

|  |
| --- |
| EU konkurrenceret og immaterielle rettigheder |
| Tvangslicens og essential facilities |
| Kandidatafhandling 2012  Aalborg Universitet  Christian Ameland Nielsen |

**Titelblad**

**Uddannelsesinstitution:** Aalborg Universitet

**Uddannelsesretning:** Cand.jur.

**Titel:** EU konkurrenceret og immaterielle rettigheder – Tvangslicens og essential facilities

**Title:** EU competition law and intellectual property rights – Compulsory license and essential facilities

**Emne:** Konkurrenceret, Immaterielret og EU-ret

**Vejleder:** Charlotte Bagger Tranberg

**Antal sider:** 80

Afleveringsdato: 20. December 2012

------------------------------------

Christian Ameland Nielsen

Studie nummer: 2007-2229

Indholdsfortegnelse

[1. Indledning 3](#_Toc343614517)

[1.1 Problemfelt 3](#_Toc343614518)

[1.2 Afgrænsning 4](#_Toc343614519)

[1.3 Metode 5](#_Toc343614520)

[1.4 Plan for fremstillingen 8](#_Toc343614521)

[2. Konflikten mellem retsområderne og rammen for behandling 10](#_Toc343614522)

[2.1. Konflikten mellem immaterielretten og konkurrenceretten 10](#_Toc343614523)

[2.2 En konkurrenceretlig vurdering 16](#_Toc343614524)

[2.3 Immaterielrettens eksistens, særlige indhold og afgørende funktion. Fra en form-baseret tilgang til en effekt-baseret tilgang 17](#_Toc343614525)

[2.4 Sammenfatning 24](#_Toc343614526)

[3. Essential facility doktrinen 26](#_Toc343614527)

[3.1 Kriterium 1: En virksomhed med en dominerende stilling på det pågældende marked. 29](#_Toc343614528)

[3.2 Kriterium 2: Produktet er skal være essentielt på et afledt marked 36](#_Toc343614529)

[3.3 Kriterium 3: Handlingen kan karakteriseres som misbrug 38](#_Toc343614530)

[3.4 Kriterium 4: Handlingen er ikke objektivt berettiget. 40](#_Toc343614531)

[3.5 Sammenfatning 42](#_Toc343614532)

[4. Anvendelsen af essential facility doktrinen i praksis 43](#_Toc343614533)

[4.1 Magill 43](#_Toc343614534)

[4.2 Tierce Ladbrokes 48](#_Toc343614535)

[4.3 Bronner 50](#_Toc343614536)

[4.4 IMS Health 54](#_Toc343614537)

[4.5 Microsoft 61](#_Toc343614538)

[5. Konklusion 71](#_Toc343614539)

[6. English Summary 72](#_Toc343614540)

[7. Litteraturliste 73](#_Toc343614541)

## 1. Indledning

### 1.1 Problemfelt

Immaterielretten og konkurrenceretten er to retsområder, der begge bidrager til reguleringen af konkurrencevilkårene på et marked. Hvor konkurrenceretten forudsætter en effektiv fri konkurrence på et givent marked, skaber immaterielle rettigheder en eksklusivret, der anses som en konkurrencefri position. Det centrale problem er derfor, at de to retsområder har kontrastfyldte kerneområder, der skal harmonere på et marked. Jens Fejø har i sin disputats fra 1985 beskrevet denne indgroede konflikt med at stille spørgsmålet, om immaterielretten overhovedet kan eksistere side om side med konkurrencereglerne grundet den selvmodsigende struktur indbygget i retsområderne.[[1]](#footnote-1) Konflikten er særlig tydelig i tilfælde, hvor eksklusivretten, der tilkommer efter immaterielretlig lovgivning, skaber hindringer for den fri konkurrence.[[2]](#footnote-2)

Spørgsmålet om de kontrastfyldte principper i henholdsvis immaterielretten og konkurrenceretten er tidligere behandlet af Jens Schovsbo i hans licentiatafhandling fra 1996.[[3]](#footnote-3) I afhandlingen bekræfter Schovsbo rigtigheden af en tese, der går på, at forholdet mellem de to retsområder går mod en mere præcis og veldefineret beskyttelse af enerettigheder gennem en konkurrenceretlig vurdering. Han mener, at denne udvikling passende kan foretages ved fælleskabsretlig *internalisering.[[4]](#footnote-4)* Forfatteren bemærker imidlertid, at EU på daværende stadie (1996) ikke havde integreret denne form for harmonisering af retsområderne.[[5]](#footnote-5) Derimod antager han, at der primært anvendes metoden *tværfortolkning.[[6]](#footnote-6)*

Anvendelsen af tværfortolkning skaber et problem i forhold til, hvornår immaterielrettens normer skal afgrænses over for konkurrenceretten og omvendt. Der opstår derfor naturligvis et hierarkisk spørgsmål om hvilket retsområde, der har fortrin frem for det andet. Siden udgivelsen af Schovsbos afhandling har netop dette retsområde været genstand for behandling ved de dømmende myndigheder i EU. At efterprøve Schovsbos tese i lyset af udviklingen der er sket inden for spændingsfeltet mellem de to retsområder, og dermed teste om internalisering er blevet den anvendte metode, vil imidlertid sprænge rammerne for denne afhandling.

Derimod har praksis fra Kommissionen, Retten i første instans og EU Domstolen gjort deres praksis til genstand for en betydelig usikkerhed både ved nævnte myndigheder, men lige så vel i juridisk litteratur. Uenigheden vedrører en dømmende myndigheds mulighed for at håndhæve TEUF artikel 102. Usikkerheden er særlig markant vedrørende håndhævelsen over for en virksomhed i en dominerende stilling, der antages at udøve misbrug ved nægtelse af licens. Her er sanktionen at give licens til konkurrerende virksomheder – en tvangslicens. Netop denne usikkerhed i kriterierne for pålæggelse af tvangslicens er blevet beskrevet som et af de områder inden for konkurrenceretten, hvor der hersker en markant uenighed.[[7]](#footnote-7)

Problemet har sin særlige relevans, da det udsætter den sikkerhed, der burde være i ejendomsretten, herunder også immaterielle rettigheder, for en markant risiko, ved ikke at have en klar retsstilling om hvornår der kan pålægges en tvangslicens. Virksomheder der pålægges en tvangslicens, vil blive frarøvet meget af den værdi, som immaterielle rettigheder indeholder, da denne eksklusivret ”blot” vil blive reduceret til den royalty betaling, der opnås i forbindelse med licensen. Denne royalty betaling kan svært modsvare frarøvelsen af den strategiske frihed til at benytte immaterielle rettigheder, således at de beskyttede produkter genererer størst mulig indkomst. Tvangslicens konverterer derfor en immateriel rettighed fra et konkurrenceprægende element til et indkomstgenererende aktiv.[[8]](#footnote-8) Incitamentet for at besidde immaterielle rettigheder vil dermed forsvinde, hvis der ikke er klare retningslinier for, hvornår en immateriel rettigheds eksklusivitet kan frarøves. Denne usikkerhed vil påvirke den erhvervsmæssige udnyttelse af immaterielle rettigheder og incitamentet for innovation vil blive beskadiget.[[9]](#footnote-9)

Nærværende afhandling vil centrere sig om hvilke kriterier henholdsvis Kommissionen, Retten i første instans og EU Domstolen bør se opfyldt, for at der kan pålægges en tvangslicens. Dette vil ske i en EU konkurrenceretlig optik, hvor midlet er TEUF artikel 102. Formålet med afhandlingen er derfor at klarlægge, hvilke faste kriterier der skal ses opfyldt, før der med rette kan pålægges en virksomhed i en dominerende stilling, der gør misbrug heraf, en tvangslicens.

### 1.2 Afgrænsning

Afhandlingens fokus på TEUF artikel 102 har den konsekvens, at de øvrige artikler i TEUF, der regulerer EU konkurrenceretten, ikke vil blive behandlet. Muligheden for at sanktionere med tvangslicens vil blive behandlet efter essential facility doktrinen, som tager sit primære udgangspunkt i selve teksten af TEUF artikel 102, hvor forbuddet mod nægtelse af licens falder under artikel 102, litra b). Derfor vil de øvrige typetilfælde i artikel 102 ikke blive behandlet i nærværende afhandling.

Afhandlingens fokus er på forståelsen af TEUF artikel 102 og anvendelsen i EU retligt regi, hvilket implicit ekskluderer inddragelsen af national konkurrencelovgivning.

Afhandlingens andet hovedområde, immaterielretten, har en central rolle i selve problemstillingens eksistens. Immaterielrettens rolle er derimod ikke eksisterende, anskuet fra en løsningsorienteret synsvinkel i denne afhandling. Den metode, der anvendes til behandlingen af problemstillingen, betyder derfor, at der ikke skal foretages en indgående behandling af immaterielret. Området vil blive behandlet i en grad, der illustrerer hvilke principper i immaterielretten, der kan skabe en konflikt med konkurrenceretlig regulering. Det er for denne afhandling irrelevant at skelne mellem nationalt, regionalt eller globalt tildelte immateriel rettigheder.

Afhandlingen vil inddrage den folkeretlige traktat TRIPS. Behandlingen af denne kilde vil være begrænset til aspekter, der behandler netop konflikter mellem immaterielle rettigheder og konkurrenceret, hvor de inddragede immaterielle rettigheder inkluderes. Dog vil TRIPS blive anvendt som en potentiel løsningsmodel på dele af problemfeltet.

I kraft af en effekt-baseret tilgang til behandlingen af konkurrenceretlige spørgsmål skal der, i vurderingen af en problemstilling, inddrages økonomiske vurderinger af effekten af en virksomheds adfærds. Disse vurderinger baserer sig på studier af økonomiske modeller, der fagligt falder uden for emneområdet for denne afhandling, hvorfor dette ikke vil blive inddraget.

Slutteligt vil selve sanktionen, bestående i udmålingen af den påtvungne licens eller pålæg af bøde, ikke blive behandlet, da dette ikke vil bidrage til behandlingen af problemfeltet.

### 1.3 Metode

#### 1.3.1 Retsdogmatisk metode

Denne afhandling vil blive behandlet efter den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode bygger på, at retsvidenskabsmanden vil kunne forudsige resultatet af en dommers afgørelse ud fra et studie af lovgivning, forarbejder, retspraksis og øvrige retskilder.[[10]](#footnote-10) Det er derfor en forudsætning for at behandle problemfeltet, at der redegøres for værdien af de anvendte retskilder og hvorledes en dommer skal lade sig påvirke af disse ”direktiver” i sin behandling af det givne spørgsmål.

I denne afhandling vil der tages udgangspunkt i den primære retskilde – den skrevne lov. Dette er med reference til primært TEUF.[[11]](#footnote-11) Som bidrag til forståelsen af den skrevne lov, og dermed en forudsætning for at besvare problemfeltet, anvendes retspraksis fra henholdsvis Kommissionen, Retten i første instans samt EU Domstolen, hvorfor et studie af netop afgørelser herfra er en forudsætning for at kunne forudsige senere afgørelser.[[12]](#footnote-12)

Yderligere vil litteratur blive anvendt i en ikke ubetydelig grad. Litteraturen bidrager med en fortolkning af den inddragede retspraksis og behandling af begreber. Værdien af litteratur som retskilde er i sig selv lig nul. I et nationalt perspektiv ses det imidlertid, at en dommer giver reference til litteraturens opfattelse og forståelse af et problem.[[13]](#footnote-13) Dette gør sig imidlertid ikke gældende ved Retten i første instans eller EU Domstolen. Her vil litteraturen alene have en betydning for retsvidenskabsmandens forståelse af en afgørelse eller anden retsakt.

#### 1.3.2 Konkurrenceretlige metode i EU regi

TEUF er, i sin kraft af at være en primær retskilde, af en betydelig retskildemæssig værdi. Som supplement til behandlingen af problemfeltet, vil afhandlingen inddrage sekundære retskilder[[14]](#footnote-14) i det omfang, det har sin relevans for forståelsen af den primære retskilde. De sekundære retskilder i EU retligt regi står i anden række i forhold til den primære retskilde, forstået således at den primære retskilde hierarkisk rangerer højere. Denne skelnen mellem værdien af retskilder skal ligeledes foretages i forholdet mellem EU retlig lovgivning og national lov. Her har EU retten forrang over for national ret. Denne forrang betegnes som absolut. Betydningen heraf er, at EU retten har forrang selv over for grundlovsfæstede rettigheder, herunder netop blandt andet ejendomsretten.[[15]](#footnote-15) Dette har den betydning, at en virksomhed ikke kan nægte at efterkomme et pålæg om for eksempel tvangslicens fra en EU retlig myndighed, hvis begrundelsen for nægtelsen er baseret på national lovgivning.

Ved behandlingen af problemfeltet skal udgangspunktet tages i ordlyden af TEUF artikel 102. Denne artikel lader imidlertid en række essentielle begreber stå udefinerede. Forståelsen af artikel 102 er, i modsætning til national lov hvor der vil være hjælp at hente i blandt andet forarbejder, formuleret af EU Domstolen, hvis mål er at fange essensen af den gældende lovgivning. Dette gøres ved, at EU Domstolen foretager en formålsfortolkning af den pågældende retsakt.[[16]](#footnote-16) Formålet omkring artikel 102 skal derfor ligeledes tages i betragtning ved en analyse af afgørelser vedrørende artikel 102. Denne formålsfortolkning er betegnet som værende ”udviklings- og målorienteret”,[[17]](#footnote-17) hvilket i konkurrenceretlig regi betyder, at der skal foretages en dynamisk fortolkning der tager hensyn til denne konstante udvikling. Når hensynet til to retsområder skal underlægges denne fortolkning, skal det ske ved internalisering.

At henholdsvis definitioner, forståelse og anvendelse af TEUF artikel 102 primært fastlægges i retspraksis, gør det essentielt at fastslå præjudikatværdien heraf. Præjudikatværdien af afgørelser fra EU Domstolen, såvel som Retten i første instans, er i lighed med danske domstoles krav om anvendelse af tidligere afsagte afgørelser, ikke bindende for den dømmende instans.[[18]](#footnote-18) Dette står i kontrast til common-law doktrinen, s*tare decisis*, hvor en afgørelses *ratio decidendi* danner en obligatorisk præcedens. Dermed pålægges common-law domstole at følge en afgørelse i senere sager, der behandler samme retskilde(r) under lignende faktiske omstændigheder.[[19]](#footnote-19) Dermed sagt at EU Domstolen anvender civil-law tilgangen, hvorfor forudsigeligheden af en afgørelse ikke er fuldstændig ud fra et studie af tidligere domme. Det bør tilføjes, at afgørelser kan indeholde præmisser, der er formuleret så generelt, at de danner retlige principper. Det er derfor også ganske hyppigt, at senere afgørelser gengiver tidligere afgørelsers præmisser og behandler disse som deciderede principper. På baggrund heraf er det antaget i litteraturen, at trods udgangspunktet om retskildeværdien af domme, så har EU retten antaget en retstradition vedrørende præjudikatværdien af domme, der har lighed med common law.[[20]](#footnote-20) Hierarkisk forholder det sig således, at der ikke gradueres imellem domme fra henholdsvis Retten i første instans og EU Domstolen.[[21]](#footnote-21) Derimod vil afgørelser fra Kommissionen ikke have samme retskildeværdi.[[22]](#footnote-22)

Imidlertid skal retsdogmatikeren have in mente, at afgørelser fra de dømmende myndigheder kan bære præg af inkorporering af en politisk intention. Dette ses for eksempel hvor Kommissionens udsteder en meddelelse, der inkorporerer en modificeret tilgang til et givet problemfelt. Dette kan være en gennemførelse af en ønsket politisk retning, der således ses tilkendegivet gennem ”soft law”.[[23]](#footnote-23)

Som det klare udgangspunkt er soft law, i modsætning til ”hard law”, i sin natur ikke bindende og har derfor alene en vejledende karakter.[[24]](#footnote-24) Soft law bruges til at komplementere lov og for at kodificere retspraksis.[[25]](#footnote-25) Ved et empirisk studie af hyppigheden af reference til soft law ved EU Domstolen og Retten i første instans ses imidlertid en stigende tendens til at anvende soft law som et konkret referencepunkt og dermed som en retskilde. Soft law udstedes af Kommissionen og har samtidig også bindende virkning over for denne, hvorfor Kommissionen også ofte refererer til disse soft law instrumenter i dennes afgørelser. [[26]](#footnote-26) Den bindende virkning af soft law over for Kommissionen blev statueret i *Hercules Chemicals mod Kommissionen,[[27]](#footnote-27)* hvor Retten i første instans udtalte, at kommissionen skal følge egne udstedte retningslinjer og meddelelser. Soft law som retskilde sætter derfor retningslinjer for Kommissionens vurdering og vil ses i afgørelser, men *bør* ikke have en effekt på den juridiske vurdering ved en mulig appel sag ved Domstolen eller Retten i første instans. Følger Retten eller EU Domstolen imidlertid Kommissionens afgørelser, kan anvendelsen af soft law indirekte skabe præcedens ved de respektive instanser, hvilket ikke er utænkeligt.[[28]](#footnote-28)

Således kan afgørelser bære præg af at afspejle retstillingen, som den bør være - *de lege ferenda* og ikke som den er – *de lege lata.[[29]](#footnote-29)* Dette betyder at regulering af konkurrencelovgivningen i TEUF artikel 102 ikke kan afvises, at variere i takt med den politisk betonede interesse ændres. Det er ikke ualmindeligt for præjudikater, at tabe værdi efterhånden som samfundsforholdene udvikles og retskilderne dermed skal vurderes i et nyt perspektiv, hvilket netop er årsagen til den anlagte dynamiske fortolkning.[[30]](#footnote-30)

#### 1.3.3 Folkerettens virke i EU retten

Denne afhandling vil inddrage folkeretlige retskilder i behandlingen af spørgsmålet fremstillet i problemfeltet. Værdien af en folkeretlig retskilde, typisk i form af traktater, skal vurderes ud fra om denne er implementeret i fællesskabsretten.

Der findes to mulige udgangspunkter for en anvendelse af folkeretten. Det drejer sig om henholdsvis den monistiske og den dualistiske tilgang. Dualisme baseres på en todelt behandling af henholdsvis national ret og folkeret, hvor de opfattes som forskellige retsordener henvendt til forskelige retlige forhold. Udgangspunktet er derfor, at der ikke opstår konfliktsituationer mellem de to områder. En forudsætning for at anvende EU retlig jurisdiktion er derfor en implementering af det folkeretlige regelgrundlag i fællesskabsretten.

