjonale reglene. Hva som er den essensielle funksjonen til en immateriell rettighet blir et spørsmål for EF-domstolen. På denne måten innebærer læren om essensielle funksjoner en viss fellesskapsrettslig harmonisering av immaterialretten.

Læren om essensielle funksjoner forutsetter også at det *på forhånd* lar seg gjøre å stille opp et kjerneområde for de enkelte rettigheter hvor traktatens regler må stå tilbake. Immaterialretten og konkurranseretten har imidlertid en felles målsetning om å fremme dynamisk effektivitet. Hva som er den essensielle funksjonen, og når utøvelsen beveger seg uten for dette kjerneområdet, må derfor bero på en helhetsvurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende.²⁸

Flere kommentatorer er kritiske til at EF-domstolen gjør inngrep i nasjonale immaterielle rettigheter på grunn av konkurransemessige hensyn. Det blir hevdet at dersom den immaterielle rettigheten gir en så vid beskyttelse at den forhindrer substitusjonskonkurranse, eller skaper andre konkurransemessige problemer, bør dette løses gjennom en revisjon av reglene om immaterielle rettigheter, og ikke gjennom konkurranserettslige tvangslisenser.²⁹ Problemet med en slik angrepsmåte er at det er vanskelig å forutse alle konfliktsituasjoner. Det vil derfor være vanskelig å lage en uttømmende regulering hvor det blir tatt hensyn til alle de konkurranserettslige problemer som kan oppstå.

På bakgrunn av læren om essensielle funksjoner og rettspraksis for øvrig må det være klart at konkurransehensyn i et konkret tilfelle kan korrigere immaterialretten. Det er

²⁸ Sml. Schovbo, side 15.

²⁹ Schovsbo foreslår at spenningsforholdet mellom immaterialretten og konkurranseretten må løses gjennom en internalisering av de konkurranserettslige hensyn i den immaterialrettslige reguleringen. Når de konkurransemessige hensyn tas opp i den immaterialrettslige norm vil man kunne unngå at konflikter i det hele tatt oppstår. Se side 9-18

likevel bare *utøvelsen* i den konkrete saken som kan korrigeres. I vurderingen av lisensnekt som misbrukstype bør man derfor være varsom med å trekke frem argumenter som går i retning av en fullstendig revisjon av den nasjonale immaterialrettslovgivningen.

2.5 Kontraheringsfrihet

Alle systemer som bygger på markedsøkonomi anerkjenner retten til å selv velge hvem man vil inngå kontrakt med. Kontraheringsfrihet er en forutsetning for fri konkurranse, og dermed også for optimal allokering av ressurser. Lisensnekt er en utøvelse av denne retten til å selv velge sine forretningspartnere. Hensynet til kontraheringsfriheten må få betydning når det skal tas stilling til hva som utgjør en relevant objektiv begrunnelse i forhold til lisensnekt.³⁰

2.6 Forutberegnelighet

Forutberegnelighet er et fundamentalt prinsipp i EU retten.³¹ Det dominerende foretaket må kunne forutberegne når lisensnekt vil være et brudd på artikkel 82. Tar det dominerende foretak feil, kan bøtene bli enorme. Boten som Microsoft fikk for å ha nektet å gi konkurrentene tilgang til grensesnittinformasjon om sitt operativsystem, ble av Kommisjonen satt til ca. 497 millioner EUR.³² Hensynet til forutberegnelighet veier særlig tungt når overtredelser blir møtt med så strenge sanksjoner.

Usikkerhet om når den immaterielle rettigheten har vern mot konkurranserettslige inngrep vil kunne gjøre det mindre attraktivt å investere i FoU. Hensynet til dynamisk effektivitet taler derfor for at hensynet til forutberegnelighet må veie tungt.

³⁰ Se Kommisjonens diskusjonsnotat, avsnitt 207.

³¹ Se blant annet Kloppenberg, premiss 11.

3 Lisensnekt som misbrukstype

Artikkel 82 har ingen generell definisjon på hva som representerer misbruk av dominerende stilling. Bestemmelsen gir fire eksempler på atferd som kan utgjøre misbruk i bokstav a-d. Med hensyn til lisensnekt er det særlig bokstav b som er viktig. Det blir her slått fast at misbruk kan bestå i: “(...) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers”.

Nærmere veiledning for når lisensnekt representerer et misbruk må søkes i rettspraksis. Etter rettspraksis vil lisensnekt som sagt bare utgjøre et misbruk dersom det foreligger særlige omstendigheter.³³

Den 17. september i år ble Kommisjonens avgjørelse fra 2004 om at Microsoft hadde misbrukt sin dominerende stilling, opprettholdt av Førsteinstansen. Førsteinstansen oppsummerte innholdet i kravet om særlige omstendigheter i premiss 332-333. Lisensnekten må for det første relatere seg til et produkt eller en tjeneste som er *nødvendig* for en bestemt type produksjon på et avledet marked. For det andre må lisensnekten *utelukke enhver effektiv konkurranse* på det avledede markedet. For det tredje må lisensnekten forhindre fremveksten av et *nytt produkt*, som det er en *ikke-tilfredsstilt etterspørsel* etter.

Et av de få eksemplene vi har på saker om lisensnekt er Magill. TV-selskapene i Irland og Nord-Irland hadde opphavsrettslig beskyttelse til informasjon om de programmene som skulle sendes. De ga ut hvert sitt blad med oversikt over ukens program på stasjonen. Magill ønsket å gi ut et ukentlig TV-programblad med en samlet oversikt over alle TV-stasjonenes sendinger. TV-selskapene nektet imidlertid å gi Magill lisens på informasjonen om programmene. Den beskyttede informasjonen var nødvendig for å kunne gi ut et ukentlig TV-programblad. Lisensnekten forhindret dermed fremveksten av et nytt produkt. Lisensnekten medførte dessuten at TV-selskapene forbeholdt et avledet og potensielt marked for ukentlige TV-programblad for seg selv, og dermed utelukket

³³ Magill, premiss 50 og IMS Health, premiss 67.

enhver konkurranse på dette markedet. Kravet om særlige omstendigheter var oppfylt. Det forelå ingen objektiv begrunnelse for atferden, og EF-domstolen konkluderte derfor med at lisensnekten representerte et misbruk.

EF-domstolen sin avgjørelse i Magill etterlot en usikkerhet med hensyn til hvor unikt et produkt må være for at kravet om nytt produkt skal være oppfylt. I IMS Health-saken fra 2001 ble selskapet NDC Health nektet lisens på 1860 blokkstrukturen til IMS Health som ble benyttet til innsamling av salgsdata i farmasibransjen. Det ble uttalt at lisensnekt bare utgjør et misbruk dersom:

“(…) the undertaking which requested the license does not intend to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on the secondary market by the owner of the intellectual property right, but *intends to produce new goods or services not offered by the owner of the right and for which there is a potential consumer demand.*”³⁴

I Microsoft synes Førsteinstansen å bevege seg bort fra en vurdering utelukkende basert på hvor nytt produktet er. Førsteinstansen gjør det klart av kravet om nytt produkt springer ut i fra EF-traktaten artikkel 82 b som forbyr ” (...)limiting production, markets or technical developments to the (...) prejudice of consumers”.³⁵ Magill og IMS Health kunne derfor ikke gi uttømmende uttrykk for når vilkåret om nytt produkt var oppfylt. Begrensninger i den teknologiske utviklingen til skade for forbrukerne var også tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret.³⁶

I oppsummeringen av kravet til særlige omstendigheter som blir foretatt i Microsoft, blir det uttalt at de nevnte omstendighetene ” in particular” måtte anses for å være særlige. En naturlig forståelse av ”in particular” er at tidligere praksis bare gir eksempler på når

³⁴ IMS Health, premiss 49. Min utheving.

³⁵ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 643.

³⁶ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 647.

vilkåret er oppfylt. Legges en slik forståelse til grunn, vil lisensnekt kunne representere et misbruk selv om den ikke forhindrer fremveksten av et nytt produkt.

Substitusjonskonkurransen kan være avskåret av andre årsaker enn den immaterielle rettighetens omfang. Dette vil være tilfellet hvor den immaterielle rettigheten inngår i et produkt som er det eneste forbrukerne ønsker å kjøpe. Årsaken til forbrukernes ”lojalitet” kan være nettverkseffekter, eller at den immaterielle rettigheten inngår i et produkt som er en industriell standard.³⁷ Forbrukerne ønsker ikke et alternativt produkt, uansett hvor mye bedre og avansert det måtte være. Tvangslisens vil derfor ikke kunne reetablere substitusjonskonkurransen. Selv om lisensnekten ikke forhindrer fremveksten av et nytt produkt, er det naturlig å spørre om man bør statuere misbruk og åpne for tvangslisens. Den immaterielle rettigheten skal gi et grunnlag for substitusjonskonkurransen. Når forbrukerne ikke får nytte godt av substitusjonskonkurransen, bør det kanskje åpnes for imitasjonskonkurransen slik at produksjonsnivået går opp og prisene ned.

I den tyske høyesterettsavgjørelsen, ”Standard tight-head drum, angrep man en standardiseringssak ved å spørre om det burde gis tvangslisens for å sikre imitasjonskonkurransen”.³⁸ Den kjemiske industrien hadde blitt enig om at en spesiell type tønner skulle være standard ved frakt av kjemisk avfall. Produsenten som hadde rettighetene til de tekniske spesifikasjonene for tønner ble pålagt å gi lisens for å ikke forhindre imitasjonskonkurransen. Teoretikere hevder at EF-domstolen burde ha angrepet IMS Health-saken på en tilsvarende måte.³⁹ På forespørsel fra den tyske domstolen skulle EF-domstolen klargjøre når en lisensnekt ville representere et brudd på artikkel 82. Substitusjonskonkurransen var avskåret i IMS Health fordi den beskyttede 1860-blokkstrukturen som IMS Health benyttet til innsamling av salgsdata, nærmest var blitt

³⁷ Med nettverkseffekter menes den situasjon at jo flere som benytter seg av produktet jo mer øker produktet i verdi.

³⁸ Avgjørelsen er oversatt til engelsk i International review of intellectual property and competition law 2005, side 741 flg.

³⁹ Drexl, side 660-661.

en industriell standard. Når NDC ville ta opp konkurranse med IMS Health om viderefremføring av salgsdata, var det umulig uten å bruke blokkstrukturen til IMS Health. Det var ikke noe problem for NDC å lage et substitutt til denne blokkstrukturen. Problemet var at ingen av kundene ville benytte seg av denne. Alle benyttet blokkstrukturen til IMS Health, og det ville koste for mye å bytte. Isteden for å spørre om man her burde åpne for imitasjonskonkurranse, fulgte EF-domstolen den tradisjonelle linje, og uttalte at det var et vilkår at lisensnekten forhindret fremveksten av et nytt produkt.⁴⁰

Verken Kommisjonen, Førsteinstansen eller EF-domstolen har vurdert om det bør åpnes for imitasjonskonkurranse hvor en tvangslisens ikke vil kunne reetablere substitusjonskonkurranse. Spørsmålet må betraktes som uavklart.

