

Konkurranses- og immaterialrettslig regulering av lisenser i FoU-miljøer.

Konkurranseloven § 11, EUF-traktaten art. 102 og patentloven § 47 nr. 2



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 645

Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 17 727 ord

20.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Videre fremstilling.....	4
<u>2</u>	<u>GJELDENE KONKURRANSERETT</u>	4
2.1	Konkurranselovgivningens formål	4
2.2	EUF-traktaten art. 102, EØS-avtalen art. 54 og konkurranseloven § 11.....	5
2.2.1	Felles utgangspunkt for bruk av bestemmelsene.....	5
2.2.2	Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i markedet, EUF-traktatens art. 102 og krrl. § 11.	6
2.3	Misbrukstypen lisensnektelse under EUF-traktatens art. 102 og krrl. § 11	11
2.3.1	Innledning	11
2.3.2	Nødvendighetskravet	13
2.3.3	Nektelsen må hindre fremveksten av et nytt marked	13
2.3.4	Enhver konkurranse på et avledet marked utelukkes	14
2.3.5	Vilkåret om objektiv begrunnelse	16
2.3.6	Veiledning om Kommisjonens prioritering.....	17
<u>3</u>	<u>GJELDENE PATENTRETT</u>	19
3.1	Innledning	19
3.2	Internasjonalt samarbeid om patenter	19
3.2.1	EØS-avtalens vedlegg XVII, Patentdirektivet.....	22
3.3	Nasjonal patentrett.....	22
3.3.1	Patentlovens formål og vilkår	22

3.4	Sammenstilling, internasjonalt patentsamarbeid og nasjonal patentrett	23
4	<u>GRENSESNI TTET MELL OM KONKURRANSE RETT OG PATENTRETT</u>	24
4.1	Patentloven § 47 nr. 2.....	24
4.1.1	Nye bestemmelser i patentloven av konkurranserettslig relevans.....	26
4.1.2	Avveining og sammenheng mellom formålene i patentloven og konkurranseloven.....	30
4.1.3	Håndhevelse av lisensnektelse i strid med konkurransereglene og tvangslisens etter patentreglene	36
4.2	Sentrale trekk ved patentretten og konkurranseretten i kostnadsintensive FoU-markeder. 40	
4.3	Forholdet mellom patentloven § 47 nr. 2 og vilkåret om objektiv begrunnelse	41
4.4	Hovedtrekk i grensesnittet mellom konkurranserett og immaterialrett.....	42
5	<u>PRAKSIS I GRENSESNI TTET MELL OM KONKURRANSE RETT OG</u>	
	<u>IMMATERIALRETT</u>	44
5.1	Innledning.....	44
5.2	Konkurransetilsynets behandling av Pharmaqs begjæring om tvangslisens i	
	legemiddelmarkedet for oppdrettsnæring (Pharmaq-saken).....	44
5.2.1	Anførsler, Pharmaq	45
5.2.2	Anførsler, Intervet.....	45
5.2.3	Konkurransetilsynets vurdering	46
5.2.4	Mine synspunkter på partenes anførsler og Konkurransetilsynets vurderinger.....	47
5.2.5	Vedtaketts rettskildemessige status	54
5.3	Kommisjonens avgjørelse 24.03.04, COMP/C-3/37.792 Microsoft.....	56
5.3.1	Innledning	56
5.3.2	Saksforholdet	56
5.3.3	Sentralt konkurranserettslig innhold i vedtaket.....	57
5.3.4	Vedtaketts betydning for rettsutviklingen	63
5.4	Komparativ studie av Konkurransetilsynets vedtak i Pharmaq-saken og Kommisjonens	
	avgjørelse i Microsoft-saken.....	64
5.5	Oppsummering og trender	65

5.5.1	Er de fire kumulative vilkår for å rammes av konkurranserettens forbud mot lisensnektelse absolutte? ..	65
5.5.2	Er sektorlovgivningen uttømmende?	66
5.5.3	Går konkurranserettspraksis i retning av å ta mindre hensyn til konkurrenter og større hensyn til forbruker i vurderinger av om lisensnektelse er i strid med atferdsreglene?	67
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	68
7	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	A

1 INNLEDNING

1.1 Problemstilling

Oppgavens juridiske tema er konkurranserettslig regulering av lisenser i grensesnittet med immaterialrettens regler. Konkurranselovgivningen skal verne om en sunn konkurranse i markedet. Patentretten, som er en form for immaterialrett, har som hovedformål å bidra til å sikre at en oppfinner får høste fruktene av sin oppfinnerinnsats.

Immaterialrettslovgivningen har ikke en samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk som sin primære oppgave.¹ Regelsettene verner dermed om interesser av grunnleggende ulik art.

Konkurranseretten søker å fremme et effektivt marked gjennom å føre kontroll med både atferd og struktur blant virksomheter i næringslivet. Immaterialrettslovgivningen, herunder patentretten, bidrar til å motivere til produktutvikling i ulike bransjer ved å gi oppfinnere vern for sine oppfinnelser under gitte betingelser. Vern av immaterielle rettigheter kan sies å være utformet for å oppmuntre parallelle, kumulative innovasjonsstrømmer.²

Grensesnittet mellom regelsettene handler om konkurranse og effektiv ressursbruk. Mens konkurranseretten i stor grad konsentreres om den statiske konkurransen, er patentretten et nyttig verktøy for å fremme dynamisk konkurranse.³ Fordi patentretten er tilrettelagt for ivaretagelse av patenthavers rettigheter, mens konkurranseretten har konkurransehensyn som sin hovedoppgave, kan regelsettene kollidere. Det gjør de når hensyn som fremmer den statiske konkurransen trekker i en annen retning enn de hensyn som fremmer den dynamiske konkurransen. Lovgiver har langt på vei vurdert og avveid denne konflikten.

¹ Anderman (2007) s. 1.

² *ibid.* s. 13.

³ Statisk konkurranse legger eksisterende ressurser og teknologi til grunn, mens vurderingen av den dynamiske konkurransen innbefatter fremtidig innovasjon.

I konkrete problemstillinger må rettsanvenderen legge lovgivers vurdering til grunn, og samtidig foreta en konkret avveining gjennom sin subsumsjon.

Normalt kreves det en avtale mellom innehaver av en immaterialrettighet og den part som ønsker lisens, dersom den potensielle lisensinnehaveren skal kunne utnytte rettigheten på lovlig vis. Dersom rettighetshaveren ikke ønsker å selge en lisens til sitt beskyttede produkt, har vedkommende frihet til å avstå fra å inngå en lisensavtale. Dette er kjernen i å inneha en immaterialrettighet. Konkurransereglene kan imidlertid ramme en slik nektelse under gitte betingelser gjennom å medføre pålegg om endret atferd. Slik atferdsendringsplikt kan bestå i lisensplikt for rettighetshaver. Også patentloven åpner for å pålegge en patenthaver å tilby en konkurrent lisens under gitte betingelser. Slik pålagt lisens etter patentloven kalles tvangslisens.

1.2 Avgrensning

Fremstillingen konsentreres om et enkelt foretaks dominerende stilling og utnyttelse av denne. Misbruk av dominerende stilling reguleres under konkurransereglene i EUF-traktatens art. 102⁴, EØS-traktatens art. 54 og konkurranseloven (krll.) § 11.

Bestemmelsene rammer flere typer misbruk. I oppgaven avgrenses det til én misbrukskategori: Lisensnektelse av beskyttede rettigheter der beskyttelsen er oppnådd gjennom immaterialrettslovgivningen.

Under lisensnektelse inkluderes myndighetenes mulighet til å pålegge innehaveren av et patent å tilby en konkurrent lisens etter patentloven (patentl.) § 47 nr. 2.

En sammenligning av hvordan en lisensnektelse vurderes etter konkurransereglene og patentloven, og hvordan den håndteres av forvaltningen og domstolene, vil bli kommentert.

⁴ Lisboa-traktaten, ratifisert 01.12.09, har ført til et navneskifte fra EF-traktaten til EUF-traktaten og renummerering av artiklene. Ny artikkel 101 og 102 tilsvarer gammel art. 81 og 82.

Praksis, som er en sentral del av konkurranserettsbildet, belyses gjennom ett nasjonalt og ett internasjonalt konkurranserettslig vedtak i grensesnittet mellom konkurranse- og immaterialrett. Fordi praksis er en viktig rettskilde i konkurranseretten de lege lata, trekkes aktuelle saker fra EU-retten også inn fortløpende gjennom hele oppgaven der de har relevans for temaet.

Oppgaven fokuserer på patenter i et marked hvor produktutviklingen forutsetter høye krav til investeringer og stor grad av risiko. Videre vil de patentene det stilles spørsmål om i anledning lisensnektelse, være patenter som utgjør kjernekompetansen i de virksomhetene som innehar patentet. Typiske næringer som kjennetegnes ved slike krevende forsknings- og utviklingsfaser er legemiddelbransjen og IT-bransjen. Utvikling av legemidler er en kostnadskreven og usikker prosess, som begrunner behovet for patentrettigheter til de som legger ned store ressurser på området. For IT-bransjen, som er i en rask utvikling hvor innovasjon er den viktigste konkurranseparameteren, kan forholdene variere noe mer. Lansering av nye IT-løsninger kan på den ene siden være kostnadskreven og usikre, på den annen side har vi mange eksempler på konsepter som er utviklet på ”gutterommet” med lave kostnader og liten risiko. I den IT-saken jeg tar for meg i oppgaven, Kommisjonens avgjørelse i Microsoft-saken fra 2004, er produktutviklingen preget av høy risiko og kostnadsintensivitet. Den immaterielle rettighetstypen er opphavsrett. Den er aktuell i et konkurranserettslig perspektiv, da IT-rettigheter på grunn av sitt informasjonsgrunnlag ofte har opphavsrettslig beskyttelse.

Juridisk teori angående opphavsrettigheter vil ikke bli belyst nærmere. En gjennomgang av patentretten anses å være tilstrekkelig for å danne et bilde av hvordan immaterialrettigheters funksjon både kan virke i tråd med og rammes av konkurranseregler.

I oppgaven behandles kun konkurranserettslige problemstillinger vedrørende lisensnektelse. Andre misbrukskategorier i konkurranseloven § 11 faller utenfor. Det gjør også atferdskontrollen for konkurransebegrensende samarbeid etter EUF-traktatens art.

101, EØS-avtalens art. 53 og konkurranselovens § 10, herunder de ulike gruppefritakene. Konkurranserettens strukturkontroll nasjonalt og internasjonalt berøres heller ikke.

1.3 Videre fremstilling

Jeg gir en oversikt over gjeldende konkurranserett internasjonalt og nasjonalt under EUF-traktatens art. 102, konkurranselovens § 11 og praksis i EU-retten. Deretter presenteres patentsamarbeidet internasjonalt samt nasjonal patentrett, med en nærmere beskrivelse av endringene i Norges patentlov som følge av innlemmelse av patentdirektivet i norsk rett, herunder patentl. § 47 nr. 2. En analyse av grensesnittet mellom konkurranserett og patentrett følger. Videre vil regelverket bli sammenholdt med to vedtak, ett nasjonalt hos Konkurransemyndighetene og ett internasjonalt hos Kommisjonen. Til slutt presenteres en sammenstilling av utviklingen på rettsområdet frem til i dag samt mulige trender. Internasjonal rett utenfor EU/EØS-området trekkes inn i den grad det kan gi velbegrunnede antagelser som er relevante i vurderingen av fremtidig utvikling på rettsområdet.

2 GJELDENDE KONKURRANSERETT

2.1 Konkurranselovgivningens formål

Norsk konkurranselovs formål er å fremme konkurransen ved å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, med særlig vekt på forbrukernes interesser.⁵ Konkurranseloven skal verne om konkurransen som prosess, ved å hindre forbudt samarbeid og uønsket utnyttelse av markedsrett. Samtidig kan rettsområdet ses som en formålsbestemt rettsdisiplin der en gunstig slutttilstand i form av effektiv ressursbruk også søkes realisert.⁶

⁵ Konkurranseloven § 1.

⁶ Kolstad (2007) s. 25.

Fellesskapsreglene i EU/EØS har et annet overordnet formål enn konkurransevern: Reglene skal fremme integrering og fjerne hindringer for handelen i det felles marked/EØS-området. Formålene kan påvirke tolkningen og skjønnsutøvelsen under konkurransebestemmelsene.⁷ Etter starten på EU/EØS-samarbeidet har det skjedd en tilnærming mellom nasjonale og EUF/EØS-konkurranserettsregler.⁸ Gjeldende konkurranserett har et felles sett av både regler og rettskilder i form av praksis fra EU-retten, som medfører at tolkning og skjønnsutøvelse relatert til det materielle innholdet av bestemmelsen gjennomføres på samme måte.

2.2 EUF-traktaten art. 102, EØS-avtalen art. 54 og konkurranseloven § 11

2.2.1 Felles utgangspunkt for bruk av bestemmelsene

Nasjonale konkurranseregler er harmonisert med konkurransereglene i EU/EØS-området. Rådsforordning 01/2003 art. 3 fastsetter en traktatmessig forpliktelse for EUs medlemsland til å anvende EUF-traktatens art. 101 og 102 parallelt med nasjonal konkurranserett der samhandelen er berørt.⁹ Forordningen er tilsvarende innført i EØS-området, og i norsk EØS-konkurranselov er ordlyden i art. 3 gjentatt.¹⁰ EU/EØS-retten er kopiert gjennom forordningen for regulering av atferd.

I dag er svært lite handels- og næringsvirksomhet begrenset til nasjonale markeder. Dette er selve kjernen i EU-rettens krav til de fire friheter: Man tilstreber en harmonisert europeisk rettslikhet gjennom å etablere like vilkår for alle EU-land når det gjelder fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital.¹¹ Dette skal sikre at produkter og tjenester kan tilbys med like vilkår innenfor hele EU uavhengig av hvilken stat tilbyder befinner seg i.

Harmoniseringen av konkurransereglene er et sentralt element i denne sammenheng fordi

⁷ *ibid.* s. 32.

⁸ EF/Rådsforordning 01/2003.

⁹ Kolstad (2007) s. 28.

¹⁰ EØS-konkurranseloven § 7.

¹¹ Sejersted (2004) s. 260.

de legger til rette for like konkurranserettslige vilkår innen hele EU. Selv om EØS-reglene ikke gjennomfører EUs krav til de fire friheter fullt ut, er EUs konkurranseregler fullstendig gjennomført. EU-konkurransespraksis er dermed gjeldende både i EØS-området og nasjonalt i EØS-medlemslandene.

Når det i oppgaveteksten henvises til internasjonale bestemmelser, benyttes for enkelhets skyld EUF-traktatens artikler. Harmoniseringen innebærer at konkurransebestemmelsene i EØS-avtalen har en tilsvarende anvendelse.

2.2.2 Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i markedet, EUF-traktatens art. 102 og krrl. § 11.

2.2.2.1 Dominerende stilling

En sentral bestemmelse i konkurranselovgivningens atferdsregulering omhandler ett eller flere foretaks misbruk av dominerende stilling, jf. krrl. § 11. I de fleste tilfeller hvor et foretak oppnår dominans i markedet, er årsaken at foretaket er det beste på markedet. Dette er fullt lovlig. Samtidig hjemler konkurranseretten et prinsipp om at dominerende foretak har et særlig ansvar for at konkurransen i markedet fungerer.¹²

Hensikten med krrl. § 11 er å slå ned på situasjoner hvor foretak drar fordel av å være store i markedet, uten at fordelene er relatert til egen kostnadseffektivitet, evne til å møte markedet med ønskede produkter eller andre ytelsesbetingede konkurransefremmende evner. Når en leverandør er størst eller helt alene i markedet, kan vedkommende operere uten å bekymre seg for at konkurrenter kan tilby nye og bedre produkter eller lavere priser på tilsvarende produkter. Da kan det være fristende å tilby et minimum av kvalitet til en høy pris. Slik kan en dominerende leverandør ta ut maksimal profitt til egen vinning.

¹² Kolstad (2007) s. 360 – 361.

For at krrl. § 11 og EUF-traktatens art. 102 skal komme til anvendelse, må foretaket ha en dominerende stilling i markedet.¹³ Å være dominerende er relatert til selskapets markedsrett. EU-domstolen har definert markedsrett som en så sterk økonomisk stilling at øvrige aktører kan hindres i å konkurrere på markedet, samtidig som selskapet kan opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere.¹⁴

Markedsandelen er det viktigste momentet som betraktes når det skal tas stilling til hvorvidt et foretak innehar en dominerende stilling eller ei. Markedsandelen er ikke alene nok til å avgjøre spørsmålet, så lenge den ikke overstiger 70 – 80 %.¹⁵ En markedsandel på 50 % tilsier en høy sannsynlighet for dominerende stilling. Andeler på 40 % og mindre indikerer at særlige forhold må foreligge for at selskapet kan sies å inneha en dominerende stilling i det aktuelle marked.¹⁶

Ut over markedsandelen er disse momentene beskrevet i juridisk litteratur som relevante ved dominansvurderingen:¹⁷ Etableringshindringer, teknologiske forsprang, vertikalt integrerte foretak, eksistensen av varemerker, virksomhetens relative størrelse, dens tidligere markedsatferd og profittnivået. Oppgavens sentrale tema og det begrensede omfanget tillater ikke en mer inngående analyse av disse momentene.

Selv om et foretak bare har markedsrett innenfor en del av EU/EØS, kan likevel EU-rettens konkurranseregler gjelde. Det stilles opp et vesentlighetskrav for at art. 102 skal få virkning. Vesentlighetskriteriet skal vurderes geografisk, og på grunnlag av den relative betydning av de produktmarkeder der foretaket er dominerende for handelen på de aktuelle produktmarkeder innenfor EØS/EU.¹⁸ EU-praksis innehar også et volumkrav for å gi

¹³ Konkurranseloven § 11 (1).

¹⁴ Sag C-27/76 United Brands Company mod Kommissionen, premiss 65.

¹⁵ Sag T-30/89 Hilti mod Kommissionen, premiss 92.

¹⁶ Kolstad (2007) s. 353.

¹⁷ *ibid.* s. 351 – 357.

¹⁸ *ibid.* s. 358.

bestemmelsen virkning.¹⁹ Det synes med dette å ligge et krav til et minimum av virkning i markedet for at det skal bli aktuelt å gi konkurransereglene virkning. Dessuten må samhandelen ”mellom medlemsstatene”²⁰ kunne påvirkes. Et rent nasjonalt forhold berøres dermed ikke av de internasjonale bestemmelsene. Når nasjonal regulering av ulovlig atferd er harmonisert med EU-retten, vil dette siste i praksis ikke få noen materiell betydning. Det er dessuten få konkurransestridige forhold i dag som ikke kan ha grenseoverskridende virkning, jf. 2.2.1 (2)²¹.