Den monistiske tilgang anser henholdsvis EU ret og folkeret som én retsorden. De to retsordener regulerer derfor samme område, hvorfor en given konflikt skal afgøres ude fra trinhøjere retsorden. Det antages at folkeretten rangerer højere end national ret.[[31]](#footnote-31)

Vedrørende EU retlig anvendelse af folkeretten så fremgår det af TEUF artikel 216, stk. 2, at såfremt EU tiltræder en traktat, bliver indholdet af denne traktat en integreret del af EU retten og dermed en monistisk anvendelse af folkeretten, som bekræftet i sagen *Kupferberg*.[[32]](#footnote-32)

### 1.4 Plan for fremstillingen

**Kapitel 2: Konflikten mellem retsområderne og rammen for behandling** centrerer sig om at illustrere hvordan den eksklusivret der tilkommer indehaveren af en immateriel rettighed, i nogle tilfælde kan skabe en konflikt med konkurrenceretlige principper ved at skabe juridisk eller økonomiske barrierer for konkurrenter. For på bedst mulig måde at illustrere hvorledes dette opstår, vil der blive givet konkrete eksempler på immaterielle rettigheder.

Herefter vil kapitlet behandle den konkurrenceretlige ramme hvori problemfeltet skal behandles. Særligt for denne afhandlings vedkommende, er det essentielt at der skelnes mellem en form-baseret og en effekt-baseret tilgang ved behandling af problemfeltet, hvor den effekt-baserede tilgang fokuserer på selve målet med retsområderne.

**Kapitel 3: Essential facility doktrinen** er en beskrivelse af den doktrin der bør anvendes såfremt den dømmende myndighed skal pålægge en tvangslicens. Som udgangspunkt diskuteres den usikkerhed der hersker i litteraturen vedrørende dens blotte eksistens, men ligeledes dens indhold. Kapitlet vil herefter præsentere de 4 kriterier indeholdt i essential facility doktrinen. De vil for overskuelighedens skyld blive præsenteret separat. Det vil vise sig i kapitel 4, at retspraksis ikke altid har en klar skelnen mellem de 4 kriterier.

**Kapitel 4: Anvendelsen af essential facility doktrinen i praksis** behandler eksplicit de afgørelser fra Retten i første instans og EU Domstolen, hvor essential facility doktrinen antages at have været anvendt. Sagerne behandles i kronologisk rækkefølge, hvor der startes med den ældste sag. Årsagen hertil er for at på bedst mulig vis, at kunne illustrere hvorledes retspraksis har udviklet sig. Kapitlet vil som bidrag til forståelsen inddrage såvel Kommissionens som generaladvokatens afgørelser i et begrænset omfang

**Kapitel 5: konklusion** på hvad der kan udledes af den analytiske behandling af essential facility doktrinen. Det vil blive vurderet om retstilstanden er så usikker, som hævdet.

## 2. Konflikten mellem retsområderne og rammen for behandling

### 2.1. Konflikten mellem immaterielretten og konkurrenceretten

Det er en forudsætning for at behandle de modstridende principper mellem immaterielretten og konkurrenceretten, at det illustreres hvorledes konflikten herimellem opstår. Afhandlingen vil være ufuldstændig, såfremt den alene behandler det løsningsorienterede aspekt af konflikten mellem retsområderne og ikke samtidig illustrerer, hvorledes de respektive typer af immaterielle rettigheder kan påvirke konkurrencen, således at dette får en negativ effekt på det frie marked. Dette vil gøres ud fra en illustration af, hvordan ejerskabet af en immateriel rettighed giver en eksklusivret samt hvordan disse kan resultere i at potentielle konkurrerende virksomheder hindres i deres adgang til markedet.

Immaterielle rettigheder er en ejendomsret, der opfattes som frugten af idéer, opfindelser, opdagelser, symboler eller anden intellektuel nyskabelse, der har en nyskabende natur i forhold til eksisterende rettigheder.[[33]](#footnote-33) I modsætning til den almene opfattelse af ejendomsret, som noget fysisk håndgribeligt, er immaterielle rettigheder af ikke-fysisk karakter, hvorfor de består i en tildelt rettighed, der giver beføjelser til rettighedshaveren til uhindret at gøre brug af de genstande, som rettigheden dækker over.[[34]](#footnote-34)

Immaterielle rettigheder siges at bidrage til fremme to mål. Det drejer sig om henholdsvis at fremme teknologisk udvikling samt sikre integriteten på det frie marked. Dette gøres ved at sikre eksklusivret til produktion etc. af det givne produkt.[[35]](#footnote-35) En sådanne eksklusiv ret giver dermed en juridisk beskyttelse mod plagiering, duplicering eller anden uautoriseret gengivelse, hvor en overtrædelse kan medføre økonomiske sanktioner. Denne eksklusivret betyder, at såfremt en konkurrent ønsker at producere samme produkt som rettigheden beskytter, eller at videreudvikle dette, og indehaveren nægter at give licens til brugen af den immaterielle rettighed, er der skabt en juridisk barriere for andre virksomheder. Dette kan ligeledes udmønte sig i en økonomisk barriere, såfremt det vil være uhensigtsmæssigt omkostningsfuldt at innovere ”uden om” den eksisterende immaterielle rettighed.[[36]](#footnote-36)

Ud fra det faktum, at en eksklusiv ret skaber en juridisk og evt. økonomisk barriere for potentielle konkurrenter til frit at udnytte teknologi, der vil være beskyttet af patent og forretningshemmeligheder, samt udnyttelsen af kreative værker beskyttet af ophavsretten, opstår spørgsmålet om hvornår dette er konkurrencebegrænsende.[[37]](#footnote-37) For at denne barriere skal være potentielt konkurrencebegrænsende, skal adfærden i at nægte licens forstås i sammenhæng med virksomhedens styrke på markedet jf. afsnit 3.1. Nægtes en licens kan dette have en skadelig indflydelse på den dynamiske konkurrence, såfremt det er skadende for innovation eller tilkomsten af nye produkter og vil derfor være stridende mod de konkurrenceretlige mål jf. afsnit 2.3.

Nødvendigheden af immaterielle rettigheder til beskyttelse og fremmelsen af innovation kan derfor blive et onde for den frie konkurrence, såfremt den eksklusive ret anvendes i videre omfang end nødvendigt for beskyttelsen. I sådanne situationer *kan* der opstå en konflikt med TEUF artikel 102 jf. kapitel 4.[[38]](#footnote-38)

Nedenfor tages udgangspunkt i tre typer immaterielle rettigheder, med det formål at illustrere hvorledes disse yder en eksklusivret til indehaveren. De tre typer af immaterielle rettigheder er; Patent, ophavsret og forretningshemmeligheder. Netop disse er valgt ud fra deres inddragelse gennem denne afhandling. Det bør for klarhedens skyld bemærkes, at det ikke er intentionen at give en udtømmende beskrivelse af de respektive immaterielle rettigheder. Det illustreres alene hvorledes disse giver eksklusivret til indehaveren, hvilket kan have en konkurrenceforvridende effekt.

På EU retlig plan er harmoniseringen af immaterielle rettigheder sporadisk og udgør alene forordninger og direktiver på specifikke områder, hvilket betyder at nationale immaterielretlige love kan være varierende og en komplet redegørelse vil sprænge afhandlingens rammer. Det skal dog holdes for øje, at der på globalt plan findes TRIPS der inkorporerer store dele af ordlyden fra Bernerkonventionen og Pariserkonventionen der regulerer henholdsvis ophavsret og patent.[[39]](#footnote-39) Da en betydelig række lande har tiltrådt TRIPS med det mål at skabe en minimumsbeskyttelse for immaterielle rettigheder,[[40]](#footnote-40) vil de gennemgående principper i immateriel lovgivning være præget af stor lighed.[[41]](#footnote-41)

#### 2.1.1 Patentet

Den patentretlige beskyttelse efter TRIPS er reguleret i artikel 27. Denne artikel bygger oven på Pariserkonventionens minimumskrav til patentretlig beskyttelse, ved at tilføje muligheden for at patentere kemiske og farmaceutiske produkter.[[42]](#footnote-42)

Patentretlig beskyttelse giver en eksklusiv beskyttelse af den teknologiske karakter og virkning bag et givent produkt. For at der kan opnås patent skal opfindelsen eller den teknologiske udvikling være nyskabende og dermed adskille sig væsentligt fra tidligere opfindelser. Et patent kan alene udnyttes af andre hvis dette overdrages eller licenseres efter almindelige kontraktretlige principper, hvilket kan give en hel eller delvis ret til udnyttelse i et bestemt tidsrum.[[43]](#footnote-43) Rækkevidden af et patent kan være nationalt såvel som internationalt. Særligt inden for EU i kraft af den Europæiske Patentkonvention,[[44]](#footnote-44) kan der opnås et europæisk patent, der således giver eneret på tværs af landegrænser.[[45]](#footnote-45) Trods kategorisering som en ejendomsret giver patentet en beskyttelse begrænset til 20 år.

#### 2.1.2 Ophavsret

Ophavsretlig beskyttelse findes i TRIPS artikel 9 – 14. I lighed med den patentretlige reference til Pariserkonventionen, så baserer den ophavsretlige beskyttelse i TRIPS sig på Bernerkonvention jf. TRIPS artikel 9. Hertil bidrager TRIPS til den eksisterende beskyttelse af litterære og kunstneriske værker, med EDB-programmer jf. TRIPS artikel 10.

I modsætning til for eksempel patenter, så beskytter ophavsretten ikke værkets bagvedliggende idé, men derimod værket selv.[[46]](#footnote-46) Ophavsretten kræver alene, at der ikke er tale om uautoriserede efterligninger eller benyttelse, hvilket betyder at produktet ikke er underlagt et krav om originalitet. Derfor er der intet til hinder for, at en person uden kendskab til eksisterende værker opfinder noget nært identisk.[[47]](#footnote-47) Kvalitativt skal der være et brugsformål for at værket kan falde under ophavsretlig beskyttelse. Er beskyttelsen opnået, kan værket gøres tilgængeligt for almenheden. Ophavsretten er til forskel fra patentet tidsbegrænset til 70 år.[[48]](#footnote-48)

#### 2.1.3 Forretningshemmeligheder

En forretningshemmelighed er i ordets natur en fortrolig oplysning, som hemmeligholdes for uvedkommende. Forretningshemmeligheder er beskyttet mod uautoriseret videregivelse til en tredjemand ved lov eller kontrakt og dermed ikke en tildelt beskyttelse. Derfor er en forretningshemmelighed også ”tabt” hvis den kommer til offentlighedens kendskab. Forretningshemmeligheder findes reguleret i TRIPS artikel 39.

Forretningshemmeligheder har sin relevans i forbindelse med tvungen licens på immaterielle rettigheder, ud fra det faktum at forretningshemmeligheder typisk anvendes som en komplementar del af et patent, med det formål at det underliggende produkt ikke kan produceres uden den nødvendige fortrolige information knyttet hertil.[[49]](#footnote-49) Da patenterede produkter typisk offentliggøres med henblik på salg eller licenseres til tredjepart, vil denne licens være uanvendelig medmindre de fornødne forretningshemmeligheder ligeledes overdrages. Dette rejser så spørgsmålet om forretningshemmeligheder er underlagt samme kriterier for pålæggelse af tvangslicens, som ved patenter og ophavsrettigheder. Dette er særlig relevant idet forretningshemmeligheder kan bære en værdi der kan sidestilles med øvrige immaterielle rettigheder.[[50]](#footnote-50)

I lighed med øvrige immaterielle rettigheder, så pålægger TRIPS artikel 39 medlemsstaterne, at yde forretningshemmeligheder en beskyttelse mod uautoriseret anvendelse eller anden urimelig kommerciel udnyttelse.[[51]](#footnote-51) Udgangspunkt i artikel 39 udtrykker at alle medlemsstater af WTO,[[52]](#footnote-52) skal yde en beskyttelse af information som er hemmelig eller ikke-tilgængelig, som holder en kommerciel værdi grundet denne hemmeligholdelse og som har været underlagt rimelige skridt af besidderen for at holde dette hemmeligt. EU har i lighed med medlemsstaterne ratificeret TRIPS. Dette fremgår udtrykkeligt af WTO-afgørelsens artikel 1,[[53]](#footnote-53) hvilket betyder at EU skal yde indehaverne af forretningshemmeligheder denne beskyttelse.

Ud fra det faktum at TRIPS i sin helhed omhandler immaterielle rettigheder er det nærliggende at forretningshemmeligheder falder under denne kategori. Yderligere så dikterer TRIPS hvordan minimumsbeskyttelsen af immaterielle rettigheder i national- og EU lovgivning skal ud. Derfor er det nærliggende at det er sådan beskyttelsen *bør* være.[[54]](#footnote-54)

På trods af denne tilsyneladende klare beskrivelse af hvordan retsstillingen bør være, er den juridiske litteratur tvetydig om hvorvidt forretningshemmeligheder skal opfattes som en immateriel rettighed eller ej. Hvor nogle forfattere anser det som en ”ufuldstændig immateriel rettighed” eller en ”subjektiv rettighed”,[[55]](#footnote-55) så anser andre forretningshemmeligheder, med en noget skråsikker tilgang, som en uomtvistelig immateriel rettighed.[[56]](#footnote-56)

I kraft af den manglende udstedelse af ”hard law” fra EU omkring forretningshemmeligheder, må kategoriseringen derfor bero på anvendelsen i retspraksis og anden ”soft law”.[[57]](#footnote-57)

#### 2.1.2 TRIPS som potentiel løsningsmodel

Hvor der ovenfor er redegjort for hvordan TRIPS danner et udgangspunkt for den eksklusive ret indeholdt i immaterielle rettigheder, så vil det her blive diskuteret om og eventuelt til hvilken grad, at konflikten mellem immaterielretten og konkurrenceretten bør løses efter TRIPS.

I TRIPS artikel 7 fastsættes hvad der skal anses for målet med netop patentrettigheder, ophavsret og forretningshemmeligheder.[[58]](#footnote-58) Artiklen udtrykker at TRIPS formål med de nævnte immaterielle rettigheder er at promovere innovation, således at dette er til gavn for både indehaverne såvel som den kreds der benytter sig af disse og at der heri skal være en balancering af rettigheder og forpligtelser.[[59]](#footnote-59) Særligt den sidste del af artiklen har relevans for spørgsmålet om muligheden for at pålægge en tvangslicens, nemlig spørgsmålet om balancering mellem rettigheder og forpligtelser. Det antages at artikel 7, som led i denne afbalancering anerkender behovet for at national immaterielretlig lovgivning iagttager konkurrenceretlige hensyn. Hermed forstås i litteraturen at en indehaver af immaterielle rettigheder med rette kan forholde sig til den eksklusivret der tilkommer efter immaterielle rettigheder, herunder retten til at nægte at give licens. Samtidig følger der implicit heri også en konkurrenceretlig forpligtelse til at hindre en uproportional anvendelse af immaterielle rettigheder. Dette skal forstås således, at balanceringen skal bestå i at begrænse en virksomhed i en dominerende stilling til at udvise en adfærd der er i uoverensstemmelse med TRIPS. For at denne adfærd kan være proportional med kravene i TRIPS, skal midlerne hertil også findes i TRIPS.[[60]](#footnote-60)

Midlet til denne afbalancering findes hjemlet i TRIPS artikel 8(2). Denne artikel giver medlemsstaterne, herunder EU, en relativ frihed til at regulere den immaterielretlige beskyttelse gennem blandt andet konkurrenceretlige midler, hvilket kan være en indskrænkning af retten til at anvende immaterielle rettigheder.[[61]](#footnote-61) I henholdsvis artikel 13 og 30 for ophavsret og patenter gives der mulighed for en konkurrenceretlig undtagelse til udgangspunktet om eksklusivret. Det er derimod kun vedrørende patenter i artikel 31, at der *konkret* fremsættes muligheden for en tvangslicens. Indholdsmæssigt kræver artikel 31(l), at for at en tvangslicens kan pålægges, skal der være tale om et patent der blokerer udnyttelsen af et andet patent, hvor det andet patent indeholder en betydelig teknologisk fordelagtighed frem for det første patent.[[62]](#footnote-62) Det er derfor klart, at TRIPS behandler spørgsmålet om præcis dette tilfælde inden for tvangslicens. Derimod er det uklart hvordan behandlingen af ophavsrettigheder og forretningshemmeligheder skal behandles. Forud for en konklusion om TRIPS anvendelighed på dette specifikke tilfælde, skal EU´s anvendelse heraf undersøges.

##### 2.1.2.1 TRIPS i EU ret

Det retlige indhold af en folkeretlig traktat, kan alt afhængig af klarheden af ordlyden i artiklerne, anses for direkte anvendelig inden for fællesskabsretten. Rådet har udtalt sig om netop denne direkte anvendelighed af TRIPS og anså *ikke* TRIPS for direkte anvendelig.[[63]](#footnote-63) Denne ikke bindende udtalelse blev testet i sagen *Portugal mod Rådet,*[[64]](#footnote-64) hvor Domstolen i præmis 48 udtalte følgende:

*”…»overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, herunder bilagene hertil ...* ***ikke [kan] påberåbes direkte*** *over for Fællesskabets og medlemsstaternes retsinstanser«.”* (Min fremhævelse)

Heri blev Rådets udtalelse om den manglende direkte virkning af TRIPS bekræftet. Dermed er det et klart udgangspunkt at TRIPS, som et lovmæssigt produkt af WTO, ikke har direkte virkning over for medlemsstater eller andre aktører. Derfor underlægges TRIPS en dualistisk anvendelse, hvilket er i kontrast til udgangspunktet om at EU anvender den monistiske tilgang til traktater.[[65]](#footnote-65)

Betydningen for en dualistisk anvendelse af TRIPS blev redegjort for i sagen *Microsoft mod Kommissionen,[[66]](#footnote-66)* hvor spørgsmålet om TRIPS behandlet indgående i præmisserne 798 – 803. Microsoft påstod, at Kommissionen ikke havde fortolket artikel 102 (82) i overensstemmelse med TRIPS artikel 13 om ophavsrettigheder. Retten i første instans udtalte i præmis 798, at TRIPS ikke har forrang over for fællesskabsretten, hvorfor den givne konflikt skulle løses efter TEUF artikel 102 (82). Dette er i tråd med en dualistisk anvendelse. Herefter udtaler Retten følgende i præmis 802:

*”Kun såfremt Fællesskabet har ønsket at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtaget forpligtelse, eller når den pågældende fællesskabsretsakt udtrykkeligt henviser til bestemte bestemmelser i WTO-aftalerne, tilkommer det Fællesskabets retsinstanser at prøve den pågældende fællesskabsretsakts lovlighed efter WTO-bestemmelserne…”*

Rigtigheden af Rettens ræsonnement skal læses i kontekst med TRIPS artikel 40(2) der giver medlemsstaterne muligheden for at anvende deres konkurrencelovgivning, og dermed de sanktionsmuligheder der findes deri, til at foretage den afbalancering hensigtet i artikel 7. Bemærkelsesværdigt er det, at artikel 40(2) er uden indholdsmæssige begrænsninger i medlemsstaternes adgang til at anvende deres konkurrencepolitik på, at balancere konkurrencemæssige misforhold forsaget af udøvelsen af immaterielle rettigheder.[[67]](#footnote-67) Retten i første instans bekræfter denne anvendelse af TRIPS i sagens præmis 1192:

*”Det skal tilføjes, at der under alle omstændigheder* ***ikke er noget i TRIPs-aftalen, som er til hinder for, at WTO-medlemmernes konkurrencemyndigheder træffer bestemmelse om afhjælpende foranstaltninger, der begrænser eller regulerer udnyttelsen af en dominerende virksomheds intellektuelle ejendomsrettigheder, når virksomheden udøver disse rettigheder på en konkurrencebegrænsende måde****. Således som Kommissionen korrekt har anført, fremgår det udtrykkeligt af TRIPs-aftalens artikel 40, stk. 2, at WTO’s medlemmer har* ***ret til at fastsætte regler om tilfælde af misbrug af sådanne rettigheder for at undgå ugunstige følger for konkurrencen****…”* (Min fremhævelse)

Det kan udledes af dette præmis, at Retten i første instans accepterer at TRIPS artikel 40(2) giver medlemsstaterne en frihed til at anvende konkurrencelovgivning ved begrænsning af udøvelsen af immaterielle rettigheder, hvilket var netop hvad der skete i Microsoft sagen.[[68]](#footnote-68) Derfor er det uheldigt at Retten i første instans ikke anlægger denne subsumption i sin anvendelse af EU retlig konkurrencelovgivning til at behandle problemstillingen s*åfremt* dette har været den metodiske tilgang Retten anvendte.[[69]](#footnote-69)

Med denne mulige tilgang, er det egentlig TRIPS der er fundamentet for Rettens afgørelse. Uanset om denne antagelse er korrekt eller ej, så vil fremgangsmåden (formentlig) være den samme om hjemlen er i TRIPS artikel 40(2) eller om resultatet skal udledes direkte af TEUF artikel 102, som præsenteret i det følgende afsnit. En teoretiker påpeger, at hvis denne antagelse er korrekt, bor situationen i TRIPS artikel 31, blive behandlet herefter.[[70]](#footnote-70)

### 2.2 En konkurrenceretlig vurdering

De kriterier der skal ses opfyldt for at danne grundlag for en retmæssig pålæggelse af en tvangslicens, skal udledes ved en konkurrenceretlig vurdering af problemfeltet. Ud fra hvad der blev konkluderet i afsnit 2.1.2 er midlet hertil gennem TEUF artikel 102 som optik.