4 Presentasjon av læren om objektiv begrunnelse

Læren om objektive begrunnelser er domstolskapt, og gjelder med hensyn til alle misbrukstyper. Hva som utgjør en objektiv begrunnelse, vil imidlertid i noen grad variere fra misbrukstype til misbrukstype.

Objektive begrunnelser er forsvarsargumenter for det dominerende foretaket i misbruksvurderingen.⁴¹ Det er med andre ord ikke snakk om unntaksregler. Foreligger det særlige omstendigheter, vil lisensnekt likevel ikke representerer et misbruk, dersom atferden er objektivt begrunnet.

⁴⁰ IMS Health, premiss 48-50.

⁴¹ Jfr. Loewental, side 458. I sin analyse viser han til Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i GlaxoSmithKline, avsnitt 72, Generaladvokat Kirschner i Tetra Pak I, avsnitt 21 og Ahmed Saahed, avsnitt 32.

På bakgrunn av rettspraksis kan objektive begrunnelser deles inn i tre hovedkategorier.⁴² For det første kan det dominerende foretaket argumentere med at atferden representerer en legitim forretningsførsel. Det dominerende foretaket må kunne ivareta sine egne kommersielle interesser. For det andre kan det dominerende foretaket argumentere med at atferden fremmer en legitim offentlig interesse. En tredje type objektive begrunnelser er det såkalte effektivitetsforsvaret. Det dominerende foretaket kan argumentere med at den aktuelle atferden produserer effektivitetsgevinster som veier opp for den negative effekten som atferden har på konkurransen. En slik kategorisering av mulige objektive begrunnelser er imidlertid av liten rettslig verdi. Man kan ikke trekke juridiske slutninger fra det faktum at et forsvarsargument faller inn under en av kategoriene. Hvorvidt et forsvarsargument utgjør en relevant objektiv begrunnelse, må avgjøres på bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet.

En relevant objektiv begrunnelse fører ikke automatisk til en negativ konklusjon på misbruksspørsmålet. Det er ytterligere vurderinger som må foretas.

Atferden til det dominerende foretaket må være formålsmessig.⁴³ Det dominerende foretak kan for eksempel påvise at lisensforespørderen er en dårlig kontraktsmotpart. Den objektive begrunnelsen spiller imidlertid ingen rolle dersom hensikten med å nekte å gi lisens faktisk er å begrense konkurransen i strid med artikkel 82.⁴⁴ Med hensyn til effektivitetsforsvaret er det naturlig å si at vurderingen av formålsmessighet faller sammen med vurderingen av om atferden faktisk fører med seg effektivitetsgevinster. Atferd som har til hensikt å begrense konkurransen er i utgangspunktet ikke formålsmessig, men dersom den faktisk fører til effektivitetsgevinster, er den det.

⁴² Jfr. Lowe, side 170.

⁴³ Se Loewental, side 464.

⁴⁴ Se BBI/Boosey & Hawkes premiss 19.

Videre er det et krav at atferden er nødvendig for å oppnå det legitime formålet.⁴⁵ Det dominerende foretaket kan for eksempel frykte at en konkurrent lager et dårlig eller farlig produkt. Det dominerende foretaket ønsker å beskytte forbrukerne mot produktet og stenger derfor konkurrenten ute fra markedet. Her er ikke kravet om nødvendighet oppfylt. Det dominerende foretaket burde i stedet ha varslet kompetent myndighet, slik at den kunne ha grepet inn og forhindre at det farlige eller dårlige produktet ble solgt på markedet.⁴⁶

Den objektive begrunnelsen må også være forholdsmessig.⁴⁷ Med hensyn til saker om lisensnekt må det foretas en avveining mellom på den ene siden hensyn som den objektive begrunnelsen skal ivareta, og på den andre siden de særlige omstendighetene.⁴⁸

Til tross for at objektive begrunnelser er forsvarsargumenter *i misbruksvurderingen*, har det dominerende foretaket bevisbyrden for at det foreligger en relevant objektiv begrunnelse. Det er imidlertid opp til Kommisjonen å vise at den objektive begrunnelsen ikke er forholdsmessig dersom den vil konkludere med at det foreligger et misbruk.⁴⁹

⁴⁵ Se Østerud, side 39-44.

⁴⁶ Jfr. Hilti (førsteinstansen), premiss 118. Kommisjonen uttaler i sitt diskusjonsnotat at den i forhold til objektive begrunnelser om å verne forbrukerne vil: "apply strictly the condition of indispensability".

⁴⁷ Se Whish, side 207: "In order to distinguish abusive behaviour caught by Article 82 from legitimate behaviour outside it, The Community Courts and Commission will use two tools – objective justification and proportionality – as a way of distinguishing legitimate commercial behaviour from conduct which is within the mischief of Article 82."

⁴⁸ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 709.

⁴⁹ Jfr. Microsoft (Førsteinstansen), premiss 688.

5 Objektive begrunnelser i forhold til lisensnekt

5.1 Tvangslisens vil svekke det dominerende foretakets insentiver til å investere i forskning og utvikling

5.1.1 Er det en relevant objektiv begrunnelse at en tvangslisens vil svekke det dominerende foretakets insentiver til å investere i forskning og utvikling?

Førsteinstansen opprettholdt 17.september i år Kommisjonen sin avgjørelse fra 2004 om at Microsoft hadde misbrukt sin dominerende stilling. Avgjørelsen er mest sannsynlig endelig. Microsoft har gitt signaler om at de ikke kommer til å anke avgjørelsen inn for EF-domstolen.⁵⁰ Microsoft-saken tar opp behovet for å ivareta det dominerende foretakets insentiver til å investere i FoU.

Bakgrunnen for saken var at Microsoft i lengre tid hadde nektet selskaper, som blant annet SUN, Linux og Novell, tilgang til grensesnittinformasjon om operativsystemet Windows for PCer. Et slikt operativsystem kan folkelig beskrives som hjernen i den enkelte PC. På dette produktmarkedet har Microsoft tilnærmet monopol (over 90 % siden 2000) og Windows blir beskrevet som en ”de facto standard”.⁵¹ Konkurrentene ønsket tilgang til grensesnittinformasjonen slik at de kunne tilby et operativsystem for arbeidsgruppeservere (workgroup server operating system) som hadde optimal interoperabilitet med Windows. Med interoperabilitet menes den evnen to eller flere systemer har til å utveksle informasjon og til å nyttiggjøre seg informasjonen som er utvekslet.⁵² Operativsystemer for arbeidsgruppeservere gjør det mulig for flere PCer å ”kommunisere”, slik at de kan dele for eksempel filer og printertjenester. Det er naturlig at kjøperne velger et operativsystem for arbeidsgruppeservere som har optimal interoperabilitet med det operativsystemet som er installert på de enkelte PCer – som i de fleste tilfeller nettopp vil være Windows. Manglende mulighet for optimal

⁵⁰ Se blant annet http://www.channelregister.co.uk/2007/10/22/microsoft_europe_agreement/

⁵¹ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 32-33.

⁵² Sml. avsnitt 12 i forordet til rådsdirektiv av 14. mai 1991 om rettslig vern av datamaskinprogrammer (91/250/EØF).

interoperabilitet med Windows medførte derfor at Microsofts konkurrenter på markedet for operativsystemer for arbeidsgruppeservere ikke var særlig konkurransedyktige.⁵³

Både Kommisjonen og Førsteinstansen konkluderte i sine avgjørelser med at det forelå særlige omstendigheter.

Lisensnekten forhindret fremveksten av et nytt produkt.⁵⁴ Ved å nekte konkurrentene tilgang til grensesnittinformasjonen begrenset Microsoft den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne, jfr. EF-traktaten artikkel 82, bokstav b. På grunn av behovet for interoperabilitet ble forbrukerne stengt inne i en homogen Windows-løsning.⁵⁵ Begrensningen på forbrukernes valgmuligheter var alvorlig. Undersøkelser viste nemlig at forbrukerne, dersom man så bort i fra problemene knyttet til interoperabilitet, foretrakk operativsystemer for arbeidsgruppeservere fra andre produsenter.⁵⁶ Manglende interoperabilitet førte dessuten til en svekkelse av konkurrentenes insentiver til å utvikle nye innovative løsninger på markedet for operativsystemer for arbeidsgruppeservere.⁵⁷ Så lenge det ikke var mulig å oppnå interoperabilitet med Windows, ville man med andre ord aldri oppnå ideell substitusjonskonkurranse på det komplementære markedet

Microsoft anførte til sitt forsvar at:

“The objective justification for Microsoft’s refusal to disclose its intellectual property rights is self-evident: those rights are meant to protect the outcome of billions of dollars of R&D investments in software features, functions and technologies. This is the essence of intellectual property right protection.

⁵³ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 651.

⁵⁴ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 665.

⁵⁵ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 650.

⁵⁶ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 652.

⁵⁷ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 653.

Disclosure would negate that protection and eliminate future incentives to invest in the creation of more intellectual property.”⁵⁸

Kommisjonen slo først fast det selvfølgelige. Microsofts interesse i en eksklusiv utøvelse av den immaterielle rettigheten kunne ikke i seg selv være en objektiv begrunnelse når vilkåret om særlige omstendigheter var oppfylt. Kommisjonen uttaler deretter at:

“It is therefore necessary to assess whether Microsoft’s argument regarding its incentives to innovate outweigh these exceptional circumstances”.⁵⁹

Verken Kommisjonen eller Førsteinstansen kom frem til at atferden var objektiv begrunnet.⁶⁰ Avgjørelsene viser likevel at det kan utgjøre en relevant objektiv begrunnelse at en tvangslisens kan svekke det dominerende foretaket sine insentiver til å innovere.

5.1.2 Hvilken metode blir anvendt i Microsoft for å avgjøre om den objektive begrunnelsen er relevant?

Tvangslisens kan virke både positivt og negativt på det dominerende foretak og konkurrentene sine insentiver. Kommisjonen sin avgjørelse er blitt forstått slik at den objektive begrunnelsen om at en tvangslisens ville svekke Microsofts insentiver til å innovere, ikke var relevant. Den var ikke relevant fordi den ikke bestod det som i ettertid er blitt kalt insentivbalansetesten (the incentives balance test).⁶¹

Denne forståelsen av Kommisjonens avgjørelse bygger på en uttalelse i avsnitt 783:

⁵⁸ Microsoft (Kommisjonen), premiss 709.

⁵⁹ Microsoft (Kommisjonen), premiss 712.

⁶⁰ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 711, Microsoft (Kommisjonen), premiss 783

⁶¹ Se for eksempel Geradin, side 1541-1542 og Vezzoso, side 382-390.