2.2.2.2 Markedsavgrensning

For å avgjøre om et foretak har en dominerende stilling i markedet, må selve markedet avgrenses. Jo videre markedet defineres, geografisk og produktrelatert, desto mer skal til for å inneha en dominerende stilling.²² Å definere markedet er således helt avgjørende for hvorvidt en aktør anses å være dominerende. Resonnementet er logisk begrunnet fordi et større marked vil ha flere potensielle tilbydere enn et mer avgrenset marked. I et mer avgrenset produktmarked skal det mindre til enn i et større marked for at en aktør anses å være dominerende. Avgrensningen inneholder et element av skjønn: Analysen av hvor langt kundene er villige til å strekke seg både geografisk og prismessig må i mange situasjoner gjennomføres hypotetisk.

EU-praksis synes å legge et relativt avgrenset marked til grunn i sin analyse.²³ I Hilti mot Kommisjonen²⁴ foretar Kommisjonen en avgrensning av produktmarkedet ved å dele opp produktkategorier som også kan sies å tilhøre ett felles marked: ”Der er ifølge Kommisjonen tale om saerskilte markeder, for selv om pistolene, patronmagasinene og

¹⁹ *ibid.*

²⁰ EUF-traktatens art. 102 (1).

²¹ Rene punkthenvisninger skal forstås som kryssreferanser i oppgaven.

²² Kolstad (2007) s. 267.

²³ Anderman (2007) s. 42 med videre referanser.

²⁴ Sag T-30/89 Hilti mod Kommisjonen.

*boltene har en indbyrdes sammenhaeng, er udbuds- og efterspoergselsbetingelserne forskellige.*²⁵

Geografisk foretar EU-praksis oftest en analyse av hele EU-markedet.²⁶

Der art. 53 og 54 har virkning, gir ESA veiledning om markedsavgrensning. Veiledningen er en blåkopi av Kommissjonens tilsvarende kunngjøring.²⁷ Vurderingene tillegges også vekt når vurderingen foretas i relasjon til krrl. §§ 10 og 11.

I henhold til ESAs og Kommissjonens kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, skal markedet avgrenses etter en analyse. Analysen skal avklare hvilke tilbydere som må inkluderes i et perfekt kartell. Et perfekt kartell karakteriseres ved størrelsen på det geografiske område som etterspørerne er villige til å bevege seg innenfor som følge av prisforskjeller.²⁸ Når avstandene er så store at kundene ikke velger laveste pris, er man utenfor et slikt perfekt kartell.

Som følge av harmonisering av nasjonal konkurranserett med EU/EØS-konkurranseregler, får analysen betydning også når markedet skal avgrenses i relasjon til krrl. § 11, jf. 2.2.1 (1).

2.2.2.3 Forholdet mellom dominerende stilling og immaterielle rettigheter

En virksomhet med en eller flere immaterielle rettigheter kan som følge av rettighetene inneha en dominerende stilling i det relevante markedet. I ytterste konsekvens kan rettighetshaveren bli monopolist. Det er imidlertid ingen automatikk i at for eksempel et patentert produkt medfører dominans i markedet for patentet. Hvorvidt et patent medfører

²⁵ Premiss 18.

²⁶ *ibid.*

²⁷ 1997/C 372/03.

²⁸ *ibid.* pkt. 17.

monopol eller dominans i markedet i konkurranserettslig forstand, avhenger av om det er mulig å fremstille konkurrerende produkter til patentet i det samme markedet, uten å krenke patentet. Er dette mulig vil ikke patenthaveren være monopolist. I den grad alternative produkter kan representere markedsandeler som gir patenthaver en andel på under 70 %, jf. 2.2.2.1 (4), vil dominanskriteriet oftest heller ikke være oppfylt for patenthaveren.

2.2.2.4 Utilbørlig utnyttelse

Å være dominerende i et marked er i seg selv ikke konkurransestriddig.²⁹ Som følge av bedre produkter, høyere innsats og kvalifikasjoner, kan dominerende virksomheter operere i et marked uten å rammes av konkurransereglene. Tvert imot er det formålstjenlig for konkurransen som prosess, at foretak utvikler seg til å tilby bedre produkter og tjenester; det virker konkurranseskjerpene i markedet.

Først når en dominerende virksomhet stiller etterspørre overfor markedsvilkår som er en følge av **utnyttende** misbruk av den dominerende posisjonen, eller virksomheten foretar **konkurransbegrensende** misbruk av denne, får konkurransereglene virkning.³⁰

Utnyttende misbruk betyr at det samfunnsøkonomiske overskuddet ikke fordeles rettferdig mellom tilbyder og etterspørre. Det oppstilles en konsumentvelferdsstandard som stiller krav til at en rimelig del av overskuddet skal tilfalle konsumentleddet i næringskjeden.³¹

Om et misbruk er konkurransbegrensende, beror på om den aktuelle atferd kan forklares som et "normalt" utslag av konkurransen mellom aktørene på markedet.³²

Når konkurransbegrensningen skal vurderes, tar konkurranseretten utgangspunkt i om begrensningen er et **formål** eller en **virkning** av den utilbørlige atferden. Under EUF-

²⁹ jf. 2.2.2.1 (1).

³⁰ EUF-traktaten art. 102 a – d.

³¹ Konkurranseloven. § 1 (2), konsumentvelferdsstandarden.

³² Sag C-85/76 Hoffmann-La Roche, premiss 91.

traktatens art. 102 og krrl. § 11 er det atferdens **virkning** som er sentral. Det er verken tilstrekkelig eller nødvendig at en handlemåte har til formål å være konkurransebegrensende. Dette fremgår av EU-domstolens praksis.³³ Førsteinstansretten har gått i retning av å vurdere spørsmålet ut fra formålet med atferden.³⁴ Så lenge EU-domstolen som høyere domstol ikke bekrefter utviklingen i retning av en formålsbetraktning, er det imidlertid fortsatt en virkningsvurdering som må anses som gjeldende rett.³⁵

2.3 Misbrukstypen lisensnektelse under EUF-traktatens art. 102 og krrl. § 11

2.3.1 Innledning

Oppfinnelser kan patenteres, hvilket gir patenthaveren ”enerett til å utnytte en oppfinnelse i nærings- eller driftsøyemed”.³⁶ Patentloven gir således vern for en oppfinners mulighet til å oppnå gevinst for den innsats vedkommende har lagt ned i oppfinnelsen. En måte å utnytte et slikt patent på, er å gi andre adgang til å benytte spesifiserte områder av oppfinnelsen på gitte vilkår. En avtale om en slik adgang er en lisens. Gjennom en slik lisensavtale kan andre aktører kommersialisere oppfinnelsen.

Selv om foretaket med patentet er dominerende i markedet for patentet, er ikke nektelse av lisens til interessenter i seg selv i strid med konkurransereglene. Dette gjelder selv om den patenterte kunnskap ikke har noen nære substitutter. I så fall ville immaterielle rettigheter kunne være i strid med art. 102 (b), noe som ikke er tilfelle.³⁷ Det er legitimt å vokse til å bli dominerende i et marked på bekostning av konkurrenter, når det skjer fordi selskapet reelt forbedrer sine ytelser.³⁸ Intern vekst gjennom investeringer i forskning og utvikling og

³³ Sag C-322/81, Michelin mod Kommissjonen I, premiss 197.

³⁴ Sag T-203/01, Michelin mod Kommissjonen II og Sag T-219/99 British Airways mod Kommissjonen.

³⁵ Kolstad (2007) s. 370.

³⁶ Patentloven § 1.

³⁷ Anderman (2007) s. 54.

³⁸ jf. 2.2.2.4 (1).

beskyttelse av immaterielle rettigheter er legitime atferdsmønstre som ikke rammes av EUF-traktatens art. 102.³⁹ Dermed er det heller ikke slik at enhver lisensnektelse er forbudt etter konkurransereglene.

Først i immaterialrettighetens avledede marked vil det foretas en konkurranserettslig vurdering, da med utgangspunkt i art. 102 (c) / krrl. §11 (2)c.⁴⁰ Gjennom et stadig større erfaringsgrunnlag sammenholdt med en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, har EU-praksis gått fra å føre en meget restriktiv linje overfor patenter til å anerkjenne immaterielle rettigheters positive virkninger i markedet.⁴¹ Videre viser praksis at vilkårene for å rammes av konkurransereglene ser ut til å være i endring.⁴² Forholdet belyses nærmere i 5.3.

Praksis fra EU-retten har lagt til grunn at lisensnektelse under ”*særlige omstendigheter*” kan innebære et misbruk av dominerende stilling etter § 11 (2)c og art. 102 (c).⁴³ Ved å forutsette at ”*særlige omstendigheter*” må foreligge for at lisensnektelse skal vurderes under EUF-traktatens art. 102, anerkjenner EU-konkurranseretten samtidig immaterialrettigheter som legitimt.⁴⁴

Kriteriene for vurderingen av hva ”*særlige omstendigheter*” innebærer, finnes i EU-domstolens praksis knyttet til konkrete konkurransebegrensninger som springer ut av immaterielle eneretter.⁴⁵ Vilårene for å rammes av konkurranseretten ved en lisensnektelse kan oppsummeres i **fire kumulative krav**:

³⁹ Anderman (2007) s. 107.

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ *ibid.* s. 37.

⁴² Case COMP/C-3/37.792 Microsoft.

⁴³ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill), premiss 50.

⁴⁴ Anderman (2007) s. 107.

⁴⁵ Kolstad (2007) s. 570.

- Den rettighetsbeskyttede innsatsfaktoren må være absolutt nødvendig.
- Nektelsen må hindre fremveksten av et nytt marked.
- Enhver konkurranse må utelukkes i det avledede markedet som følge av nektelsen.
- Ingen objektiv begrunnelse må foreligge for nektelsen.

Det nærmere innholdet i de fire kumulative vilkår beskrives i det følgende.

2.3.2 Nødvendighetskravet

For at nektelsen skal rammes av konkurransereglene, er det i EU-retten stadfestet et nødvendighetskrav: Den patenterte innsatsfaktoren må være absolutt nødvendig som innsatsfaktor for å produsere et ønsket produkt/tjeneste. Videre må innsatsfaktoren være nødvendig for alle aktørene, ikke bare den aktør som ønsker lisensen.⁴⁶ Dette følger også av at innsatsfaktoren ikke ville vært absolutt nødvendig dersom andre aktører kunne ha fremskaffet det nye produktet/tjenesten med andre virkemidler. Dermed er det ikke automatikk i at en immateriell rettighet skal forstås som konkurranserettslig monopol, jf. 2.2.2.3. Som absolutt nødvendig regnes også patenterte innsatsfaktorer som er nødvendige for at aktøren ikke skal påføres en økonomisk ulempe som er større enn de kostnader man må påregne i enhver etableringsfase.⁴⁷

2.3.3 Nektelsen må hindre fremveksten av et nytt marked

Et dominerende foretak som utnytter en immaterialrettighet på en slik måte at utnyttelsen medfører et effektivitetstap ved at den nye kunnskapen ikke blir tatt i bruk, kan rammes av konkurransereglene. Dette følger av praksis i EU-retten.⁴⁸ Slikt tap oppstår dersom en rettighetshaver ikke tillater bruk av en rettighet som ville ha medført en introduksjon av et nytt produkt i et nytt marked, til glede for samfunnet og forbrukerne. EU-domstolen uttalte

⁴⁶ Sag C-7/97 Oscar Bronner mod Mediaprint, premiss 41 og 44.

⁴⁷ Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, premiss 28.

⁴⁸ Kolstad (2007) s. 577.

i IMS Health-saken at den immaterielle rettigheten må ha ”til hensigt at tilbyde nye produkter eller tjenesteydelser, som rettighetsinnehaveren ikke tilbyder, og som der er en potensiell etterspørsel på fra forbrugernes side.”⁴⁹

Om en lisensnektelse rammes av misbrukskriteriet pga hindret fremvekst av et nytt marked eller ikke, medfører til syvende og sist en vurdering av hvorvidt effektivitetsgevinsten ved å gi lisens klart oppveier de negative virkningene av et inngrep i den beskyttelse immaterialretten gir rettighetshaver.⁵⁰ For at lisensnektelse skal rammes av EUF-traktatens art. 102 og krrl. § 11, må dette føre til en klar interesseovervekt for sluttbruker av produktet/tjenesten basert på immaterialrettigheten, sammenlignet med ulempen det skaper for immaterialrettsinnehaveren å måtte gi lisens. Tilstrekkelig interesseovervekt foreligger der markedet med det nye produktet trekker til seg flere etterspørrere enn det opprinnelige markedet med de eksisterende produktene gjorde alene.

2.3.4 Enhver konkurranse på et avledet marked utelukkes

For at en lisensnektelse skal kunne vurderes som konkurransestriddig, må det beskyttede produktet eller tjenesten som ønskes lisensiert utgjøre et eget marked.⁵¹ Begrenset konkurranse på markedet for den immaterielle rettigheten er selve poenget med en enerett, og konkurranseretten anerkjenner at immaterielle rettigheter kan gi innehaveren monopol på markedet for den aktuelle rettigheten, jf. 2.3.1 (2). Det er når nektelsen har virkning **utover** dette markedet, det vil si i et avledet marked, og det ikke foreligger mulige substitutter til aktuelle produkt i det avledede markedet, at konkurransereglene vil kunne sensurere lisensnektelsen.⁵² Det er tilstrekkelig at det avledede markedet er potensielt eller hypotetisk.⁵³ Videre må produktene/tjenestene ikke bare være forskjellige, det må også

⁴⁹ Premiss 49.

⁵⁰ Kolstad (2007) s. 580.

⁵¹ Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, premiss 42.

⁵² *ibid.* premiss 49.

⁵³ *ibid.* premiss 44.

identifiseres **to ulike produksjonstrinn**.⁵⁴ Med andre ord må innholdet i den ønskede lisensen både inngå som en del av en produksjonsprosess og som et separat produkt der sluttproduktet kan tilbys på et marked.⁵⁵ Igjen: Det er ikke tilstrekkelig at konkurransen på markedet for den immaterielle enerett begrenses. Forholdet til §11 (2)b/EUF-traktatens art. 102 (b) er klargjørende for kravenes innhold: Det er ikke tilstrekkelig at en lisensnektelse representerer et misbruk i strid med b. En lisensnektelse må følgelig ikke bare være unyttende, men også ekskluderende.

Videre må det stadfestes hvorvidt virksomheten som ikke vil gi lisens er dominerende på markedet for det rettighetsbelagte produktet eller tjenesten som nektes lisensiert. Her ser vi en nær sammenheng med hvorvidt nødvendighetskravet er oppfylt eller ikke for fremstillingen av det nye produktet, jf. 2.3.2. Dersom det rettighetsbelagte produktet/tjenesten er absolutt nødvendig, tilsier det at det ikke foreligger alternative innsatsfaktorer ved siden av den aktuelle beskyttede innsatsfaktoren som kan benyttes i fremstillingen av sluttproduktet lisenskreveren vil fremstille.⁵⁶ Der det beskyttede produktet ikke er absolutt nødvendig, vil rettighetshavers dominerende stilling være akseptabel fordi andre leverandører av lignende produkt kan tilby lisenskreveren alternative tjenester eller produkter til det ønskede, rettighetsbeskyttede produktet.

Virkningene av lisensnektelsen på markedet for det produkt som ønskes produsert må også kartlegges, det vil si virkningene i det avledede marked. Innholdet i kravet til nytt produkt medfører at det er tilstrekkelig at det avledede markedet er potensielt i kraft av at det foreløpig ikke er etablert noe markeds plass for produktet.⁵⁷ For å rammes av konkurransereglene må lisensnektelsen utelukke enhver konkurranse i det avledede markedet.

⁵⁴ *ibid.* premiss 45.

⁵⁵ Kolstad (2007) s. 583.

⁵⁶ *ibid.* s. 584.

⁵⁷ *ibid.*

2.3.5 Vilkåret om objektiv begrunnelse

Selv om en atferd rammes av krrl. § 11 og EUF-traktatens art. 102, behøver den etter EU-rettens praksis likevel ikke alltid sanksjoneres gjennom atferdsregulering.⁵⁸ Foreligger en objektiv begrunnelse for atferden, kan den gå klar av krrl. § 11 og EUF-traktatens art. 102. Vilkår for fritak er en parallell til unntaksbestemmelsen i krrl. § 10 (3) og EUF-traktatens art. 101 (3). Begrunnelse for slikt fritak er i henhold til EU-domstolen at atferden realiserer effektivitetsgevinster når ”*atferden er et proporsjonalt virkemiddel for å realisere det legitime formål*”.⁵⁹

Åpningen for å tillate atferd i strid med krrl. § 11 og EUF-traktatens art. 102 er kun aktuell dersom det legitime formålet ikke kan fremmes via andre metoder som ikke er i strid med konkurranseretten.⁶⁰

Læren om objektiv begrunnelse for lisensnektelser har i praksis vært aktuell der et firma som har et patent nekter å gi andre lisens fordi de selv vil bruke den patenterte oppfinnelsen. Slik nektelse er av sentral praktisk betydning fordi mange oppfinnelser består av en forbedring av eksisterende produkter.⁶¹ Det må foretas en vurdering av realismen i påstanden om at patentet faktisk vil benyttes som hevdet, og hvor nærliggende i tid dette vil skje.

Et annet eksempel hvor de faktiske forhold er vanskeligere å kartlegge, er hvorvidt det kan tillegges vekt at det ligger særlig store investeringer bak en immaterialrettighet.⁶²

Et tredje tilfelle der vilkåret om objektiv begrunnelse drøftes, er hvorvidt et pålegg om å gi lisens reduserer innehaveren av immaterialrettighetens incentiver til å investere i forskning

⁵⁸ Kolstad (2007) s. 373.

⁵⁹ *ibid.*

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ O’ Donoghue (2006) s. 451 - 452.

⁶² Kolstad (2007) s. 586.

og utviklingsarbeid. Kommisjonens avgjørelse i Microsoft-saken⁶³ belyser problemstillingen. Det åpnes her for et dynamisk konkurranseperspektiv gjennom vektleggingen på innovasjon, jf.1.1 (3). Etter en konkret vurdering fant Kommisjonen at fordelene ved lisensgivelse var større enn ulempene ved å gripe inn i opphavsretten i leverandørmarkedet som helhet (inkludert Microsoft).⁶⁴ Microsoft-saken drøftes ytterligere i 5.3.