Årsagen til at det er en konkurrenceretlig vurdering af immaterielretten, skal findes ud fra et spørgsmål om kompetence. Spørgsmålet om kompetence er essentielt, da den substantielle del af immaterielretlig lovgivning alene er reguleret i national ret og folkeretten, hvorimod konkurrenceretlig lovgivning findes reguleret direkte i EU retlig lovgivning.[[71]](#footnote-71) Det er således i TEUF at forbudsbestemmelsen mod en given adfærd med konkurrenceforvridende effekt skal findes – i dette tilfælde TEUF artikel 102.

Denne metodiske tilgang viser sig imidlertid at have skabt konflikt. Årsagen hertil skyldes at det fremgår direkte af TEUF artikel 345, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af traktaterne. Under ejendomsretlige ordninger falder også immaterielle rettigheder.[[72]](#footnote-72)[[73]](#footnote-73) Dette har den effekt, at EU er begrænset i dennes lovgivningsmæssige virke inden for immaterielle rettigheder, til alene at udstede harmoniserende lovgivning eller supplerende forordninger der ikke indskrænker de rettigheder der tilkommer efter national ret.[[74]](#footnote-74) Hertil kommer TEUF artikel 36, som yder en beskyttelse for industrielle[[75]](#footnote-75) og kommercielle ejendomsrettigheder mod bestemmelserne om forbud mod henholdsvis ind- og udførselsrestriktionerne i TEUF artikel 34 og 35. Ordlyden af artikel 36 begrænser som udgangspunkt den retlige indgriben til situationer hvor der foreligger vilkårlig forskelsbehandling eller skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne og undtager dermed immaterielle rettigheder. Dette udgangspunkt er imidlertid modificeret, da der netop vedrørende immaterielle rettigheder yderligere kan ske en retlig indgriben ved den konkurrenceretlige regel i TEUF artikel 102, med den begrundelse, at dette er med det formål at opretholde konkurrencen og dermed det frie marked.[[76]](#footnote-76)

Nogle teoretikere har i retslitteraturen skelnet mellem immaterielle rettigheder der alene udspringer af national lovgivning og immaterielle rettigheder der er et produkt af direktivregulering og deciderede forordninger hvori der er hjemmel til direkte at opnå en immateriel retlig beskyttelse der er gældende inden for hele EU.[[77]](#footnote-77) Denne skelnen syntes kunstig, da den alene illustrerer en mulig konflikt mellem sekundære retsakter udstedt af EU og TEUF. Dette skyldes, at når en virksomhed i en dominerende stilling nægter at give licens til en potentiel konkurrent, så er det konsekvent et spørgsmål om beskyttelse af ejendomsret uanset om muligheden for at få tildelt de immaterielle rettigheder tilkommer efter national lov eller gennem sekundær EU ret. Dette betyder at når en virksomhed får tildelt de immaterielle rettigheder til et gode, så bliver den eneret der tilkommer heraf at betragte som en ejendomsret. Denne rettighed er nu underlagt de regler der kan have en effekt på en ejendomsret, herunder konkurrenceretlig lovgivning. Dette betyder at de ydre grænser for anvendelsen af denne immaterielle rettighed, selvom dette kan være lovligt efter national lovgivning, er begrænset af konkurrenceretlig lovgivning i TEUF artikel 102.[[78]](#footnote-78)

### 2.3 Immaterielrettens eksistens, særlige indhold og afgørende funktion. Fra en form-baseret tilgang til en effekt-baseret tilgang

Eksisterer der således en gyldig immateriel rettighed og denne ret er eksklusiv, er det en forudsætning for at behandle en nægtelse af licens, at redegøre for med hvilken tilgang at konflikten mellem de to retsområder skal behandles. Problemstillingen er ikke reguleret direkte i EU lovgivning, hvilket gør det til et studie af den i retspraksis anvendte tilgang.[[79]](#footnote-79) Det kan dog læses direkte af TEUF artikel 102, at indgriben i erhvervsmæssigt virke på det indre marked, alene kan forekomme hvor en virksomhed i en dominerende stilling udviser en adfærd der kan kategoriseres som misbrug.[[80]](#footnote-80) Det er således begrebet misbrug, som er det centrale i den konkurrenceretlige vurdering.

Den konkurrenceretlige vurdering af hvad der anses for misbrug, kan som udgangspunkt anvende to kontraster. Der er den absolutte immaterielle dominans, hvor immaterielle rettigheder er immune over for konkurrenceretlig indvirke og dermed aldrig udgør misbrug, eller den absolutte konkurrenceretlige dominans hvor den konkurrenceretlige regel i TEUF artikel 102 ikke skal tage hensyn til den beskyttelse som immaterielle rettigheder er underlagt jf. TEUF artikel 345 og 36.[[81]](#footnote-81)

Den absolutte konkurrenceretlige dominans har ikke vundet indpas, hvorimod den absolutte immaterielle dominans har fundet sted i amerikansk ret.[[82]](#footnote-82) Inden for EU er tilgangen mere nuanceret. I det følgende vil der blive redegjort for hvorledes immaterielretten er blevet vurderet af konkurrenceretten og hvilken metodik der i retspraksis har været anvendt til at kategorisere misbrugstilfælde. Tidligere gennem tværfortolkning hvor resultatet var form-baseret, og hvorledes idealet er gennem internalisering hvor der anvendes en effekt-baseret løsning.[[83]](#footnote-83)

I sagen *Parker Davis mod Probel,[[84]](#footnote-84)* der vedrørte udøvelsen af nationale patentrettigheder,udtalte Domstolen på side 459, at en virksomheds anvendelse af immaterielle rettigheder, skal være i overensstemmelse med både reglerne om fri bevægelighed og konkurrencereglerne. TEUF artikel 36 er en lovreguleret undtagelse til TEUF artikel 34 og 35 om hindringer for den frie bevægelighed og skaber dermed et fundament for at kategorisere lovlige handlinger fra ulovlige handlinger. Der findes ikke en lignende bestemmelse der undtager immaterielle rettigheder fra det konkurrenceretlige udgangspunkt i TEUF artikel 102. Derfor har retspraksis skulle fastsætte hvornår konkurrenceretten anser anvendelsen af immaterielle rettigheder for ulovlig.[[85]](#footnote-85)

#### 2.3.1 Immaterielrettens eksistens og udøvelse anvendelse

Dette afsnit behandler den retspraksis skelnen mellem eksistens og udøvelse. Kimen hertil blev lagt i sagen *Consten/Grundig,[[86]](#footnote-86)* der vedrørte konkurrencefordrejende aftaler. Her udtalte Domstolen på dommens side 258:

*”…varemærkerettigheder til at hindre parallelimport* ***berører ikke disse rettigheders eksistens men begrænser deres udøvelse****, for så vidt dette er nødvendigt for håndhævelsen af forbudet i artikel 101 (85), stk. 1…”* (Min fremhævelse)

Denne udtalelse giver en skelnen mellem eksistens og udøvelse. Betydningen heraf er at lovgivningen inden for EU er form-bestemt til ikke kunne påvirke den blotte eksistens af immaterielle rettigheder, men alene begrænse deres udøvelse ud fra en konkurrenceretlige regulering. Trods sagen omhandlede et spørgsmål vedrørende TEUF artikel 101 (85) er det antaget, at princippet har en analog anvendelse på artikel 102.[[87]](#footnote-87)

Dette udgangspunkt er med rette blevet kritiseret i litteraturen, som værende meningsløs, da essensen af en eksklusiv ret er muligheden for at udøve denne.[[88]](#footnote-88) Dette udgangspunkt blev modificeret i den senere sag *Parker Davis mod Probel.* Her udtalte Domstolen på side 459 følgende:

*”…****udøvelsen af rettigheder i henhold til et patent****, der er tildelt i medfør af en medlemsstats lovgivning,* ***ikke i sig selv en krænkelse*** *af traktatens konkurrenceregler…”* (Min fremhævelse)

Denne udtalelse fastslår at udøvelsen af en eksklusiv ret ikke i sig selv er stridende mod TEUF artikel 102, hvilket har den betydning, at normal udøvelse af en eksklusiv ret er undtaget fra konkurrenceretlig indgriben. Der er således opstillet en skelnen mellem udøvelse der kan anses for stridende mod TEUF artikel 102 og udøvelse der ikke gør.

Adfærd der anses for stridende mod TEUF artikel 102 forudsætter at den immaterielle rettighed har en tilknytning til en form for kommerciel adfærd udvist af den pågældende virksomhed. Dette bør alene ses som udgangspunktet for at fastslå hvad der falder inden for den konkurrenceretlige bedømmelse af adfærd der strider mod TEUF artikel 102.[[89]](#footnote-89)

Immaterielle rettigheders blotte eksistens, det vil sige selve eneretten, som immun over for en konkurrenceretlig indgriben, er udviklet til et princip integreret i TEUF artikel 102 og ligger derfor implicit i den konkurrenceretlige vurdering af konflikter involverende immaterielle rettigheder.[[90]](#footnote-90) I den følgende praksis har dette område for immunitet været genstand for en yderligere behandling, hvor området for den normale udnyttelse er søgt defineret, og dermed hvilke former for adfærd der kan fritages.

#### 2.3.2 Immaterielrettens særlige indhold

Ovenstående udgangspunkt, blev behandlet i sagen *Deutsche Grammophon*.[[91]](#footnote-91) I denne sags præmis 11 bekræftede Domstolen det princip, som blev statueret i *Consten/Grundig* sagen, om immuniteten af immaterielle rettigheders blotte eksistens, hvorimod udøvelsen af sådanne rettigheder kan falde under TEUF artikel 102. Sagen omhandlede ikke specifikt immaterielle rettigheder men blev bekræftet i den senere sag *Volvo mod Veng[[92]](#footnote-92)* og antages derfor at have dannet præcedens herfor.[[93]](#footnote-93) Domstolen udtalte yderligere i præmis 11:

*”…selv om artikel 36 tillader forbud mod eller restriktioner for frie varebevægelser, som er begrundet i hensynet til beskyttelse »af industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, anerkender artiklen kun sådanne undtagelser fra den frie varebevægelighed, som er begrundet i hensynet til beskyttelse« af de rettigheder, som er* ***denne ejendoms særlige genstand****.[[94]](#footnote-94)”* (Min fremhævelse)

Denne brug af immaterielrettens særlige indhold, blev behandlet videre i sagen *Volvo mod Veng*, der i korte træk handlede om Volvos nægtelse af at levere reservedele til uafhængige automekanikere. Her bekræftede Domstolen nødvendigheden af en ejendomsrets særlige indhold, men med specifik reference til en immateriel rettighed. Domstolen udtalte følgende i præmis 8:

*” …* ***mønsterretten, udgør enerettens egentlige indhold****[[95]](#footnote-95) …* ***at give andre licens*** *til levering af produkter, der er* ***omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold****, dels, at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling.”* (Min fremhævelse)

Værdien af disse udtalelser er alene at illustrere inden for hvilket område, at immaterielle rettigheder kan have immunitet over for konkurrenceretten. Hensigten er at definere begrebet ”normal udøvelse” til at være i situationer hvor adfærden vedrører rettens særlige indhold. Samtidig kan præmisset, isoleret set, give udtryk for en accept af at der findes et område som kan holdes immun over for konkurrenceretten og derfor anerkende en form-baseret tilgang.[[96]](#footnote-96)

En immateriel rettigheds særlige indhold kan imidlertid ikke defineres og vil derfor blive underlagt en autonom fortolkning af EU Domstolen.[[97]](#footnote-97) I retspraksis har forsøget på at danne et samlet begreb for immaterielle rettigheders særlige indhold, ikke båret frugt.

Vedrørende patenter udtalte EU Domstolen i sagen *Sterling Drug,[[98]](#footnote-98)* præmis 9, at inden for patentområdet er den industrielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse og for at belønne opfinderen for hans kreative anstrengelser. I sagen *Merck mod Stephar og Exler[[99]](#footnote-99)* bemærker Domstolen i præmis 9 at den væsentlige kerne i patentretten især består i, at der tildeles opfinderen en eneret til som den første at bringe produktet i omsætning. Det antages at patentrettens særlige indhold kan anvendes analogt på forretningshemmeligheder.[[100]](#footnote-100) Vedrørende ophavsret blev det i sagen *Phil Collins[[101]](#footnote-101)* udtalt af Domstolen i præmis 20, at den særlige genstand for disse rettigheder, således som de er reguleret i de nationale lovgivninger, er at sikre beskyttelsen af ophavsmændenes moralske og økonomiske rettigheder.

Der kan ikke sluttes analogt mellem de forskellige grene af Immaterielretten og dennes særlige indhold. Dette er problematisk for denne form-baserede tilgang ud fra det faktum at det særlige indhold i må blive hvad der kan udledes af national immaterielretlig lovgivning. Dette er en usikker tilgang, da udgangspunktet i national ret er, at immaterielle rettigheder giver en eneret. Dette får den betydning, at immaterielle rettigheder får den absolutte dominans, og dermed er en vurdering efter TEUF artikel 102 uanvendelig. Der tages derfor ikke hensyn til situationer hvor det særlige indhold dækket af immaterielle rettigheder, skaber konkurrencemæssige konflikter.[[102]](#footnote-102)

Dette er illustreret i *Volvo mod Veng*, hvor Domstolen i præmis 9 udtaler følgende vedrørende dominerende selskabers handlinger, vedrørende en immateriel rettigheds særlige indhold, og hvornår disse ikke har immunitet:

*”…****handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f. eks****. hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele…”* (Min fremhævelse)

Præmisset illustrerer at der kan foreligge misbrug, selvom retten vedrører en immateriel rettigheds særlige indhold, hvis der er udvist en bestemt adfærd. Den følgende opremsning fra Domstolen er blot eksempler. Konsekvensen heraf er, at begrebet i sig selv er udvandet og beskyttelsen af immaterielle rettigheder ud fra deres særlige indhold, ikke er anvendeligt isoleret set.[[103]](#footnote-103) Begrebet er til en vis grad alene anvendeligt set i sammenhæng med en handling hvor en immateriel rettighed anvendes som et middel til at misbruge en dominerende stilling, hvor det opstiller en ramme for hvilke situationer der *kan* anses for immune.[[104]](#footnote-104) Immunitet over for eksproprierende beføjelser kan således ikke opnås alene med reference til, at udøvelsen er møntet på rettighedens særlige indhold. [[105]](#footnote-105)

#### 2.3.3 Immaterielrettens afgørende funktion

Med reference til det knappe begreb ovenfor om immaterielrettens særlige indhold i retspraksis blevet specificeret yderligere. I sagen *RTÉ mod Kommissionen,[[106]](#footnote-106)* der var en af de forudgående afgørelser for *Magill,* udtalte Retten i første instans i præmis 71:

*”…såfremt det i betragtning af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde viser sig, at betingelserne for og de nærmere regler for udøvelsen af eneretten til at reproducere det beskyttede værk i realiteten forfølger et mål, der klart er i strid med formålet med artikel 102 (86). I så fald udøves ophavsretten nemlig ikke længere i overensstemmelse med dens* ***væsentlige formål****,[[107]](#footnote-107) jf. Traktatens artikel 36, som er at sikre ophavsmanden beskyttelse af værket og at belønne hans kreative indsats under hensyntagen til de mål, som navnlig forfølges med artikel 102 (86)…”* (min fremhævning)

Samme sags præmis 73 udtaler Domstolen at handlingen som var foretaget gik ud over hvad der ansås for nødvendigt for at være i overensstemmelse med udøvelsens væsentlige formål. Handlingen blev anset som vilkårlig.