”(...) a detailed examination of the scope of the disclosure at stake leads to the conclusion that, on balance, the possible negative impact of an order to supply on Microsoft’s incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft).“

Uttalelsen *er* naturlig å forstå slik at Kommisjonens avvisning av den objektive begrunnelse bygger på en slags insentivbalansetest. Den negative effekten som en tvangslisens kan ha på det dominerende foretakets insentiver til å innovere, må veie tyngre enn den positive effekten som en tvangslisens kan ha på innovasjonsnivået i hele industrien samlet sett.

Førsteinstansen avviser på sin side at Kommisjonen har anvendt en balansetest.⁶² I henhold til Førsteinstansen må setningen i avsnitt 783 leses i sammenheng med resten av avgjørelsen. Særlig siste setning i avsnitt 783 og avsnitt 712 i Kommisjonens avgjørelse er av sentral betydning.⁶³

Siste setning i premiss 783 har følgende ordlyd:

“As such, the need to protect Microsoft’s incentives to innovate cannot constitute an objective justification that would *offset the exceptional circumstances identified.*”⁶⁴

Premiss 712 lyder:

“It is therefore necessary to assess whether Microsoft’s arguments regarding its incentives to innovate *outweigh these exceptional circumstances.*”⁶⁵

⁶² Microsoft (Førsteinstansen), premiss 704.

⁶³ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 707 og 708.

⁶⁴ Min utheving.

⁶⁵ Min utheving.

Når uttalelsen i premiss 783 leses i sammenheng med blant annet disse to uttalelsene, blir det etter Førsteinstansens mening klart at metoden til Kommisjonen ikke representerer en slik ny insentivbalansetest. Førsteinstansen beskriver Kommisjonens metode i premiss 709:

“(…)the Commission, after establishing that the exceptional circumstances identified by the Court of Justice in *Magill* and *IMS Health*, paragraph 107 above, were present in this case, then proceeded to consider whether the justification put forward by Microsoft, on the basis of the alleged impact on its incentives to innovate, *might prevail over those exceptional circumstances*, including the circumstance that the refusal at issue limited technical development to the prejudice of consumers within the meaning of Article 82(b) EC.”⁶⁶

Avveiningen som omtales i avsnitt 783 er altså ikke en *insentivbalansetest*. Avveiningen som må foretas er mellom hensynet til å ivareta Microsofts insentiver på den ene siden og hensynet til de foreliggende særlige omstendigheter på den andre siden. Dette er i samsvar med kravet om at den objektive begrunnelsen må være forholdsmessig.⁶⁷ Microsoft kan dermed ikke tas til inntekt for at den objektive begrunnelsen må bestå en insentivbalansetest for å være relevant.

Metoden for å avgjøre når den objektive begrunnelsen fører til en negativ konklusjon på misbruksspørsmålet, kan utledes av premiss 709 sammenholdt med Kommisjonens faktiske fremgangsmåte. Først må det avgjøres om tvangslisensen faktisk svekker det dominerende foretakets insentiver til å investere i FoU. Bare da er den påståtte objektive begrunnelse relevant. Denne vurderingen gjør Kommisjonen i punkt 5.3.1.4.1. Deretter må det avgjøres om hensynet til det dominerende foretakets insentiver til å investere i FoU veier tyngre enn de særlige omstendighetene som foreligger i saken. Dersom svaret

⁶⁶ Min utheving.

⁶⁷ Se ovenfor, kapittel 3.

er ja på begge spørsmål, fører den objektive begrunnelsen til at det må konkluderes negativt på misbruksspørsmålet.

I likhet med insentivbalansetesten, innebærer denne metoden at det må foretas en avveining av den negative og positive effekten som en tvangslisensen vil ha på det dominerende foretak og konkurrentenes insentiver. Forskjellen er at avveiningen skjer i to runder.

I første runde skal det tas stilling til om tvangslisensen faktisk svekker det dominerende foretakets insentiver til å innovere. En slik vurdering må i henhold til Kommisjonen:

” (...) be conducted *in comparison to* the alternative situation where Microsoft’s anti-competitive behaviour remains unfettered”.⁶⁸

Tvangslisensens negative effekt på insentivene til det dominerende foretak må sammenlignes med den negative effekten som et marked med begrenset konkurranse vil ha på insentivene.

Runde to er forholdsmessighetsvurderingen. Her må hensynet til å ivareta det dominerende foretakets insentiver til å innovere veies mot de særlige omstendighetene. I vurderingen av om det foreligger særlige omstendigheter er det et viktig moment at lisensnekten begrenser den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne.⁶⁹ Det er en svekkelse av de konkurrerende foretaks insentiver til å innovere som medfører at lisensnekten begrenser den tekniske utviklingen til skade for forbrukerne. I forholdsmessighetsvurderingen vil derfor hensynet til å ivareta det dominerende foretakets insentiver bli veid mot hensynet til å fremme substitusjonskonkurransen som vil ha en positiv innvirkning på konkurrentenes insentiver.

⁶⁸ Microsoft (Kommisjonen), premiss 724. Min utheving.

⁶⁹ Se ovenfor.

Etter min mening vil denne fremgangsmåten i realiteten være svært lik den såkalte insentivbalansetesten. Formålet er felles; å komme frem til et resultat som i størst grad ivaretar det dominerende foretakets og konkurrentenes insentiver til å innovere. Slik skapes størst mulig grad av dynamisk effektivitet. Dette formålet vil styre vurderingene enten man foretar avveiningen av insentiver i en eller to runder.

I Microsoft ble det ikke foretatt noen forholdsmessighetsvurdering. Grunnen til dette var at Kommisjonen konkluderte med at den objektive begrunnelsen ikke var relevant. Et pålegg om å avsløre grensesnittinformasjonen ville ikke medføre fare for at konkurrentene kunne kopiere Microsofts produkter.⁷⁰ Imiteringen av grensesnittinformasjonen kunne heller ikke svekke Microsofts insentiver.⁷¹ Deling av grensesnittinformasjonen var dessuten en nødvendig forutsetning for å få substitusjonskonkurranse på markedet. Et marked uten substitusjonskonkurranse kunne ha svært negativ effekt på Microsofts insentiver til å innovere.⁷² Kommisjonen konkluderte derfor allerede i premiss 729 med at:

“In conclusion, it is dubious whether an order to supply in this case would have any negative impact on Microsoft’s incentives to innovate. Microsoft’s justification based on its incentives to innovate must therefore be rejected.”

Det er på denne bakgrunn man må lese uttalelsen til Førsteinstansen i premiss 710. Førsteinstansen uttaler at Kommisjonen:

”came to a negative conclusion but not by balancing the negative impact which the imposition of a requirement to supply the information at issue might have on Microsoft’s incentives to innovate against the positive impact of that obligation on innovation in the industry as a whole, but after refuting Microsoft’s arguments

⁷⁰ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 722.

⁷¹ Microsoft (Førsteinstansen), premiss 726-727.

⁷² Microsoft (Førsteinstansen), premiss 725.

relating to the fear that its products might be cloned (recitals 713 to 729 to the contested decision), establishing that the disclosure of interoperability was widespread in the industry concerned (recitals 730 to 735 to the contested decision) and showing that IBM's commitment to the Commission in 1984 was not substantially different from what Microsoft was ordered to do in the contested decision (recitals 736 to 742 to the contested decision) and that its approach was consistent with Directive 91/250 (recitals 743 to 763 to the contested decision).”

5.1.3 Relevante momenter i vurderingen av om tvangslisensen faktisk svekker det dominerende foretakets insentiver til å innovere

5.1.3.1 Store investeringer bak den immaterielle rettigheten

Den økonomiske verdien som ligger i eneretten til en nyskaping skal som nevnt fungere som en belønning for den som investerer tid og ressurser i FoU. Dersom det dominerende foretaket ikke får den belønningen det hadde regnet med, vil en tvangslisens kunne svekke det dominerende foretakets insentiver til å gjøre slike investeringer. Dette taler for at det bør være et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.

Microsofts anførsel om objektiv begrunnelse var nettopp knyttet til en påstand om at det lå store investeringer bak den immaterielle rettigheten.⁷³ Kommisjonen tar ikke stilling til anførselen om store investeringer. Bakgrunnen for dette var imidlertid ikke at Kommisjonen fant momentet irrelevant. En annen omstendighet eliminerte muligheten for at en tvangslisens ville svekke Microsofts insentiver til å innovere. Grensesnittinformasjonen var nødvendig for interoperabilitet mellom Microsofts egne produkter, og interoperabilitet med flest mulige produkter på markedet ville øke verdien av produktene til Microsoft. Derfor ville Microsoft ha gjort de nødvendige investeringene i grensesnittinformasjonen, selv om de på tidspunktet for investeringene hadde visst at de

⁷³ Microsoft (Kommisjonen), premiss 709.

på et senere ville bli pålagt å dele informasjonen med konkurrenter.⁷⁴ Verken Kommisjonen eller Førsteinstansen avviser at det vil være et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten. Hadde Kommisjonen eller Førsteinstansen ment at momentet ikke var relevant, må det antas at dette ville vært sagt uttrykkelig. Microsoft-avgjørelsen taler for at det må være et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.

Kommisjonens diskusjonsnotat anerkjenner også argumentet om at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten. I avsnitt 235 uttaler Kommisjonen at:

“In the assessment of a refusal to supply it must also be kept in mind that the indispensable input, be it a raw material, an essential facility or an intellectual property right, often is the result of *substantial investments entailing significant risks*.⁷⁵ In order to maintain incentives to invest and innovate, the dominant firm must not be unduly restricted in the exploitation of valuable results of the investment. For these reasons the dominant firm should normally be free to seek compensation for successful projects that is sufficient to maintain investment incentives, taking the risk of failed projects into account”

I Avsnitt 236 bygger Kommisjonen videre på dette resonnementet:

”The circumstances in which a refusal to supply by a dominant company may be abusive are therefore more likely to be present when it is likely that the investments that have led to the existence of the indispensable input would have been made even if the investor had known that it would have a duty to supply.“

I henhold til Kommisjonen (avsnitt 236) ville det dominerende foretaket ha investert i innovasjonen, selv om det visste at det hadde en plikt til å lisensiere, når investeringen

⁷⁴ Microsoft (Kommisjonen), premiss 726-727.

⁷⁵ Min utheving.

ikke har vært ”particularly significant”. Diskusjonsnotatet taler for at det er et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.