2.3.6 Veiledning om Kommisjonens prioritering⁶⁵

Kommisjonen gir jevnlig ut meddelelser som er retningsgivende for deres prioriteringer ved anvendelsen av regelverket. Meddelelsene, sammen med Kommisjonens konkrete avgjørelser, er nyttige verktøy for alle som er i en situasjon hvor de kan rammes eller dra fordel av regelverket. Kommisjonens veiledning 2009/C 45/02 om prioritering av håndhevelsen i forbindelse med anvendelsen av EUF-traktatens art. 102 tar for seg misbruk av dominerende stilling ved utilbørlig atferd. Formålet beskrives som en prioritering og klargjøring av hva Kommisjonen vil fokusere på fremover og dermed gi aktørene et bedre grunnlag for å vurdere hvilken atferd som vil rammes.⁶⁶

I meddelelsens pkt. 5 trekkes hensynet til forbruker frem som et prioriteringsområde:

”Kommisjonen vil ... målrette håndhevelsen med henblik på at sikre, at markederne fungerer tilfredsstillende, og forbrukerne drager fordel af den effektivitet og produktivitet, som en effektiv konkurrence mellem virksomhederne medfører.”

Pkt. 6 synes å tone ned konkurransereglens betydning som virkemiddel i å beskytte konkurrenter som rammes av dominerende foretaks atferd. Dette er i tråd med mantraet om

⁶³ Case COMP/C-3/37.792 Microsoft.

⁶⁴ Premiss 783.

⁶⁵ 2009/C 45/02.

⁶⁶ *ibid.* pkt. 2.

at det er konkurransen, ikke konkurrentene, som konkurransereglene skal verne.⁶⁷ Det heter at:

”Det kan betyde, at konkurrenter, som er mindre interessante for forbrugerne, når det gjelder priser, valgmuligheder, kvalitet og innovasjon, må forlade markedet.”

Meddelelsen tar for seg det konkrete misbruket leveringsnektelse.⁶⁸ I pkt. 82 ser man på forholdet mellom konkurranselovgivning og annen lovgivning, og uttaler at:

”I visse særlige tilfælde kan det være indlysende, at en leveringspligt ikke kan få negative virkninger for indputindehaverens og/eller andre operatørers incitamenter til at foretage investeringer og innovation på upstream-markedet, det være sig forinden eller efterfølgende. Efter Kommissionens opfatelse er dette navnlig tilfældet, når regler, der er forenelige med fællesskabslovgivningen, i forvejen pålægger den dominerende virksomhed en leveringspligt, og det klart fremgår af de betragtninger, der ligger til grund for disse regler, at de offentlige myndigheder allerede foretog den nødvendige afvejning av incitamenterne, da de pålagde virksomheden en sådan leveringspligt.”

Sitatet er interessant med tanke på om kriterier som er alminnelig brukt i konkurranseretten, allerede kan sies å være innbakt i lovgivning eller praksis i andre rettsområder. I vurderingen av lisensnektelse som en type leveringsnektelse: Kan noen av de fire kumulative kriteriene⁶⁹ som etter EU-praksis må være oppfylt for å rammes av EUF-art. 102 ved lisensnektelse, allerede være implementert i annen sektorlovgivning dersom lovens forarbeider synliggjør at konkurranserettslige hensyn er tatt i betraktning? Spørsmålet belyses ytterligere i 4.3.

⁶⁷ jf. 2.

⁶⁸ 2009/C 45/02, avsnitt D.

⁶⁹ jf. 2.3.

3 GJELDENE PATENTRETT

3.1 Innledning

Nasjonal patentrett er ikke underlagt internasjonal lovgivning.⁷⁰ Flere multilaterale avtaler gjør at patenter likevel kan få grenseoverskridende virkninger.

Nasjonal lovgivning om immaterielle rettigheter er heller ikke harmonisert med EU-retten. EU-domstolen har slått fast at det er opp til det enkelte land å fastsette vilkårene for tvangslisens etter immaterialrettslovgivningen.⁷¹

3.2 Internasjonalt samarbeid om patenter

Den grunnleggende avtalen om industrielt rettsvern er Pariskonvensjonen av 20. mars 1883 angående beskyttelse av den industrielle eiendomsrett. Norge sluttet seg til konvensjonen i 1885.⁷² Konvensjonens hovedprinsipp er nasjonal behandling og lik adgang for alle borgere i alle konvensjonsland til å oppnå patent i alle unionsland.⁷³ Et sett av minimumskrav stilles også opp for å kunne innvilge et patent. En annen sentral rettighet etter konvensjonen er prioritetsadgangen: Når patent er søkt i et land som har ratifisert konvensjonen, har søkeren rett til å legge inn tilsvarende søknad i ett eller flere andre unionsland med prioritet fra dagen den første søknaden ble registrert.⁷⁴ Konvensjonen gjelder også for de andre typene industrielt rettsvern: Design- og varemerkebeskyttelse.

TRIPS-avtalen (agreement on trade-related aspects of intellectual property rights) kom i stand 15. april 1994 og er en del av WTO-avtalen. Den stiller opp egne minimumskrav som medlemslandene plikter å innlemme i nasjonal lovgivning, samtidig som den gjør kravene i

⁷⁰ St.prp. nr. 43 (2002-2003), pkt. 1.2.

⁷¹ Kolstad (2007) s. 568.

Sag C-238/87 Volvo mod Veng, premiss 7.

⁷² Handelsdepartementets nettside: Handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter.

⁷³ Paris-konvensjonen, art. 2 og 3.

⁷⁴ *ibid.* art. 4.

Pariskonvensjonen gjeldende for alle WTO-statene.⁷⁵ TRIPS-avtalen søker å balansere målet om dynamisk konkurranse gjennom patentrettighetene og den statiske konkurransen gjennom lisensregler. Avtalens artikkel 8 nr. 2 og artikkel 31 bokstav k tillater å gjøre inngrep i patentrettigheter for å motvirke en konkurransebegrensende praksis.⁷⁶ Realismen i denne balansen er imidlertid kritisert.⁷⁷ Et synspunkt er at avtalen er et resultat av immaterialrettighetshaveres lobby-virksomhet.⁷⁸ Når de sterke, rike landene gjennom deres mektige markedsaktører i stor grad har fått påvirke utformingen av TRIPS-avtalen, er det relevant å vurdere konvensjonens reelle virkning slik kritikerne av avtalen gjør. På den annen side åpner TRIPS-avtalen gjennom artikkel 8 og 31 for å gjøre inngrep i de immaterielle rettighetene som rike og mektige selskaper innehar. Dette signaliserer etter min mening et ønske om og tilgjengelig verktøy for gjennomføring av en balansert utøvelse av immaterialrettigheter mellom innehaver og samfunnets behov. TRIPS-avtalen kan med dette brukes som verktøy for ivaretagelse av statisk så vel som dynamisk konkurranse.

Konvensjonen om patentsamarbeid (Patent Cooperation Treaty – PCT) av 19.juni 1970 er et internasjonalt patentsøknadssystem som administreres av Verdens Immaterialrettsorganisasjon. En PCT-søknad er en samlesøknad som gjør det mulig for søkeren å oppnå patent i alle de aktuelle stater som er med i ordningen. PCT-systemet foretar en sentral nyhetsgranskning og patentbarhetsvurdering, men meddeler ikke patent for de aktuelle stater. Dette gjøres av de nasjonale patentverk etter nasjonale regler.

Den Europeiske Patent Organisasjonen (EPO) er en mellomstatlig organisasjon etablert 7. oktober 1977 på grunnlag av den Europeiske Patent Konvensjonen (EPC) avtalt i München i 1973.⁷⁹ EPO er en sammenslutning av landene tilsluttet EPC og det europeiske

⁷⁵ Handelsdepartementets nettside: Handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 8.1.

⁷⁷ Anderman (2007) s. 9 med videre referanser.

⁷⁸ *ibid.*

⁷⁹ EPOs nettside.

patentverket.⁸⁰ Norge ratifiserte konvensjonen med virkning fra 01.01.2008. Konvensjonen har til hensikt å effektivisere patentoppnåelse i flere av medlemslandene samtidig ved hjelp av traktatens prosedyreregler.⁸¹

En europeisk patentsøknad kan innvilges av Det Europeiske Patentkontor. Norske bedrifter kunne også før ratifisering av EPO i 2008 søke europeisk patent, men da inkluderte ikke patentet Norge som nedslagsfelt. Etter ratifiseringen kan norske autoriserte patentfullmektiger nå bistå søkeren i saksbehandlingen ved EPO.⁸² Den største reelle forskjellen består imidlertid i at flere patenter nå har virkning i Norge, med de konkurransemessige følger dette har for næringslivet i landet.

På tross av traktatene gjennomgått her, er det på det rene at patentlovgivningen fortsatt har en utpreget nasjonal karakter. Hovedeffekten av de nevnte traktatene kan deles i to: Mens EPO og PCT gir en forenklet gjennomføringsrutine når et patent søkes, gir Pariskonvensjonen og TRIPS-avtalen en viss harmonisering av regelsettene ved at visse minimumskrav for å innvilge patenter legges til grunn.⁸³

Kommisjonen arbeider med et forslag til forordning om et eget EU-patent. Forordningen skal ha til formål å ”skape et nytt enhetsadkomstbevis på den industrielle eiendomsretts område”.⁸⁴ Det er pr. desember 2009 politisk enighet om EU-patentet i konkurranseevnerådet i EU, men forordningen er ikke ennå trådt i kraft.⁸⁵ Den er ikke EØS-relevant, og vil dermed ikke gjelde Norge.⁸⁶

⁸⁰ Patentstyrets nettside.

⁸¹ *ibid.*

⁸² *ibid.*

⁸³ Mc Culloch (2005) s. 8.

⁸⁴ KOM(2000) 142 endelig.

⁸⁵ Patentstyrets nettside.

⁸⁶ *ibid.*

3.2.1 EØS-avtalens vedlegg XVII, Patentdirektivet

31. januar 2003 ble europaparlaments- og rådsdirektiv 98/44/EF om rettslig vern av bioteknologiske oppfinnelser innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVII om opphavsrett (heretter Patentdirektivet).⁸⁷

Direktivet har til hensikt å fremme næringspolitiske hensyn ved å bedre konkurranseevnen på det bioteknologiske området. I tillegg skal det settes fokus på hvilke vilkår som medfører unntak fra patentbeskyttelse av etiske hensyn.⁸⁸ Som medlem av EØS vil direktivet få virkning for Norge ved implementering i norsk lov.

Innlemmelsen av patentdirektivet i norsk rett har indirekte ført til presiseringer og prosessendringer av konkurranserettslig art. Disse er av sentral betydning i en presentasjon av gjeldende nasjonal rett i grensesnittet mellom konkurranserett og immaterialrett, se 4.1.1.

3.3 Nasjonal patentrett

3.3.1 Patentlovens formål og vilkår

Norsk patentlovs hovedformål er å gi produsenten av en oppfinnelse eneretten til denne innenfor Norges grenser i en gitt periode. Slik kan oppfinneren selv høste fruktene av et arbeid som har resultert i en kommersielt utnyttbar oppfinnelse. Patentbeskyttelsen er nasjonalt avgrenset og har ikke ubegrenset holdbarhet. Patentloven § 40 (1) angir en maksimal varighet på 20 år. Tidsbegrensningen har til hensikt å hindre konkurranseskadelige virkninger: Også i et dynamisk konkurranseperspektiv har rettighetsbeskyttelse en begrensning som pådriver for innovasjon. Fravær av tidsbegrensning kan føre til manglende initiativ til nyskaping fra konkurrenter. Et formål

⁸⁷ St.prp. nr. 43 (2002-2003).

⁸⁸ *ibid.* Patentloven forutsetter at patenter ikke skal meddeles dersom de strider ”*mot offentlig orden moral*”, jf. patentloven § 1b (1).

ved patentloven i tillegg til å beskytte den enkelte oppfinner, er nettopp å motivere til innovasjonssatsning.

Vilkårene for å oppnå patent fremgår av patentloven § 2 (1): ”*Patent meddeles bare på oppfinnelser som er nye i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens inngivelsesdag, og som dessuten skiller seg vesentlig fra dette*”. Hva som er en oppfinnelse presiseres videre i lovens § 1. Oppsummert er en oppfinnelse en praktisk løsning av et teknisk problem.⁸⁹ Den tekniske løsningen må kunne gjentas med samme resultat hver gang og være industrielt anvendelig. Trinnhøyden på oppfinnelsen, hva det kan kreves patent på, er iflg. lovens forarbeider en vurdering som i siste instans må avgjøres på grunnlag av et faglig skjønn.⁹⁰

På bioteknologiområdet, hvor patentert biologisk materiale er identisk med naturlig forekommende materiale, er det delte meninger angående kravet til trinnhøyde. Kritikerne anfører at en fremstilling av et slikt biologisk materiale ikke tilfredsstillende kravet til trinnhøyde.⁹¹ Gjeldende rett gir imidlertid adgang til å patentbeskytte slike fremstillinger, som for eksempel isolering av et virus til bruk i vaksiner.⁹² Patentadgangen har sin klare grense i at rene oppdagelser ikke kan rettighetsbeskyttes etter patentloven.⁹³

3.4 Sammenstilling, internasjonalt patentsamarbeid og nasjonal patentrett

Ved anvendelse av Patentdirektivet i norsk rett, er det fra regjeringen lagt opp til en restriktiv praktisering av kravet til både oppfinnelseshøyde og patentrettens omfang. Slik

⁸⁹ Steinvik (2006) s.13.

⁹⁰ NOU 1976:49, kapittel X, til § 2.

⁹¹ St.prp. nr. 43 (2002-2003) pkt. 9.4 (1).

⁹² V2009-17 Pharmaq-vedtaket: Patentstyrets uttalelse til Konkurransetilsynet av 20.11.2008.

⁹³ St.prp. nr. 43 (2002-2003) pkt. 9.4 (3).

utnyttet det spillerom som flere av direktivets bestemmelser åpner for.⁹⁴ Store deler av direktivet sammenfaller også med norsk patentrett angående lovgivning og praksis.⁹⁵

I relasjon til TRIPS-avtalen er to vilkår av særlig interesse for norsk patentrett angående minimumsrettigheter: For det første skal nasjonale myndigheter sørge for ”*tilstrekkelig og effektiv patentbeskyttelse for oppfinnelser på alle teknologiske områder*”. For Norge innebærer dette et beskyttelsesnivå som tilsvarer nivået i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992. For det andre skal eventuell tvangslisensiering finne sted i tråd med vilkårene i TRIPS-avtalen.⁹⁶ Patentloven § 47 nr. 2 skal følgelig tolkes i samsvar med TRIPS-avtalens føringer.

4 GRENSESNIETTET MELLOM KONKURRANSERETT OG PATENTRETT

4.1 Patentloven § 47 nr. 2

I skjæringspunktet mellom patentretten og konkurranseretten, har lovgiver gitt en bestemmelse i patentloven § 47 nr. 2, endret ved lov nr. 127/2003. Bestemmelsen hjemler bruk av tvangslisens der konkurransemessige forhold tilsier dette.⁹⁷ Bestemmelsens forarbeider setter som vilkår for å rammes, at konkurransen begrenses vesentlig som følge av et misbruk av patentrett, med den følge at misbruket rammer allmenne interesser.⁹⁸ Forholdet til konkurranselovgivningen er i følge samme forarbeider uavhengig, uten at betydningen av dette utdypes nærmere.⁹⁹ Dermed kan det anføres at en patentrettslig bestemmelse vedrørende tvangslisens følger patentrettslig tolkning og formål med TRIPS-

⁹⁴ *ibid.* pkt. 9.8.1.

⁹⁵ *ibid.*

⁹⁶ TRIPS-avtalen vedlegg V, Omhandlet i artikkel 24. Beskyttelse av immaterielle rettigheter, art. 3 b).

⁹⁷ Patentloven § 47 nr. 2.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 18.1.

⁹⁹ *ibid.*

avtalen som ramme for adgangen til å pålegge slik lisens, jf. 3.4 (2). Samtidig poengteres det i forarbeidene at konkurranserettslige vurderinger vil måtte bygge på en tilsvarende argumentasjon som konkurranselovgivningen er tuftet på.¹⁰⁰

Ett avvikende forhold som kan være av interesse for bruken av patentl. § 47 nr. 2 sammenlignet med vurderingen av lisensnektelse i strid med konkurranselovens § 11, er at bestemmelsen ikke innehar et krav om at en virksomhet må være dominerende i markedet for å kunne ilegges tvangslisens. En virksomhet som ikke innehar en dominerende stilling i markedet for det aktuelle patentet, kan pålegges å tilby lisens på sin patenterte oppfinnelse til en konkurrent etter ordlyden i patentl. § 47 nr. 2. I praksis er det dog vanskelig å tenke seg situasjoner der vilkårene for tvangslisens er til stede, uten at aktuelle foretak er dominerende i markedet for patentet: Fordi det patenterte produktet ikke er det eneste av sitt slag og dermed ikke innehar en monopolstilling, vil det finnes alternativer til dette patentet. Et foretak som ikke er dominerende, vil dermed som følge av en lisensnektelse kunne miste markedsandeler gjennom nektelsen, fordi foretaket som ønsker lisensen kan etterspørre alternativt produkt/tjeneste hos en konkurrent.¹⁰¹ Dette gjør at patentinnehaveren med stor sannsynlighet vil inngå avtale om lisensiering av sitt patent for på denne måten å oppnå avkastning på patentet.

Gjennom patentloven § 47 nr. 2 har lovgiver inntatt en bestemmelse med klar konkurranserettslig ordlyd. Det er behov for å se nærmere på hva lovgiver har ment med innføringen. En slik avklaring kan si noe om hvordan bestemmelsen skal brukes og hvilken funksjon den har. En sammenlignende studie av de to bestemmelsene i patentl. § 47 nr. 2 og krrl. § 11 vil kunne si noe ytterligere om hvilket selvstendig nedslagsfelt patentl. § 47 nr. 2 har.

¹⁰⁰ *ibid.*

¹⁰¹ Rognstad (2005) s. 5.

4.1.1 Nye bestemmelser i patentloven av konkurranserettslig relevans

Bakgrunnen for endringene i patentloven, jf. nr. 127/2003, er innføringen av Patentdirektivet i norsk rett.¹⁰² Samtidig vedtok lovgiver bestemmelser av konkurranserettslig karakter som ikke var en direkte følge av direktivet. En sammenstilling av tidligere og nye patent- og konkurranselov gis her for å sette patentl. § 47 nr. 2 inn i en kronologisk kontekst.