Litteraturen er delt om værdien af denne passage. [[108]](#footnote-108) Det fremgår uomtvisteligt, at brugen af en immateriel rettighed ikke må overskride dens afgørende funktion, hvilket blandt andet er, at belønne rettighedshaverens kreative indsats *og* at dette skal ske under hensyntagen til formålet med TEUF artikel 102. Retten i første instans lader derfor til, at introducere en bedømmelse der foretager en afbalanceret og dermed effekt-baseret tilgang til hvornår udøvelsen af immaterielle rettigheder ikke skal begrænses af TEUF artikel 102.[[109]](#footnote-109)

#### 2.3.4 En afbalanceret tilgang

Behandlingen af en situation hvor udøvelsen af en immateriel rettighed er i uoverensstemmelse med TEUF artikel 102, *bør* derfor ikke behandles ud fra en tilgang hvor dennes immunitet testes ud fra en form-baseret tilgang. Behandling af situationen skal ske som en afbalancering mellem immaterielretten og konkurrenceretten. Derfor vil det ikke være et spørgsmål om hvad der anses for at være den givne immaterielle rettigheds afgørende funktion eller særlige indhold, men et spørgsmål om to *komplementære* retsområder der styrer mod samme mål og hvor det således er en afvejning af effekten på ”målet” for den givne handling. Det vil derfor være et spørgsmål om hvorvidt pålæggelse af tvangslicens eller ej, på bedst mulig vis vil fremme dette fælles mål.[[110]](#footnote-110) Kommissionen har i en evalueringsrapport vedrørende teknologioverførselsaftaler[[111]](#footnote-111) udtalt følgende i artikel 29:

*”I princippet er der imidlertid* ***kun******tale om en øjensynlig kilde til konflikt****. På det højeste analyseniveau supplerer IER- og konkurrencelovgivningen hinanden, fordi* ***de begge har til formål at fremme forbrugernes velfærd****. Formålet med IER-lovgivningen er at fremme den tekniske udvikling, hvilket i sidste instans er til* ***fordel for forbrugerne****. Dette opnås ved at finde den rette balance mellem over- og underbeskyttelse af innovatorernes indsats…”* (Min fremhævelse)

Denne tilgang ses også i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler,[[112]](#footnote-112) artikel 7:

*”…Det betyder heller ikke, at der er en iboende konflikt mellem intellektuelle ejendomsrettigheder og Fællesskabets konkurrenceregler. Faktisk deler de to lovkomplekser* ***samme grundlæggende formål****, nemlig* ***at fremme forbrugernes velfærd*** *og en effektiv ressourceallokering…”* (Min fremhævelse)

Vurderingen af de to retsområder bør anskues gennem en konkurrenceretlig optik, der inkorporerer formålet med den pågældende immaterielle rettighed i den konkurrenceretlige vurdering af den opståede konflikt. Dermed bliver det en afbalancering mellem de to retsområder, men hvor udfaldet vil afhænge af hvilken løsning der har den mest positive effekt på forbrugerne.[[113]](#footnote-113)

Denne metode vil resultere i at der opstilles en række adfærdsspecifikke ”regler” bestemt af de dømmende myndigheder, hvor en adfærd, for eksempel i at hindre fremkomsten af et nyt produkt, vil blive fortolket med det formål at afgøre om handlingen falder under begrebet misbrug i artikel 102.[[114]](#footnote-114) Med den effekt-baserede tilgang bliver det således en konkret vurdering fra sag til sag om adfærden i denne situation vil falde under forbuddet i TEUF artikel 102. Dermed *bør* det statiske billede af konkurrenceforvridende adfærd, præsenteret i ovenstående afsnit, undgås.[[115]](#footnote-115)

Dette betyder at den række typeeksempler der anses for misbrug, oplistet i TEUF artikel 102 (a-d) vil blive suppleret i retspraksis vedrørende immaterielle rettigheder. Særligt for denne afhandling vil fokus være på de adfærdskriterier der skal ses opfyldt i forbindelse med at pålægge en tvangslicens. Her er det således adfærd der falder under litra b) der vil skabe standarder.

Netop hvilke typer af adfærd og følgerne heraf, der anses for at skulle være tilstede for at pålægge tvangslicens, er det der skaber størst splid i litteraturen vedrørende denne afhandlings emne. Derfor vil det være en forudsætning for at besvare problemfeltet, at der udledes en række adfærdstyper der i forbindelse med nægtelse af licens, kan karakteriseres som udgørende misbrug.

Imidlertid rejser ovenstående effekt-baserede tilgang, spørgsmålet om formålet med immaterielle rettigheder og konkurrenceretten overhovedet er komplementære. Spørgsmålet er problematisk, da det et decideret mål med immaterielle rettigheder ikke kan udledes.

#### 2.3.4.1 Konkurrencerettens mål

Konkurrenceretten i EU har sit grundlag i TEU,[[116]](#footnote-116) der i artikel 3(3) anser konkurrenceretten som et inkorporeret element i opretholdelsen af det indre marked:

*”Unionen opretter* ***et indre marked****. Det arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa baseret på en afbalanceret økonomisk vækst og prisstabilitet, en social markedsøkonomi* ***med******høj konkurrenceevne****…”* (Min fremhævelse)

Spørgsmålet om hvad konkurrencerettens formål er, findes i protokollen om det indre marked og konkurrence,[[117]](#footnote-117) der foreskriver at målet er, at sikre et system hvor konkurrencen ikke forvrides. Af TEU artikel 51 fremgår det, at protokoller til Lissabontraktaten skal udgøre en udtrykkelig del af Traktaten. Retskildeværdien af den nævnte protokol skal derfor sidestilles med TEU.

Derfor kan EU med hjemmel i TEUF artikel 352(1) foretage de nødvendige juridiske reguleringer inden for konkurrenceretten, da de har eneret hertil jf. TEUF artikel 3(1)(b).[[118]](#footnote-118)

Konkurrenceforvridningen er i en hvidbog fra Kommissionen[[119]](#footnote-119) blevet koncentreret til, at fokusere på at sikre en effektiv konkurrence ved at hindre grænseoverskridende karteller og opretholde markedets struktur. Dette blev i sagen *Continental Can,* præmis 12, beskrevet som adfærd der kan have en negativ effekt på forbrugervelfærd samt adfærd der kan påvirke forbrugerne negativt gennem påvirkning af markedsstrukturen. I sagen *GlaxoSmithKline,[[120]](#footnote-120)* der handlede om tilsidesættelse af en aftale vedrørende salg af lægemidler, som stridende mod TEUF artikel 101, udtalte Domstolen følgende i præmis 63:

*”…Domstolen har fastslået, at artikel 101 (81) EF i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun* ***har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser****, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan…”* (Min fremhævelse)

I den senere sag *Österreichische Postsparkasse[[121]](#footnote-121)* konkluderede Retten på denne tilgang og udtalte følgende i præmis 115:

*”…de regler, som skal sikre, at konkurrencen ikke fordrejes på det indre marked, har som* ***endeligt formål at styrke forbrugerens velbefindende****…”* (Min fremhævelse)

Derfor er billedet således, at det primære formål med konkurrencelovgivningen inden for EU er at fremme effektivitet konkurrence og forbrugervelfærd.[[122]](#footnote-122)

Adfærd der kan påvirke forbrugerne er beskrevet som negativ påvirkning af priser, udbud og kvalitet.[[123]](#footnote-123) Dette ses integreret i netop TEUF artikel 102(b) der direkte nævner at adfærd ikke må være til skade for forbrugerne.

#### 2.3.4.2 Immaterielretlige mål

Den af Kommissionen fremsatte formodning om at immaterielretten og konkurrenceretten er komplementære, kan virke forkert. Årsagen hertil er, at det som udgangspunkt ikke er muligt at fremstille et samlet mål for immaterielle rettigheder. Dette skyldes, at immaterielle rettigheder er reguleret på henholdsvis national plan, folkeretligt plan og gennem sekundær EU regulering hvorfor der ikke kan opstilles et samlet billede. Hertil kommer at diversiteten i immaterielretlig lovgivningen på national plan vil gøre det umuligt at fremstille et fælles mål. Dette sås eksemplificeret i afsnit 2.3.2 vedrørende immaterielle rettigheders særlige indhold.

Det må derfor anses for en simplificering af Kommissionen at anse immaterielle rettigheder og konkurrenceretten for at gå mod samme mål. Retslitteraturen hævder at denne tilgang kan anses for en tilgang hvor det *antagede* immaterielretlige mål internaliseres i konkurrenceretten og dermed blot er udtryk for en konkurrenceretlig vurdering af konflikten mellem retsområderne. Dermed bliver de konkurrenceretlige mål påtvunget immaterielretten, således at der syntes at være et fælles mål.[[124]](#footnote-124)

En alternativ, og måske mere korrekt metode, flytter fokus for selve målet med immaterielretten, for at se på retsområderne inden for deres virke på det indre marked. Retsområderne vil ses som komplementære ud fra den forudsætning, at immaterielretten suppleres af konkurrenceretten, når en afbalancering ikke kan opnås ud fra en immaterielretlig vurdering alene. Den immaterielretlige eksklusivret skal således alene gælde over for tredjemand i det omfang eksklusivretten medfører samfundsmæssige fordele. Er dette ikke tilfældet, vil konkurrenceretten regulere forholdet.[[125]](#footnote-125) Håndhævelsen af konkurrencereglerne skal således være proportionale med de friheder og restriktioner der kan udledes af immaterielle rettigheder.[[126]](#footnote-126)

Resultatet af denne uklare tilgang til i hvilken ramme en konflikt mellem immaterielretten og konkurrenceretten skal vurderes, skaber en dertil svarende usikkerhed når den konkrete metode, essential facility jf. kapitel 4, skal anvendes. Dette er en af de faktorer, som bidrager til den usikkerhed der omgærder spørgsmålet fremstillet i problemfeltet.

### 2.4 Sammenfatning

I dette kapitel er der redegjort for hvordan immaterielle rettigheder kan udgøre en barriere for den frie konkurrence ved at opstille en juridisk og økonomisk barriere for konkurrerende virksomheder. Denne barriere opstår som følge af den eksklusivret der kommer af for eksempel patenter og ophavsret. Dermed hindres potentielle konkurrenter i at anvende det beskyttede gode.

Hjemlen til anvendelse af TEUF artikel 102 som løsningsmodel, kan muligvis være ud fra TRIPS, men under alle omstændigheder, så er det ud fra den EU konkurrenceretlige lovgivning, at problemfeltet skal behandles.

Det illustreres også hvordan der er sket en udvikling i behandlingen af immaterielle rettigheder ved de dømmende myndigheder. Den form-baserede tilgang *bør* være forladt og den effekt-baserede tilgang imødekommet. Dette betyder, at en vurdering af situationer der falder under problemfeltet skal vurderes ud fra en afvejning af om virksomheden i den dominerende stillings adfærd har en overvejende negativ effekt på konkurrencen og i sidste ende forbrugerne.

## 3. Essential facility doktrinen[[127]](#footnote-127)

Hvor det ovenfor er fastslået, at konflikten mellem retsområderne skal behandles efter en effekt-baseret tilgang, så skal dette kapitel illustrere, efter hvilken doktrin der kan pålægges en tvangslicens.

En tvangslicens kategoriseres som en nægtelse af levering, hvilket betyder, at essential facility doktrinen med rette kan behandles i lyset af kilder, der behandler leveringsnægtelse og ikke nødvendigvis tvangslicens som et specifikt emne.[[128]](#footnote-128) Denne kategorisering ses i Kommissionens meddelelse[[129]](#footnote-129) om vejledning om kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 102 (82) på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd i artikel 78, hvor følgende fremgår:

”*Begrebet leveringsnægtelse omfatter en lang række forskellige former for praksis såsom…meddelelse på licens på intellektuelle ejendomsrettigheder…”*

Essential Facility doktrinen er en konkurrenceretlig doktrin, der er udviklet i amerikansk ret og har siden fundet sit indpas inden for EU konkurrenceret.[[130]](#footnote-130) Essential facility doktrinen er en metode, der anvendes, såfremt en konkurrerende virksomhed søger at få adgang til en essentiel ressource, kilde eller indretning, herunder for eksempel ved licens til immaterielle rettigheder. Denne adgang skal være væsentlig for den konkurrerende virksomheds mulighed for at levere en service eller et produkt til forbrugerne.[[131]](#footnote-131) Indehavende virksomhed og den konkurrerende virksomhed vil typisk være aktive inden for samme markedsområde eller nært beslægtede, hvilket resulterer i modsatrettede interesser, da indehaveren ikke ønsker at underminere sin egen eksklusivret samt dominerende stilling.[[132]](#footnote-132) Nægter indehaveren af den immaterielle rettighed at give licens herpå, vil den konkurrenceretlige vurdering af denne konflikt skulle imødekomme de fire kumulative kriterier, der er indeholdt i essential facility doktrinen, for at der kan pålægges en tvangslicens jf. ret nedenfor.

Essential facility testen er i retslitteraturen både underlagt markant kritik,[[133]](#footnote-133) men er også offer for en ikke ubegrundet tvivl om dens blotte eksistens. Dette er underbygget af, at essential facility doktrinen aldrig har været nævnt direkte ved EU Domstolen eller Retten i første instans´ behandling af pålæggelse af tvangslicens. Derimod er samme diskurs, som anvendt ved Kommissionens behandling af sager vedrørende nægtelse af levering, anvendt ved EU Domstolen og Retten i første instans. Retslitteraturen har på denne baggrund refereret til tavsheden om den direkte anvendelse af begrebet essential facility som ”begrebet hvis tilnavn der ikke tør udtales”.[[134]](#footnote-134)

Det er derfor også med udgangspunkt i Kommissionens praksis forud for de i kapitel 4 behandlede domme, at der skal redegøres for indholdet af essential facility doktrinen. I sagen *Sealink/B&I Holyhead [[135]](#footnote-135)* behandlede Kommissionen et spørgsmål om adgangen til et færgeleje for andre konkurrenter på markedet for transport til søs. Det essentielle i denne afgørelse er, at i præmisserne 41 og 42 danner Kommissionen fundamentet for essential facility doktrinen og fastslår at en indehaver af en facilitet, der anses for essentiel for potentielle konkurrenters adgang til et givent marked, kan blive pålagt at give adgang hertil.

Kommissionens udtalelse i disse præmisser danner grundlag for, hvad kernen i europæisk anvendelse af essential facility doktrinen indeholder – adgangen til en essentiel facilitet. I netop disse præmisser giver Kommissionen, en reference til hvor fra den udleder dele af rationalet i essential facility doktrinen. Her henvises til sagerne *Commercial Solvents[[136]](#footnote-136)* og *Télémarketing.[[137]](#footnote-137)*

Sagen *Commercial Solvents* handlede om en nægtelse af fortsat at levere medicinal produkter til kræftbehandling. Her udtalte Domstolen i præmis 25, at en virksomhed i en dominerende stilling ikke uden berettigelse kan stoppe levering til en eksisterende kunde på et afledt marked, for hermed selv at overtage det givne marked. I den senere sag *télémarketing* udtaler Domstolen i præmis 26, med reference til forbuddet mod at ekskludere eksisterende kunder i *Commercial Solvents,* at den anvendte fremgangsmåde skal finde anvendelse på et afledt marked, ligeledes når det drejer sig om nye kunder/konkurrenter. Begge disse sager handlede om en parts nægtelse af at levere, hvilket resulterede i en konkurrenceforvridende effekt på et afledt marked. Det er derfor fast antaget, at essential facility doktrinen finder anvendelse ved nægtelse af levering, herunder også nægtelse af licens*.*[[138]](#footnote-138)

I sagen *Sea Containers Ltd/Stena[[139]](#footnote-139),* der handlede om nægtelse af brug af et færgeleje, gav Kommissionen i præmis 66 en anvendelig præcisering af indholdet af essential facility doktrinen:

*”En virksomhed, som har en* ***dominerende stilling*** *paa markedet for en vaesentlig facilitet[[140]](#footnote-140) og selv benytter denne facilitet (en facilitet eller infrastruktur,* ***som konkurrenterne noedvendigvis maa have adgang til*** *for at kunne praesetere ydelser for deres kunder), og som* ***uden objektiv grund*** *naegter andre virksomheder adgang til denne facilitet eller kun giver dem adgang hertil paa vilkaar, der er mindre fordelagtige end dem, der anvendes for dens egne ydelser, overtraeder derved artikel 86, forudsat at* ***de oevrige kriterier*** *i denne artikel er opfyldt. En virksomhed med en dominerende stilling maa ikke udoeve diskrimination til fordel for dens* ***egne aktiviteter paa et beslaegtet marked****…”* (Min fremhævelse)

I præmis 67 anlægger kommissionen en fortolkning af essential facility doktrinen, hvor principperne i fra *Commercial Solvents* og *Télémarketing* inkorporeres:

*”Dette gaelder ogsaa, naar den virksomhed, der soeger at faa adgang til den noedvendige infrastruktur, er en* ***ny konkurrent*** *paa det relevante marked…”* (Min fremhævelse)

Det ses derfor at essential facility doktrinen dækker eksisterende såvel som nye konkurrenter. Særligt relevant er de af Kommissionen opstillede kriterier, om at virksomheden skal besidde en dominerende stilling på det relevante marked, hvor adgangen er nødvendig, og at der ikke foreligger objektiv grund for nægtelsen og opfyldelse af de andre kriterier i TEUF artikel 102.

I sagen *Port of Rødby mod Danmark,[[141]](#footnote-141)* der handlede om nægtelse af adgang for en konkurrerende virksomhed til at gøre brug af Rødby havn, udtalte Kommissionen i præmis 12 følgende:

*”****Ifoelge EF-Domstolens retspraksis*** *foreligger der misbrug af dominerende stilling efter artikel 86, naar en virksomhed, der har en dominerende stilling paa et bestemt marked - uden at det er objektivt noedvendigt - forbeholder sig selv forberedende arbejdsopgaver, som kan udfoeres af en anden virksomhed paa et beslaegtet, men selvstaendigt marked, med fare for,* ***at enhver konkurrence*** *fra denne virksomheds side* ***bliver udelukket****…”*

*En virksomhed der ejer eller driver og selv benytter* ***en vaesentlig facilitet*** *- dvs. en facilitet eller en infrastruktur,* ***uden hvilken dens konkurrenter ikke kan tilbyde deres ydelser til kunderne*** *-* ***misbruger sin dominerende stilling,*** *hvis den naegter konkurrenterne adgang til at benytte denne facilitet.”* (min fremhævelse)

I denne sag, såvel som i *Sea Containers Ltd/Stena*, refererer Kommissionen, i sin anvendelse af essential facility doktrinen, til tidligere afgørelser fra EU Domstolen. Beslutningen uddyber, at der er kriterier for hvilken grad konkurrencen skal påvirkes og at faciliteten skal være efterspurgt af forbrugere. Hvis kriterierne for de to refererede afgørelser ses opfyldt, vil der foreligge misbrug.

At essential facility doktrinen er anerkendt i Kommissionens retspraksis, giver imidlertid ikke et entydigt billede af, hvad doktrinens fastlagte indhold er og der rejser sig mange spørgsmål vedrørende betydning og rækkevidde af de anvendte kriterier. På baggrund af ovenstående retspraksis kan der imidlertid udledes fire kumulative kriterier, der skal opfyldes, for at der kan pålægges en pligt til levering, herunder også en tvangslicens.[[142]](#footnote-142) Kriterierne er blot et udgangspunkt for en nærmere behandling i følgende afsnit.