Dårlig forutberegnlighet kan tale imot at store investeringer bør være et relevant moment. I henhold til diskusjonsnotatet vil en tvangslisens føre til en svekkelse av insentivene til å investere i FoU først når den immaterielle rettigheten er et resultat av: ”substantial investments entailing significant risks”. Det vil være vanskelig for det dominerende foretaket å avgjøre i forkant av prosjektet om deres investeringer er tilstrekkelige til å kunne fungere som et tungtveiende argument mot tvangslisensen i etterkant. Forutberegnlighet har vekt i kraft av å være en viktig rettsikkerhetsgaranti. Dårlig forutberegnlighet kan også medføre at dominerende foretak avstår fra å investere i FoU selv i tilfeller hvor det etter Kommisjonens vurdering ikke ville vært aktuelt å gi pålegg om å lisensiere. Svekket forutberegnlighet vil altså i seg selv kunne ha en kjølede effekt på insentivene til å investere.⁷⁶

Microsoft-avgjørelsen og Kommisjonens diskusjonsnotat er kritisert nettopp fordi det er vanskelig for det dominerende foretaket å forutberegne når behovet for å verne om deres insentiver til å innovere er tilstrekkelig tungtveiende.⁷⁷ Dette styrker vekten av argumentet om svekket forutberegnlighet.

Dårlig forutberegnlighet er ikke et argument som taler imot at store investeringer skal være et relevant moment. Store investeringer som et relevant argument i misbruksvurderinger er jo til fordel for det dominerende foretaket. At regelen skaper dårlig forutberegnlighet er et angrep på hvordan problemet løses. Alternativet er å verne om det dominerende foretak sine insentiver ved å ha en klar linje på at lisensnekt aldri kan representere misbruk av dominerende stilling i strid med artikkel 82. Dette vil klart være i strid med gjeldende rett. Derfor reduseres vekten av argumentet om at momentet om store investeringer svekker forutberegnligheten.

⁷⁶ Slik også Killick, side 44 og Glazer, side 1212

⁷⁷ Se blant annet Killick, side 38, Glazer, side 1212 og Geradin, side 1542.

Det er ikke mulig å unngå at det må foretas skjønnsmessige vurderinger dersom man, til fordel for det dominerende foretaket, skal ta hensyn til behovet for å verne om insentivene til å innovere. Vurderingstema som ”substantial investments entailing significant risks” og lignende gir ikke uttrykk for en større vaghet enn det som vil følge av den obligatoriske forholdsmessighetsvurderingen.⁷⁸ Størrelsen på investeringene vil nødvendigvis være et moment i den forholdsmessighetsvurderingen som må gjøres. Vi kan ikke avskjære et system med objektive begrunnelser bare fordi det må foretas skjønnsmessige vurderinger. Skjønnsmessige vurderinger gjør det mulig å komme frem til rimelige løsninger fremfor å ha stivbente regler som i det konkrete tilfellet kan slå uheldig ut.⁷⁹

Dessuten vil det være mulig å presisere ytterligere hva som ligger i vurderingstemaet gjennom retningslinjer fra Kommisjonen. Hvor forutberegnligheten er dårlig, har Kommisjonen ved flere anledninger laget retningslinjer for hvordan den i fremtidige saker vil anvende konkurransereglene. I fusjonssaker har Kommisjonen blant annet kommet med retningslinjer for hvordan horisontale fusjoner skal bedømmes under artikkel 81. Diskusjonsnotatet er det første skrittet på veien i Kommisjonen sitt arbeid med å lage retningslinjer for anvendelsen av artikkel 82. I det videre arbeidet har Kommisjonen anledning til å gi en presisering av hva den mener representerer ”substantial investments entailing significant risks”. Slik kan man ha en adgang til å åpne for tvangslisenser hvor dette er nødvendig ut i fra konkurransemessige hensyn, og samtidig sørge for at dominerende foretak kan forutberegne sin rettstilstand.

⁷⁸ Generelt om forholdsmessighetsvurderingen, se punkt 3.3

⁷⁹ Craig & deBurca, side 1030:”It is for these reasons that the Court has developed the concepts of objective justification and proportionality in order to provide some flexibility in what would otherwise be too draconian an application of Article 82.”

Dersom størrelsen på de investeringer som ligger bak den immaterielle rettigheten trekkes inn i misbruksvurderingen, vil dette kunne by på store bevismessige utfordringer.

⁸⁰ Det er ikke alltid mulig å identifisere og verifisere et foretaks investeringer i FoU.

Selv om det likevel skulle la seg gjøre å identifisere og verifisere *det totale forskningsbudsjettet*, er ikke dette tilstrekkelig informasjon for å kunne foreta en fullverdig vurdering. To tilleggsproblemer oppstår. For det første er det ikke sikkert at et foretaks investeringer i FoU kan føres tilbake til én bestemt innovasjon. Særlig gjelder dette dersom foretaket er stort og har en veldifferensiert portefølje med forskningsprosjekter. For det andre er det ikke sikkert at de investeringene som er gjort i direkte tilknytning til nyskapningen, reflekterer hvor vanskelig det har vært å få til innovasjonen. Kanskje bygger den endelige innovasjonen på tidligere mislykkede forsøk. I vurderingen av hvor store investeringer som ligger bak den immaterielle rettigheten bør det tas hensyn til slike ugjenkallelige kostnader (sunk costs). Det kan imidlertid være svært vanskelig å avgjøre hvilke kostnader som er relevante i forhold til den endelige innovasjonen.

Det er ikke sikkert det er mulig å løse problemene med å kartlegge FoU-utgiftene. Da vil en regel som justerer vernet for den immaterielle rettigheten etter størrelsen på investeringene i FoU, medføre en utilsiktet favorisering av store foretak. Disse har store forskningsbudsjetter, og kan i større grad hevde at deres investeringer i FoU relaterer seg til den innovasjonen det tvistes om. Innovasjonen kan kamufleres som et resultat av store investeringer for at det dominerende foretak skal oppnå et tilsvarende sterkt vern for sin immaterielle rettighet. Dominerende foretak som på tidspunktet for innovasjonen var små, vil naturligvis ikke kunne vise til slike store forskningsbudsjett. Små foretak som har suksess, og blir dominerende på markedet, blir derfor møtt med et svakere vern for sine immaterielle rettigheter. Dersom det tas hensyn til størrelsen på investeringene, vil dette kunne skape insentiver til at FoU forbeholdes store konsern. Dette til tross for at det i henhold til økonomisk teori ofte kan være mer effektivt at FoU skjer i mindre foretak.

⁸⁰ Slik også Kolstad og Ryssdal, side 587, og Ahlborn m.fl., side 53.

Problemene knyttet til bevisvurderingen taler derfor imot at det er et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.⁸¹

På en annen side er det mulig å løse de bevismessige problemene. Man kan se på det generelle investeringsnivået innenfor den aktuelle bransjen, istedenfor å se på de spesifikke investeringene bak den immaterielle rettigheten. Empiriske undersøkelser, erfaring eller logikk kan tilsi at investeringsnivået innebærer at tvangslisenser vil svekke det dominerende foretaket sine insentiver mer enn det styrker dem. Da bør størrelsen på FoU-investeringene tillegges vekt i vurderingen.⁸² Dermed svekkes heller ikke små foretak sine insentiver til å investere i FoU. En ytterligere fordel med et mer objektivt vurderingstema er at reglene blir mer forutberegnlige. På denne bakgrunn må det være klart at vi ikke kan avvise store investeringer som et relevant moment på grunn av bevismessige problemer.

Reelle hensyn bak systemet med immaterielle rettigheter kan tale imot at store investeringer bør være et relevant moment.⁸³ Den immaterielle rettigheten er ikke ment å skulle beskytte investeringene som sådan, men innovasjonen eller det kreative produktet. Det er ikke den immaterielle rettigheten som ”betaler” investorene, men forbrukere som kjøper produktene som den immaterielle rettigheten inngår i. Immaterielle rettigheter skal skape insentiver til å investere fordi det ligger et økonomisk potensial i eneretten, men garanterer ingen kompensasjon for de investeringene som er gjort. De reelle hensyn bak systemet med immaterielle rettigheter taler derfor imot at det er et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.

På en annen side vil alle inngrep som gjøres i det økonomiske potensialet som ligger i en enerett, svekke belønningen for det foretak som har gjort oppfinnelsen. Virkningene på

⁸¹ Geradin m.fl., side53-54.

⁸² Se O'Donoghue/Padilla,side 453. Han nevner legemiddelindustrien som et eksempel på en bransje hvor tvangslisenser trolig vil gjøre mer vondt enn godt. Se også Kolstad og Ryssdal side 587.

⁸³ Drexl m.fl. side 20.

det dominerende foretakets insentiver vil trolig være mer alvorlige jo større investeringer som ligger bak den immaterielle rettigheten. Momentet om store investeringer bør derfor likevel være relevant.

Microsoft og diskusjonsnotatet taler for at det kan være et relevant moment at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten. Særlig førstinstansens avgjørelse må sies å ha tung rettskildemessig vekt. Drøftelsene ovenfor viser at betenkelighetene vedrørende dårlig forutberegnlighet og bevismessige problemer ikke kan være tungtveiende. Den immaterielle rettigheten gir ingen garanti for full kompensasjon for de bakenforliggende investeringene. Dette argumentet kan imidlertid ikke være avgjørende ettersom investeringens størrelse faktisk har betydning for om insentivene til det dominerende foretaket blir svekket av tvangslisensen. Det må derfor konkluderes med at store investeringer vil være et relevant moment i vurderingen av om tvangslisensen faktisk vil svekke det dominerende foretakets insentiver til å innovere.

5.1.3.1.1 Vekten av argumentet om store investeringer vil bero på om tvangslisensen åpner for imitasjonskonkurransen

En immateriell rettighet skal beskytte mot imitasjonskonkurransen, ikke substitusjonskonkurransen. Det er som nevnt når immaterielle rettigheter og konkurranse sammen skaper grunnlag for substitusjonskonkurransen, at vi får det høyeste nivået av innovasjon på markedet.⁸⁴ Vilkåret om at lisensnekten må forhindre fremveksten av et nytt produkt, gjenspeiler dette synet.⁸⁵ Dersom den immaterielle rettigheten gir beskyttelse mot substitusjonskonkurransen, betyr det at det dominerende foretaket har en større beskyttelse for sine investeringer enn det hadde grunn til å regne med da investeringene ble gjort. De kunne på forhånd forvente seg at produkter som den immaterielle rettigheten inngår i, skulle slippe unna imitasjonskonkurransen, men ikke substitusjonskonkurransen. Det er når tvangslisensen åpner for imitasjonskonkurransen at

⁸⁴ Se punkt 2.2.

⁸⁵ Drexl m.fl., side 15, avsnitt 18.

det dominerende foretakets insentiver til å innovere svekkes. Da vil det ikke være rasjonelt å gi investorene en utvidet beskyttelse for sine investeringer ved å gjøre det til et tungtveiende argument at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.

86

Josef Drexl m.fl. hevder at store bakenforliggende investeringer ikke bør være et forsvar hvor den immaterielle rettigheten stenger for substitusjonskonkurranse. De uttaler på side 21 at:

“There is no reason why the holder of an IP right should be able to rely on his interest in recovering adequate returns on his investment to preclude intervention under Art. 82 EC, which is designed to “re-establish” competition by substitution as the main objective of IP law.”