I patentloven av 1967 § 47 het det at tvangslisens kunne gis ved tungtveiende allmenne interesser.¹⁰³ Forarbeidene til bestemmelsen viste at departementet antok at *”bestemmelsen i utkastets § 47 er et tidsmessig og riktig middel til å avhjelpe noen av de uheldige forhold som i visse situasjoner kan bli følgen av den enerett som patent gir.”*¹⁰⁴ Et annet anført argument for bestemmelsen var andre lands fokus på enerettens uheldige virkninger.¹⁰⁵ Et harmoniseringsperspektiv oppstilles med dette. Den uheldige virkningen ble forutsatt å ramme allmenne interesser, jf. ordlyden i § 47. Det skulle stilles strenge vilkår for oppnåelse av tvangslisens på dette grunnlag.¹⁰⁶ Myndigheten til å vedta tvangslisens i henhold til § 47 tilhørte domstolen, jf. § 50.

I konkurranseloven av 1993, hadde Konkurransetilsynet etter § 3-10 skjønnsmessig inngrepshjemmel mot *”vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1.”* Bestemmelsen var en kombinert forbuds- og inngrepshjemmel. Atferd som i utgangspunktet ble ansett som lovlig, kunne forbys etter Konkurransetilsynets vurdering, jf. § 3-10 (4), første pkt: *”Vedtak om inngrep kan gå ut på å nedlegge forbud eller å gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår.”*

¹⁰² jf. pkt. 3.1.2.

¹⁰³ Patentloven 1967 § 47.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 36 (1965-1966), til § 47.

¹⁰⁵ *ibid.*

¹⁰⁶ *ibid.*

Nye bestemmelser i patentloven av 2003 ble vedtatt som følge av innføringen av Patentdirektivet i norsk rett. Reglene om tvangslisens som følge av konkurransebegrensende virkning er imidlertid ikke generert av direktivet.¹⁰⁷ For å tilstrebe en nordisk harmonisering av gjennomføringen av Patentdirektivet, ble det inngått et nordisk samarbeid. Forarbeidene presiserer imidlertid at lovtiltak som ikke er direkte generert av direktivet, ikke inngår som en del av dette samarbeidet.¹⁰⁸ Verken direktivet eller arbeidet i felles nordisk lovsamarbeid, kan etter dette benyttes som rettskilder ved tolkningen av reglene om tvangslisens i patentloven.

Endringsforslagene vedrørende tvangslisens beror i stor grad på St.prp. nr. 43 (2002-2003), som inneholder et sett av forutsetninger for at Patentdirektivet skal implementeres i norsk rett. Ot.prp. nr. 86 (2002-2003) henviser til denne. Mine referanser skriver seg i det følgende i første rekke til nevnte Odelstingsproposisjon.

Patentloven § 47 nr. 2 hjemler tvangslisens ved konkurranseskadelige virkninger av patenter. Bestemmelsen er kun en videreføring av den gamle § 47. Det er ikke et mål i seg selv å oppnå flere tvangslisenser enn tilfellet har vært til nå.¹⁰⁹ Verken Konkurransetilsynet eller domstolene har vedtatt pålegg om tvangslisens som følge av konkurransebegrensning med hjemmel i forløperen til patentl. § 47 nr. 2, det vil si den tidligere patentlovens § 47. Dermed er det etter min mening nærliggende å undersøke nærmere hva presiseringen om konkurransebegrensende virkning i nr. 2 er ment å bety i praksis.

Forarbeidene til de nye patentbestemmelsene presiserer at det vil være en overlapp mellom tvangslisensreglene i patentloven og konkurranseloven.¹¹⁰ I særmerknad til § 47 nr. 2 heter det at vurderingen i prinsippet er uavhengig av konkurranselovgivningen, men samtidig at

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 1. og pkt 8.1.

¹⁰⁸ *ibid.* pkt. 5.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 8.1.

¹¹⁰ *ibid.* pkt. 8.1.

den vil ”likne på vurderinger som regelmessig foretas etter denne lovgivningen”.¹¹¹ Når regelsettene sammenliknes, er det viktig å ha i mente at det er konkurranseloven av 1993 som var gjeldende da nye bestemmelser i patentretten ble vedtatt. Disse konkurransereglene la større vekt på inngrep som håndhevelsesmekanisme mot konkurranseskadelig atferd enn dagens situasjon etter konkurranseloven av 2004, hvor forbud og sanksjonering av brudd mot forbud er den sentrale gjennomføringsmekanismen.

Patentets negative virkning på konkurransen må følge av patentet, den må være vesentlig, og må ramme allmenne interesser for at tvangslisensbestemmelsen skal kunne benyttes.¹¹² Misbruksvurderingen bygger ikke på hvorvidt en konkurrent som begjærer tvangslisens er påført skade som følge av patenthavers atferd eller ei.¹¹³ Det er hensynet til sluttkunden som er det sentrale i vurderingen: Har en patentinnehaver nektet lisens og dette gir seg utslag i en utnyttende form for konkurransebegrensning, kan forholdet vurderes under tvangslisensbestemmelsen. Hypotetisk begrensning er tilstrekkelig.¹¹⁴

En rettskilde som nevnes i Ot.prp. vedrørende innvilgelse av en tvangslisensbegjæring er Kommisjonens utkast til forordning om EU-patenter.¹¹⁵ I forslaget stadfestes en de facto harmonisering av nasjonale patentregler med henvisning til Paris konvensjonen og TRIPS avtalen.

Forslagets artikkel 21 tar for seg tvangslisens. Det henvises til hjemmel for tvangslisens stadfestet i Pariskonvensjonen art. 27(1) og TRIPS-avtalen art. 31. Artikkel 21 tredje punkt er ment å sette Kommisjonen i stand til å bestemme over utnyttelsen av et patent under gitte forhold. Et slikt forhold er en situasjon hvor det er nødvendig å avhjelpe en konkurransebegrensende situasjon som følge av patentet. Selv om vedtakelse av en

¹¹¹ *ibid.* pkt. 18.1.

¹¹² *ibid.* pkt. 8.1.

¹¹³ *ibid.*

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 18.1.

¹¹⁵ KOM (2000) 412 endelig.

forordning om et felles EU-patent ikke får direkte virkning i Norge, vil det konkurranserettslige innholdet være av interesse som rettskilde i kraft av den harmoniserte konkurranseretten.

§ 50 og § 50a: En reell konsekvens av endringene i patentloven med hensyn til tvangslisens, er den utvidede kompetansen til å vedta tvangslisens. Patentl. § 50 (1) åpner for Konkurransetilsynet som alternativt meddelelsesorgan ved siden av domstolen, jf. den nye patentlovbestemmelsen § 50a. En slik effektivisering av håndhevelsen er blant annet begrunnet med at enklere tilgang til å begjære tvangslisens vil kunne virke forebyggende mot misbruk av den enerett en patentbeskyttelse gir, med den hensikt å hindre urimelig utnyttelse av en monopolsituasjon.¹¹⁶

Det kan etter dette oppsummeres med at endringen i § 47 nr. 2 langt på vei ser ut til å være av redaksjonell art. Når det ikke er et mål å øke antall tvangslisensvedtak som følge av konkurransestridig atferd, er det etter min mening naturlig å se inngrepshjemmelen i § 47 nr. 2 som et forsøk på å utforme en **forebyggende** lovgivning, som også nevnt i forarbeidene. Lovendringen kan bidra til at patenthavere selv blir mer liberale i spørsmålet om å tilby en konkurrent lisens på sitt patent, der patenthaver ser at en lisensnektelse kan få konkurranseskadelig virkning.

Den praktiske endringen ligger i muligheten til å få prøvet en begjæring om tvangslisens. Det er enklere, hurtigere og mindre kostbart å prøve et slikt krav hos Konkurransetilsynet enn å gå til domstolen med kravet, selv om det må betales en avgift.¹¹⁷

Ny konkurranselov av 2004 medførte en fullstendig tilpasning av de konkurranserettslige atferdsreglene i samsvar med fellesskapsretten.¹¹⁸ Fra å være et regelverk basert på myndighetenes skjønnsmessige inngrepshjemmel, er atferdsreglene nå formulert som rene

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 6.

¹¹⁷ Patentloven § 50a (1), 3. pkt. Avgiften er i dag pålydende 10 000kr.

¹¹⁸ Kolstad (2007) s. 27.

forbudsbestemmelser, jf. ordlyden ”forbudt” i krrl. § 11 (1). Sanksjoner pålagt av konkurransemyndighetene har til formål å gjøre slutt på en handling som er konkurranseskadelig samt å forebygge slik atferd.¹¹⁹ Når forbudsbestemmelsen i § 11 etter denne nye lovgivningen skal forstås i samsvar med EUF-traktatens art. 102, får praksis i EU-retten betydning for tolkningen av den internasjonale så vel som den nasjonale regelen.

4.1.2 Avveining og sammenheng mellom formålene i patentloven og konkurranseloven

Hovedhensynene bak de to regelsettene ivaretar ulike funksjoner, jf. 1.1 (1): Patentloven beskytter først og fremst patenthaverens enerett til patentet. Dette gir innehaveren et konkurransefortrinn som gir mulighet til å holde konkurrenter på avstand og dermed en bedre mulighet til å tjene inn investerte utviklingskostnader. Konkurransereglene skal på sin side ivareta konkurransen som prosess for å oppnå effektiv ressursbruk. Når lovgiver har åpnet for inngrep i den patenterte beskyttelsesretten, kan det ses som en utvidelse av konkurransereglenes virkeområde.

4.1.2.1 Grensesnittet i Norge

Grensesnittet mellom norsk immaterialrett og konkurranserett er oppsummert i St.prp. nr. 43, pkt. 9.1 som følger:

”Et patent gir en tidsbegrenset enerett. En slik enerett utgjør isolert sett en konkurransebegrensning så lenge den består. Immaterialretten bygger på en tanke om at slike konkurransebegrensninger er samfunnsmessig akseptable fordi resultatet samlet sett vil bli økt konkurranse og behovsdekning. Beskyttelsessystemet hindrer kopiering og belønner nyskaping, slik at det totale produktspekteret blir større. Dette øker forbrukernes valgfrihet og styrker konkurransen på både pris og kvalitet. Tilbudet av produkter blir større enn det ellers ville ha vært.

¹¹⁹ Graver (2006) s. 18.

Det kan imidlertid tenkes at beskyttelsen strekkes så langt at den konkurransebegrensende virkningen i en del sammenhenger overskygger den stimulerende effekten. Her er det et spenningsfelt mellom konkurranseretten, som skal hindre misbruk av markedsrett, om immaterialretten, som gir grunnlag for eneretter. Den lovgivningspolitiske utfordringen ligger i å finne det rette balansepunktet mellom immaterialrettslige og generelle konkurranserettslige betraktninger, slik at totalgevinsten for samfunnet blir størst mulig.”

Det fremgår av sitatet at konkurransehensyn brukes som begrunnelse for å legitimere hovedhensynet i immaterialrettsbeskyttelsen, herunder patentbeskyttelsen: Beskyttelsen skal verne rettighetshaveren fra konkurrenters bruk av rettigheten. Dette fordi det skal lønne seg å investere i nyskaping. Eksistensen av patentrettigheter ses også som et virkemiddel for langsiktig konkurransefremmende effekt ved å utvide produktspekteret kundene kan velge i. Den dynamiske effektiviteten som følger av slike patentrettigheter vil imidlertid avta idet den statiske konkurransen blir så redusert at potensielle innovasjonsinsentiver fra konkurrenter uteblir. Dette er skjæringspunktet mellom statisk og dynamisk konkurranse.¹²⁰ Den viktigste styringsparameteren når det riktige skjæringspunktet søkes ved en konkret anvendelse av reglene, vil være optimalisering av samfunnsgevinsten, jf. konkurranseloven § 1 (1).

Sammenhengen mellom de to regelsettene patent- og konkurranserett er av interesse for å få et bilde av hvorfor og når konkurranseretten brukes som et middel i reguleringen av patenter. Patentretten setter opp et sett kriterier for å oppnå patent. Disse utgjør i seg selv en reguleringsmekanisme med konkurranserettslig innhold. Krav til oppfinnerhøyde og patentets tidsbegrensning samt avgrensning av hva rettigheten beskytter, er eksempler på konkurranserettslige hensyn. Når konkurranseretten åpner for inngrep i rettigheten, betyr det at vurderingen av et patent gjennomgår en ny evaluering som kan medføre at en innvilget rettighet går tapt.¹²¹

¹²⁰ jf. 1.1.

¹²¹ Anderman (2007) s. 2.

Hvorfor er en slik tilleggsevaluering gjennom konkurranseretten nødvendig? Noe av svaret ser ut til å ligge i at konkurransemyndighetene i EU langt på vei likestiller patenter og andre immaterialrettigheter med ulike former for annen privat eiendom.¹²² På den annen side anerkjenner konkurranseretten immaterielle rettigheter, det er begrenset konkurranse i de avledede markedene som følge av et patent, konkurransereguleringene vil til livs, ikke selve rettigheten.¹²³ Videre inntar myndighetene rollen som tilsyns- og håndhevingsorgan for forvaltningen.¹²⁴ Gjeldende norsk rett overensstemmer godt med dette bildet, gjennom Konkurransetilsynets kontroll- og håndhevingsfunksjoner etter konkurranseloven og patentlovens § 47 nr. 2 og § 50a.

4.1.2.2 Grensesnittet i internasjonal rett

I likhet med Norge har flere europeiske land bestemmelser i sitt regelverk for beskyttelse av immaterielle rettigheter angående tvangslisens som følge av vesentlige konkurransebegrensninger.¹²⁵ Som eksempel nevnes Storbritannias patentlov av 1977, som hjemler tvangslisens der ny teknologi ikke utvikles som følge av lisensnektelse.¹²⁶ EU-retten hjemler ikke en slik spesifikk sanksjonsform, men har på sin side lovfestet utvidelse av patentrettighetene i forskningstunge miljø gjennom Patentdirektivet og ”EU-copyright and Related Rights Directive for the Information Society”.¹²⁷ Patentrett og opphavsrett har på denne måten fått et utvidet virkeområde gjennom åpningen for å patentere biologiske byggesteiner og opphavsrett i IT-områder som software. Gjennom dette vernet får innehaveren av rettighetene også en vesentlig kontroll over etterfølgende forskning og utvikling i aktuelle marked. En vid rettighetsadgang kan gjøre at incentivene hos en

¹²² *ibid.*

¹²³ *jf.* 2.3.4 (1).

¹²⁴ *ibid.*

¹²⁵ Anderman (2007) s. 13.

¹²⁶ *ibid.*

¹²⁷ *ibid.* s. 8.

konkurrent til å bruke tid og penger på et konkurrerende produkt reduseres.¹²⁸ En mer avgrenset rettighet kan bidra til en bedre balanse mellom det beskyttede produktet og påfølgende innovasjonsprosesser.¹²⁹ Internasjonal motvekt til patentrettighetene kan finnes i TRIPS-avtalens regler om inngrep pga konkurranseskadelig atferd. Inngrep kan foretas der immaterielle rettigheter reduserer graden av internasjonal teknologioverføring.¹³⁰

4.1.2.3 Lisensvurdering "ex ante" og "ex post"

Konkurransavveiningen tar for seg en lisens "ex ante" og "ex post", dvs. virkning i markedet før og etter tvangsdeling av informasjon. Ex post er det effektivt å pålegge et dominerende foretak å dele sin essensielle kunnskap med konkurrenter i et nedstrømsmarked, her markedet for den immaterielle rettigheten. Ex ante kan et slikt pålegg redusere det dominerende foretakets motivasjon til å investere i markedet fremover.¹³¹ EU-praksis har hatt en tendens til å fokusere på virkningene ex post. Det man kan gå glipp av ved å utelukke vurderingen av ex ante virkninger, er i hvilken grad incentivene til å drive innovasjon i markedet reduseres. Ikke bare foretaket som pålegges å gi en konkurrent lisens, men også de andre konkurrentene i markedet, vil kunne se seg best tjent med å la være å bruke penger på utvikling hvor resultatet kan stå i fare for å måtte deles.¹³² Det kan også utvikle seg en kultur hvor konkurrentene "sitter på gjerdet" i påvente av at andre utvikler tjeneseter de i sin tur vil kreve tvangslisensiert.

Det er en krevende øvelse å vurdere ex ante og ex post virkninger opp mot hverandre. I praksis vil derfor risikoen for å gjøre feil være høy.¹³³ Dette gjør det i sin tur viktig at man ikke gjør vurderingen til et hovedpoeng i en konkurranserettslig analyse. Kun der analysen

¹²⁸ *ibid.*

¹²⁹ *ibid.* s. 13.

¹³⁰ Art. 8 nr. 2.

¹³¹ Geradin (2005) s. 19.

¹³² *ibid.*

¹³³ *ibid.* s. 21.

bekrefter at fordelene i markedet ved å vedta tvangslisens **klart** overgår tapet ex ante, bør den tillegges vekt.¹³⁴

4.1.2.4 Nærmere om grensesnittet der den immaterielle rettigheten beskytter informasjon

Den konkrete vurderingen av riktig skjæringspunkt mellom immaterial- og konkurranseretten er avhengig av type immaterialrettighet og dennes form. Immaterielle rettigheter som beskytter informasjon er en særegen form for eiendomsrett, og vies derfor noe oppmerksomhet i det følgende.

Beskyttelse kan oppnås gjennom opphavsrett.¹³⁵ Sammenlignet med eiendomsrett til fysiske gjenstander, som kjennetegnes ved at knapphet øker graden av interesse for og verdien av produktet, vil rettigheter som baseres på ren informasjon få økt interesse ved at informasjonen spres.¹³⁶

Immaterialrettslovgivningen er blitt til i en tid hvor fysiske produkter/oppfinnelser var objekt for lovgivningen. Informasjonen var oppbevart i en fysisk gjenstand som en bok eller en kassett. Videreformidling av bøker og kassetter i strid med opphavsretten fører til lavere salg av disse og tap av inntekter. Ulovlig bruk av for eksempel softwareprodukter kan derimot være en fordel for opphavsrettshaverne til det aktuelle softwareprogrammet ved at spredning av piratkopier gjør programmet kjent.¹³⁷ Slik ser brukerne nytten av programmet, og de som trenger et pålitelig og oppdatert program er tilbøyelige til å kjøpe dette av opphavsrettshaveren.¹³⁸ Dette er ikke en naturlig prosess der innholdet ikke forandres, behovet for en originalversjon som oppdateres jevnlig er da ikke til stede.

¹³⁴ Ibid. s. 22.

¹³⁵ Åndsverkloven.

¹³⁶ Barlow (1994) s. 6 (3).