1. Det første kriterium forudsætter at den virksomhed, der nægter at levere, indtager en dominerende stilling på det respektive marked. Vurderingen af dette første kriterium sker ud fra en retsdogmatisk vurdering af om virksomheden er dominerende i henhold til TEUF artikel 102.[[143]](#footnote-143)
2. Det andet kriterium bygger på, at det produkt eller den service, der ønskes licens til de immaterielle rettigheder på, er essentiel på et afledt marked, hvor virksomheden ikke selv fungerer.[[144]](#footnote-144)
3. Det tredje kriterium forudsætter, at den udviste adfærd kan karakteriseres som misbrug efter TEUF artikel 102 og derfor påvirker det frie marked.
4. Det fjerde kriterium forudsætter at den konkurrencefordrejende handling ikke kan retfærdiggøres objektivt.[[145]](#footnote-145) Dette er en test, der har lighed med de objektive fritagelsesgrunde, der findes i TEUF artikel 101(3)

Disse 4 kriterier danner et udgangspunkt for, hvilken analytisk tilgang en dømmende myndighed bør tage, når en sag om nægtelse af licens behandles. Udgangspunktet vil ikke blive taget i den ovenstående praksis fra Kommissionen, men derimod vil praksis fra henholdsvis EU Domstolen og Retten i første instans eller andre retskilder blive anvendt til at belyse, hvad det enkelte kriterium indeholder.

Der ses derfor bort fra, at der ikke specifikt refereres til essential facility doktrinen i de behandlede retskilder. Heraf følger også at forfatteren til denne afhandling, ikke vil diskutere eksistensen af essential facility doktrinen, ud fra den antagelse at kritikken heraf i juridisk litteratur må anses for af ren teoretisk karakter. En diskussion heraf vil nærmere være begrebsjurisprudence end en undersøgelse af kriterier for pålæggelse af tvangslicens. Dette er under den antagede forudsætning at diskursen ved Kommissionen, Retten i første instans og EU Domstolen er den samme. Kapitel 4 vil underbygge denne påstand.

### 3.1 Kriterium 1: En virksomhed med en dominerende stilling på det pågældende marked.

Kriteriet om at der foreligger en virksomhed, som har en dominerende stilling på det pågældende marked, skal defineres ud fra den kontekst i TEUF artikel 102, hvori begrebet findes. TEUF artikel 102 har følgende ordlyd:

*”En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked[[146]](#footnote-146) og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.”*

TEUF artikel 102, og begreberne heri, skal læses og fortolkes i sammenhæng med den konkurrenceretlige målsætning. Mere specifikt er artiklens rent konkurrenceretlige hensigt at modvirke konkurrencefordrejning ved at opstille en ramme for regulering af selskaber i en dominerende stilling, der ved misbrug heraf negativt påvirker konkurrencen, og er dermed beskyttende for det fri marked.[[147]](#footnote-147)

Artikel 102 er henset til at regulere virksomheder, der sidder i en dominerende markedsposition, der kan klassificeres som et monopol eller dertil nærmene. Imidlertid opstiller artiklen ikke en definition af, hvornår en dominerende stilling foreligger. At en virksomhed besidder en dominerende stilling, skal derfor forstås i kontekst med de øvrige begreber i TEUF artikel 102, før det afgøres, om der foreligger overtrædelse.[[148]](#footnote-148) Denne forståelse skal findes i retspraksis.[[149]](#footnote-149)

Ved en analytisk vurdering af hvorvidt en virksomhed besidder en dominerende stilling, er det en forudsætning, at det fastslås, på hvilket relevant marked virksomheden har sit virke. Dernæst skal virksomhedens markedsstyrke på det relevante marked fastlås. Slutteligt skal det undersøges, om virksomheden indtager denne stilling i en tidsperiode, der medfører, at virksomheden kan misbruge denne stilling med en negativ effekt på konkurrencen og specielt forbrugerne. Det bør for klarhedens skyld pointeres, at det ikke er modstridende med TEUF artikel 102 at besidde en dominerende stilling. Artiklen er en forbudsbestemmelse jf. Rådets forordning af 2002-12-16 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 101 (81) og 102 (82), artikel 1, stk. 3. Derfor forudsættes det, at der foreligger et misbrug af den dominerende stilling, før der med rette kan anvendes sanktioner over for den pågældende virksomhed.[[150]](#footnote-150)

Derfor, i forholdet mellem konkurrenceretten og immaterialretten, skal det pointeres at besiddelse immaterielle rettigheder, der giver et monopol eller dertil nærmende, ikke i sig selv anses for at stride mod artikel 102.

#### 3.1.1 Dominerende stilling

Som et hovedpunkt i TEUF artikel 102 er det en forudsætning, for at en situation kan falde herunder, at der er tale om en virksomhed i en dominerende stilling. Herunder falder alle virksomheder, der udøver økonomisk aktivitet ved udbydelse af tjenesteydelser eller salg af varer.[[151]](#footnote-151) Begrebet ”en dominerende stilling” er ikke en reference til situationer, hvor en virksomhed blot besidder et monopol, men er en bedømmelse af virksomhedens markedsstyrke, og dermed evnen til en egenhændig konkurrencemæssig påvirkning af det frie marked, hvilket i sidste instans giver udslag i en effekt på forbrugerne.[[152]](#footnote-152)

En decideret definition af hvad der anses for en virksomhed i en dominerende stilling, blev fremsat af EU Domstolen i sagen *United Brands mod Kommissionen,[[153]](#footnote-153)* hvor der i præmis 65 blev udtalt følgende:

*”begrebet dominerende stilling i denne artikel angår den situation, at en virksomhed indtager en så stærk* ***økonomisk stilling****, at den har mulighed for at* ***hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence*** *på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden* ***vide muligheder for uafhængig adfærd*** *i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne;”* (Min fremhævelse)

Den fremsatte definition blev gengivet i den senere sag *Hoffmann-La Roche[[154]](#footnote-154)* præmis 38 og i sagen *France Télécom[[155]](#footnote-155)* udtalte Retten i første instans i præmis 99, at det anses for at være fast retspraksis, at den ovenstående definition anvendes.

Domstolens anvendelse af termen ”vide muligheder for uafhængig adfærd” i forhold til forbrugerne, som et vilkår for at der foreligger en dominerende stilling, kan med rette anses for uklar.[[156]](#footnote-156) Det antages, at hensigten med dette sidste led i præmis 65 er, at en virksomhed i en dominerende stilling med fortsat profit kan øge prisen på produkter i en højere grad end en virksomhed, der ikke besidder en dominerende stilling. Det forudsættes derfor, at der er en uafhængig indflydelse på prisniveauet for det givne produkt.[[157]](#footnote-157) Samtidig indikeres det også, at et en fuldstændig markedsdominans ikke er en forudsætning for, at kunne anses for en virksomhed i en dominerende stilling.[[158]](#footnote-158)

I Kommissionens meddelelse[[159]](#footnote-159) er der, med direkte reference til de ovenfor nævnte sager, indført en definition af en virksomhed i en dominerende stilling. Det fremgår af artikel 10, at markedsstyrken er en økonomisk magtposition, der hindrer opretholdelsen af effektiv konkurrence på det relevante marked ud fra en uafhængig adfærd over for konkurrenter og forbrugere. I forhold til definitionen i retspraksis fremgår det klart i artikel 10, at uafhængig adfærd er et spørgsmål om konkurrencepres. Kommissionens meddelelse giver i artikel 11 en forklaring på, hvorledes vurderingen af det konkurrencemæssige pres skal forstås. Det er således en vurdering af den pågældende virksomheds evne til at regulere prisen på et produkt opad, hvor dette resulterer i en fortsat fortjeneste. Som udgangspunkt er der derfor konsensus mellem retspraksis og Kommissionens meddelelse, men hvor retspraksis har fokus på magtpositionen over for konkurrenter, er det antaget at Kommissionen integrerer en effekt-baseret tilgang, der ser på de økonomiske konsekvenser for forbrugerne, som det afgørende for en dominerende stilling.[[160]](#footnote-160) I kraft af retskildens værdi må der imidlertid tages udgangspunkt i den af retspraksis fastsatte tilgang.

Ovenstående redskaber udgør det fundament, der skal anvendes for at fastslå, om en virksomhed er dominerende. De kan imidlertid ikke stå alene. Derfor skal andre faktorer supplere ovenstående, for at en dominerende stilling kan fastslås. I sagen *Continental Can,[[161]](#footnote-161)* der handlede om en virksomheds misbrug af sin dominerende stilling ved opkøb af markedsandele, udtalte Domstolen i præmis 21, at en dominerende stilling er et abstrakt mål og skal defineres ud fra en fastlæggelse af det relevante marked, hvorpå virksomheden fungerer.

Derfor skal der foretages en toleddet undersøgelse af det marked, hvorpå virksomheden har sit virke, for at fastslå om der foreligger en dominerende stilling. Dette er en afgræsning af det relevante marked, hvorefter markedsstyrken fastslås.[[162]](#footnote-162)

##### 3.1.1.1 Det relevante marked

At definere det relevante marked er ikke i sig selv en test for, om der foreligger en overtrædelse af TEUF artikel 102, men et delelement der består i økonomiske overvejelser vedrørende markedets omfang, som en nødvendighed for anvendelsen af den konkurrenceretlige subsumption.[[163]](#footnote-163)

Vilkåret for at en tilstrækkelig del af det relevante marked er berørt findes i TEUF artikel 102, hvor ordlyden ”*…en væsentlig del…”*  angiver, i hvilket omfang den dominerende stilling skal påvirke det indre marked. Når der anvendes termen ”en væsentlig del” er det imidlertid ikke med reference til det indre marked, som omfattende hele Unionen.

Som en vejledning til at afgrænse det relevante marked har Kommissionen udstedt en meddelelse, der behandler netop det relevante marked.[[164]](#footnote-164) Med det i artikel 2 fastsatte formål at regulere konkurrencen mellem virksomhederne, er det hensigten at kunne foretage en indkredsning af de konkurrencebegrænsninger, som virksomheder udsættes for, således at det ikke skal ske ud fra hele det indre marked. Ved at afgrænse inden for hvilke rammer anvendelsen af TEUF artikel 102 finder anvendelse, er det muligt at identificere mulige konkurrenter og dermed afgøre om der foreligger et tilstrækkeligt konkurrencemæssigt pres på den påståede dominerende virksomhed.[[165]](#footnote-165)

I meddelelsens artikel 1 listes to vilkår som en forudsætning for at undersøge det konkurrencemæssige pres. Det drejer sig om henholdsvis en produktmæssig og geografisk afgrænsning af det relevante marked.[[166]](#footnote-166)

Det relevante produktmarked er behandlet i meddelelsens artikel 7. Dette sker ud fra en vurdering af produktets substituerbarhed i forhold til andre produkter. Ved en virksomheds nægtelse af at give licens skal det undersøges om det produkt, der er beskyttet af den immaterielle rettighed, der ønskes adgang til, kan opnås ved at få licens på et andet lignende produkt. Det bliver derfor et spørgsmål om funktionalitet, forstået således at hvis samme produkt kan lanceres ved at få licens til brug af andre produkter, uden at dette påvirker muligheden for at fungere inden for samme relevante marked, er produktet substituerbart. Derfor bliver vurderingen, om dette mål vil kunne opfyldes ved en alternativ licens.[[167]](#footnote-167)[[168]](#footnote-168)

Spørgsmålet blev til dels behandlet i sagen *United Brand*. Sagen omhandlede ikke nægtelse af licens på immaterielle rettigheder, men derimod påtvingelse af urimelige købspriser på bananer. Afgørelsen illustrerer imidlertid princippet om substituerbarhed. EU Domstolen udtalte i præmis 12 følgende:

*”…bør det først undersøges, om bananer, som hævdet af sagsøger,* ***indgår som en del af markedet*** *for friske frugter, fordi* ***forbrugeren i et vist omfang kan erstatte dem*** *med andre sorter af friske frugter… eller om det relevante marked udelukkende er bananmarkedet… der er* ***tilstrækkeligt homogent og adskilt*** *fra markedet for andre friske frugter.”* (Min fremhævelse)

Det fremgår her, at det skal afgøres, om et givent produkt har sit eget niche-marked eller om det er en del af et mere omfattende produktmarked. I præmis 20 giver EU Domstolen et redskab til at foretage denne vurdering med ordene:

*”…særlige egenskaber spiller ifølge Kommissionen ind ved forbrugerens valg, og de medfører, at forbrugeren hverken fuldstændigt eller i væsentligt omfang søger at erstatte bananen med andre frugter.”*

Der skal således være særlige egenskaber eller kendetegn ved det givne produkt, før det ikke kan anses for substituerbart med andre lignende produkter på markedet. Denne fortolkning blev anvendt i sagen *Nederlandsche Banden-Industrie,[[169]](#footnote-169)*der handlede om en virksomheds misbrug af en dominerende stilling vedrørende konkurrenceforvridende prissætning på bildæk. I sagens præmis 48 udvides fortolkningen fra *United Brands* til ikke at forudsætte fuldstændig substituerbarhed med ordene:

*”…selv om fuldstændig substituerbarhed i en bestemt relation ikke er en nødvendig forudsætning for at antage, at to varer konkurrerer med hinanden…”*

Et produkt kan ofte bestå af flere inkorporerede komponenter, hvor producenten har flere separate immaterielle rettigheder fordelt på disse komponenter, der tilsammen udgør et produkt.

Om flere immaterielle rettigheder, der tilsammen skaber et komplementart produkt, skal ses som udgørende et eller flere markeder, blev fastslået i sagen *Hilti AG mod Kommissionen.[[170]](#footnote-170)* Det drejede sig om, hvad der udgjorde det relevante marked, hvor indehaveren af rettighederne til en sømpistol og dertilhørende søm samt beholder, blev solgt som en samlet pakke. EU Domstolen vurderede, at der var et relevant marked for hver enkelt af de tre elementer. Dette er en meget snæver vurdering for, hvad der kan karakteriseres som et relevant marked, hvilket resulterer i en øget mulighed for at være i en dominerende position.[[171]](#footnote-171)

Den geografiske vurdering i bestemmelsen af det relevante marked findes i punkt 8 i samme meddelelse fra Kommissionen. Vurderingen af den geografiske udstrækning af det relevante marked, hvori virksomheden kan anses for at være i en dominerende stilling efter TEUF artikel 102, skal ske ud fra, hvor der forefindes udbud og efterspørgsel på tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår.[[172]](#footnote-172) Udstrækningen heraf fremgår som sagt af TEUF artikel 102, hvor der klart fremgår, at det skal påvirke en væsentlig del af det indre marked. Rækkevidden heraf beror på sagens konkrete omstændigheder og forbrugernes mulighed for substitution af et givent produkt. En afgrænsning kan således være på europæisk plan eller det kan være på regional plan, som i sagen *United Brands*, hvor det relevante geografiske marked afgrænsedes til et begrænset antal medlemsstater jf. præmis 52. Et geografisk marked der begrænsede sig til en enkelt stat, sås i sagen *Tierce Ladbrokes*,[[173]](#footnote-173) præmis 107. Denne afgrænsning kan være bestemt af faktorer som infrastruktur og forbruger præferencer.[[174]](#footnote-174)

##### 3.1.1.2 Markedsstyrke

Spørgsmålet om markedsstyrke, og hvilke aspekter der er afgørende herfor, findes i Kommissionens meddelelse,[[175]](#footnote-175) artikel 12, hvor der oplistes tre parametre for vurderingen af virksomhedens markedsstyrke. Af disse tre er de to relevante for vurderingen af en virksomheds markedsstyrke ved nægtelse af at give licens.[[176]](#footnote-176) Der tages udgangspunkt i hvor stor en markedsandel virksomheden besidder. Det andet punkt skal forstås i forlængelse heraf. Det bygger på virksomhedens mulighed for at begrænse konkurrencen ud fra sin besiddelse af immaterielle rettigheder. Herunder forstås muligheden for at udvide markedet for produktet, således at et afledt marked reserveres eller udnyttes på bekostning af forbrugerne samt en virksomheds mulighed for at hindre potentielle konkurrenter i at få adgang til markedet.[[177]](#footnote-177)

Det første kriterium er i retspraksis blevet vurderet ved at måle virksomhedens markedsandel i procent. Hvor en virksomhed sidder på 100 % af et afgrænset marked og det omhandlede produkt er beskyttet af immaterielle rettigheder, således at andre potentielle konkurrenter på markedet er udelukket fra at deltage, medmindre der opnås licens, vil det være indlysende, at der er tale om en dominerende stilling.[[178]](#footnote-178) Er markedsandelen derunder, vil det være en konkret vurdering fra sag til sag, hvor de øvrige konkurrenters markedsandele inden for samme marked skal medregnes i vurderingen.[[179]](#footnote-179)

Retspraksis fra EU Domstolen har lagt fokus på markedsandelen som indikator for markedsstyrke. Dette er problematisk, da markedsandelen giver et statisk billede af den aktuelle situation og ikke tager den dynamiske veksling i konkurrenceforholdet mellem virksomheder, som er et faktum i den moderne økonomi, med i en vurdering. Derfor bør der også lægges særlig vægt på, at en virksomheds markedsandel ikke er den endegyldige faktor ved vurderingen af, om der foreligger en dominerende stilling. I kommissionens meddelelse, som nævnt ovenfor, fremgår det af artikel 13, at markedsandelen alene er et fingerpeg for markedsstyrken og andre forhold på det relevante marked ligeledes skal inddrages.[[180]](#footnote-180)

I retspraksis er der i sagen *Hoffmann-LaRoche,*der handlede om en virksomheds dominerende stilling, ud fra en definition af det relevante marked fordelt på forskellige grupper af vitaminpiller, udledt følgende af præmis 40:

*”En betydelig* ***markedsandel er, som bevis for, at der foreligger en dominerende stilling, ikke en uforanderlig faktor, og markedsandelens*** *betydning varierer fra marked til marked alt efter dettes struktur, særlig med hensyn til produktion, udbud og efterspørgsel;”* (Min fremhævelse)

Retspraksis har derfor skabt fundamentet for, at markedsandelen alene er et fingerpeg om markedsdominans. Hvad der anses for tilstrækkeligt, er derfor en konkret vurdering fra sag til sag, hvor de konkrete omstændigheder vil være afgørende. I sagerne *Hilti AG[[181]](#footnote-181)* og *Tetra Pak II[[182]](#footnote-182)* forelå der markedsandele på henholdsvis 80 og 90%. I begge sager udtalte EU Domstolen, at virksomhedens markedsandel i sig selv udgjorde en dominerende stilling.[[183]](#footnote-183) I begge sager blev der alligevel nævnt, at der forelå yderligere omstændigheder, der havde en effekt. I Kommissionens meddelelse foreskriver artikel 15, at jo større markedsandelen er og jo længere virksomheden har denne andel, desto mere sandsynligt er det, at den er et tegn på en dominerende stilling. Dette, sammenholdt med samme artikels sidste led, der foreskriver, at Kommissionen ikke vil drage konklusioner på spørgsmålet om dominans, uden at have undersøgt alle de faktorer, der kan begrænse virksomhedens adfærd, betyder imidlertid, at markedsandelen alene ikke er tilstrækkelig. Disse andre faktorer er en vurdering af det konkurrencepres, der ses fra andre virksomheder på markedet, antallet af konkurrerende virksomheder samt markedets karakter, idet et dynamisk marked vil have tendens til at have en varierende fordeling af markedsandele.[[184]](#footnote-184) I sagen *AKZO Chemie BV* udtalte Domstolen i præmis 60, at der er en formodning for en dominerende stilling såfremt markedsandelen er 50% eller derover. Er markedsandelen herunder vil andre faktorer spille en større rolle i vurderingen, hvilket betyder, at der er et proportionalt forhold i denne vurdering.[[185]](#footnote-185)