Kommisjonens drøftelse i Microsoft støtter også resonnetet om at momentet om store investeringer bare er tungtveiende dersom tvangslisensen åpner for imitasjonskonkurranse. Kommisjonen foretar en grundig vurdering av om et pålegg om å avsløre grensesnittinformasjonen, vil føre til at konkurrentene kan kopiere Microsofts *operativsystemer*. Vurderingen er en del av det overordnede spørsmålet: Vil et pålegg om å avsløre grensesnittinformasjonen svekke Microsoft sine insentiver til å innovere?⁸⁷ Kommisjonen konkluderer i premiss 722 med at:

”Microsoft’s concerns about cloning are (...) misplaced.”

Operativsystemene kan ikke imiteres. Det som imiteres er grensesnittinformasjonen. Etersom imiteringen av grensesnittinformasjonen heller ikke kan svekke insentivene, konkluderer Kommisjonen i premiss 729 negativt på spørsmålet om insentivene faktisk

⁸⁶ Sml. Drexl m.fl., side

⁸⁷ Se Microsoft (Kommisjonen), punkt 5.3.1.4.1

svekkes.⁸⁸ Det er naturlig å forstå Kommisjonen slik at momentet om store investeringer ikke fikk noen betydning ettersom en tvangslisens ikke ville føre til at konkurrentene kunne kopiere Microsofts operativsystemer.

Vilkåret om nytt produkt for at det skal foreligge særlige omstendigheter synes å utelukke at tvangslisens kan åpne for imitasjonskonkurransen. Et nytt produkt vil normalt være det motsatte av imitasjon. Da er det vanskelig å se at momentet om store investeringer kan få betydning. Det kan imidlertid tenkes at konkurransemyndighetene gjennom en tvangslisens ønsker å åpne for imitasjonskonkurransen i et tilfelle hvor substitusjonskonkurransen er umulig.⁸⁹ Dessuten er det ikke naturlig å si at det bare finnes to ytterkategorier når det gjelder lisensforespørrens produkt, nytt produkt og imitasjon. Produkter som oppfyller vilkåret vil befinne seg på en glidende skala fra å representere noe helt nytt, til å bare være en imitering av det dominerende foretakets produkter. I Microsoft går Førsteinstansen svært langt med hensyn til hva som representerer et nytt produkt. Det er tilstrekkelig at den tekniske utviklingen begrenses til skade for forbrukerne. Diskusjonsnotatet går også svært langt. I avsnitt 240 blir det sagt at lisensnekt kan representere et misbruk:

”(...)even if the license is not sought to directly incorporate the technology in clearly identifiable new goods and services”.⁹⁰

Når vi vurderer vekten av argumentet om at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten, er dette etter min mening altså ikke en ”enten eller” vurdering, men mer en glidende skala. Jo mer lisensforespørrens produkt nærmer seg en imitering, jo større vekt bør det ha at det ligger store investeringer bak den immaterielle rettigheten.

⁸⁸ Premiss 729 er gjengitt ovenfor.

⁸⁹ Se kapittel 3.

⁹⁰ Diskusjonsnotatet er kritisert for at det i alt for stor grad utvider begrepet nytt produkt. Se for eksempel Geradin m.fl., side 49-50.

5.1.3.2 Bakgrunnen for at investeringene ble gjort

Tvangslisensen i Microsoft åpnet for at konkurrentene kunne imitere grensesnittinformasjonen. Bakgrunnen for Microsofts investeringer medførte imidlertid at det ikke var noen fare for at tvangslisensen ville svekke Microsofts insentiver til å investere i slik teknologi:

“Microsoft has an interest in “[offering] Windows client software that work[s] as well as possible with Windows server software”, simply because Microsoft sells client PC and work group server operating systems and such products need to interoperate with one another. In general, the value of Microsoft’s client PC operating system in the eyes of customers (and their willingness to pay) increases through the availability of complementary interoperable work group server operating systems.”⁹¹

Grensesnittinformasjonen skapte grunnlag for interoperabilitet som økte verdien på Microsoft sine egne produkter. Derfor ville Microsoft mest sannsynlig ha gjort de nødvendige investeringene i grensesnittinformasjonen, selv om de på tidspunktet for investeringene hadde visst at de på et senere ville bli pålagt å dele informasjonen med konkurrenter.⁹²

Kommisjonen sin avgjørelse viser at bakgrunnen for at investeringene ble gjort, vil være et relevant moment i vurderingen.

⁹¹ Microsoft (Kommisjonen), premiss 727.

⁹² Microsoft (Kommisjonen), premiss 726-727.

5.1.3.3 Flere momenter fra Microsoft?

Kommisjonen tar opp ytterligere tre punkter under overskriften: ”Protection of Microsoft’s incentives to innovate”.⁹³

Det første punktet er bransjepraksis. Microsoft viser til Kommisjonens avgjørelse i British Midland mot Air Lingus. Et nøkkelargument for å konkludere med misbruk i denne saken var at Air Lingus hadde handlet i strid med bransjepraksis da det nektet å inngå avtale med British Midland om interlining.⁹⁴ Microsoft nådde ikke frem med sitt argument om at det var vanlig praksis i Software-bransjen å holde tilbake grensesnittinformasjon. Det andre punktet som drøftes er hvordan Microsoft-saken forholder seg til IBM-saken. Microsoft påstod at IBM-saken kunne gi:

”(...)useful guidance for determining what information ought to be disclosed for purposes of interoperability”.

I det tredje punktet drøftes en påstand fra Microsoft om at en tvangslisens i den foreliggende sak ikke vil være i samsvar med Software-direktivet.

Disse punktene er ikke momenter i den *konkrete* vurderingen av om Microsofts insentiver faktisk svekkes. Punktene er rettskilder som kan gi veiledning med hensyn til hvordan spørsmålet om misbruk bør løses.

5.1.4 En alternativ angrepsmåte til Microsoft-metoden

Det blir hevdet at det ikke bør utgjøre en objektiv begrunnelse at det dominerende foretakets insentiver til å investere blir svekket av tvangslisensen. Slike vurderinger bør ikke spille en rolle som et forsvar, men bør være en del av den overordnede vurderingen av om det foreligger særlige omstendigheter.⁹⁵ Dette er forstandig. En balansering av

⁹³ Microsoft (Kommisjonen), se premiss 730-764

⁹⁴ Avtale om interlining innebærer at avtalepartene kan selge hverandres tjenester.

⁹⁵ Drexl m.fl. side 16-18, særlig avsnitt 23 og 24.

insentivene vil etter min mening kunne erstatte vilkåret om at lisensnekten må forhindre fremveksten av et nytt produkt. Vilkåret om at lisensnekten må forhindre fremveksten av et nytt produkt, gjenspeiler ønsket om høy grad av dynamisk effektivitet. En balansering av insentivene vil etter min mening gjøre det reelle vurderingstema, ønsket om å oppnå optimal dynamisk effektivitet, mer synlig i misbruksvurderingen.

En annen alternativ angrepsmåte er å la misbruksvurderingen begrense seg til å ta stilling til om lisensnekten forhindrer substitusjonskonkurransen. Det dominerende foretakets insentiver til å innovere kan deretter ivaretas ved at det tas tilbørlig hensyn til disse ved fastleggelsen av hva som vil utgjøre rimelig royalty.⁹⁶ Tilfeller hvor substitusjonskonkurransen er helt utelukket på grunn av markedsfaktorer utenfor den immaterielle rettigheten, som for eksempel nettverkseffekter og standardisering, må vurderes som en egen type saker. Ettersom tvangslisensen her åpner for full imitasjonskonkurransen, krever slike saker en mer utførlig analyse av tvangslisensens innvirkning på insentivene til å innovere. Da som en del av misbruksvurderingen.⁹⁷

5.2 Innehaver av den immaterielle rettigheten ønsker å produsere det nye produktet selv

5.2.1 Er det en relevant objektiv begrunnelse at det dominerende foretaket ønsker å produsere det nye produktet selv?

Det har aldri blitt anført i en sak for Kommisjonen eller domstolen at lisensnekt er objektivt begrunnet når det dominerende foretaket ønsker å produsere det nye produktet selv. Berettigelsen av en slik objektiv begrunnelse synes imidlertid åpenbar. Etter praksis fra EF-domstolen er det et sentralt moment i misbruksvurderingen om lisensnekten forhindrer fremveksten av et nytt produkt. Dersom det dominerende foretaket selv sørger

⁹⁶ Denne angrepsmåten anbefales av Drexl m.fl. side 17-18, avsnitt 23.

⁹⁷ Drexl. m.fl. side 18, avsnitt 24.

for at det nye produktet finner veien til markedet, faller det bærende argumentet bort. Den objektive begrunnelsen har støtte i juridisk teori⁹⁸

På en annen side kan en slik objektiv begrunnelse føre til at konkurrenter vil vegre seg for å lage nye produkter. For å vinne frem med et krav om tvangslisens må det fremlegges bevis for at det er snakk om et nytt produkt. Det nye produktets innhold, egenskaper osv. må avsløres. I en slik situasjon vil det være svært enkelt for det dominerende foretaket å gjøre disse planene til sine egne i etterkant av lisensforespørselen. Konkurrenter risikerer derfor å bli møtt med en innsigelse fra det dominerende foretak om at: ”jammen dette har vi jo tenkt på lenge, dette vil vi gjøre selv”. Fører den objektive begrunnelsen til at ingen aktører ønsker å ta opp konkurransen ved å lage nye produkter, kan resultatet bli at all substitusjonskonkurransen forsvinner. Når det ikke finnes aktører med nye produkter, så kan heller ikke den dynamiske effektiviteten drives fremover ved at dominerende foretak tar på seg å produsere det nye produktet under trussel av art. 82. Dette taler imot at det er en objektiv begrunnelse at det dominerende foretaket ønsker å produsere det nye produktet selv.

Problemet kan imidlertid løses dersom man krever at det dominerende foretaket må godtgjøre at det hadde en konkret plan om å bringe det nye produktet på markedet forut for lisensforespørselen. Med et slikt krav kan ikke det dominerende foretaket gjøre forretningsplanene til sine egne i etterkant av lisensforespørselen.⁹⁹ Innvendingen om svekket substitusjonskonkurransen får derfor liten vekt.

En objektiv begrunnelse om at det dominerende foretaket ønsker å lage det nye produktet selv vil forhindre full reetablering av substitusjonskonkurransen. Kravet om at lisensnekten må forhindre fremveksten av et nytt produkt gjenspeiler et ønske om at den immaterielle rettigheten ikke skal stenge for substitusjonskonkurransen. Det man ønsker å oppnå med tvangslisensen er ikke bare å få det aktuelle produktet på markedet, men å gi

⁹⁸ Se blant annet O'Donoghue/Padilla, side 451, og Kolstad og Ryssdal, side 585.