¹³⁷ *ibid.*

¹³⁸ *ibid.*

Rettighetsbeskyttet informasjon er en fremtredende innsatsfaktor i IT-markedet. Slik informasjon kan ta ulike former, eksempelvis som bestemte funksjonskoder i softwareprogrammer eller formidling av kunstnerisk materiale. Begge typer informasjon kan beskyttes gjennom opphavsrettslig vern. Beskyttelsen av kunstnerisk materiale er imidlertid vanskelig å håndheve i IT-markedet fordi elektronisk baserte opphavsrettigheter er enkle å kopiere. Et litterært verk formidlet gjennom informasjonsteknologi har en annen innpakning enn et litterært verk formidlet gjennom fysiske bøker. Immaterialretten gir god beskyttelse for litteratur utgitt i bokform. Emballasjen, dvs. selve den fysiske boken, er lettere å ha kontroll over enn aktiviteten som finner sted innenfor nett-markedet. På nettet er mulighetene for å kopiere ulovlig svært stor: Et tastetrykk er ofte det som skal til for å tilegne seg rettighetsbeskyttet kunstnerisk materiale. Debatten om ulovlig nedlastning og kopiering av musikk på nettet er også et aktuelt eksempel. Musikkbransjen taper store inntekter som følge av muligheten til å skaffe seg musikk gratis på nettet. Når dette skjer på bekostning av å kjøpe musikken i butikken på en CD, blir tapet for immaterialrettsinnehaverne og deres avtalepartnere innlysende. Dette stiller nye krav til lovgivningen som er tilpasset et samfunn hvor fysiske produkter i stor grad har vært bærere av opphavsrettsbeskyttet informasjon. Rettstilstanden de facto kan etter dette anføres å ha preg av at markedsaktørers og brukeres etiske holdning til håndtering av beskyttet informasjon samt egen teknologisk kompetanse er styrende for reell beskyttelse fremfor regelverkets tilstedeværelse.¹³⁹

I grensesnittet mot konkurranseretten blir spørsmålet om bruk av konkurranselovgivningen kan virke som en justerende faktor i et ellers lite gjennomregulert marked. Hvordan finne et godt balansepunkt mellom immaterial- og konkurranserett? Konkurranseretten innehar hovedsakelig mekanismer for overprøving av den negative virkningen av immaterielle rettigheter i markedet. Den er neppe et effektivt verktøy i kampen mot ulovlig kopiering av immaterielle rettigheter. Konkurranseretten vil snarere virke som en form for etterkontroll

¹³⁹ Barlow (1994) s. 15.

av hvilke opphavsbeskyttede rettigheter som bør overprøves av hensyn til både konkurransen i markedet og til forbruker.¹⁴⁰ Konkurransereglens fokusering på samfunnets ressurser kan brukes som argument mot at immaterialretten bygger ut et ressurskrevende regelverk som styrker de nettbaserte immaterielle rettighetene.

4.1.3 Håndhevelse av lisensnektelse i strid med konkurransereglene og tvangslisens etter patentreglene

Som gjengitt i 4.1.1, gir forarbeidene til de nye patentbestemmelsene synspunkter på forholdet til konkurranselovgivningen. Etter begge regelsettene er de **vilkår** som kan utløse en plikt til å gi en konkurrent lisens på eget patent, begrunnet i en samfunnsmessig interesse i å motvirke konkurranseskadelig atferd. Det forutsettes også at skaden er vesentlig. På vilkårsiden er tvangslisens etter § 47 nr. 2 begrunnet i utnyttende misbruk til skade for forbruker, jf. 4.1.1 (8). Etter konkurransereglene omfattes både et konkurransebegrensende og et utnyttende misbruk. Det innebærer også en forskjell, i alle fall i ordlyd, at vilkåret om dominerende stilling etter konkurranseloven ikke er gjentatt i patentbestemmelsen.

På **virkningsiden** gir patentl. § 47 nr. 2 Konkurransetilsynet eller domstolene rett til å pålegge en patenthaver å gi en konkurrent lisens på sitt patent under gitte betingelser. Dette er sammenlignbart med de muligheter tilsynet hadde etter den tidligere konkurranselovens § 3-10 (4), som hjemlet inngrep ved å påby patenthaver utlevering av lisens. Dagens konkurranselov av 2004 gir tilsynet både en mulighet og en plikt til å ramme slike lisensnektelser, jf. forbudet i § 11 og sanksjonsmulighetene i § 12. Som følge av ny konkurranselov tilpasset gjeldende rett i EU, vil en overlapp kunne ses i form av at EU-praksis også får betydning for tolkningen av patentl. § 47 nr. 2.

Samtidig presiseres det i Ot.prp.'s særmerknader til de enkelte bestemmelsene at "*§ 47 nr. 2 i prinsippet er uavhengig av konkurranselovgivningen*", mens det også legges til at

¹⁴⁰ jf. 4.1.2.1 (5).

vurderingene likner på hverandre.¹⁴¹ Spørsmålet er etter dette hvordan den prinsipielle uavhengigheten mellom de to regelsettene skal tolkes. Etter mitt syn er svaret ikke gitt.

Hvilke reelle forskjeller ligger det i de to regelsettene med konkurranserettslig innhold i forhold til dagens gjeldende regelsett? Hvilken fremgangsmåte er Konkurransetilsynet underlagt i sitt arbeid, og hvilke fordeler og ulemper medfører de to regelsettene for den som ønsker en tvangslisens?

Hvordan kan Konkurransetilsynet sanksjonere konkurransetriddig atferd på eget initiativ etter § 11 og patentloven § 47 nr. 2?

Tilsynet skal gripe inn mot atferd i strid med § 11 på eget initiativ.¹⁴² Virkemidlene er flere. I relasjon til misbruk av dominerende stilling der misbruket er avslørt ved inspeksjoner og kontroller, er de sentrale midlene pålegg og /eller sanksjoner overfor foretaket.

Konkurranseloven § 12 (1) hjemler tilsynets rett til å fatte vedtak om å pålegge et foretak ”å bringe overtredelsen til opphør”. Tilsynet har en skjønnsmessig kompetanse i vurderingen av hvilke tiltak som er nødvendige. Atferdstiltak skal imidlertid benyttes før strukturelle tiltak tas i bruk.¹⁴³ Tiltakene kan ha permanent eller midlertidig karakter¹⁴⁴. Vedtakene kan påklages til departementet¹⁴⁵, som også kan omgjøre Konkurransetilsynets vedtak uten at vedtaket er påklaget.¹⁴⁶ Bøter kan ilegges etter krrl. § 28 i form av løpende mulkt inntil et forhold er rettet i samsvar med et vedtak. Etter krrl. § 29 kan overtredelsesgebyr på gitte vilkår ilegges sammen med pålegg eller alene, og kan ikke påklages.

¹⁴¹ jf. pkt. 4.1.1 (7).

¹⁴² Konkurranseloven § 9 (1)a

¹⁴³ ibid. § 12 (1), 2. og 3. pkt.

¹⁴⁴ ibid. § 12 (4).

¹⁴⁵ Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

¹⁴⁶ Konkurranseloven § 8 (2).

Fremstillingen over viser at Konkurransetilsynets virksomhet omfatter både tilsyn og sanksjonering. Som forvaltningsorgan har tilsynet stor skjønnsfrihet for sine prioriteringer og sin bruk av virkemidler.¹⁴⁷ Sanksjoneringsreglene gir også tilsynet en viss valgmulighet med hensyn til hvilke saker som prioriteres, mens selve vurderingen av hva som er lovlig atferd, er styrt av gjeldende rett.¹⁴⁸ Domstolene har full kompetanse til å overprøve både den rettslige vurderingen og valg av sanksjonsmiddel i lys av en forholdsmessighetsvurdering.¹⁴⁹ Dersom retten har innvendinger mot type sanksjonsmiddel uten å gjøre rede for at sanksjonsnivået ikke står i samsvar med den konkurranseskadelige virkningen, kan den imidlertid ikke omgjøre tilsynets vedtak. EU-retten hjemler på lik linje med nasjonal lovgivning Kommisjonens adgang til å utføre sanksjoner gjennom vedtak, herunder pålegg om tvangslisens.¹⁵⁰ I Kommisjonens vedtak i Microsoft-saken er begrepet tvangslisens uttrykkelig benyttet.¹⁵¹

Patentloven åpner ikke for at Konkurransetilsynet kan fatte vedtak om tvangslisens på eget initiativ. Slikt vedtak etter patentl. § 47 nr. 2 avhenger av at en konkurrent krever slik lisens vedtatt av tilsynet, jf. § 50a: ”*Begjæring om tvangslisens som fremmes for Konkurransetilsynet, ...*”. Vedtak om tvangslisens genererer en umiddelbar plikt for patenthaver til å utstede lisens til parten som begjærer dette. Konkurransetilsynet innehar dermed en formell tvisteløsningsfunksjon mellom private.¹⁵² Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte vedtak om tvangslisens etter patentloven er skjønnsmessig, jf. ”*kan*” i patentl. § 47 nr. 2. Vedtaket kan påklages til FAD. Denne avgjørelsen kan i sin tur bringes for retten.

¹⁴⁷ Graver (2006) s.16.

¹⁴⁸ *ibid.*

¹⁴⁹ *ibid.*

¹⁵⁰ EF/Rådsforordning 01/2003 art. 7 (1).

¹⁵¹ For eksempel i premiss 1004.

¹⁵² Ot.prp. nr. 86 (2002-2003), pkt. 8.1.

Hvordan kan den som ønsker å oppnå lisens på et patentert produkt oppnå dette etter de to regelsettene?

Et foretak/en person kan melde et annet foretak eller person til Konkurransetilsynet for lisensnektelse i strid med § 11. Der et foretak melder inn en klage og anmoder om pålegg i form av tvangslisens, plikter tilsynet å begrunne et eventuelt avslag, jf. krrl. § 12 (3). Beslutningen fattes som vedtak i henhold til krrl. § 12 (3). Etter patentlovens § 50a har Konkurransetilsynet plikt til å ta stilling til et krav om tvangslisens i henhold til § 47 nr. 2. Beslutningen fattes gjennom vedtak, jf. § 50a (5). Vedtakene kan etter begge regelsettene påklages til departementet. Forskjellen i klageadgangen blir etter dette liten.

Den som ønsker å få innvilget en tvangslisens etter patentloven kan velge å gå direkte til domstolen, jf. patentl. § 50. Konkurransereglens håndhevelsessystem forutsetter på sin side at saken er behandlet hos Konkurransetilsynet før den kan prøves i retten. Dette er en konsekvens av at Konkurransetilsynet er tillagt de mest sentrale tilsyns- og sanksjonsoppgaver.¹⁵³ Det kan dermed gå hurtigere å kreve tvangslisens gjennom patentrettslige regler i situasjoner hvor man på grunn av uenigheten ser for seg en stor sannsynlighet for at saken vil ende opp i retten til slutt. Ved å hoppe over tilsynsleddet og i stedet anlegge sak direkte for domstolen etter patentl. § 50, kan dermed saken avgjøres hurtigere. En domstol vil imidlertid anse det som negativt at saken ikke har vært behandlet hos Konkurransetilsynet. En antagelse er at saker som kan kategoriseres som åpenbare vil bli godt mottatt når de fremmes direkte for domstolene, mens mer usikre saker bør fremmes for tilsynet før domstolene tas i bruk. Når verken Konkurransetilsynet eller domstolene til dags dato har fattet vedtak eller avgjørelse om ileggelse av tvangslisens, forteller dette at de åpenbare sakene ennå ikke har forekommet i praksis.

Forskjellene mellom regelsettene er som vist ikke store. Et godt råd til den som ønsker å oppnå tvangslisens vil være å fremme saken for Konkurransetilsynet med primær begjæring om tvangslisens etter patentloven § 47 nr. 2, sekundært påstand om

¹⁵³ Konkurranseloven §§ 9, 12, 28, 29.

lisensnektelse i strid med krrl. § 11. Rekkefølgen er fornuftig fordi virkemidlene tilsynet kan benytte etter krrl. § 11 kan være andre og mindre inngripende enn den ønskede tvangslisensen, jf. 4.1.3 (5).

4.2 Sentrale trekk ved patentretten og konkurranseretten i kostnadsintensive FoU¹⁵⁴-markeder

Det er stor forskjell på hvordan rettighetene til en oppfinnelse best mulig kan ivaretas før og etter tilegnelse av patentet. I kraft av patentbeskyttelsen er det mest effektivt å gjøre oppfinnelsen så tilgjengelig som mulig i markedet. Fullt hemmelighold er optimalt før patentbeskyttelsen er oppnådd.¹⁵⁵ Det kan skilles mellom et kort- og langvarig perspektiv: Dersom patentbeskyttelse ikke kan oppnås, vil markedet oppleve en kortvarig profitt ved at oppfinnelser gjøres tilgjengelig for bruk uten begrensninger. I et langsiktig perspektiv vil imidlertid markedet kunne oppleve et fall i innovasjonsintensiteten i markedet. Dette som en følge av reduserte muligheter til å oppnå profitt på kostnadskrevende oppfinnelser. Den statiske og den dynamiske konkurransen trekker i hver sin retning.

Skal den statiske eller den dynamiske konkurransen vektlegges? Hva gir størst totalgevinst for samfunnet når balansepunktet fastsettes? Fra legemiddelbransjen i USA kan det vises til at nye legemidler i perioden 1970 til 1990 førte til en økning i forventet levealder omregnet i penger til \$2.8 trillioner pr år.¹⁵⁶ Resultatet må sies å være av stor samfunnsmessig nytte, og det er tvilsomt om en slik utvikling er mulig å oppnå uten motivasjonen som ligger i adgangen til å rettighetsbeskytte en oppfinnelse eller metode. Når virkningen av patentrettigheter vurderes i forhold til samfunnsnyttene, viser eksempelet fra legemiddelbransjen at fokus på de langsiktige forholdene veier tungt, fordi rettighetsbeskyttelse vil være til fordel både for forbruker og aktørene i næringslivet. Dynamisk konkurranse bør vektlegges her.

¹⁵⁴ Forskning og utvikling.

¹⁵⁵ O' Donoghue (2006) s. 416.

¹⁵⁶ *ibid.* s. 417 med videre referanser.

4.3 Forholdet mellom patentloven § 47 nr. 2 og vilkåret om objektiv begrunnelse

Gjennomgangen av konkurransereglene og EU-praksis med hensyn på lisensnektelse som misbruk av dominerende stilling, har vist at gjeldende rett legger de fire vilkårene for konkurransestridig atferd kumulativt til grunn i vurderingen.¹⁵⁷ Forarbeidene til patentl. § 47 nr. 2 legger langt på vei en tilsvarende analyse til grunn i spørsmålet om tvangslisens, se 4.1.1. Ett av disse vilkårene er fravær av objektiv begrunnelse for lisensnektelse.

Når lovgiver uttrykkelig åpner for inngrep i den beskyttelsen som et patent gir og hjemler inngrepet i patentloven, er dette isolert sett ikke i tråd med lovens hovedformål. Ved at et slikt inngrep likevel lovfestes, kan det spørres om lovgiver samtidig har foretatt noen av de vurderingene på vilkårsiden som ligger til grunn for konkurransereglenes analyse av lisensnektelser.

Vilkårene som stadfester **om** en atferd er i strid med konkurranseretten eller ei, må vurderes i hvert konkrete tilfelle.¹⁵⁸ Det er utfallet av disse vurderingene som avgjør om atferden kan sies å ha konkurransebegrensende virkning. Når det først er avgjort at en atferd har konkurransebegrensende virkning, skal det også vurderes om en objektiv begrunnelse for atferden foreligger, jf. 2.3.5. Denne vurderingen har en annen karakter: Den bygger på en analyse av om en konkurransestridig atferd skal tillates til tross for at den er konkurransevridende. En slik vurdering kan det synes rimelig at lovgiver selv har foretatt gjennom selve vedtakelsen av tvangslisensbestemmelsen, fordi den inntas i den loven som har som formål å gi rettighetshaveren et vern mot konkurrenters inngrep. Forarbeidene til gammel og ny patentlov berører ikke emnet. Fordi tvangslisensreglene ikke har sin direkte

¹⁵⁷ jf. 2.3.

¹⁵⁸ Den rettighetsbeskyttede innsatsfaktoren må være absolutt nødvendig.

Nektelsen må hindre fremveksten av et nytt marked.

Enhver konkurranse må utelukkes i det avledede markedet som følge av nektelsen.

bakgrunn i Patentdirektivet, er heller ikke arbeidet ved tilblivelsen av denne en relevant rettskilde. Gjeldende EU-rett vedrørende konkurranserett er derimot relevant: I Kommisjonens meddelelse om prioritering av håndhevelsen av art. 102¹⁵⁹, jf. oppgavens 2.3.6, fremgår det i pkt. 82 at regler som pålegger en virksomhet leveringsplikt kan ha innebygget en vurdering om at slik påleggelse ikke har negativ virkning på innovasjonen i markedet.

Lovgiver har innlemmet tvangslisensregler i selve patentloven. Sammenholdt med Kommisjonens uttalelse, jf. avsnittet over, peker dette etter min mening i retning av at patentl. § 47 nr. 2 kan tillegges å ha innebygd gitte objektive begrunnelser som utilstrekkelige i lisensnektelsestilfeller. Følgende begrunnelser er typiske i lisensspørsmål, og blir dermed å anse som utilstrekkelige i lisensnektelsestilfeller under patentl. § 47 nr. 2:¹⁶⁰

- Patenthaver vil selv benytte rettigheten til utvikling av det aktuelle produktet i et avledet marked.
- Særlig store investeringer ligger bak rettigheten.
- Reduserte incentiver til innovasjon.

Begrunnelsene er eter gitte resonnement allerede vurdert i forhold til patentl. § 47 nr. 2 som utilstrekkelige. Vilkåret om objektiv begrunnelse trenger etter dette ikke å prøves på nytt etter mønster fra konkurranseretten.

4.4 Hovedtrekk i grensesnittet mellom konkurranserett og immaterialrett

Som vist er det ikke slik at enhver lisensnektelse er forbudt etter konkurransereglene, jf. 2.3.1 (2). Dette er en fordel for immaterialrettshaverne sammenlignet med den tenkte

¹⁵⁹ 2009/C 45/02 art. 82.

¹⁶⁰ jf. 2.3.5.

situasjon at et direkte forbud var inntatt i immaterialrettslovgivningen.¹⁶¹ På den annen side legger konkurranserettslige vurderinger hovedvekten på statisk effektivitet i analysen av en lisensnektelse. Dette medfører at en mer dynamisk vurdering av effektiv ressursutnyttelse, som inkluderer innovasjonsnyttene i et marked, kan komme i skyggen av en ressursanalyse basert på dagens tilgjengelige ressurser. Dette kan igjen resultere i en strengere vurdering av lisensnektelsen under konkurranseretten sammenlignet med immaterialrettens formål; å fremme en dynamisk konkurranse gjennom vern av immaterielle rettigheter, jf. 1.1 (2).

Selv om konkurranseretten har sin tyngde i den statiske effektiviteten, anerkjennes immaterielle rettigheter som et positivt bidrag til FoU, og at prissetting på slike rettigheter må fange opp investeringskostnader og risiko knyttet til FoU.¹⁶² På den annen side bemerkes at immaterielle rettigheter kan redusere graden av teknologiutvikling, jf. 4.1.2.2.