Det andet aspekt i vurderingen af markedsstyrken er aktuelt, såfremt den givne virksomhed besidder en tilstrækkelig markedsandel til at have en potentielt dominerende stilling. Netop her har immaterielle rettigheder en effekt på markedsstyrken jf. afsnit 2.1. Besiddelsen af en immateriel rettighed giver ikke i sig selv en dominerende stilling jf. *Parke Davis mod Probel*, men den juridiske barriere, som disse kan udgøre, kan give indehaveren en mulighed for en konkurrenceforvridende adfærd.[[186]](#footnote-186) Dette ses udtalt direkte i sagen *Intel,[[187]](#footnote-187)* hvor Kommissionen i præmis 858 udtaler, at den mangfoldige praksis illustrerer de væsentlige adgangsbarrierer, der kan opstå som følge af en immateriel rettighed for en ny potentiel konkurrent, der søger adgang til markedet. En immateriel rettighed kan således sikre, at en virksomhed kan holde priserne på et givent produkt, da dette sikrer en beskyttelse mod billigere imitationer af produktet.[[188]](#footnote-188)

#### 3.1.1.3 Tidsmæssig begrænsning

Kommissionens meddelelse, som nævnt ovenfor, artikel 10, indeholder følgende sætning:

”*…Dominans indebærer, at det konkurrencemæssige pres ikke er tilstrækkeligt effektivt, og at den pågældende virksomhed derfor har en betydelig markedsstyrke* ***i en given periode****…”* (min fremhævelse)

Hensigten med dette er at tage forbehold for, at konkurrence- og markedsforhold kan ændre sig over en tidsmæssig periode, hvilket influerer på afgrænsningen af henholdsvis det relevante marked og markedsstyrken for den givne virksomhed.[[189]](#footnote-189) Bliver en virksomhed pålagt en tvangslicens, på trods af at der alene er tale om en midlertidig dominans på markedet, ville dette kunne underminere incitamentet for at innovere og dermed egenhændigt søge at skærpe konkurrencen. Derfor bør der ved anvendelsen af essential facility doktrinen være tale om et produkt, der er essentielt for at kunne konkurrere på et givent marked, hvor dette ikke kan opnås ved omgåelse, samt at dette produkt ikke bliver tilgængeligt efter en bestemt tidsperiode. Denne tidsperiode kan udledes med en analogi fra Kommissionens retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, hvor der i artikel 74 fremgår at rettidig udnyttelse af markedsmagten er 2 år.[[190]](#footnote-190)

Ud fra denne vurdering kan det givne selskabs markedsandel fastslås og dermed fungere som et konkurrenceretligt redskab, for at afgøre om der er tale om en dominerende stilling.[[191]](#footnote-191)

### 3.2 Kriterium 2: Produktet skal være essentielt på et afledt marked

Dette kriterium forudsætter, at det givne produkt, der søges licens til, er essentielt for den potentielle konkurrent. I sagen *Sealink/B&I Holyhead* udtalte kommissionen i præmis 41, at en facilitet eller produkt falder under kategorien ”essential facility”, såfremt denne er en forudsætning for at potentielle konkurrenter kan levere et produkt til forbrugere. Ud fra det faktum at der kan pålægges en tvangslicens som sanktion for en virksomhed, der misbruger sin dominerende stilling, bør begrebet ”essentielt” underlægges en snæver fortolkning, der forudsætter en væsentlig negativ effekt på konkurrencen og forbrugerne, såfremt licens ikke gives.[[192]](#footnote-192)

Det er ligeledes en forudsætning for anvendelsen af essential facility doktrinen, at der findes både et hovedmarked og et afledt marked, og hvor konkurrencen på det afledte marked alene er muligt for konkurrerende virksomheder, hvis der gives licens til det pågældende produkt.[[193]](#footnote-193) Hovedmarkedet er, hvor virksomheden i den dominerende stilling anvender produktet, hvortil den har de immaterielle rettigheder. Her kan virksomheden med rette nægte at give licens på det beskyttede produkt. Dette er udledt af sagen *Volvo mod Veng* præmis 8, hvori det antages, at der ikke kan opstå en forpligtelse til at give licens, når det drejer sig om et produkt, hvor anvendelsesområdet alene er begrænset til et hovedmarked og der ikke foreligger et afledt marked. I sådanne tilfælde udgør retten til at besidde den immaterielle rettighed essensen af den immaterielle beskyttelse.[[194]](#footnote-194)

Eksisterer der derimod et afledt marked, er situationen anderledes. Som udgangspunkt vil der ikke kunne pålægges licens, såfremt indehaveren af produktet ikke er til stede på det afledte marked og ikke lader sine immaterielle rettigheder blokere for fremkomsten af andre produkter. Resulterer en nægtelse af licens derimod i at en konkurrent ikke kan lancere et produkt på det afledte marked, fordi licensen til det beskyttede produkt er essentiel hertil, vil dette forvride konkurrencen. Virksomheden har således overført sin dominerende stilling fra hovedmarkedet til det afledte marked.[[195]](#footnote-195)

Inkorporeret i kravet om et afledt marked findes også et krav om betydelige gevinster for forbrugerne ved at pålægge en tvangslicens. Det forudsættes derfor at der skal kunne foretages en differentiering mellem produktet dækket af de immaterielle rettigheder og det ”nye” produkt. Det kræves derfor at der foretages innovative skridt og produktet skal have andre egenskaber, end det originale der kommer forbrugerne til gode.[[196]](#footnote-196)

Rationalet for at der skal være to separate markeder, findes i den uheldige effekt, det ville have, hvis essential facility doktrinen kunne resultere i en tvangslicens på immaterielle rettigheder på hovedmarkedet. Dette ville betyde, at immaterielle rettigheder vil miste deres eksklusiv status og den beskyttelsesmæssige værdi, som der findes i en immateriel rettighed, vil være væsentligt begrænset, hvilket vil mindske incitamentet for at innovere. Resultatet ville betyde, at desto mere unik, værdifuld og kompleks produktet var, jo større ville risikoen være for at blive pålagt en tvangslicens.[[197]](#footnote-197)

### 3.3 Kriterium 3: Handlingen kan karakteriseres som misbrug

Som en forudsætning for at en virksomhed i en dominerende stilling kan overtræde TEUF artikel 102, skal denne virksomheds adfærd på det afledte marked kunne kategoriseres som misbrug.[[198]](#footnote-198)

Metoden til at vurdere misbrug skal ske efter den effekt-baserede tilgang jf. afsnit 2.3. En decideret definition af misbrug er ikke givet i artikel 102, men i sagen *Hoffman-La Roche* gav Domstolen i præmis 91 en fortolkning, som retspraksis har anvendt siden hen:

*”…misbrugsbegrebet er* ***et objektivt begreb****, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter* ***sin art kan******påvirke strukturen på et marked****, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges* ***hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence*** *som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.”* (Min fremhævelse)

Ud fra dette præmis kan det fastslås, at misbrug ikke er et spørgsmål om virksomheden i den dominerende stillings gode eller onde tro, men derimod en objektivt vurdering ud fra effekten på markedet.[[199]](#footnote-199) Derfor er det en forudsætning for at identificere en adfærd, der kan anses som misbrug, herunder nægtelse af licens, at vurdere effekten på konkurrencen. Dette præmis bekræfter ligeledes, hvad der blev antaget i afsnit 2.3 med ordene ”efter sin art kan påvirke strukturen”. Referencen går på specifikke typer af adfærd, der konsekvent ses som misbrug.[[200]](#footnote-200)[[201]](#footnote-201)

Som det fremgår af ovenstående citat, så anlægges en bred fortolkning af begrebet misbrug i og med at misbrugsbegrebet ikke begrænses til særlige typer af adfærd. Vedrørende rækkevidden af de i TEUF artikel 102 (a-d)[[202]](#footnote-202) oplistede eksempler på hvad der anses for misbrug, blev det i sagen *Continental Can* i præmis 26 slået fast, at denne liste ikke udgør en udtømmende opremsning af situationer, der udgør misbrug.[[203]](#footnote-203) Imidlertid peger ordlyden af disse eksempler alle på, at der sker en *udnyttelse* af eksisterende konkurrenter, som forudsættes at befinde sig på samme eller et afledt marked.[[204]](#footnote-204) En nægtelse af at give licens er derimod en *ekskluderende* adfærd, der hindrer selve adgangen til et afledt marked eller mindsker konkurrencerevnen her på.

Det antages efter sagen *Nederlandsche Banden-Industrie*, hvor EU Domstolen i præmis 57 udtalte, at virksomheder i en dominerende stilling har en særlig forpligtelse til at agere på en måde, der ikke vil skade konkurrencen på det indre marked.

Dette betyder, at en adfærd, der kan være tilladelig for en virksomhed, der ikke er i en dominerende stilling, kan anses for misbrug, for en virksomhed der er i en dominerende stilling.[[205]](#footnote-205) Denne forpligtelse til ikke at handle konkurrencebegrænsende blev behandlet i sagen *Commercial Solvents,* side 250-1. Domstolen anså det for stridende mod artikel 102, at en virksomhed i en dominerende stilling nægtede at fortsætte en leverance til en kunde, med det resultat at denne blev ekskluderet fra markedet. Hermed har retspraksis fastsat, at en ekskluderende adfærd er inkluderet i misbrugsbegrebet. Den ekskluderende adfærd skal ligeledes kategoriseres som misbrug, såfremt en økonomisk vurdering peger på en negativ effekt på forbrugernes velfærd.[[206]](#footnote-206)

I sagen *BBI/Boosey,[[207]](#footnote-207)*der handlede om en virksomheds afbrydelse af at levere komponenter til musikinstrumenter, med det formål at overtage markedet selv, fik Kommissionen lejlighed til at bearbejde ovenstående udgangspunkt om ekskluderende adfærd. I afgørelsens præmis 19 behandler Kommissionen spørgsmålet om misbrug af en dominerende stilling. Den udtaler, at en dominerende virksomheds adfærd, der sigter på at udelukke en konkurrent fra markedet med andre midler en lovlig konkurrence baseret på egen fortjeneste, *kan* udgøre en overtrædelse af artikel 102 (86). I samme præmis udtaler Kommissionen, at konkurrencen påvirkes yderligere i tilfælde, hvor det erklærede formål med indgrebet er indirekte at forhindre en potentiel konkurrent til den dominerende virksomhed i adgangen til markedet. Læses disse to brudstykker i sammenhæng, kan det udledes, at en ekskluderende adfærd *kan* udgøre et misbrug af en dominerende stilling. Med udtalelsen om at ekskluderende adfærd kan, men ikke nødvendigvis gør, udgøre misbrug, forudsættes det, at der kræves noget mere, for at adfærden kategoriseres som misbrug.

Spørgsmålet om hvad der anses for udgørende dette krav, blev besvaret i sagen *Volvo mod Veng*. Denne sag har en særlig betydning for anvendelsen af misbrugsbegrebet i essential facility doktrinen, da Domstolen klart udtaler den skelnen, der skal foretages mellem hovedmarkedet og det afledte marked. Hvor det i afsnit 3.2 blev redegjort for, hvordan præmis 8 satte en regel for, hvordan immaterielle rettigheder vil have immunitet på hovedmarkedet, så omhandler dommens præmis 9, hvad der forudsættes for misbrug på det afledte marked. EU Domstolen udtalte følgende:

*”Det skal dog bemærkes, at* ***indehaverens udøvelse af eneretten*** *til et mønster for karrosseridele til automobiler* ***kan være omfattet af forbudet i artikel 86****, hvis den fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling,* ***handler på en måde, der er udtryk for misbrug****, f. eks. hvis den vilkårligt nægter at levere**reservedele til uafhængige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt bilmodel, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model, forudsat at en sådan adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.”* (Min fremhævelse)

Af dette præmis´ første led kan det udledes, at på det afledte marked, hvor der er et forbrugermæssigt behov for Volvo reservedele, kan virksomheden i den dominerende stilling som eneste forsyner ikke altid nægte at give licens til produktion. Forudsætning herfor er, at handlingen er udtryk for misbrug, hvor Domstolen giver tre eksempler på, hvad der anses for misbrug efter artikel 102. Særlig vigtig for forståelsen af behandlingen af en nægtelse af at give licens på en immateriel rettighed er situationen, hvor virksomheden handler på en måde, der er udtryk for misbrug. De tre følgende eksempler er ikke udtømmende. Derimod illustrerer de, at nægtelsen af at give licens kan anses for misbrug, hvis den adfærd der er tilknyttet, anses for konkurrenceforvridende. Derfor vil det være en konkret vurdering, om de faktuelle omstændigheder vil kunne anses for at kunne udgøre misbrug.[[208]](#footnote-208)

Netop denne forståelse af hvad der udgør misbrug er, med god grund, blevet specificeret i senere sager jf. kapitel 4. Dette illustreres i *Bronner[[209]](#footnote-209)* sagen, hvor Generaladvokat Jacobs udtaler i sit forslag til afgørelse i præmis 56, at retten til at vælge sine handelspartnere samt at disponere over egen ejendom er et gennemgående princip i samtlige medlemsstater, til tider med konstitutionel karakter. Aftalefriheden gælder derfor også for virksomheder i en dominerende stilling, hvilket er årsagen til de ”stringente” krav for at anse en adfærd som udtryk for misbrug og dermed kunne pålægge tvangslicens.[[210]](#footnote-210)[[211]](#footnote-211)

Specielt for netop dette kriterium, vil der i kapitel 4 tegne sig et billede af, at den dømmende myndigheds undersøgelse af om der foreligger misbrug, vil være ved at vurdere en række handlinger foretaget af den dominerende virksomhed, for samlet at vurdere om de udgør misbrug. I den forbindelse vil kriterium 2 blive behandlet som et led i denne vurdering af misbrug. Kriterierne 2 og 3 vil derfor blive behandlet under ét i kapitel 4.

### 3.4 Kriterium 4: Handlingen er ikke objektivt berettiget.

I modsætning til hvad der fremgår direkte af ordlyden af TEUF artikel 101(3), så indeholder artikel 102 ikke undtagelser til forbuddet fremsat heri. Imidlertid er der i retspraksis udviklet en undtagelsesmulighed fra forbuddet i artikel 102.[[212]](#footnote-212)

I sagen *British Airways[[213]](#footnote-213)* var flyselskabet sagsøgt for at misbruge sin dominerende stilling ved at tilbyde en ekstra provision til rejsebureauer, såfremt de omsatte for mere end 500.000 GBP. Dette blev påstået at være konkurrenceforvridende. Hertil udtalte EU Domstolen i præmis 69, at det skal undersøges, om der findes en objektiv økonomisk berettigelse. I præmis 86 bidrog Domstolen med en fortolkning til, hvordan dette skal foretages. Efter dette præmis forudsættes det, at en konkurrenceforvridende handling skal kunne opvejes, for at der kan foreligge en undtagelse. Såfremt de fordele der vil komme forbrugerne til gode, grundet den konkurrenceforvridende handling, kan opveje den negative effekt på markedsstrukturen, vil adfærden være undtaget. Implicit heri er det en forudsætning for at anvende denne tilgang, at der foretages en afbalanceret tilgang til spørgsmålet om hvorvidt goderne, der tilkommer forbrugerne, overstiger den negative effekt på konkurrencen.[[214]](#footnote-214)

Kommissionen har i dennes meddelelse[[215]](#footnote-215) om vejledning om prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 102 (82), på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, behandlet netop spørgsmålet om, hvad der kan anses som begrundelse for en objektiv berettigelse af konkurrenceforvridende adfærd. I meddelelsens artikel 30 er der opstillet 4 kumulative vilkår for, hvornår den konkurrenceforvridende adfærd skaber effektivitetsgevinster for forbrugerne, der overstiger den konkurrenceforvridende adfærd.

Som udgangspunkt skal effektivitetsgevinsterne ved adfærden være opnået eller ville kunne blive det, som følge af nægtelsens af at give licens på den immaterielle rettighed. Dette vilkår kan have den uheldige effekt, at for at kunne måle disse effektivitetsgevinster skal de immaterielle rettigheder værdiansættes. Dette er et spørgsmål om vurdering, hvorfor det kan være et upræcist middel til at måle effektivitetsgevinster.

Det andet vilkår forudsætter, at den konkurrenceforvridende adfærd er *nødvendig* for at opnå de omhandlede effektivitetsgevinster. Derfor er det ikke tilladeligt, at en mindre indgribende adfærd ikke kunne have været anvendt, forudsat at dette ville generere samme effektivitetsgevinst.

Det tredje vilkår er, i lighed med sagen *British Airways*, en materialisering af ideen om internalisering af immaterielretten i konkurrenceretten, da forudsætningen er, at nægtelsen af at give licens skal medføre effektivitetsgevinster for forbrugernes velfærd *og* konkurrencen der opvejer de negative effekter herpå. Denne vurdering kan være svært anvendelig ud fra det faktum at der refereres til konkurrencen som helhed. Derfor er det alle participanter, der skal medtages i denne ligning. Dette er en kompleks og omfattende afbalancering. Hvor bevisbyrden er placeret på virksomheden, vil netop dette vilkår være en betydelig opgave at løfte bevisbyrden for. [[216]](#footnote-216)

Det fjerde og sidste vilkår forudsætter, at nægtelsen af at give licens ikke udelukker den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder. Særligt dette vilkår er kritisabelt. En virksomhed i en dominerende stilling, der har en markedsandel, der har monopollignende karakter, vil aldrig kunne opfylde dette vilkår, selvom de tre foregående vilkår er opfyldte.[[217]](#footnote-217)

Derfor kan det konkluderes, at kommissionens meddelelse gør det svært for dominerende virksomheder, der besidder en stor markedsandel, at komme med en objektiv begrundelse for at nægte at give licens.

### 3.5 Sammenfatning

I dette kapitel er essential facility doktrinen, som den løsningsmodel en dømmende myndighed bør følge ved pålæggelse af tvangslicens, blevet præsenteret. Essential facility doktrinen indeholder fire kriterier, hvor en opfyldelse af disse vil kunne godtgøre en tvangslicens. Disse 4 kriterier kan tilnærmelsesvis udledes af Kommissionens praksis vedrørende nægtelse af levering, hvilket også gør dem anvendelige i forbindelse med nægtelse af licens.

De 4 kriterier er behandlet ud fra en tilgang, der illustrerer, hvordan retspraksis, sekundær lovgivning og soft law anlægger en forståelse af disse.