⁹⁹ Slik også O'Donoghue/Padilla, side 452.

grunnlag for kontinuitet av nye innovasjoner ved at det åpnes opp for substitusjonskonkurransen.¹⁰⁰ Dersom det dominerende foretaket blir hørt med at det selv skal bringe det nye produktet på markedet, tar man altså ikke problemet med roten. Det dominerende foretak kan bruke den immaterielle rettigheten til å stenge for substitusjonskonkurransen.

På en annen siden går en slik argumentasjon lenger enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet til dynamisk effektivitet i den *konkrete* sak. Å ta problemet med roten vil bety en generell revisjon av nasjonal immaterialrettslovgivning. Dette er i strid med EF-traktaten artikkel 295. Det er bare det dominerende foretakets konkrete *utøvelse* av den immaterielle rettigheten som kan representere et misbruk i strid med art. 82.¹⁰¹

Det er imidlertid mulig å forene hensynet til EF-traktaten artikkel 295 og ønsket om å verne om substitusjonskonkurransen. Også her ligger løsningen i å stille opp et krav om at det dominerende foretaket må godtgjøre at det hadde en konkret plan om å bringe det nye produktet på markedet *forut for* lisensforespørselen.¹⁰² Når det stilles opp et slikt krav, vil ikke det dominerende foretaket kunne påberope seg den objektive begrunnelsen med det siktemål å forhindre substitusjonskonkurransen. Samtidig ivaretas hensynet til EF-traktatens artikkel 295.

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor er det klart at det i den konkrete sak vil føre til den samme grad av dynamisk effektivitet dersom det dominerende foretaket bringer det nye produktet på markedet selv. Problemer med hensyn til å ivareta substitusjonskonkurransen kan løses. Det må stilles opp et krav om at det dominerende foretaket kan godtgjøre at det hadde en konkret plan om å bringe det nye produktet på markedet *forut for* lisensforespørselen. På bakgrunn av dette må det konkluderes med at

¹⁰⁰ Drexl m.fl., side 15.

¹⁰¹ Se kapittel 2.4.

¹⁰² O'Donoghue/Padilla, side 452, setter også som vilkår at det dominerende foretak hadde en "reasonable plan" om å bringe det nye produktet på markedet før lisensforespørselen.

det er en relevant objektiv begrunnelse at det dominerende foretaket ønsker å produsere det nye produktet selv.

5.2.2 En presisering av kravet om en konkret plan forut for lisensforespørselen

Første spørsmål er hvor konkret planen om å bringe det nye produktet på markedet må ha vært.

Det finnes få rettskilder som gir veiledning på spørsmålet. O'Donoghue/Padilla nevner på s. 452 at det dominerende foretak må ha en "reasonable plan", men går ikke nærmere inn på hva som ligger i kravet. Avgjørende må være de hensyn som kravet om en konkret plan forut for lisensforespørsel bygger på.

Bakgrunnen for kravet er som nevnt å unngå at det dominerende foretaket bruker sin immaterielle rettighet til å stenge for substitusjonskonkurranse. At det dominerende foretaket ønsker å bringe det nye produktet på markedet skal ikke være en reaksjon på at andre aktører ønsker å produsere produktet. Planen til det dominerende foretaket må derfor være så konkret at den beviser at beslutningen om å produsere det nye produktet var tatt før lisensforespørselen. For å bevise dette må det dominerende foretaket kunne vise til at de viktigste kommersielle beslutningene var truffet før lisensforespørselen. Det vil si beslutninger om hvem produktet skal selges til, hvordan det skal markedsføres og andre strategiske spørsmål. Det dominerende foretaket må også godtgjøre at produktet i det minste var under utvikling på tidspunktet for lisensforespørselen.

Et annet spørsmål er om det dominerende foretak står fritt til å velge tidspunktet for når produktet skal slippes i markedet.

For konsumentene er det viktig at produktet faktisk kommer ut på markedet. Men det er også viktig at det ikke drøyer for lenge. På bakgrunn av hensynet til dynamisk effektivitet og forbrukerhensyn må det derfor kreves at det dominerende foretaket realiserer produktet kommersielt *uten unødig opphold*.

En utsettelse som skyldes omstendigheter som det dominerende foretak ikke har kontroll over, vil ikke representere et unødig opphold. Eksempler på slike omstendigheter er nye offentlige reguleringer eller en naturkatastrofe som avskjærer tilgang til nødvendige råstoffer. Dette er begrensninger i den dynamiske effektiviteten som forbrukerne måtte ha tålt uansett hvem som skulle produsere det nye produktet.

Det dominerende foretaket må også tilstås en vid skjønnsmargin med hensyn til hvilket tidspunkt for lansering som er det beste, sett fra et kommersielt ståsted. Man kan for eksempel ikke kreve at det dominerende foretaket skal lansere et kjølesystem for hus midt på vinteren.

Det dominerende foretaket bør også kunne ta hensyn til mer interne forhold i sin vurdering av hvilket tidspunkt som er det beste sett fra et kommersielt ståsted. Dersom det dominerende foretaket tvinges til å drive mindre lønnsomme forretninger, vil dette kunne gi seg utslag i høyere priser for forbrukerne. Bli produksjonen svært lite lønnsom, kan det tenkes at det dominerende foretaket må gi opp hele produksjonen. Derfor må det dominerende foretaket få rimelig med tid til for eksempel å forhandle frem gunstige avtaler med underleverandører, skaffe kompetent arbeidskraft og lignende.

Et foretak som er dominerende på markedet for et produkt har ingen interesse av å lansere en nye og bedre versjon før toppen på kurven for etterspørsel er nådd for det gamle produktet. Ingen vil for eksempel kjøpe en videospiller når man isteden kan kjøpe en dvdspiller. Et spørsmål er om man kan godta at det dominerende foretaket venter med å realisere det nye produktet for å få best mulig inntjening på egne produkter som allerede er på markedet.

Hensynet bak den objektive begrunnelsen er at man i det konkrete tilfellet oppnår det samme nivå av dynamisk effektivitet som det man ville ha gjort med en tvangslisens. Da kan ikke det dominerende foretaket vente med å slippe det nye produktet på markedet for å tjene mest mulig på andre produkter. Det vil være en begrensning i den dynamiske effektiviteten som går utover det forbrukerne måtte ha tålt ved en tvangslisens. Svaret på spørsmålet må derfor bli at det dominerende foretaket ikke kan vente med å realisere det nye produktet for å få best mulig inntjening på egne produkter som allerede er på markedet.

Kravet om at det dominerende foretak må ha hatt en konkret plan om å bringe det nye produktet på markedet kan på bakgrunn av drøftelsen ovenfor oppsummeres slik: Det må godtgjøres at de viktigste kommersielle beslutningene var truffet, at utviklingen av det nye produktet var igangsatt før lisensforespørselen og at produktet skal lanseres på markedet uten unødig opphold. Det dominerende foretaket har bevisbyrden.¹⁰³

5.3 Rettighetshaveren anser ikke lisensforespøreren som en egnet kontraktspartner

5.3.1 Rettskildebildet

Ønsket om å unngå dårlige kontraktspartnere har ikke blitt anført som en objektiv begrunnelse i noen sak om lisensnekt. Slike objektive begrunnelser har imidlertid vært vurdert ved flere anledninger i tilknytning til saker hvor det dominerende foretaket har nektet å levere fysisk gods– såkalt leveringsnekt. Saker hvor leveringsnekt og lisensnekt representerer et misbruk, er like på den måten at botemiddelet i begge tilfeller vil være å tvinge det dominerende foretaket inn i et forretningssamarbeid med det forespørrende selskapet. Hensynet til det dominerende foretakets ønske om å unngå dårlige kontraktspartnere står like sterkt i saker om lisensnekt som i saker om leveringsnekt.

¹⁰³ Jfr. kapittel 4.

Rettskilder som behandler den objektive begrunnelsen om dårlige kontraktspartener i saker om leveringsnekt vil derfor være relevante også for saker om lisensnekt.

5.3.2 Kredittrisiko

5.3.2.1 En relevant objektiv begrunnelse?

Dersom konkurransemyndighetene kommer frem til at lisensnekt representerer et misbruk, vil den mest nærliggende sanksjonsmuligheten være å pålegge det dominerende foretaket å lisensiere bort den immaterielle rettigheten. Den vanlige vederlagsformen ved lisensavtaler er et periodevis gebyr, kalt royalty, kombinert med et engangsbeløp. Lisensavtaler blir normalt inngått for en lengre periode. Særlig når det gjelder avtaler om lisens på et patent, er det normalt at avtaleperioden tilsvarer patentets (rest) løpetid.¹⁰⁴ I slike langvarige kontraktsforhold med løpende betalinger vil det være av stor betydning for det dominerende foretak at kontraktsparteneren er en pålitelig debitor. Spørsmålet er om kredittrisiko er en relevant objektiv begrunnelse.

At lisensforespøreren er en upålitelig debitor og representerer en kredittrisiko, ble anført som en objektiv begrunnelse i Kommisjonens avgjørelse i BBI/Boosey & Hawkes. Bakgrunnen for saken var at Boosey & Hawkes (B&H) lenge hadde vært den eneste produsenten av brassband-instrumenter i Storbritannia. Gabriel's Horn House (GHH) hadde vært den nest største forhandleren av slike instrumenter, mens RNC reparerte brassband-instrumenter for produsenter, forhandlere og privatpersoner. GHH og RNC startet våren 1986 et nytt selskap kalt IBB. Selskapet hadde til hensikt å produsere og markedsføre et bredt sortiment av brassband-instrumenter. IBB ville bety økt konkurransepress for B&H. All levering av instrumenter og reservedeler til GHH og RNC ble stanset da B&H fikk kunnskap om planen om å starte det nye selskapet. B&H påstod at leveringsnektelsen ikke skyldtes et ønske om å begrense konkurransen. Leveringsnektelsen ble begrunnet med at GHH og RNC var dårlige betalere.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Jfr. Schmidt side 19.

¹⁰⁵ Boosey & Hawkes, premiss 11.

Kommisjonen tok ikke stilling til påstandene om betalingsmislighold og GHH og RNCs manglende kredittverdighet. B&H kunne uansett ikke nå frem med en objektiv begrunnelse om at GHH og RNC var dårlige betalere.

Kommisjonen fant det nemlig bevist at:

“(…) B&H embarked on a course of conduct intended to remove the competitive threat from BBI, and that its withdrawal of supplies from GHH and RCN was part of that plan.”¹⁰⁶

B&H kunne ikke nå frem med den objektive begrunnelsen ettersom leveringsnektelsen reelt var begrunnet i et ønske om å stenge ute konkurransen. Dette er i samsvar med det generelle kravet om at atferden til det dominerende foretaket må forfølge et legitimt formål.¹⁰⁷

Kommisjonen trakk også frem kredittrisiko som en mulig objektiv begrunnelse i British Midland mot Air Lingus.¹⁰⁸ Ettersom det dominerende foretaket først og fremst ønsket å begrense konkurransen i strid med artikkel 82, ble den objektive begrunnelsen ikke avgjørende i denne saken heller.