I gjennomgangen av rettsområdene konkurranserett og patentrett er det pekt på karakteristiske trekk ved de ulike rettsområdene og hvordan de anvendes i forhold til hverandre. Grensesnittet har følgende interessante hovedtrekk:

- Regelsettene har et sett av sammenfallende, men også divergerende formål, jf. 1.1 (3).
- Konkurranseretten ser i enkelte tilfeller ut til å overprøve immaterialrettslovgivningen, jf. 4.1.2.1 (6).
- Immaterialrettslovgivning griper selv inn i eneretter som hjemles av samme lovgivning, jf. 4.1.

¹⁶¹ Anderman (2005) s. 108.

¹⁶² *ibid.* s. 6.

5 PRAKSIS I GRENSESNIETTET MELLOM KONKURRANSERETT OG IMMATERIALRETT

5.1 Innledning

Ved en nærmere gjennomgang av to saker, en fra Konkurransetilsynet og en fra Kommisjonen, vil grensesnittet mellom og problemstillinger knyttet til konkurranse- og immaterialrett belyses. Fordi EUs konkurranserett i stor grad er tuftet på praksis fra EU-retten, og fordi markedet for immaterielle rettigheter er inne i en eksplosiv fase, er det naturlig å forvente en videreutvikling av gjeldende rett også i fremtiden. Jeg tillater meg å komme med noen synspunkter om dette i lys av teori og praksis på området.

5.2 Konkurransetilsynets behandling av Pharmaqs begjæring om tvangslisens i legemiddelmarkedet for oppdrettsnæring (Pharmaq-saken)¹⁶³

Pharmaq AS (heretter Pharmaq) begjærte sommeren 2008 tvangslisens på patent nr 317 547, (heretter PD-patentet). Innehaver av patentet er Intervet International B.V (heretter Intervet). Dette er den eneste saken Konkurransetilsynet har behandlet vedrørende tvangslisens.¹⁶⁴ Tilsynet fattet vedtak i saken sommeren 2009, etter behandling av partenes begjæring, kommentarer og sluttinnlegg. Tilsynets egen innhenting av uttalelser fra Fiskeri- og kystdepartementet, Patentstyret, Veterinærinstituttet, Fiskeri- og havbruksnæringens landsforening, Statens legemiddelverk og Mattilsynet er også lagt til grunn i vedtaket. Begjæringen om tvangslisens ble avslått. Vedtaket er klaget inn til FAD, som pr. dags dato ikke har ferdigbehandlet saken.

Det omtvistede patentet, PD-patentet, gir patenthaveren enerett til å produsere, markedsføre og selge PD-vaksine som omfatter ”Fiskebukspyttkjertel-sykdomsvirus”, som benyttes ved bekjempelse av PD. PD er en forkortelse for Pancreas Disease (Pankreassyke), en sykdom som rammer oppdrettsfisk ved å infisere bukspyttkjertelen.

¹⁶³ V2009-17. Opplysninger som gjengis i det følgende relatert til Pharmaq-saken, er hentet fra vedtaket.

¹⁶⁴ Konkurransetilsynet (2010).

5.2.1 Anførsler, Pharmaq

Pharmaqs faktiske begrunnelser for lisensbegjæringen er at de selv har utviklet en alternativ PD-vaksine for bekjempelse av sykdommen Pankreassyke hos oppdrettsfisk, basert på det samme viruset som Intervets PD-patent inneholder. Utviklingen av den alternative vaksinen er i følge Pharmaq gjennomført fordi selskapet mener eksisterende vaksine fra Intervet er utilstrekkelig. Tre av de faktiske begrunnelsene er av interesse for konkurranseperspektivet:

- Påstand om at patentet og dagens vaksine gir en effekt som ikke er tilfredsstillende.
- Bieffekter.
- Høy pris.

I Pharmaqs rettslige anførsler tilknyttet patentloven § 47 nr. 2 legges det til grunn at bestemmelsen som følge av å være en spesialbestemmelse, har et videre anvendelsesområde enn konkurranseloven § 11 og EUF-traktatens art. 102. Pharmaq hevder videre at rettspraksis vedrørende bestemmelsene om leverings- og lisensnektelser i konkurranselovgivningen er retningsgivende når § 47 nr. 2 skal tolkes.

5.2.2 Anførsler, Intervet

Faktisk anfører Intervet at det ikke er grunnlag for å hevde at Pharmaqs vaksine er mer effektiv enn deres. Rettslige anførsler tilknyttet patentloven § 47 nr. 2, tar utgangspunkt i at Konkurransetilsynet bør bruke sin skjønnsmessige kompetanse til å la være å gripe inn etter hjemmelen, selv om vilkårene for å benytte den skulle vise seg å være til stede. Fravær av eksempler i rettspraksis hvor slike inngrep er foretatt, anføres også som begrunnelse for å legge en høy terskel til grunn for inngrep. Videre har de rettslige anførslene samme grunnlag som fremstillingen til Pharmaq: De fire vilkårene for å rammes av konkurransereglene ved lisensnektelse. Tolkningen av vilkårene for å fylle kriteriene, avviker imidlertid på flere punkter mellom partene og blir belyst i det følgende.

5.2.3 Konkurransetilsynets vurdering

Innledningsvis gjør tilsynet rede for sitt syn på forholdet mellom konkurranseloven § 11, EUF-traktatens art. 102 og patentloven § 47 nr. 2. Terskelen for å kunne gripe inn i en patentrettighet etter § 47 nr. 2 vurderes til å være høy, noe som også fremkommer av lovtekstens ordlyd, jf. ”*begrense konkurransen vesentlig*”.

Konkurransetilsynet konkluderer med klare likhetstrekk i anvendelsen av de to regelsettene. Det uttales at en mulig divergens i anvendelsesområdet rent teoretisk kan fremkomme ved at patentlovens konkurransebestemmelse ikke oppstiller et krav til at aktuelle foretak må ha en dominerende stilling i markedet, men tilsynet gir ingen indikasjon på at dette får betydning i saken. Tilsynet legger dermed til grunn samme analyse som foretas i gjeldende rett vedrørende krrl. § 11 uten ytterligere merknader.

5.2.3.1 Dominerende stilling

I analysen av om Pharmaq kan kreve tvangslisens, vurderes hvorvidt Intervet har en dominerende stilling i markedet for det patenterte produktet, dvs. PD-vaksinen. En alternativ PD-vaksine ville ha inngått i det samme relevante produktmarkedet som Intervets PD-vaksine. Når utvikling av en alternativ PD-vaksine som ikke bygger på det patenterte viruset kun fremstår som en teoretisk mulighet, synes det imidlertid klart at Intervet har en dominerende stilling i dette markedet.

5.2.3.2 Vilklårene for misbruk av dominerende stilling

Nødvendig betingelse: Fordi det kun er en teoretisk mulighet for Pharmaq å utvikle en vaksine mot Pankreassyke basert på et annet virus enn det patenterte, fremstår dette patentet som en nødvendig innsatsfaktor i vaksinen. Nødvendighetskravet er dermed oppfylt.

Hindre fremveksten av et nytt marked: Tilsynets analyse av om det foreligger et nytt produkt/marked, leder til flere problemstillinger hvor de faktiske forhold er avgjørende. Basert på innspill fra ulike kompetansegrupper, jf. 5.2 (1) og forskningsresultater partene selv har utarbeidet, konkluderer tilsynet med at det er for usikkert om Pharmaqs vaksine skiller seg så vesentlig fra Intervets vaksine med hensyn på effekt, bivirkninger og økonomi at et nytt produkt/marked kan sies å oppstå. I vurderingen av hvor store krav som må stilles til et produkt for å definere dette som nytt i et nytt marked, oppstiller tilsynet på grunnlag av praksis i EU-retten, et forholdsmessighetsprinsipp mellom dette kravet og graden av forskningsintensitet som er karakteristisk for næringen. I følge tilsynet er det gjeldende EU-rett å anerkjenne en høyere terskel i FoU- miljøer som legemiddelindustrien, hvor innsatsen i forskning er økonomisk høy, tidskrevende og usikker. Man gir således patentretten større betydning der innsatsen og risikoen i arbeidet med å fremstille patentet er høy.

De to øvrige vilkårene; patentet må utelukke enhver konkurranse på et avledet marked og fravær av objektiv begrunnelse for lisensnektelsen, tar tilsynet ikke stilling til. Det kumulative kravet om at alle vilkår må være oppfylt gjør en slik vurdering unødvendig for resultatet.

5.2.4 Mine synspunkter på partenes anførsler og Konkurransetilsynets vurderinger

5.2.4.1 Forholdet mellom patentloven § 47 nr. 2 og krrl. § 11/EUF-traktatens art. 102

Pharmaq kan etter min mening sies å ta utgangspunkt i et lex specialis- eller et lex posterior-synspunkt når de anfører at patentloven § 47 nr. 2 må ha et videre anvendelsesområde enn krrl. § 11.¹⁶⁵ En lex specialis-tilnærming bygger på at en mer spesiell regel går foran den generelle, mens en lex posterior-tilnærming er tuftet på det

¹⁶⁵ jf. 5.2.1 (3).

synspunkt at den nyeste loven får virkning fremfor den eldste.¹⁶⁶ Bruken av prinsippene har kun virkning dersom regelsettene som vurderes opp mot hverandre ved et forsøk på harmonisering er av samme rang.¹⁶⁷ § 47 nr. 2 er kun en videreføring av allerede gjeldende patentrett.¹⁶⁸ Intervet legger på sin side et snevert anvendelsesområde til grunn.¹⁶⁹

Konkurransetilsynet kommenterer ikke de nevnte anførselene, men fokuserer på likheten mellom regelsettene og dermed samme tolkningsgrunnlag. Angrepsvinkelen synes for meg fornuftig av to grunner: For det første klargjøres det i forarbeidene til patentlovens § 47 nr. 2 at bestemmelsen kun er en presisering av allerede gjeldende rett og at vilkårene for å rammes skal tolkes i tråd med krrl. § 11 og EUF-traktatens art. 102, jf. pkt. 4.1.1 (6) og (7). For det andre oppstiller EØS-loven § 2 et forrangsprinsipp for EØS-bestemmelsene i tilfelle motstrid. EØS-reglene, som er en blåkopi av EUF-traktatens bestemmelser, får således høyere rang enn de nasjonale konkurransereglene både innen konkurranse- og patentlovgivningen. Verken *lex specialis*-prinsippet eller *lex posterior*-prinsippet får dermed virkning.

Intervet har heller ikke entydig rett i sin påstand om begrenset anvendelse av patentloven § 47 nr. 2 i lys av rettspraksis. Det er selvsagt relevant og av vesentlig betydning å vurdere praksis, men konkurranserett er et fagfelt hvor utviklingen i stor grad skjer gjennom praksis. Min oppfatning er at rettstomhet på dette området ikke automatisk betyr fremtidig begrenset anvendelse av bestemmelsen.

En ulikhet mellom regelsettene som Konkurransetilsynet tar opp, men avviser som mulig begrunnelse for å anføre at § 47 nr. 2 har et videre anvendelsesområde enn konkurransereglens § 11/art. 102, er fraværet av krav om dominerende stilling i

¹⁶⁶ Eckhoff (2005) s. 356-357.

¹⁶⁷ *ibid.* s. 357.

¹⁶⁸ jf. 4.1.1 (6).

¹⁶⁹ jf. 5.2.2.

patentbestemmelsen. Min tidligere anførsel¹⁷⁰ er i tråd med tilsynets: Det kan neppe tenkes tilfeller hvor lisensnektelse fører til konkurransevridning der selskapet med patentet ikke er dominerende. Lovforarbeidene gir ingen begrunnelse for utelatelsen. Fordi bestemmelsen er en videreføring av tidligere § 47, som hjemlet en generell tvangslisensadgang også på andre grunnlag enn konkurranserettslige, er mitt syn at utelatelsen snarere er en inkurie enn en bevisst utelatelse.

Tilsynet begrunner sin bruk av praksis fra gjeldende EU-konkurranserett i sin tolkning av patentl. § 47 nr. 2 med at det ikke finnes retningsgivende norsk retts- eller forvaltningspraksis på området. For at dette skal være et relevant argument, må det kunne tenkes tilfeller der en avvikende nasjonal praksis kan føre til et annet resultat. Etter mitt syn er det liten sannsynlighet for dette: EU-praksis har vist seg å være en ufravikelig rettskilde der den inneholder relevante avgjørelser. EØS-krrl. § 7 (2), 2. punktum åpner riktignok for avvikende nasjonal lovgivning dersom denne gir anvisning på en strengere håndtering av foretaks ensidige atferd. Så lenge lovgiver ikke har vedtatt bestemmelser som er i tråd med denne muligheten, kan imidlertid ikke rettsanvenderen påberope seg en tilsvarende mulighet i sin subsumsjon.

Min siste kommentar til forholdet mellom regelsettene er ikke berørt av partene eller tilsynet. Den vedrører konkurransereglens virkningskrav for at en lisensnektelse kan vurderes under krrl. § 11/EUF-traktatens art. 102.¹⁷¹ Selv om lavere rettsinstanser har gått i retning av et formålskrav, er det virkningskravet som er gjeldende EU-konkurranserett. Siste ledd i særmerknaden til patentl. § 47 nr. 2 i Ot.prp. nr. 86 (2002-2003) oppstiller også et krav til ”*virkning*” som følge av lisensnektelsen. Dermed bør samme tolkning som i EU-konkurranseretten legges til grunn i bruken av § 47 nr. 2.

¹⁷⁰ jf. 4.1 (2).

¹⁷¹ jf. 2.2.2.4 (3).

5.2.4.2 Vilkårene for å rammes av konkurranseretten benyttet på patentloven § 47 nr. 2

Dominerende stilling og nødvendighetskravet:

Det er på det rene at Intervet innehar en dominerende stilling i markedet for den patenterte kunnskap og at nødvendighetskravet er oppfylt, jf. redegjørelsen i pkt. 5.2.3.1 og 5.2.3.2 (1).

Lisensnektelse må hindre fremveksten av et nytt marked/nytt produkt:

Tilsynet fokuserer på dette vilkåret når de avslår begjæringen om tvangslisens. Fordi det er hensiktsmessig å ”hoppe over gjerdet der det er lavest”, antar jeg at det er dette vilkåret som i minst grad er oppfylt.

Den fagtekniske vurderingen av vaksinens effekt sammenholdt med den eksisterende vaksinen til Intervet er vesentlig i tilsynets konklusjon om at Pharmaq ikke har fremstilt et nytt produkt. Til dette er å si at laboratorieforsøkene som legges til grunn er lite konkludente hos begge parter. Vurderingen vil dermed kunne ta en annen form etter som forskningsresultatene utvikles og konkretiseres. Det kan etter dette være nyttig å vurdere hvem av partene som må dokumentere at produktet som hevdes å være nytt, faktisk er det. Intervet tar opp problemstillingen i sitt sluttinnlegg datert 28.01.09, s. 24 punkt 4.6.2 (2). avsnitt, hvor det heter at:

”Det er Pharmaq, og ikke Intervet, som begjærer tvangslisens. Et grunnleggende vilkår for at tvangslisens skal kunne meddeles er i alle tilfeller at lisensen vil åpne for lanseringen av et nytt produkt, dvs. betydelig innovasjon. Når Pharmaq forsøker å oppfylle dette vilkåret utelukkende ved å hevde at Pharmaq vil lansere en bedre vaksine enn Intervet, må Pharmaq selvsagt kunne dokumentere både virkning og sikkerhet på en overbevisende måte før et så alvorlig inngrep som en tvangslisens i det hele tatt kan vurderes.”

Påstanden er ikke direkte kommentert av tilsynet i deres vedtak. For meg synes den fornuftig: Det er på det rene at Intervet har patent på PD-viruset. For å kunne endre denne

eksisterende rettigheten, må den parten som krever endringen kunne bevise grunnlaget for kravet. Det er argumentert for tilsvarende synspunkt i juridisk litteratur:

*”In the first place, it should be for the party asserting a duty to deal to put forward evidence of its plans to produce a new product, since that information will not be in the possession of the dominant firm”.*¹⁷²

Terskelen for å definere et produkt i et marked som nytt, må alltid ses i sammenheng med den forskningsintensiteten næringen kjennetegnes ved. En høyere terskel jo mer forskningsintensiv næringen er, vil til syvende og sist tjene forbrukernes interesser: Når bedriftene kan tjene inn kostnadene på produktutviklingen gjennom en enerett til oppfinnelsen i kommersialiseringsfasen, øker sannsynligheten for at ytterligere produktutvikling vil finne sted. Vektlegging av dynamisk konkurranse til fordel for den statiske legges til grunn, jf. 4.2.

Lisensnektelsen må utelukke enhver konkurranse på et avledet marked:

Tilfredsstill PD-patentet et eget marked og et eget produksjonstrinn ved at det er en nødvendig innsatsfaktor for fremstilling av PD-vaksiner? Kan PD-patentet som består av enerett til å produsere, markedsføre og selge PD-vaksine som omfatter viruset definert i patentet, tenkes solgt i et faktisk eller hypotetisk marked, jf. IMS Health-sakens premiss 44 og 45?

Partene er uenige og tilsynet tar ikke stilling til vurderingen. En begrunnelse for å hevde at et hypotetisk marked foreligger, er at patentinnehaveren benytter patentet til fremstilling av ett produkt mens det kan tenkes utviklet ulike produkter fra aktuelle patent. Pharmaq kan sies å kreve lisens nettopp for å utvikle et nytt produkt i et hypotetisk marked.¹⁷³

¹⁷² O’ Donoghue (2006) s. 447.

¹⁷³ jf. 2.3.4 (3).

Er Intervet dominerende i markedet for PD-patentet? Nødvendighetskravet er oppfylt, hvilket tilsier at Intervet er dominerende i dette markedet. Hvis ikke ville det eksistert reelle substitutter til PD-patentet som Pharmaq kunne ha benyttet seg av, jf. 4.1 (2).

Utelukker nektelsen enhver konkurranse i det avledede markedet? Igjen er kravet til nytt produkt avgjørende. Anses PD-vaksinen som Pharmaq har utviklet som ny, vil lisensnektelsen utelukke enhver konkurranse i det avledede markedet. Tilsynet har konkludert med at så ikke er bevist med foreliggende forskningsresultater og en høy terskel i lys av forskningsintensiteten i legemiddelbransjen for oppdrettsnæringen.