I kapitlet er kriterierne behandlet separat for læsevenlighedens skyld. I retspraksis vil særligt kriterierne 2 og 3 være sammenflettede, forstået således at en dømmende myndighed ikke skelner mellem de to kriterier. Dette ændrer dog ikke på, at der som udgangspunkt skal ske en opfyldelse af samtlige kriterier for pålæggelse af tvangslicens.

## 4. Anvendelsen af essential facility doktrinen i praksis

Dette kapitel vil behandle en række domme, hvor fokus er på den dømmende instans´ anvendelse af essential facility doktrinen i forbindelse med pålæggelse af tvangslicens. Det er en fællesnævner for samtlige af de følgende behandlede domme, at der ikke er tvivl om forståelsen af kriterium nummer et – den dominerende stilling. Derfor vil behandlingen heraf alene begrænse sig til en beskrivelse af fakta.

Det er formålet med dette kapitel at analysere den differentierende tilgang til forståelsen af essential facility doktrinen og med en kritisk tilgang gøre et forsøg på at beskrive hvordan retsstillingen ér. Som en følge af at hverken Retten i første instans eller EU Domstolen direkte refererer til anvendelsen af essential facility doktrinen, vil den kronologi, som bliver anlagt i sagernes præmisser, ikke nødvendigvis følge den i kapitel 3 oplistede gennemgang.

Kommissionens afgørelser og generaladvokatens forslag til afgørelse vil blive inddraget i det omfang, disse differentierer fra den endelige afgørelse, eller hvis de yder et forståelsesmæssigt bidrag.

### 4.1 Magill[[218]](#footnote-218)

Denne sag omhandlede ophavsret til tv-programoversigter. Tv-selskaberne RTE, BBC og ITP stod for tv dækning i Irland og Storbritannien. Til deres respektive tv-kanaler udgav tv-selskaberne hver især også en programoversigt, der dækkede de kommende dages tv for deres egne kanaler. Disse oversigter var underlagt en ophavsretlig beskyttelse. Hertil skal det gøres klart, at der efter den britiske Copyright, Design and Patents Act 1988, section 3.1 kan gives copyright på en samling af information, som er frugten af evne, bedømmelse og arbejde, herunder også programoversigter. Ophavsret i de øvrige medlemsstater giver ikke beskyttelse til sådanne værker. Men da EU ikke havde harmoniseret det substantielle indhold af nationale ophavsretslove, anerkender EU eksistensen af sådanne særlige rettigheder.

Disse begrænsede tv oversigter blev licenseret til aviser mv. Den irske bladproducent, Magill tv-guide ltd., påbegyndte at udgive en samlet oversigt for de respektive tv-programmer, men tv-selskaberne, som indehavere af ophavsretten til oversigterne, fik nedlagt et forbud herimod.

Som følge heraf indgav Magill en klage til Kommissionen, hvori Magill påstod, at tv-selskaberne overtrådte TEUF artikel 102 (86) grundet misbrug af deres dominerende stilling ved at nægte at give licens til Magill.

#### 4.1.1 Generaladvokat Gulmans Forslag til afgørelse

Spørgsmålet om hvorledes den nationale ophavsret skulle behandles af TEUF artikel 102, blev behandlet på to differentierende måder af henholdsvis generaladvokaten, i hans forslag til afgørelsen, og EU Domstolen, i dennes dom. Som den første sag der behandler netop indholdet i problemfeltet, er det bemærkelsesværdigt, at der er uoverensstemmelse mellem forslaget til afgørelse og selve dommen.[[219]](#footnote-219)

Både Kommissionen og Retten i første instans fandt at nægtelsen af at give Magill licens til anvendelsen af ophavsrettighederne var stridende mod TEUF artikel 102 (86). Generaladvokaten udtaler i præmis 38, med reference til princippet i *Volvo mod Veng,* at en eneret til at fremstille et værk, modsvares af en ret til at nægte at give licens, så længe dette finder sted på hovedmarkedet. I præmis 39 udtaler han, ligeledes med reference til *Volvo mod Veng,* at udøvelsen af eneretten til at fremstille eksemplarer af værket gennem en nægtelse af at give licens, ikke i sig selv udgør et misbrug af en dominerende stilling. Afgørende for generaladvokatens forståelse af *Volvo mod Veng* er udtalelsen i præmis 40, hvor han udtaler:

*”…Hvis artikel 102 (86) kan finde anvendelse, hvor den dominerende virksomhed ikke har foretaget sig andet og mere end at nægte at give licens, men* ***hvor der i forbindelse med licensnægtelsen har foreligget særlige omstændigheder, vil der være tale om, at overtrædelsen af artikel 102 (86)*** *kun kan bringes til ophør ved at give licens…”* (Min fremhævelse)

Generaladvokaten bekræfter med dette præmis princippet fra *Volvo*, om at der kræves noget ekstraordinært, før der kan pålægges en tvangslicens. I dette tilfælde er det forekomsten af ”særlige omstændigheder”. Med reference til sagens behandling ved Retten i første instans, anses de særlige omstændigheder i denne sag som hindringen af et nyt produkt. Det fremgår af præmis 91, at hensynet til forbrugernes interesse, i fremkomsten af et nyt produkt, er relevant ved afgørelsen af, om der foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd efter TEUF artikel 102 (86).

I præmis 92 udtaler generaladvokaten, at det er en forudsætning i forbindelse med RTE og ITP´s hindring af fremkomsten af et nyt produkt, at dette kvalificeres. Hermed forstås at produktet ikke skal være tilstede på hovedmarkedet. Generaladvokatens kvalificering gives i præmis 93:

*”…på baggrund af omstændighederne i de foreliggende sager* ***overvejes, om det er tilstrækkeligt til at anse et produkt for nyt****, at der tillige er tale om et produkt, som* ***ophavsretsindehaveren ikke selv er i stand til at fremstille****, f.eks. fordi fremstillingen forudsætter licens til at benytte andres ophavsretsbeskyttede værker.* ***Eller*** *om det relevante kriterium i stedet er, hvorvidt det* ***pågældende produkt konkurrerer med ophavsretsindehaverens produkt.****”* (Min fremhævelse)

I præmis 96 konkluderer generaladvokaten derfor som følger:

*”Det er efter min mening nærliggende at finde, at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, hvis indehaveren af en ophavsret ved hjælp heraf forhindrer fremkomsten af et produkt, som* ***ikke konkurrerer med indehaverens produkt****…”* (Min fremhævelse)

Generaladvokaten er derfor af den overbevisning, at såfremt det nye produkt er i direkte konkurrence med lignende eksisterende produkter, kan det ikke anses for misbrug af en dominerende stilling efter TEUF artikel 102 at nægte en licens, da den ophavsretlige beskyttelse ikke udvandes af konkurrenceretten i sådanne tilfælde. At produktet bestod i en modifikation af, hvad der fandtes på hovedmarkedet, og derfor må anses for at tilhøre det afledte marked, anses ikke for en særlig omstændighed, da tv-selskaberne som de ophavsretlige indehavere med rette kunne forventes at ville benytte sig af muligheden for at udnytte et afledt marked.[[220]](#footnote-220)

#### 4.1.2 EU Domstolens afgørelse

EU Domstolen valgte ikke at følge generaladvokatens forslag til afgørelse, men bekræftede Kommissionen og Retten i første instans i deres afgørelser.

EU Domstolens behandling af den dominerende stilling bør nævnes for dens manglende inddragelse af immaterielle rettigheder. Domstolen behandler alene spørgsmålet ud fra markedsandele, og derfor ikke den opstillede juridisk barriere for Magills mulighed for at distribuere jf. præmis 47. Det er uheldigt, hvis det sammenlignes med Retten i første instans´ afgørelse, hvor der i præmis 63 lægges vægt på den juridiske barriere som det afgørende moment:

*”… RTE* ***som følge af sin ophavsret*** *til sine programoversigter havde eneretten til at reproducere og sælge disse oversigter. Selskabet kunne således på det for sagen relevante tidspunkt* ***sikre sig et monopol*** *på offentliggørelse af sine ugentlige programoversigter…”*

Der ses derfor en forskel i hvordan de respektive instanser vægter værdien af henholdsvis markedsandele og andre faktorer.[[221]](#footnote-221)

I lighed med Kommissionen, Retten i første instans og generaladvokaten udtaler Domstolen i præmis 48 og 49, at nægtelse af licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug og dermed stride mod TEUF artikel 102. Det afgørende moment for hvornår der kan foreligge misbrug, følger i præmis 50, hvor Domstolen med reference til *Volvo mod Veng* udtaler følgende:

*”Som det fremgår af samme dom (præmis 9), kan indehaverens udøvelse af eneretten ikke desto mindre* ***under særlige omstændigheder føre til, at der foreligger et misbrug****.”* (Min fremhævelse)

Som udgangspunkt skal det bemærkes, at der i referencen til *Volvo mod Veng*, præmis 9, ikke fremgår noget om ”særlige omstændigheder”. Dette antages at være udledt af Generaladvokatens forslag til afgørelse i samme sag jf. dettes præmis 40.[[222]](#footnote-222)[[223]](#footnote-223) Det forudsættes derfor, at der foreligger særlige omstændigheder. Med dette udgangspunkt opstiller Domstolen i præmisserne 52-56 tre kriterier, der ved opfyldelse kategoriserer den udviste adfærd som misbrug og dermed falder under særlige omstændigheder.[[224]](#footnote-224) Det drejer sig først om, hvorvidt produktet er substituerbart og dermed om det er essentielt. Dernæst om adfærden var berettiget og for det tredje om adfærden havde en ekskluderende effekt for konkurrenter på et afledt marked.

I dommens præmis 52 behandles det første kriterium, hvor der udtales følgende:

*”Blandt de omstændigheder, som dannede grundlag for Rettens antagelse af, at der foreligger et misbrug, skal der for det første henvises til, at der ifølge Retten* ***hverken reelt eller potentielt fandtes et produkt, der kunne træde i stedet for et ugentligt tv-programblad****…* *der er en* ***særlig, konstant og regelmæssig efterspørgsel*** *på et sådant blad fra forbrugernes side”* (Min fremhævelse)

Begrundelsen for anvendelsen af det første kriterium er den negative effekt, som nægtelsen af at give licens vil få på forbrugerne. Denne negative effekt skal forstås på baggrund af præmis 53 der tilføjer, at appellanterne var den eneste kilde til de oplysninger der udgjorde det nødvendige basismateriale[[225]](#footnote-225) for at skabe en komplet tv-programoversigt. Når der ikke findes produkter der kan træde i stedet herfor og hvor der eksisterer en forbrugerefterspørgsel vil resultatet af nægtelsen af at give licens, resultere i en indskrænket række af valgmuligheder for forbrugerne vedrørende udbuddet af produkter. Dette er anset som en negativ effekt.[[226]](#footnote-226) Følgevirkningen af nægtelse af licens på essentielt produkt konkluderer Domstolen på i præmis 54:

*”****Appellanternes nægtelse*** *af at stille de pågældende oplysninger til rådighed under henvisning til de nationale regler om ophavsret* ***forhindrede således, at der blev skabt et nyt produkt*** *— et komplet ugentligt tv-program —* ***som appellanterne ikke udbød til salg****, og som der var en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, hvilket udgør et misbrug i henhold til traktatens artikel 86, stk. 2, litra b).”* (Min fremhævelse)

Som udgangspunkt må dette præmis underlægges en berettiget kritik, da det bygger på en *forkert* antagelse. Dette kan udledes af det faktum, at forbrugerne til hvilke efterspørgslen stammer fra, havde mulighed for et lignende produkt. Det produkt som Magill tilbød var mere overskueligt og (måske) billigere. Imidlertid kunne den samme oversigt opnås ved køb af de eksisterende respektive tv-programoversigter. Det faktum at forbrugernes ønske ikke mødtes på den mest hensigtsmæssige måde, kan dårligt være en begrundelse for, at der foreligger særlige omstændigheder.[[227]](#footnote-227) I dette tilfælde ville det være nærliggende at anse Generaladvokatens præmis 98 for den korrekte subsumption:

*”…Under disse* ***omstændigheder bør hensynet til forbrugerne vige for hensynet til ophavsretsindehaveren****. Der foreligger ikke et nyt produkt i den betydning, som kan være relevant for en anvendelse af artikel 102 (86), og* ***dermed ikke en særlig omstændighed****…”* (min fremhævelse)

Indholdet af Domstolens præmis 54 har ligeledes i retslitteraturen skabt usikkerhed om Domstolens intention hvad angår nægtelsen af at stille oplysninger til rådighed, med det resultat at fremkomsten af et nyt produkt blev hindret. Det er ikke klart om netop hindringen af et nyt produkt, som er tilfældet ud fra sagens faktiske omstændigheder, er et kriterium for at der foreligger særlige omstændigheder. Derfor er der tvivl om det skal inddrages i de øvrige kumulative fastslåede kriterier i *Magill* dommen, eller om det er en særskilt grund der kan udgøre misbrug.[[228]](#footnote-228) Præmisset efterlader også spørgsmålet om hvad der kan anses for et nyt produkt. Hvordan skal der for eksempel skelnes mellem forbedringer og et komplet nyt produkt? Dette spørgsmål har skabt uenighed ved senere afgørelser der behandler problemfeltet.

Om det andet kriterium udtaler Domstolen i præmis 55:

*”For det andet var nægtelsen af at stille de pågældende oplysninger til rådighed* ***ikke begrundet i særlige forhold*** *for radio- og tv-spredningsvirksomheden eller virksomheden med udgivelse af tv-blade…”*

Dette præmis antages at være appellantens manglende løftelse af bevisbyrden for, at der ikke forelå objektive undtagelser til Domstolens ovenstående subsumption vedrørende misbrug.[[229]](#footnote-229)[[230]](#footnote-230) Det er uheldigt, at Domstolen ikke foretager en vurdering heraf der anvender det princip der er udledt af retspraksis[[231]](#footnote-231) vedrørende objektiv berettigelse, men alene giver en begrænset og uinformativ begrundelse.[[232]](#footnote-232) Dette efterlader samtidig spørgsmålet om hvad der kræves for, at løfte bevisbyrden. Denne usikkerhed har i litteraturen ledt til en uklar fortolkning af hvad der kan anses for en objektiv undtagelse.[[233]](#footnote-233)

The tredje kriterium ses i dommens præmis 56 der lyder som følger:

*”Endelig betød appellanternes* ***adfærd*** *for det tredje — som også fastslået af Retten — at* ***de forbeholdt et afledt marked,*** *nemlig markedet for ugentlige tv-programblade, for sig selv og* ***dermed udelukkede enhver konkurrence på dette marked****, idet appellanterne nægtede at give adgang til de oplysninger, der er det nødvendige basismateriale for et sådant blad”* (Min fremhævelse)

Dette præmis illustrerer, med reference til *adfærden*, at en virksomhed der besidder en dominerende stilling på et marked for tv-programoversigter, der ved brug af sine ophavsrettigheder opnår en dominerende stilling på et afledt marked for ugentlige tv-programoversigter, anses for misbrug efter TEUF artikel 102. Dette princip kunne udledes af den tidligere sag *Télémarketing.*

Denne umiddelbare analoge anvendelse af *Télémarketing* på en sag vedrørende immaterielle rettigheder, behandlet efter essential facility doktrinen, skaber problemer. Immaterielle rettigheder i al almindelighed, giver en eksklusivret til indehaveren, uanset hvilket marked indehaveren ønsker at gøre brug af sin opfindelse på. I sagens natur, vil indehaverne i *Magill* have en eksklusivret til indholdet af tv-programoversigter, uanset om disse er daglige, ugentlige eller derover. Realiteten er derfor, at indehaverne af ophavsrettighederne ikke forbeholdte sig et afledt marked. De håndhævede blot deres ophavsrettigheder. Skulle analogien kunne sluttes til *Télémarketing* skulle der være tale om et afledt marked, hvor indehaverne ikke kunne håndhæve deres ophavsret. Derfor er *Magill* på dette punkt en modifikation af tidligere retspraksis.[[234]](#footnote-234)

Det sidste led i præmisset rejser spørgsmålet om omfanget af udelukkelsen af konkurrence. Det bør holdes for øje, at dette præmis baserer sig på de faktuelle omstændigheder i den pågældende sag, hvor netop al konkurrence blev udelukket som følge af nødvendigheden af licens til ophavsrettighederne. Om dette skal tages som udgangspunkt i følgende sager er tvetydigt, eller om tilfældig udelukkelsen af én enkelt konkurrent opfylder kriteriet.[[235]](#footnote-235)

*Magill* tages til indtægt for at være den første sag ved EU Domstolen, hvor essential facility doktrinen bliver anvendt i forbindelse med en tvangslicens. Værdien af denne afgørelse er i sig selv ganske omstridt og det antages at der ikke kan udledes nogle *fundamentale* principper af sagen.[[236]](#footnote-236) Set bort fra dette, så har sagen dannet præcedens for senere afgørelser, hvor følgende kriterier er blevet deduceret ud af *Magill* afgørelsen som værende særlige omstændigheder og derfor udgørende misbrug:

1. Der var ingen alternativer til ugentlige tv-programoversigter. Hermed forstået at produktet ikke var substituerbart samt at der var en særlig, kontant og regelmæssig efterspørgsel fra forbrugerne.
2. Nægtelsens af licens hindrede fremkomsten af et nyt produkt, for hvilke der var en potentiel efterspørgsel
3. Handlingen var ikke objektivt berettiget
4. Ved at forbeholde sig et afledt marked udelukkes (al) konkurrencen på dette marked

Det skal bemærkes at kriterierne behandles som én vurdering af om der foreligger misbrug. Derfor kan de kriterier der er fremstillet i afsnit 3.2 og 3.4 siges at være et led i behandlingen af kriterium nummer 3. Denne tilgang vil være konsekvent i det følgende.

### 4.2 Tierce Ladbrokes[[237]](#footnote-237)

Det belgiske selskab, Tierce Ladbrokes, driver virksomhed ved at modtage væddemål fra bookmakere. Typen af væddemål omfatter blandt andet hestevæddeløb der afholdes i udlandet. Det Franske hestevæddeløbs societet var indehaver af ophavsrettighederne til live billeder og lyd af franske hestevæddeløb. Det franske hestevæddeløbs societet nægtede at give licens til Ladbrokes, med den virkning at Ladbrokes ikke kunne vise de pågældende hestevæddeløb i Frankrig. Dette er på trods af, at licens var givet til både tyske og østrigske væddemålsudbydere. Ladbroke anså den franske udbyder for at besidde en dominerende stilling for fransk lyd og billede inden for hver medlemsstat, og en nægtelse af at give licens herpå var stridende mod artikel 102 (86), grundet vilkårlig forskelsbehandling.