Praksis fra Kommisjonen viser at et dominerende foretak aldri har fått medhold i en påstand om at leveringsnektelsen skyldtes at den annen part representerte en kredittrisiko. Kommisjonens avgjørelse i BBI/Boosey & Hawkes-saken og British Midland mot Air Lingus viser likevel at kredittrisiko er relevant som objektiv begrunnelse.

Diskusjonsnotatet støtter en slik forståelse av praksis. Kommisjonen uttaler i avsnitt 234 at:

¹⁰⁶ Boosey & Hawkes, premiss 12, avsnitt 3 og 4.

¹⁰⁷ Jfr. kapittel 4.

¹⁰⁸ British Midland mot Air Lingus, premiss 26.

”It may be an objective justification for a refusal to start supplying that an undertaking seeking access is not able to provide the appropriate commercial assurances that it will fulfil its obligations.”

I juridisk teori synes det også å være stor enighet om at kredittrisiko er en relevant objektiv begrunnelse.¹⁰⁹

Det er etter min mening stor sannsynlighet for at EF-domstolen vil ta et tilsvarende standpunkt. Det vil innebære et stort inngrep i kontraheringsfriheten om det dominerende foretaket på grunnlag av konkurransereglene skal kunne tvinges inn i svært ugunstige forretningssamarbeid. Det må derfor konkluderes med at kredittrisiko er en relevant objektiv begrunnelse.

5.3.2.2 Graden av kredittrisiko og forholdet til bevisvurderingen av hva som har vært det dominerende foretakets formål med den utestengende atferden

Graden av kredittrisiko vil være et moment i bevisvurderingen når domstolen skal ta stilling til hva som har vært det dominerende foretak sin hensikt med lisensnekten. Jo høyere kredittrisiko den forespørrende kontraktspart representerer, jo mer sannsynlig er det at lisensnekten reelt er begrunnet i kredittrisiko og ikke i et ønske om å begrense konkurransen.

5.3.2.3 Graden av kredittrisiko og forholdsmessighetsvurderingen

Det dominerende foretakets ønske om å unngå dårlige kontraktspartnere må veies mot de særlige omstendighetene. I denne vurderingen vil graden av kredittrisiko være et viktig moment.

I et langvarig kontraktsforhold vil det alltid være en viss fare for at kontraktsmotparten får problemer med å oppfylle sine forpliktelser. De økonomiske rammevilkårene for bedrifter er stadig i endring, og det er ikke alltid lett å forutsi om det vil komme

¹⁰⁹ Se O’Donoghue/Padilla, side 450, og Kolstad og Ryssdal, side 565.

økonomiske nedgangstider. En slik normal kreditrisiko kan ikke ha særlig vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

I den andre enden av skalaen ligger de tilfellene hvor kredittrisikoen er så høy at vilkårene for heving ved såkalt forventet kontraktsbrudd er oppfylt (antesipert mislighold).¹¹⁰ Det er lite hensiktsmessig å tvinge det dominerende foretaket inn i et slikt kontraktsamarbeid. Det dominerende foretaket vil jo uansett kunne heve lisensavtalen umiddelbart etter at den er inngått. Hvor kredittrisikoen er så høy at det må sies å foreligge antesipert mislighold, må det være klart at den objektive begrunnelsen vil veie tyngst i en forholdsmessighetsvurdering.

Kreditrisiko bør ha tung vekt også i tilfeller hvor kredittrisikoen er lavere enn ved antesipert mislighold.¹¹¹ Det dominerende foretaket har, slik Kommisjonen uttrykker det i Boosey & Hawkes, ingen forpliktelse til å subsidiere konkurransen.¹¹² Dessuten vil tvangslisens i et tilfelle hvor det forespørrende foretak representerer en viss grad av kreditrisiko, kunne virke negativt på den statiske effektivitet. Kontraheringsfriheten sørger for at bare de beste og mest effektive foretakene på markedet overlever. Slik allokeres ressursene dit de gjør best nytte for seg. Det er ikke heldig å tvinge det dominerende foretak til å inngå kontrakt med et foretak, som det på grunn av kreditrisiko ikke ville inngått kontrakt med under normale omstendigheter. Da ødelegger man de mekanismene som leder ressursene dit de gjør størst nytte for seg. Etter min mening bør derfor kreditrisiko veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen dersom det dominerende foretaket kan godtgjøre at det under normale omstendigheter ville ha avvist foretaket på grunn av kreditrisiko.

¹¹⁰ I norsk rett finner vi regler om heving ved forventet kontraktsbrudd i kjøpsloven § 61.

¹¹¹ Sml. Kolstad og Ryssdal, side 565.

¹¹² Boosey & Hawkes, premiss 19.

5.3.3 Den annen part har tidligere opptrådt illojalt

5.3.3.1 En relevant objektiv begrunnelse?

Praktisk talt enhver lisensavtale medfører at det overføres forretningshemmeligheter av større eller mindre viktighet mellom partene. Det er derfor viktig at fortroligheten sikres og overholdes. Når det gjelder lisensavtaler vil det dominerende foretak ha en velbegrunnet interesse i å sørge for at kontraktmotparten er lojal mot de avtaler som er inngått. Dersom lisensforespøreren tidligere har opptrådt illojalt, vil det dominerende foretaket ha grunn til å frykte at det vil skje igjen. Spørsmålet er om det er en relevant objektiv begrunnelse at lisensforespøreren tidligere har opptrådt illojalt.

Kommisjonens praksis viser at den er skeptisk til å godta illojal forretningsoppførsel som objektiv begrunnelse for lisensnekt. I sak om midlertidig forføyning i IMS Health-saken argumenterte IMS Health med at de måtte ha lov til å nekte å inngå lisensavtale med NDC. Begrunnelsen var at ledelse i NDC var tiltalt for å ha stjålet forretningshemmeligheter fra IMS Health. Kommisjonen avviste dette argumentet. Saken befant seg på et prejudisielt stadium. Dessuten var tiltalen rettet mot individer i NDC, og ikke selskapet som sådan. Selv om ingen av disse omstendighetene vedrørende tiltalen hadde vært til stede, ville det i følge Kommisjonen være:

”incumbent on IMS to address any perceived harm it has suffered through alleged criminal behavior through appropriate lawful means, and not by attempting to eliminate competition in the relevant market.”¹¹³

Uttalelsen kan forstås slik at illojal oppførsel fra lisensforespøreren aldri vil kunne være en relevant objektiv begrunnelse. O’Donoghue/Padilla synes å legge denne forståelsen til grunn. De benytter avgjørelsen og uttalelsen som et eksempel på at praksis om objektive

¹¹³ NDC Health/IMS Health, premiss 173.

begrunnelser er svært restriktiv.¹¹⁴ En slik forståelse av Kommisjonens avgjørelse taler imot at illojal oppførsel fra lisensforespøreren er en relevant objektiv begrunnelse.

Kommisjonens uttalelse kan også forstås slik at motivet med lisensnekten i hovedsak var å begrense konkurransen for å sanksjonere illojal oppførsel. Hensikten til IMS Health var altså ikke å verne seg selv mot fremtidig illojal oppførsel, men å straffe den tidligere illojale oppførselen. I tråd med vilkåret om at det dominerende foretaket må forfølge et legitimt forretningsmål, var det derfor riktig å avfeie den objektive begrunnelse til IMS Health. Legges en slik forståelse til grunn, er det vanskelig å utlede noe fra Kommisjonen sin avgjørelse med hensyn til spørsmålet om det er en relevant objektiv begrunnelse at lisensforespøreren tidligere har oppført seg illojalt.

Kommisjonens praksis viser at den anser kredittrisiko som en relevant objektiv begrunnelse, jfr. punkt 5.3.2.1. Kredittrisiko som objektiv begrunnelse gir etter min mening uttrykk for en mer generell holdning om at det dominerende foretaket skal slippe å bli tvunget inn i et ugunstig kontraktsforhold.¹¹⁵ Når kommisjonen anser kredittrisiko som en objektiv begrunnelse, er det vanskelig å begrunne at illojal forretningsoppførsel ikke skal være det. Illojal forretningsoppførsel kan være like skadelig for det dominerende foretaket som kredittrisiko. Hensynet til konsekvens taler derfor for at det må være en objektiv begrunnelse at lisensforespøreren har oppført seg illojalt. Konklusjonen er at det er en objektiv begrunnelse at lisensforespøreren tidligere har oppført seg illojalt

5.3.3.2 Grovheten av den illojale oppførselen og forholdet til vurderingen av formålet og forholdmessighetsvurderingen

Det fremgår av punkt 5.3.2.2 og 5.3.2.3 at graden av kredittrisiko vil være et viktig moment i vurderingen av hva som har vært det dominerende foretakets formål med

¹¹⁴ O'Donoghue/Padilla, side 450. Se særlig fotnote 160.

¹¹⁵ Slik også O'Donoghue/Padilla, side 450-451.

atferden og i vurderingen av atferdens forholdsmessighet. Tilsvarende må grovheten av den illojale oppførsel til lisensforespøreren få betydning for disse to vurderingstemaene.

5.4 Det dominerende foretaket ønsker å beskytte offentlige interesser

5.4.1 Det dominerende foretaket ønsker å beskytte forbrukerne mot farlige produkter

Det fremgår av praksis og Kommisjonens diskusjonsnotat at det er et strengt krav til nødvendighet, men at det vil utgjøre en objektiv begrunnelse at det dominerende foretaket kan:

“(…) show that the conduct concerned is objectively necessary, for instance because of reasons of safety or health related to the dangerous nature of the product in question.”¹¹⁶

En objektiv begrunnelse om at det dominerende foretaket ønsker å beskytte forbrukerne mot farlige produkter, vil aldri komme på spissen i en sak om lisensnekt. For at lisensnekt skal representere et misbruk, må lisensnekten forhindre fremveksten av et nytt produkt som det er en *ikke-tilfredsstilt etterspørsel* etter. Farlige produkter er det ingen som etterspør, og det er derfor lite trolig at konkurransemyndighetene vil konkludere med at det foreligger særlige omstendigheter i en sak hvor lisensforespøreren sitt produkt er farlig.

5.4.2 Det nye produktet strider mot etikk og moral

5.4.2.1 En relevant objektiv begrunnelse?

Den teknologiske utviklingen går svært raskt. Lovgiver vil ikke alltid kunne forutse alle de etiske og moralske dilemma som nye produkter kan føre med seg. Spørsmålet er om

¹¹⁶ Kommisjonens diskusjonsnotat, avsnitt 80.

det er en relevant objektiv begrunnelse for lisensnekt at det nye produktet strider mot etikk og moral.

De fleste land har regler om at patent ikke skal meddeles dersom en kommersiell utnyttelse vil stride mot etiske og moralske grunnnormer. I den norske patentloven kommer en slik regel til uttrykk i § 1b:

”Patent meddeles ikke hvis kommersiell utnyttelse av oppfinnelsen ville stride mot offentlig orden eller moral.”