Ingen objektive begrunnelser må foreligge:

Konkurransetilsynet drøfter ikke problemstillingen. Intervet hevder imidlertid at lisensnektelsen er objektivt begrunnet ved at de selv ønsker å utnytte sitt patenterte produkt i et avledet marked.¹⁷⁴ Kravet er i så fall at Intervet kan godtgjøre at de faktisk kommer til å produsere produktet selv.

Vurderingen av hvorvidt sannsynlighetsvilkåret er oppfylt eller ei, følger samme analysemodell som tilsynet legger til grunn i vurderingen av hvorvidt Pharmaqs vaksine representerer et nytt produkt i et nytt marked.

Dokumentasjonsbyrden i vurderingen blir imidlertid en annen: Mens Pharmaq må vise at deres vaksine avviker i så stor grad fra Intervets vaksine at produktet kan sies å være nytt i et nytt marked, må Intervet sannsynliggjøre at deres forskning basert på det patenterte viruset vil resultere i et nytt produkt i et avledet marked, dersom de skal høres med en objektiv begrunnelse for lisensnektelsen.

Det må etter min mening oppstilles et proporsjonalitetskrav i relasjon til forskningsintensitet også her. Logikken fører til at kravet blir omvendt proporsjonalt: Desto

¹⁷⁴ jf. 2.3.5 (3).

mer forskningsintensiv næringen er, jo mer tid og ressurser kreves i fremstillingen av produktet. Dermed skal det mindre til for å anse en anførsel om framtidig egen bruk av patentet i et avledet marked for sannsynliggjort.

Det kan også spørres om vilkåret om objektiv begrunnelse i det hele tatt er aktuelt å analysere fra tilfelle til tilfelle når hjemmelen er patentl. § 47 nr. 2. Alternativt kan det anføres at lovgiver gjennom vedtakelsen av bestemmelsen allerede har foretatt en slik vurdering.¹⁷⁵ Kommisjonens meddelelse¹⁷⁶ peker som vist i denne retning.¹⁷⁷ Det faktum at objektiv begrunnelse som vilkår for å tillate atferd som ellers ville vært et misbruk, er et slags unntak som skal tolkes snevert og dermed sjelden fører frem i praksis, peker i same retning.

5.2.4.3 Misbruker Intervet sin dominerende stilling på markedet for PD-vaksine i markedet for basisvaksiner?

Forutsatt tilstrekkelig årsakssammenheng, har EU-domstolen lagt til grunn at dominerende stilling i ett marked kan ha misbruksvirkning i et tilgrensende marked.¹⁷⁸ I denne årsakssammenhengen ligger et tilknytningskrav i relasjon til de aktuelle markedene. I Tetra-Pak I-saken la retten til grunn ”at *Tetra-Paks monopollignende stilling på de aseptiske markeder og dets førende stilling på de ikke-aseptiske markeder, der selv om de er særskilte markeder, er nært forbundne, satte virksomheten i en situasjon, der kunne sammenlignes med en dominerende stilling på alle berørte markeder.*”¹⁷⁹

I aktuelle vedtak er tilsvarende vurdering hvorvidt Intervets dominerende stilling på markedet for PD-vaksiner gjør at de også kan opptre uavhengig av aktører og kunder på

¹⁷⁵ jf. 4.3.

¹⁷⁶ 2009/C 45/02.

¹⁷⁷ jf. 4.3.

¹⁷⁸ Sag C-333/94 P Tetra-Pak I, premiss 27.

¹⁷⁹ ibid. premiss 31.

markedet for basisvaksiner. Pharmaq anfører en slik sammenheng ved at kundene krever garanti mot bivirkninger fra andre leverandører av basisvaksine som ikke leverer PD-vaksine. Konkurransetilsynet avviser Pharmaqs synspunkt. Tilsynet vurderer ikke den eventuelle konkurransevidningen som et misbruk av patentrettigheten fra Intervets side. Følgelig kan den ikke rammes av patentloven § 47 nr. 2.¹⁸⁰ Vurderingen er etter mitt skjønn korrekt.

5.2.5 Vedtakets rettskildemessige status

Den svært begrensede retts- og forvaltningspraksis som finnes om lisensnektelser i grensesnittet mellom patentrett og konkurranserett, gjør at vedtaket får umiddelbar oppmerksomhet. Når konkurranseretten for en stor del er utviklet gjennom praksis, styrker det interessen ytterligere. Konkurransetilsynets aktive bruk av praksis fra EU-retten sammenholdt med grundige henvisninger til forarbeidene til patentloven § 47 nr. 2, gjør at vedtaket fremstår som solid fagjuridisk begrunnet.

Vedtaket er imidlertid truffet av en instans som rettskildemessig står mye svakere enn domsinstansene, spesielt Høyesterettspraksis som er den eneste instans som foretar avgjørelser som kan ha prejudikatverdi. Saken er påklaget til FAD og kan føres for retten etter at departementet har fattet en beslutning. Videre er uavklarte medisinske forhold i vurderingen av vaksinene hovedårsaken til at tilsynet ikke ga Pharmaq medhold i sin begjæring. Dette fremgår av tilsynets vektlegging av partenes bruk av smitte modeller: Tilsynet refererer i sitt vedtak til uttalelser fra Legemiddelverket, hvor det heter at *”det er vanskelig å sammenligne resultater fra produsenters egne forsøk. Laboratorieforsøk er ikke tilstrekkelig, og feltforsøk anses å være nødvendig for å trekke sikre konklusjoner om en vaksines reelle virkning i forhold til sikkerhet og effekt.”*

Selv om tilsynet benytter tilgjengelig EU-praksis som rettskilde, har sammenligningsgrunnlaget visse svakheter. Disse består i at avgjørelsene som refereres fra

¹⁸⁰ jf. 4.1.1 (8).

EU-retten¹⁸¹ tar for seg immaterialrettigheter som ikke hører hjemme i et marked preget av kostnadsintensiv og risikofylt utvikling. De aktuelle rettighetene i refererte saker i EU-praksis er heller ikke i virksomhetens kjerneområde.¹⁸²

Patentrettighetene til viruset i Pharmaq-saken er en sentral komponent i deres virksomhet og har dermed en annen status. Dette kan gi utslag ved vurderingen av krav til oppfyllelse av vilkåret om nytt produkt. Målet for vurderingen av skjæringspunktet mellom statisk og dynamisk konkurranse er å finne en balanse som gir optimal samfunnsgevinst, jf. 4.1.2.1 (3). Å få en større mengde saker med karakteristiske kjennetegn som i Pharmaq-saken prøvet for retten nasjonalt og i EU-retten, er etter min mening ønskelig for å klargjøre tydeligere hvor balansepunktet optimalt anses å ligge når det aktuelle patentet virker i et FoU-miljø. Dette er ikke i strid med at det i forarbeidene til patentl. § 47 nr. 2 uttrykkes at et økt antall tvangslisenser ikke er målet med bestemmelsen, jf. 4.1.1 (6): Flere prøvelser medfører ikke automatisk flere tvangslisenser.

Konkurransetilsynet og Patentstyret er myndighetsinstansene som i første rekke ivaretar henholdsvis konkurransehensyn og hensyn bak patenter. Etter min mening kan disse være preget av å ha de respektive hensyn som sine hovedformål. Når Konkurransetilsynet er forvaltningsorganet som per i dag er tillagt vedtakskompetansen i tvangslisenssaker hjemlet i patentl. § 47 nr. 2, er det dermed tenkelig at tilsynet kan komme til å favorisere konkurransehensyn. Domstolen vil slik sett være den instans som har best forutsetning for å gi gode føringer for balansepunktet mellom konkurranserettslige og immaterialrettslige hensyn.

¹⁸¹ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill) og Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen.

¹⁸²ibid.

5.3 Kommisjonens avgjørelse 24.03.04, COMP/C-3/37.792 Microsoft

5.3.1 Innledning

Den sentrale avgjørelsen i EU-praksis vedrørende immaterielle rettigheter i et FoU-miljø, er Kommisjonens vedtak i Microsoft-saken. Den har resultert i en endring av hvordan oppfyllelse av de fire kumulative vilkår vurderes ved en lisensnektelse. Spesielt vurderingen av nytt produkt og nytt marked gis et annet innhold i vedtaket. Følgelig gis dette kriteriet mest plass i min redegjørelse.

Førsteinstansdomstolen, og deretter EU-domstolen, opprettholdt Kommisjonens vedtak om at atferden var i strid med EUF-traktatens art. 102.¹⁸³ Vedtaket er dermed stadfestet i høyeste rettsinstans, og har i så måte en vesentlig rettsskapende virkning.

Amerikansk rettspraksis nevnes i vedtaket.¹⁸⁴ Amerikansk rettspraksis kan bidra til å belyse områder i konkurranse- og immaterialretten på områder der det finnes lite EU-praksis. Til tross for at amerikansk rett og EU-rett avviker på flere punkt, har de også felles trekk. Immaterielle rettsregler som eiendomsrett har historisk stått sterkt i USA og er langt på vei kopiert av Europa. Videre fører den samme utviklingen av immaterielle rettigheter i IT-markedet etter mitt syn til de samme utfordringene for lovgiverne i begge verdensdeler. Jeg tar derfor dette med i oppgaven.

5.3.2 Saksforholdet

Saken gjaldt en klage fra Sun Microsystems, en av Microsofts sterkeste konkurrenter på markedet for servere¹⁸⁵. Klagen inneholdt blant annet påstand om at Microsoft misbrakte sin dominerende stilling på markedet for kontorløsninger¹⁸⁶ til å oppnå monopol i markedet

¹⁸³ Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen.

Judgement of 17.9.2007 – Case T-201/04 (not published).

¹⁸⁴ Vedtakets premiss 14 – 20.

¹⁸⁵ Sentral datamaskin som utfører tjenester for enheter i et datanett.

¹⁸⁶ Dvs. Windows 2000 og Microsofts Office-pakke.

for operativsystemer. Det er denne delen av klagen jeg vil ta for meg i det følgende. Sun Microsystems anførte at misbruket skjedde ved at Microsoft nektet å utgi informasjon om grensesnittet som ville gjøre det mulig for konkurrenters datamaskiner og servere med andre operativsystemer å være kompatible med Windows datamaskiner og servere. Slik informasjon er beskyttet gjennom den immaterielle rettighetstypen opphavsrett.

Kommisjonen sa seg enig med Sun Microsystems i at konkurransen i det relevante markedet ble påvirket i strid med gjeldende konkurranserett. Virkningen ble beskrevet som lavere innovasjonstakt og et mindre utvalg av produkter til skade for forbrukerne.¹⁸⁷

5.3.3 Sentralt konkurranserettslig innhold i vedtaket

Microsoft er dominerende i markedet for kontorsystemer i kraft av sin høye markedsandel. De fire kumulative vilkår utviklet gjennom rettspraksis i EU, legges til grunn i vurderingen av om aktuelle lisensnektelse er i strid med art. 102.¹⁸⁸

I vedtaket presiseres det at besittelsen av den opphavsrettsbeskyttede informasjonen i seg selv ikke utgjør et misbruk i strid med konkurranserettens atferdsregler.¹⁸⁹ Dette er i samsvar med tidligere avgjørelser i EU-retten. ”*Exceptional circumstances*”, tilsvarende ”*særlige omstendigheter*”, jf. 2.3.1 (4), må legges til grunn for å karakterisere atferden som misbruk.¹⁹⁰ Samtidig poengterer Kommisjonen at det ikke er et mål å fremstille en uttømmende liste over hva slike omstendigheter kan bestå av.¹⁹¹

¹⁸⁷ Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, premiss 701.

¹⁸⁸ *ibid.* pkt. 5.3.1.

¹⁸⁹ jf. Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill), premiss 49 med henvisning til Volvo, premiss 7 og 8.

¹⁹⁰ *ibid.* premiss 50.

Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, premiss 550 – 554.

¹⁹¹ *ibid.* premiss 555.

I tillegg uttales det i vedtakets premiss 556¹⁹² at et avbrudd i leveransen av grensesnittinformasjon mellom server og kontorløsninger er av interesse i seg selv.¹⁹³ I dette ligger at en opprinnelig leveranseavtale som sies opp av leverandør, oppfattes med atskillig strengere konkurranseblikk enn de tilfeller der det dominerende foretaket fra starten av har laget et konsept som aldri har vært supplert konkurrenter. Dessuten var Microsoft selv ikke aktiv på servermarkedet før det stanset levering av grensesnittsdata til konkurrenter.

5.3.3.1 Nødvendighetskravet

Ved at grensesnittinformasjon mellom Windows og andre operativsystem enn Microsofts eget er en nødvendig innsatsfaktor i det avledede markedet for operativsystemer, kan det argumenteres for at denne informasjonen er en nødvendig innsatsfaktor.¹⁹⁴ I IMS-saken¹⁹⁵, hvor avgjørelse falt kun en måned i forkant av Kommisjonens vedtak mot Microsoft, ble nødvendighetskravet fastslått. Det heter i premiss 52 at produktet det kreves lisens til må være nødvendig for å kunne produsere et nytt produkt som det er et udekket behov for hos sluttbruker. I Microsoft-saken kan det imidlertid ikke forutsettes at tilgang til informasjonen knyttet til operativsystemet er nødvendig når det ikke foreligger klare bevis for at et nytt produkt er utviklet.¹⁹⁶

5.3.3.2 Kravet til nytt produkt og nytt marked

Sun Microsystems avledede produkt ble vurdert å tilfredsstillere kravet til nytt produkt til tross for usikkerheten beskrevet over. Videre la Kommisjonen den faktiske etterspørsel etter produktet til grunn.¹⁹⁷ Microsoft kunne som følge av tilbakeholdelse av informasjon

¹⁹² Med videre henvisning til Forenede sager 6 og 7/73 Commercial Solvents og 311/84 Telemarketing.

¹⁹³ Geradin (2005) s. 14-16.

¹⁹⁴ Anderman (2007) s. 66.

¹⁹⁵ Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, premiss 52.

¹⁹⁶ Geradin (2005) s. 17.

¹⁹⁷ Case COMP/C-3.37.792 Microsoft, premiss 692.

sies å utnytte sin dominans i markedet for kontorpakkeløsninger til å hindre en konkurrent i å komme inn på det avledede markedet med et nyskapende produkt, og dermed også hindre en utvidelse av markedet. Slik hindring av nye produkter og teknologiutvikling, er en utnyttende form for misbruk. Forbrukerne er skadelidende ved at de ikke får muligheten til å dra nytte av et slikt produkt. Resultatet er en konsekvens av en konkurransesituasjon som ikke er betinget av bedre ytelse fra Microsoft, men en følge av deres markedsrett, jf. 2.2.2.4 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Kommisjonens avgjørelse inneholder imidlertid ikke et absolutt krav om at konkurrentens produkt skal være nytt og generere et nytt marked. I avgjørelsen beskrives virkningen av Microsofts nektelse av å utlevere interkompabilitetsinformasjon som noe som kan føre til at konkurrenter vil avstå fra å investere i innovasjon i aktuelle markeder.¹⁹⁸ Konkurrentenes nye produkt spesifiseres ikke. Dette avviker fra kravet til nytt produkt i Magill-avgjørelsen¹⁹⁹, hvor det i premiss 54 oppstilles et vilkår om at produktet må være nytt. I Microsoft-vedtaket beskrives den konkurranserettslige virkningen av atferden som lavere innovasjonsgrad til skade for forbruker.²⁰⁰ Det kan dermed se ut som om Kommisjonen utvider området for konkurransestridd atferd slik: Fra å kreve at virkningen må hindre fremveksten av et nytt produkt i et nytt, avledet marked, til også å gjelde der atferden kun begrenser det aktuelle markeds innovasjonstakt.

Juridisk litteratur har kritisert avgjørelsen på dette punkt.²⁰¹ I kritikken henvises det til amerikansk Høyesterett, spesielt Trinko-avgjørelsen²⁰². Her er amerikansk Høyesterett langt mer forsiktig med å vektlegge konkurransehensyn til fordel for immaterielle beskyttelsesreglers positive virkning på innovasjonsmotivasjonen i markedet enn dert

¹⁹⁸ *ibid.* premiss 694.

¹⁹⁹ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill).

²⁰⁰ Case COMP/C-3.37.792 Microsoft, premiss 701.

²⁰¹ Geradin (2005) s. 7.

²⁰² LLP 540 U.S. 682 (2004). Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko.

Saken gjaldt leveringsnektelse i telekommunikasjonssektoren som mulig konkurransestridd atferd.

Kommisjonen er i Microsoft-saken.²⁰³ Dynamisk konkurranse tillegges dermed størst vekt fremfor den statiske i amerikansk rettspraksis.

EU-praksis har på sin side gått i retning av å legge en lavere terskel til grunn for at dominerende foretaks atferd skal rammes av konkurranseretten i Microsoft-vedtaket enn i Magill-dommen, og det uttales eksplisitt i Microsoft-vedtaket at listen over særlige omstendigheter ikke bør oppfattes som uttømmende.²⁰⁴ Dette fører til usikkerhet om hva som er tillatt atferd i markedet. Konsekvensen kan bli at aktører blir mer forsiktige i sine innovasjonsprosjekter av redsel for å pålegges å tilby konkurrenter lisens.²⁰⁵

5.3.3.3 Utelukker informasjonen enhver konkurranse i et avledet marked?

Uten tilgang til informasjon om grensesnittet mellom server og kontorløsningssystemer, vil konkurrenter på markedet for servere gradvis avskjæres muligheten til å utvikle servere med andre eller flere funksjoner som Microsoft ikke tilbyr forbrukerne.²⁰⁶ Enhver konkurranse kan med dette potensielt utelukkes. I tråd med EU-domstolens avgjørelse i Commercial Solvents, kan det også hevdes at Microsoft, ved at selskapet i utgangspunktet la opp til et åpent system som en strategi for å vokse og oppnå dominans, har skapt konkurranserettslige forventninger som gjør deres bruk av opphavsretten de innehar på informasjonen om interkompabilitet til konkurransestridig atferd i strid med art. 102 (b).²⁰⁷ Atferden kan også rammes av bestemmelsens bokstav c ved å forskjellsbehandle egne datterselskaper og deres konkurrenter, spesielt når det ikke er noen kapasitetsbegrensninger.²⁰⁸ En slik atferd er et misbruk av dominerende stilling i den grad

²⁰³ Geradin (2005) s. 7.

²⁰⁴ jf. 5.3.3 (2).

²⁰⁵ Geradin (2005) s. 19.

²⁰⁶ Anderman (2007) s. 67.

²⁰⁷ *ibid.*

²⁰⁸ *ibid.*

det virker opplagt at formålet er å ekskludere en konkurrent fra markedet, og dette er en reell virkningsrisiko.²⁰⁹

5.3.3.4 Kan Microsoft påberope seg en objektiv begrunnelse for nektelse av å dele informasjon om interkompabilitet med konkurrentene?