Umiddelbart kan det være naturlig å ta slike regler til inntekt for at det dominerende foretaket må kunne nekte å gi lisens for å forhindre fremveksten av produkter som ikke er i samsvar med etiske og moralske grunnnormer. Patentreglens funksjon er imidlertid ikke å regulere hvilke produkter som skal få nå ut til markedet. Bestemmelsen i patentloven § 1b er der for å vise at man ikke ønsker å gi oppfinnelsen den offentlige anerkjennelsen som ligger i et patent. Å forhindre kommersiell utnyttelse av produkter av moralske og etiske grunner er en oppgave som skal ivaretas gjennom den øvrige lovgivningen.¹¹⁷ Patentlovgivningen gir derfor ingen veiledning med hensyn til spørsmålet om det er en relevant objektiv begrunnelse i saker om lisensnekt at det nye produktet strider mot etiske og moralske grunnnormer.

Det er et strengt krav til nødvendighet, men det vil likevel være en objektiv begrunnelse at det dominerende foretaket vil verne forbrukerne mot farlige produkter.¹¹⁸ Ønsket om å forhindre fremveksten av produkter som strider mot etikk og moral er også begrunnet i et ønske om å verne samfunnet og forbrukerne. Dette taler for at det er en relevant objektiv begrunnelse at det nye produktet strider mot etikk og moral.

¹¹⁷ Stenvik, side 164-165.

¹¹⁸ Se ovenfor i punkt 5.4.1.

På en annen side står vi her ovenfor to grunnleggende forskjellige vurderingstema. Hva som er et farlig produkt vil i stor grad bero på empiriske undersøkelser. Hvilke produkter som er etisk og moralsk forkastlige er et vanskeligere og mer normativt vurderingstema. Dette trenger ikke nødvendigvis utelukke at den objektive begrunnelsen er relevant. Men det må iallfall være et krav at det dominerende foretaket kan vise til en viss konsensus om at det nye produktet reiser etiske og moralske problemer. Slik konsensus kan komme til uttrykk på flere måter. Lovgivning som berører beslektede produkter og problemstillinger, må være relevant. Det samme med uttalelser fra det nasjonale patentstyret og eventuelle etiske råd som er tilknyttet dette.¹¹⁹ De fleste forskningsmiljøer har en løpende diskurs om etiske problemstillinger knyttet til deres fagfelt. Kan man her vise til en enighet om at det nye produktet reiser et etisk og moralsk dilemma, må dette være relevant.

Forbrukerne har ikke nødvendigvis det samme behovet for å bli vernet mot produkter som strider mot etikk og moral, som når det gjelder farlige produkter. En forbruker vil som regel ikke kjøpe et produkt dersom han vet at det er farlig. Det kan imidlertid være vanskelig for forbrukeren å avgjøre på egen hånd om et produkt er farlig eller ikke. Derimot kan det godt tenkes at en forbruker vil ønske å kjøpe et produkt selv om dette produktet på bakgrunn av en påvist konsensus må sies å stride mot etiske og moralske normer. Det er stor enighet om at legemidler som kan påvirke hvilket kjønn som blir unnfanget strider mot etikk og moral, sml. patentloven § 1b nr. 2. Det er likevel trolig at noen forbrukere vil ønske å kjøpe et legemiddel som kan påvirke barnets kjønn. Å godta en objektiv begrunnelse om at det nye produktet strider mot etikk og moral, vil derfor være en begrensning i den dynamiske effektiviteten som ikke nødvendigvis er ønsket fra forbrukerne sin side. Dette taler imot at det kan være en relevant objektiv begrunnelse at det nye produktet strider mot etikk og moral.

Hensynet til det dominerende foretak må imidlertid også få tung vekt. Det dominerende foretaket står bak utviklingen av den immaterielle rettigheten. Det er svært forståelig

¹¹⁹ Sml. patentloven § 15.

dersom det dominerende foretaket ikke ønsker å bidra til fremveksten av et produkt når det hersker enighet om at produktet reiser vanskelige spørsmål med hensyn til etikk og moral. Det er også ønskelig at bedrifter tar samfunnsansvar.

Hensynet til den dynamiske effektivitet kan ikke veie så tungt når det er en viss enighet om at det nye produktet strider mot etikk og moral. Hensynet til å beskytte forbrukerne og hensynet til det dominerende foretaket selv, må være avgjørende. Konklusjonen er at det er en relevant objektiv begrunnelse for lisensnekten at det nye produktet strider mot etikk og moral.

Dersom lovgiver har vurdert de etiske og moralske spørsmål knyttet til produktutvikling på et område, vil ikke det dominerende foretaket nå frem med den objektive begrunnelsen. Nødvendighetskravet er ikke oppfylt. I slike tilfeller er det kompetent myndighet sin oppgave å gripe inn mot produktutvikling som strider mot loven.¹²⁰ Det dominerende foretak sin oppgave er begrenset til å varsle om produkter de mener strider mot loven.

5.4.3 Forholdsmessighetsvurderingen

Den objektive begrunnelsen om at det nye produktet strider mot etikk og moral må veies mot de særlige omstendighetene.

Graden av enighet om at det nye produktet reiser etiske og moralske problemer vil variere. Kan det påvises at det nye produktet er svært kontroversielt, må den objektive begrunnelsen få stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

¹²⁰ Hilti (Førsteinstansen), premiss 118 og Kommissjonens diskusjonsnotat avsnitt 80.

6 Kilder

Litteratur

- Ahlborn m. fl. Christian Ahlborn, Vincenzo Denicolò, Damien Geradin og Jorge Padilla: DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries, mars 2006.
Tilgjengelig på:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/057.pdf>
- Arnesen Finn Arnesen: *Introduksjon til Rettskildelæren i EF*, 3. utg., Universitetsforlaget 1995.
- Drexl Dr. Josef Drexl: Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A More Economic Approach to Competition by Imitation and to Competition by substitution, European competition law annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law (red. Claus Dieter Ehlermann og Isabela Atanasiu), Hart publishing, s. 647 flg.
- Drexl m. fl. Dr. Josef Drexl, Dr. Beatriz Conde Gallego, Dr. Stefan Enchelmaier, Dr. Matthias Leistner og Mark-Oliver Mackenrodt: Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law (Munich) on the DG Competition discussion paper of December 2005 on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses, Mars 2006.
Tilgjengelig på:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/047.pdf>

- Geradin Damien Geradin: Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom, Common Market Law Review 2004, s. 1519 flg.
- Graver Hans Petter Graver: Forbudet mot misbruk av dominerende stilling I konkurranseloven § 11. Fagfelleurdert artikkel, Lov og rett 2004, nr. 6, s. 340 flg.
- Lévêque Francois Lévêque: Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case, World Competition 2005, 28(1), s. 71 flg.
- Glazer Kenneth Glazer: *The IMS Health Case: A U.S. Perspective*, The George Mason Law Review 2006, 13 (6), s. 1197 flg.
Tilgjengelig på: <http://www.law.gmu.edu/gmulawreview/issues/13-6/documents/Glazer09Formatted.pdf>
- Killick James Killick: IMS and *Microsoft* judged in the Cold Light of IMS, The Competition Law Review 2004, 1 (2).
Tilgjengelig på: <http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol1Issue2Article2.pdf>
- Kolstad og Ryssdal Olav Kolstad og Anders Ryssdal, Norsk Konkurranserett, Bind I, Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget 2006.
- Loewental Paul-John Loewental: The Defence of "Objective Justification" in the application of Article 82 EC, World Competition 2005, 28(4), s. 455 flg.

- Lowe Philip Lowe: *DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance*, gjengitt i B.E. Hawk (red.), *International Antitrust & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, Juris Publishing, New York, 2004, s.170 flg.
- O'Donoghue/Padilla Robert O'Donoghue og A Jorge Padilla: *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing 2006.
- Schmidt Per Håkon Schmidt: *Licensaftaler*, Forlaget Thomson, København 2002.
- Ullrich Hanns Ullrich: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Gemeinsame Forschung und Entwicklung (Industrial Property and Copyright, Joint Research and Development)*, Immenga, Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Vol 1 Munich 1997 s. 1101-1467.
- Vezzoso Simonetta Vezzoso: *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A More "Economics-Based" Approach?* *European Competition Law Review* 2006, s 382-390.
- Whish Richard Whish: *Competition Law*, 5. utg., Butterworths, London 2003.
- Østerud Eirik Østerud: *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EF-traktaten artikkel 82 og læren om objektiv begrunnelse*, Spesialoppgave - Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, våren 2005. Oppgaven er utgitt som en del av boken *Misbruk av dominerende stilling: studier i konkurranserett*, redigert av Olav Kolstad, Universitetsforlaget 2007.

Praksis

EF-domstolen

Coditel II	Sak 262/81, Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision m.fl. mot Ciné Vog Films m.fl. Sml. 1982 s. 3381.
Hilti	Sak C-53/92P, Hilti mot Kommisjonen, Sml. 1994 s. I-667.
Kloppenber	Sak 70/83 Kloppenber, Sml. 1984 s.1075
IMS Health	Sak C-418/01, IMS Health GmbH & Co mot NDC Health GmbH & Co, Sml. 2004 s. I-5039
Magill	Forente saker, C-241 og C-242/91 P, RTE og ITP mot Kommisjonen, Sml. 1995 s. I-743.
United Brands	Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal BV mot Kommisjonen, Sml. 1978 s. 207.
Volvo mot Veng	Sak 238/87 Volvo mot Veng, Sml. 1988 s. 6211

Førsteinstansen

Microsoft (Førsteinstansen)	Sak T-201/04, Microsoft mot Kommisjonen. Dom av 17. september 2007.
Hilti (Førsteinstansen)	Sak T-30/89, Hilti AG mot Kommisjonen, Sml II-755

Kommisjonsavgjørelser

BBI/Boosey & Hawkes 87/500/EØF, IV/32.279 – BBI/Boosey & Hawkes, EFT L286, 1987, s. 36.

British Midland 92/213/EØF, IV/33.544 - British Midland mot Aer Lingus, EFT mot Aer Lingus L96, 1992, s. 34.

IBM-saken Sak for Kommisjonen, IV/29.479.

Microsoft COMP/C-3/37.792 Microsoft.
(Kommisjonen)

NDC Health/IMS 2003/741/EF, COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health, EFT Health L268, 2003, s. 69.

Nasjonale avgjørelser

Standard tight-head Bundesgerichtshof (BGH) 13 juli 2004, Gewerblicher drum Rechtsschutz und Urheberrecht 966 – Standard-Spundfass.

Andre dokumenter

Kommisjonens diskusjonsnotat DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses
Tilgjengelig på:
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av artikkel 81 på avtaler om overføring av teknologi Commission Notice – Guidelines on the application of Art. 81 of the Treaty to technology transfer agreements; OJ EC 2004 No. C 101.