Kommisjonen svarer benektende på spørsmålet. Det å inneha en immaterialrett skal verne om eneretten i primærmarkedet for rettigheten, men det gir ikke automatisk rett til å nekte lisens på rettigheten i avledede markeder.²¹⁰ Microsoft vant ikke frem med sine påstander om objektiv begrunnelse. Microsoft hevdet at deres incentiver til å drive innovasjon ville reduseres som følge av et eventuelt pålegg om å gi andre tilgang til informasjonen.²¹¹ Med dette legges en ex ante vurdering av lisensnektelsen til grunn, jf. redegjørelsen for ex ante og ex post i 4.1.2.3. Kommisjonen la størst vekt på ex post virkningene, og nedprioriterte dermed Microsofts innovasjonsmotivasjon sammenlignet med markedets totale innovasjonsincentiv. Vurderingen gir et positivt utslag på den statiske konkurransen ved at konkurrentene kan benytte nødvendig, men rettighetsbelagt, informasjon til å utvikle og selge sine produkter i et avledet marked. Lisenspålegget kan tas til inntekt for at Kommisjonen anser teknisk utvikling på IT-markedet som bedre ivaretatt gjennom flere foretaks innovative virksomhet til fordel for at ett enkelt står for utviklingen alene.²¹² På sikt kan imidlertid slik pålagt deling av rettighetsbelagt informasjon føre til at aktørene i markedet kvier seg for å bruke ressurser på utvikling fordi de vet at den med stor sannsynlighet må deles med konkurrentene. Slik kan den dynamiske konkurransen svekkes.

Til sammenligning er det interessant at også myndighetene i USA har inntatt tilsvarende holdning til hvilke objektive begrunnelser som kan føre til at lisensnektelse aksepteres i

²⁰⁹ Forenede sager 6 og 7/73 Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen, premiss 25.

²¹⁰ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill), premiss 51. jf. 2.3.4 (1).

²¹¹ Premiss 709.

²¹² Anderman (2007) s. 70.

konkurranseretten. Heller ikke i en sak hvor Microsofts lisensieringspraksis i relasjon til Windows 98 og nettlesere ble prøvet for retten, vant Microsoft frem med det synspunkt at en immateriell rettighet er uangripelig så lenge den er rettmessig anskaffet. Retten uttalte at immaterielle rettigheter ikke gir adgang til å opptre i strid med konkurransereglene.²¹³

5.3.3.5 Oppsummering, de fire kumulative vilkår

Kommisjonen vurderer de fire kumulative vilkår for å anse at en lisensnektelse er i strid med EUF-traktatens art. 102 for oppfylt. Tvangslisens til en opphavsrettslig beskyttet grensesnittinformasjon mellom kontorløsningen Windows og konkurrenters operativsystemer eller et krav på lisensiering av nedstrøms systemer som genererer misbruk av dominerende stilling, kan etter dette pålegges av Kommisjonen.

Det er verdt å merke seg at dersom Microsoft fra starten av sin systemutvikling hadde lagt opp til et lukket system slik som Apple Mac har gjort, kunne utfallet blitt et annet.²¹⁴

Microsofts dominerende stilling ville i så tilfelle hatt sin årsak i et originalprodukt inneholdende flere integrerte funksjoner.²¹⁵ Kompabilitetsinformasjonen ville i så tilfelle ikke fremstå som et eget produkt med et eget marked.

5.3.3.6 Betydningen av at sektorlovgivning har konkurranserettslig innhold

Det er interessant å sammenligne vedtaket mot Microsoft med den amerikanske Trinko-avgjørelsen. Her uttaler Høyesterett at sektorlovgivning langt på vei utelukker bruk av konkurransereglene, så sant sektorreguleringen innehar rettsmidler som muliggjør sanksjonering av konkurransestridig atferd.²¹⁶

²¹³ Anderman (2007), s. 69 med videre referanser.

²¹⁴ *ibid.* s. 68.

²¹⁵ *ibid.*

²¹⁶ Geradin (2005) s. 3.

Rettslig status har ikke vært den samme i EU.²¹⁷ I EU har konkurransereglene langt på vei fungert som et ekstra sett med kontrollregler i tillegg til den spesifikke lovgivning, jf. 4.1.2.1 (6) og (7). Amerikansk og europeisk lovgivning avviker dermed på dette punktet. Selv om flere argumenter for avviket kan finnes i konkurranserettens oppbygning i de respektive verdensdelene, kan det uavhengig av dette hevdes at den generelle konkurranseretten kun trekkes inn når sektorreguleringen ikke gir tilstrekkelig konkurranserettslig vern for USAs vedkommende.²¹⁸ Den foreslåtte forordning om EU-patentet med en egen artikkel som hjemler tvangslisens, kan etter min mening tyde på at også EU-retten er i ferd med å ta samme retning: Der EU-patentreglene hjemler tvangslisens vil dette regelsettet i så fall inneha tilstrekkelig konkurranserettslig vern. I Microsoft-vedtaket ble det ikke forutsatt at sektorregulering utelukker konkurranseregulering, hvilket må anses for å være gjeldende rett.

5.3.4 Vedtakets betydning for rettsutviklingen

Foretak må etter avgjørelsen vise større varsomhet i saker der deres monopol eller dominerende stilling i et produktmarked benyttes til å utelukke konkurrenter i et avledet marked. EU-domstolens opprettholdelse av vedtaket mot Microsoft peker i denne retning.

Sammenlignet med dommen i IMS Health-saken har Kommisjonen tilsidesatt både kravet til to markeder²¹⁹ og til nytt produkt. Som følge av dette, kan det hevdes at vedtaket går i retning av å virke for å sikre konkurrenter tilgang til essensiell informasjon, snarere enn å beskytte konkurransen i markedet.²²⁰ Tyngdepunktet mellom statisk og dynamisk konkurranse trekker i retning av den statiske.

²¹⁷ *ibid.*

²¹⁸ *ibid.*

²¹⁹ *ibid.* s. 10.

²²⁰ *ibid.*

5.4 Komparativ studie av Konkurransetilsynets vedtak i Pharmaq-saken og Kommisjonens avgjørelse i Microsoft-saken

I begge sakene legges vilkårene som er etablert gjennom EU-praksis for å rammes av konkurransereglene til grunn. Type immaterialrettighet er forskjellig, henholdsvis patentrettighet og opphavsrettighet. Rettsmiddelet er tvangslisens etter sektorlovgivning i Pharmaq-saken, mens det er pålegg om å offentliggjøre grensesnittinformasjon i form av spesifikasjoner til relevante protokoller etter EU-konkurranseretten i Microsoft-saken. Tvangslisens-begrepet benyttes også i kommisjonens redegjørelse, jf. vedtakets premiss 550.

Rettsmidlene er svært like ved at de begge innebærer et pålegg om en bestemt atferd. Begge sakene er hentet fra miljøer med høy grad av forskning og utvikling, hvor store investeringer satses for kontinuerlig videreutvikling og fornying av produktene som tilbys.

Ingen av de to sakene fremviser en vesentlig kostnad ved å utvikle selve rettigheten: Intervets patenterte virus er ikke krevende å fremstille. Det er kun snakk om en isoleringsprosess av viruset. Det faktum at slike patenter er omdiskutert, fordi det hevdes at det ikke tilfredsstiller trinnhøydekravet til et patent, peker i samme retning, jf. 3.3.1 (2). Microsofts opphavsrett til selve grensesnittinformasjonen er heller ikke den mest kostnadskrevene, og den består kun av en tallkode som ikke nødvendigvis krever tungt forskningsarbeid for å fremstille.

Å utvikle et nytt produkt i det avledede markedet med den beskyttede rettigheten som innsatsfaktor, er imidlertid være svært kostnadskrevene og risikofylt. Utvikling av vaksine i Pharmaq-saken krever som annen medisinsk utvikling stor innsats i både tid, penger og satsningsrisiko. Det samme kan sies om IT-markedet i lys av den enorme utviklingen som skjer der. Terskelen for når et annet produkt kan defineres som nytt ut fra et avveiningssynspunkt, blir etter dette langt på vei sammenfallende. Den bør legges høyere enn der aktuelle marked ikke har slike kostnadsintensive trekk.

Vurderingen hos Konkurransetilsynet og Kommisjonen stiller imidlertid ulike krav til hva som skal til for å definere et produkt som nytt. Dette er avgjørende for at utfallet ble forskjellig. Mens Konkurransetilsynet legger terskelen høyt pga innovasjonsintensiteten i markedet og derigjennom vektlegger den dynamiske effektiviteten, legger Kommisjonen en lavere terskel til grunn begrunnet i nettopp innovasjonsskaden som kan oppstå i markedet som helhet. Den statiske effektiviteten vektlegges her gjennom å stadfeste at reduksjon i teknisk utvikling kan hjemle tvangslisens. Tilsynet bemerker i vedtaket uten nærmere forklaring at de faktiske virkninger ikke vil bli som i Microsoft-vedtaket.²²¹ En annen forklaring på forskjellen kan for øvrig være at markedsstrukturen er ulik i de to tilfellene. Fiskeoppdrettsnæringens vaksineleverandører består overveiende av tre tilnærmet like store tilbydere hvor Intervet og Pharmaq er to av de tre, mens IT-markedet for kontorløsninger er sterkt dominert av Microsoft med sin markedsandel på over 90 %.²²²

Hensynet til forbruker trekkes frem i begge avgjørelsene. Sammenholdt med Kommisjonens meddelelse²²³ kan det se ut som rettsutviklingen går i retning av et større fokus på utnyttende misbruk enn det konkurransebegrensende misbruk til skade for konkurrentene.

5.5 Oppsummering og trender

5.5.1 Er de fire kumulative vilkår for å rammes av konkurranserettens forbud mot lisensnektelse absolutte?

For å rammes av EUF-traktatens art. 102 og krrl. § 11, må en lisens være nødvendig²²⁴ for alle potensielle tilbydere²²⁵, lisensnektelsen må hindre fremveksten av et nytt marked²²⁶,

²²¹ V2009-17 pkt. 6.4.

²²² Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, premiss 432.

²²³ 2009/C 45/02.

²²⁴ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill), premiss 54.

²²⁵ Sag C-7/97 Oscar Bronner mod Mediaprint, pkt.2 i sammendraget.

²²⁶ Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, premiss 49.

ingen objektiv begrunnelse for atferden må foreligge²²⁷ og lisensnektelsen må utelukke enhver konkurranse i det avledede markedet²²⁸.

Microsoft-vedtaket har etter min mening vist at vilkårene ikke brukes absolutt i EU-praksis. Synspunktet er begrunnet i at vilkåret om å utvikle et nytt produkt i et nytt marked er redusert til at det er tilstrekkelig at en nektelse hindrer den teknologiske utviklingen, jf. 5.3.3.2 (2). Det ble heller ikke oppstilt krav om at tjenesten det nektes tilgang til må utgjøre et eget marked, jf. 5.3.4 (2). Dessuten uttaler Kommisjonen at innholdet i ”*exceptional conditions*” ikke er uttømmende, jf. 5.3.3 (3).

5.5.2 Er sektorlovgivningen uttømmende?

Patentloven § 47 nr. 2 og forslaget til EU-patent artikkel 21, hjemler begge en tilgang til å pålegge en patenthaver tvangslisens som følge av konkurransestridig atferd. Fremtiden vil vise om slik sektorregulering vil være uttømmende, slik at § 11 og EUF-traktatens art. 102 ikke får noen selvstendig, materiell betydning på området. Slik uttømmende sektorlovgivning er nå etablert rettspraksis i USA, og det er hevdet²²⁹ at EU-praksis vil gå i samme retning.²³⁰

²²⁷ Sag C-322/81 Michelin mod Kommissionen I, premiss 73.

²²⁸ Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, premiss 44 og 45.

²²⁹ Damien Geradin, professor i konkurranserett og økonomi, leder av det globale konkurranserettssenteret i Belgia.

²³⁰ jf. 5.3.3.6 (2).

5.5.3 Går konkurranserettspraksis i retning av å ta mindre hensyn til konkurrenter og større hensyn til forbruker i vurderinger av om lisensnektelse er i strid med atferdsreglene?

Forholdet mellom konkurransebegrensende og utnyttende misbruk er belyst flere steder i oppgaven. De kumulative vilkår for konkurransestriddig lisensnektelse krever at misbruket er både konkurransebegrensende, dvs. går ut over konkurrentene, og utnyttende, dvs. er skadelig for sluttkunden. Trenden er imidlertid som følger:

- Forarbeidene til patentloven § 47 nr. 2 oppstiller misbruk til skade for forbruker som et vilkår for å vedta tvangslisens.²³¹ Det sies eksplisitt at det ikke er avgjørende om misbruket er til skade for konkurrentene.
- I et statisk perspektiv kan det se ut som om hensynet til konkurrentene veier tungt i Microsoft-vedtaket: Det gis tilgang til informasjon på grunnlag av den teknologiske utviklingen i markedet. Samtidig er Kommisjonens begrunnelse at forbrukerne skal sikres gode produkter i fremtiden gjennom innovasjon, dvs. en forbrukergevinst i et dynamisk perspektiv.²³²
- Kommisjonens uttalelse gjør det klart at forbrukerne vil prioriteres fremfor konkurrentene når Kommisjonen skal håndheve EUF-traktatens art. 102, jf. uttalelsens pkt. 5 og 6 sitert i oppgavens pkt. 2.3.6.

Funnene tyder på at utviklingen går i retning av å ta hensyn til sluttkunden i større grad enn konkurrentene i et marked.

²³¹jf. 4.1.1 (8).

²³² jf. 5.3.3.2 (2).

6 LITTERATURLISTE

Bøker:

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Sejersted, Fredrik ... [et al.]. *EØS-rett*. 2.utg. Oslo, 2004.

Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling. *Norsk konkurranserett, bind II*. 1. utg. Oslo, 2006.

O`Donoghue, Robert og Padilla, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. 1.utg. Oxford, 2006.

Steinvik, Are. *Patentrett*. 2. utg. Oslo, 2006.

Anderman, Steven D. *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*. 1. utg. Cambridge, 2007.

Kolstad, Olav og Ryssdal, Anders. *Norsk konkurranserett, Bind I*. 1. utg. Oslo, 2007.

Artikler:

Barlow, John Perry. *The Economy of Ideas*. I: Wired Issue 2.03. 1994.

Geradin, Damien. *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?* I: Common Market Law Review, vol. 41; part 6, p. 1519-1553. 2004.

Alastair Mc Culloch. Module 1: Introduction to Patents. I: Informa professional academy. 2005. s.8.

Lov- og forarbeidsregister:

Norske lover:

1961 Lov om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr.2.

1967 Lov om patenter (patentloven) av 15. desember 1967 nr.9.

1993 Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) av 11. juni 1993 nr. 65.

2003 Lov om endringer i patentloven og planteforedlerloven (gjennomføring av EUs patentdirektiv i norsk rett mv.) av 19. desember 2003 nr. 127.

2004 Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11.

2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.

Utenlandske lover:

Sherman Act The Sherman Antitrust Act, July 2, 1890.

Traktater:

Paris-konvensjonen Internasjonal avtale om det industrielle rettsvern, 20. mars 1883.

PCT Patent Cooperation Treaty, 19. juni 1970.

EPC Den Europeiske Patent Konvensjonen, 15. oktober 1973.

EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.

TRIPS-avtalen	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15. april 1994. Med vedlegg V.
Lisboa-traktaten	EUF-traktaten (traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte), 2009.

EU-direktiver og forordninger, veiledninger og forslag:

1997/C 372/03	Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EØS-relevant tekst).
KOM(2000) 142 endelig	Forslag til RÅDETS FORORDNING om EF-patenter (forelagt af Kommissionen).
EF/Rådsforordning 01/2003	Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. Desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene fastsatt i artikkel 81 og 82.
2009/C 45/02	Meddelelse fra Kommisjonen – Veiledning om Kommisjonens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikkel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gjennom ekskluderende adfærd (EØS-relevant tekst).

Vedtak og dommer:

Norske vedtak:

V2009-17. Konkurransetilsynets avslag på begjæring om tvangslisens – Pharmaq AS – Intervet International B.V.

Internasjonale vedtak:

Case COMP/C-3/37.792 Microsoft. C(2004)900 final.

Internasjonale dommer:

Sag T-30/89 Hilti mod Kommissionen. Saml. 1991 s. II-1439.

Sag- T-219/99 British Airways mod Kommissionen. Saml. 2003 s. II-5917.

Sag-T-203/01 Michelin mod Kommissionen II. Saml. 2003 s. II-4071.

Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen. Saml. 2007 s. II-03601.

Forenede sager 6 og 7/73 Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen. Saml. 1974 s. 223.

Sag C-27/76 United Brands Company mod Kommissionen, Saml. 1978 s. 207.

Sag C-85/76 Hoffmann-La Roche. Saml. 1969 s. 461.

Sag C-322/81 Michelin mod Kommissionen I. Saml. 1983 s. 3461.

Sag C-311/84 Telemarketing (CBEM) mod CLT og IPB. Saml. 1985 s. 3261.

Sag C-238/87 Volvo mod Veng. Saml. 1988 s. 6211.

Forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P RTE og ITP mod Kommissionen (Magill). Saml. 1995 s. I-743.

Sag C-333/94 P, Tetra-Pak I. Saml. 1996 s. I-5951.

Sag C-7/97 Oscar Bronner mod Mediaprint. Saml. 1998 s. I-7791.

Sag C-418/01 NDC Health mod IMS Health og Kommissionen. Saml. 2004 s. I-5039.

Judgment of 17.9.2007 - Case T-201/04 (not published).

LLP 540 U.S. 682 (2004). Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko.

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 36 (1965-1966) Lov om patenter Ot. Prp. Nr. 36 (1965-1966), 15.04.1966.

Ot.prp. nr. 86 (2002-2003) Om lov om endringer i patentloven og planteforedlerloven (gjennomføring av EUs patentdirektiv i norsk rett mv.).

St.prp. nr. 43 (2002-2003) Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr.20/2003 av 31. januar 2003 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII om opphavsrett (patentdirektivet).

NOU 1976:49

Nettdokumenter:

Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav. *DRM og forbrukervern - Forslag til løsning*. Oslo 2005.

http://www.jus.uio.no/forskning/omrader/mit/publikasjoner/publikasjoner_vedlegg/drm_og_forbrukervern.pdf

Handelsdepartementets hjemmeside. Temaside under Handelspolitikk/WTO:

Handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS).

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/handelspolitikk/wto/wto---doharunden/handelsrelaterte-sider-ved-immaterielle-.html?id=446716>

EPOs hjemmeside. About us.

www.epo.org/about-us/epo.html

Lenke til EPO.

www.patentstyret.no

Personlig meddelelse:

Konkurransetilsynet. E-post. 18.01.2010.

7 Lister over tabeller og figurer m v