#### 4.2.1 Rettens behandling

Retten i første instans udtaler i præmis 126 vedrørende denne påståede vilkårlige forskelsbehandling i tildeling af licens, at det relevante marked afgrænses nationalt, hvilket betyder at en nægtelse af licens til Belgien ikke kan vurderes i lyset af den licens-politik der er ført over for Tyskland og Østrig, da dette er separate markeder. Der foreligger derfor ikke en vilkårlig nægtelse af licens inden for det geografisk afgrænsede marked.

Hertil supplerer Retten i præmis 130 følgende:

*”Sagsøgeren kan* ***ikke med føje påberåbe sig Magill-dommen til støtte*** *for, at det hævdede misbrug skulle foreligge, da Magill-dommen er ikke relevant i denne sag. I modsætning til, hvad der var tilfældet i Magill-sagen, hvor afslaget på at give sagsøgeren licens hindrede denne i at komme ind på markedet for generelle tv-programblade, er* ***sagsøgeren i den foreliggende sag ikke alene til stede på, men har den største andel af hovedmarkedet for modtagelse af væddemål****, på hvilket det i sagen omhandlede produkt, nemlig lyd og billede, tilbydes til forbrugerne, hvorimod* ***væddeløbsselskaberne, som er indehavere af de intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke er til stede på dette marked****. Eftersom væddeløbsselskaberne* ***hverken direkte eller indirekte udnytter deres intellektuelle ejendomsrettigheder på det belgiske marked****, kan det omtvistede afslag fra de nævnte selskaber herefter* ***ikke anses for at medføre nogen form for konkurrencebegrænsning på det belgiske marked****”* (Min fremhævelse)

Licens til brugen af ophavsretten til lyd og billeder var derfor ikke essentielt for at drive virksomhed med væddemål. Det franske væddeløbs societet søgte dermed ikke at forbeholde sig et afledt marked. Licensen ville alene have givet en mindre forbedring i udbuddet af væddemål. Der forelå derfor ikke særlige omstændigheder der kunne udgøre misbrug. Dermed bekræftes formodningen fra Magill om, at hvor indehaveren af de immaterielle rettigheder ikke er til stede på det afledte marked, og ikke anvender sine rettigheder til at hindre adgangen til dette afledte marked, foreligger der ikke en pligt til at give licens på immaterielle rettigheder.[[238]](#footnote-238)

Retten har dermed implicit afvist Tierce Ladbrokes påstand, da principperne forelagt i *Magill*, ikke var tilstede. Det ikke er aktuelt for Retten at foretage en yderligere undersøgelse af de argumenter, som blev anset for kriterier heri.[[239]](#footnote-239) Alligevel anlægger Retten i præmis 131 en hypotetisk redegørelse for under hvilke omstændigheder, der ville kunne være plausibelt at pålægge en tvangslicens. Retten udtaler følgende:

*”Det afslag, der er givet sagsøgeren, kunne nemlig kun være* ***omfattet af forbuddet i artikel 102 (86),*** *hvis det vedrørte et produkt eller en tjenesteydelse, der enten fremtræder som afgørende for udøvelsen af den pågældende virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget faktisk eller potentielt alternativ,* ***eller*** *som* ***et nyt produkt, som måske forhindres i at komme på markedet****, selv om der er en særlig, konstant og regelmæssig efterspørgsel fra forbrugernes side…”* (Min fremhævelse)

Hvor *Magill* lod spørgsmålet om de oplistede kriterier, der udgjorde særlige omstændigheder og dermed misbrug skulle anses for kumulative, forblive åbent, så syntes dette præmis at give en klar indikator for den hensigtede forståelse.Med ordet ”eller” til at adskille de to mulige situationer i præmis 131, anser Retten ”nyt produkt” kriteriet for et kriterium der i sig selv kan udgøre særlige omstændigheder. Derfor er *Magill* kriterierne ikke kumulative.[[240]](#footnote-240) Betydningen heraf er således at der vil kunne foreligge misbrug af en dominerende stilling hvis licens til et givent produkt er essentielt og konkurrencen på det afledte marked er elimineret *eller* hvis fremkomsten af et nyt produkt hindres.[[241]](#footnote-241) Givet at det i præmis 130 blev fastslået, at licens til brug af lyd og billeder til franske hestevæddeløb ikke var essentielt og dermed eliminerede konkurrencen, bør Rettens afgørelse underlægges en kritik for ikke at behandle kriteriet om et nyt produkt.

Som det fremgår ordret af præmis 131, så er de respektive kriterier ikke kumulative. Derfor, såfremt der forelå en hindring af et nyt produkt, kunne der pålægges en tvangslicens. På denne baggrund bør det påpeges, at der ikke forelå udbud af franske hestevæddeløb i Belgien. Om lancering af disse er mere eller mindre forbrugervenlig ”forbedring” end en udvidet tv-programoversigt er ikke til at vide, men faktum er at nyhedsværdien i franske hestevæddeløb kan og bør kategoriseres sammen med en udvidet tv-programoversigt. Derfor må Domstolens uudtalte afvisning af nyt produkt kriteriet, bero på at der ikke var en særlig, konstant og regelmæssig efterspørgsel jf. princippet i *Magill.[[242]](#footnote-242)*

Grundet denne noget uklare behandling, er det svært at tage sagen *Tierce Ladbrokes* til indtægt for noget fundamentalt. Dog må ordlyden af præmis 131 være en indikator for, at kriterierne i *Magill* ikke skal behandles som kumulative. Ligeledes er det en forudsætning, at indehaveren af de immaterielle rettigheder, ved brug af disse, aktivt hindrer adgangen til et sekundært marked. En ”opgradering” af eksisterende virksomheders udbud, er ikke tilstrækkeligt.

### 4.3 Bronner[[243]](#footnote-243)

Sagen omhandlede en avisdistributør i Østrig, Oscar Bronner, der med sin avis, Der Standard, sad på ca. 3% af markedet inden for henholdsvis udgivelse, fremstilling og distribution. En anden avisdistributør, MediaPrint, sad på op imod 46% af avismarkedet inden for samme områder og havde dermed en dominerende stilling. Mediaprint havde introduceret en udbringninsgordning der leverede aviserne til forbrugernes hjem. Bronners Der Standard blev af MediaPrint nægtet inkludering i denne ordning under henvisning til, at dette vil overskride ordningens kapacitet. Ingen andre aviser var inkluderet i netop denne ordning. Med et argument om at udbringning ved hjælp af postvæsenet eller anden metode ville være urentabelt for Bronner, blev EU Domstolen forelagt et præjudicielt spørgsmål, der blandt andet bestod i forståelsen af TEUF artikel 102.

I *Bronner* sagen var spørgsmålet alene om nægtelse af at levere var berettiget. Sagen omhandlede ikke spørgsmålet om hvorledes immaterielle rettigheder skal vurderes ved brug af essential facility doktrinen. Alligevel har den sin berettigelse i denne analytiske behandling, fordi Domstolen anvender en test der behandler spørgsmålet om hvad der kan anses som særlige omstændigheder, med reference til den anvendt i *Magill*. Derfor bygger *Bronner* oven på de to mindre succesfulde afgørelser i *Magill* såvel som *Tierce Ladbrokes* og dermed anvendelsen af essential facility doktrinen.[[244]](#footnote-244)

#### 4.3.2 EU Domstolens afgørelse

Behandlingen af denne afgørelse tager bedst sit udgangspunkt i generaladvokatens forslag til afgørelse, præmis 63, hvor der udtales:

*”Afgørelsen i Magill-sagen kan efter min mening forklares* ***ud fra de særlige omstændigheder i denne sag****, der gjorde, at afvejningen endte med den konklusion, at der bestod en forpligtelse til at meddele licens…”*

Generaladvokaten udtrykker, at de særlige omstændigheder der forelå i *Magill* afgørelsen er alene eksempler på hvad der anses for særlige omstændigheder.[[245]](#footnote-245) Begrundelsen herfor kan findes i at *Magill* er blevet betegnet, som ”en potpourri af faktiske omstændigheder som samlet udgjorde særlige omstændigheder”.[[246]](#footnote-246) Generaladvokatens primære grundlag for behandling af essential facility doktrinen er Kommissionens praksis, men derudover anvendes blandt andet *Magill* sagen. Derfor må det antages at den type adfærd der blev anset som udgørende særlige omstændigheder i *Magill* sagen ikke behøver at være tilstede i en lignende problemstilling.

Under denne forudsætning foreslår generaladvokaten i forslaget til afgørelse, præmis 47-50, at den gængse metode til løsning af problemer vedrørende nægtelse af levering, skal ske ud fra brugen af essential facility doktrinen. Det antages at Domstolen følger generaladvokatens forslag til afgørelse og dermed implicit generaladvokatens forståelse af *Magill* og essential facility doktrinen.[[247]](#footnote-247)

EU Domstolen anlægger i præmis 41, netop med reference til *Magill* i de foregående præmisser, en direkte anvendelse af essential facility doktrinen. Domstolen udtaler følgende:

*”Selv om* ***det antages, at den nævnte afgørelse vedrørende udøvelsen af en intellektuel ejendomsret kan anvendes på udøvelsen af en hvilken som helst ejendomsret****, er det desuden ikke alene en betingelse for, at dommen i Magill-sagen med føje kan påberåbes til støtte for, at der i en situation som den, det første præjudicielle spørgsmål vedrører, er tale om misbrug som omhandlet i traktatens artikel 102 (86), at* ***nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medfører****,* ***at enhver konkurrence på dagbladsmarkedet fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen,******udelukkes*** *og* ***ikke kan begrundes ud fra objektive forhold****, men også, at tjenesteydelsen i sig selv er* ***absolut nødvendig*** *for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning”* (Min fremhævelse)

Som udgangspunkt må ordlyden af første sætning, give den forudsætning, at der kan foreligge en analog anvendelse af essential facility doktrinen uanset om den pågældende sag vedrører immaterielle rettigheder eller anden ejendomsret. Imidlertid er det ikke klart om dette skal være i sin helhed, da der i de følgende kriterier ret nedenfor ikke indeholdes et krav om hindringen af et nyt produkt.[[248]](#footnote-248) Derfor er det uklart om der skal foretages en skelnen mellem sager hvor nægtelsen består i licens til en immateriel rettighed og sager der vedrører ”almindelig” ejendomsret.[[249]](#footnote-249) Problemet bestyrkes af at nogle teoretikere anser immaterielle rettigheder for at nyde en højere grad af beskyttelse mod forbuddet i TEUF artikel 102, grundet det incitament der er forbundet til at fremme innovation,[[250]](#footnote-250) og derfor at kravet om en hindring af et nyt produkt *skal* foreligge når det drejer sig om tvangslicens på immaterielle rettigheder.[[251]](#footnote-251) Denne antagelse beror på forfatternes personlige *synspunkter* og ikke deciderede juridiske argumenter, hvorfor der ikke kan gives et entydigt svar på den uklarhed der opstår af præmis 41.

Hvis sagen analyseres ud fra den eksisterende retspraksis, her tænkes specifikt på hvad der blev udledt af *Tierce Ladbrokes*, så er behandlingen af de tre nedenstående vurderingsmæssige en anvendelse af essential facility doktrinen, som den ér ud fra gældende ret. Derfor er den manglende behandling af hindring af et nyt produkt blot en bekræftelse af eksisterende praksis. De tre eksemplificeringer er derfor hvad der under særlige omstændigheder kan anses for misbrug:

1. nægtelsen af at levere skal eliminere enhver konkurrence på et afledt markedet på den spørgende virksomheds side
2. nægtelsen kan ikke berettiges objektivt
3. ydelsen er nødvendig og ingen alternative reelle eller potentielle muligheder forelå.[[252]](#footnote-252)

Vedrørende det første kriterium, så er dette en præcisering af ordlyden fra *Magill*. Det fremgår direkte af præmis 44 at det er tilstrækkeligt, at nægtelsen af at levere skal eliminere enhver konkurrence for den spørgende virksomhed. Dette skal forstås således, at konkurrencen ikke blot skærpes, men at konkurrencen elimineres.[[253]](#footnote-253) Netop denne forståelse er *formuleret* forskelligt i litteraturen. Men decideret uenighed om forståelsen er ikke anlagt. En behandling af den konkrete betydning heraf, vil derfor først kunne udledes i afsnit 4.4 og 4.5.

Domstolens behandling af kriterierne nummer 1 og 2, er i denne sag et resultat af udfaldet på vurderingen af kriterium nummer 3. Derfor behandles 1 og 2 meget sparsomt.

Det tredje kriterium er af afgørende karakter og uddyber præmis 56 i *Magill*. Domstolen introducerer i præmis 44 en metode til at afgøre om hvorvidt et produkt er nødvendigt for at fungere på det ønskede afledte marked. Det forudsættes, at der ikke findes tekniske, juridiske eller økonomiske hindringer for, at Bronner selv iværksætter en udbringsningsordning der har samme virke, men i en mindre skala end den ordning MediaPrint introducerede. Domstolen forklarer i præmis 45, at der ikke må eksistere en realistisk alternativ mulighed for Bronner til distribution, og at det derfor er absolut nødvendigt at blive optaget i den eksisterende ordning. Manglende økonomisk rentabilitet, som følge af det beskedne oplag, er ikke en gangbar begrundelse.

Domstolen illustrerer her en modificeret tilgang til hvad der forstås med, at et produkt er essentielt. Det fremgår at det skal være *nødvendigt* og der ikke skal findes faktiske eller potentielle alternativer.[[254]](#footnote-254) Ligeledes antages det også, at Domstolen her anlægger en effekt-baseret tilgang til behandlingen af dette begreb. Domstolens afgørelse giver ikke direkte udtryk herfor, men derimod fremgår det klart af generaladvokatens forslag hvor først metoden angives i præmis 57 og dernæst hvad slutresultatet skal være i præmis 58:

*”...er det ofte nødvendigt at foretage en meget* ***nøje afvejning*** *af modstridende argumenter…*

*…må det i forbindelse med bedømmelsen af dette problem ikke glemmes, at det* ***primære formål med artikel 102 (86) snarere er at forhindre konkurrencefordrejning — og især at sikre forbrugernes interesser****...”* (Min fremhævelse)

Domstolen foretager her en todelt test af nødvendigheden af produktet.[[255]](#footnote-255) Først undersøges muligheden for at distribuere aviser, som udgjorde et marked. Dette foretoges i præmis 43, hvor Domstolen fandt at det var tilfældet. Dernæst undersøges muligheden for selv at oprette den givne hjemmeleveringsordning.

I retslitteraturen er der ikke enighed om hvorvidt Domstolens tilgang i denne sag var objektiv eller subjektiv. Ud fra ordlyden af Domstolens præmis 44, må det imidlertid antages, at denne følger generaladvokatens forslag og anser det for en objektiv test.[[256]](#footnote-256) Præmis 44 indeholder følgende:

*”Endvidere er der ifølge det oplyste hverken tekniske, retlige eller endog økonomiske forhold, der kan medføre, at* ***det for enhver anden udgiver*** *af dagblade…”* (Min fremhævelse)

Med referencen til ”enhver anden” er det formentlig en objektiv test der skal anvendes til at vurdere om det pågældende produkt er nødvendigt på det afledte marked.[[257]](#footnote-257) Dette fremgår med større klarhed af generaladvokatens forslag, præmis 66, hvor der udtales:

*”Efter min mening skal der dog* ***lægges en objektiv målestok til grund****…hvis det er overordentlig vanskeligt ikke blot for den virksomhed, der anmoder om adgang til faciliteten, men* ***også for alle andre virksomheder*** *at udøve konkurrence…”* (Min fremhævelse)

Denne konkretisering af hvornår et produkt eller en licens til et produkt er essentielt for en konkurrerende virksomheds virke på et afledt marked, indskrænker muligheden for at pålægge en tvangslicens til sager hvor licensen eller produktet er absolut nødvendig på det afledte marked.[[258]](#footnote-258) Som generaladvokaten udtrykker det i præmis 65:

”*Konkurrencepolitisk set kan et sådant indgreb…efter min opfattelse kun begrundes i de situationer,* ***hvor den dominerende virksomhed virkelig »tager kvælertag« på markedet****…”* (Min fremhævelse)

*Bronner* sagen behandler i realiteten alene spørgsmålet om hvornår et produkt er essentielt. Domstolen afviser, at dette er tilfældet, hvorfor de to resterende kriterier ikke behandles. Hvad sagen bidrager med i forhold til den eksisterende retsstilling, er derfor også centreret herom. Kravet om at produktet skal være essentielt, er præciseret til en absolut nødvendighed vurderet på et objektivt grundlag. Mindre økonomisk fordelagtighed kan ikke anses for en nødvendig adgang til et produkt.

Derimod skaber dommen er sløret billede vedrørende kravet om at resultatet af en nægtelse skal hindre fremkomsten af et nyt produkt, men taget sagens faktiske omstændigheder i betragtning, var dette ikke relevant.

### 4.4 IMS Health[[259]](#footnote-259)

Denne sag angik en virksomhed der foretog markedsundersøgelser i blandt andet medicinalindustrien – IMS. IMS foretog indsamling af data vedrørende salg af farmaceutiske produkter på regional plan i hele Tyskland. Den anvendte data var indsamlet ved grosserer der sælger de pågældende produkter. Den indsamlede data blev anvendt i en særlig blokstruktur, der tillader grossisterne at se hvor hvordan praktiserende læger mv. er lokaliseret og dermed hvor de skal fokusere deres markedsføring. Den nævnte struktur var blevet en almindelig anvendt standard, i henhold til hvilken virksomhedens kunder har tilpasset deres IT-systemer og dermed ikke ønskede at anvende anden metode. En tidligere medarbejder hos IMS lancerede gennem virksomheden NDC et system, der havde markante ligheder med den blokstruktur, som IMS anvendte.

På baggrund heraf lagde IMS sag an grundet et påstået brud på disses ophavsrettigheder. Den tyske Landesgericht Frankfurt am Main stillede et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkning af TEUF artikel 102 (82). Imidlertid havde NDC forinden klaget til Kommissionen, med den påstand, at IMS misbrugte sin dominerende stilling ved at nægte licens til ophavsrettighederne. Kernen i denne sag var om *Magill* kriteriernes analoge anvendelse forudsatte en hindring af et nyt produkt, eller om dette alene var tilfældet ud fra de faktuelle omstændigheder i *Magill.*

#### 4.4.1 Kommissionens afgørelse[[260]](#footnote-260)

I afgørelsens præmis 58-62 behandler Kommissionen spørgsmålet om hvorvidt IMS kan anses for at besidde en dominerende stilling. Kommissionens behandling baserer sig alene på størrelsen af markedsandelen som IMS besidder, og tager derfor ikke andre faktorer, som for eksempel besiddelse af immaterielle rettigheder, med i vurderingsgrundlaget. Den faktiske fordeling af markedsandelene er ikke tilgængelig, da det er anset for fortrolige oplysninger.

Kommissionen anvender essential facility doktrinen med en direkte reference til den anvendte metode af generaladvokaten i *Bronner* sagen jf. præmis 63, hvor der fremgår følgende:

*”…under henvisning til princippet om "essential facilities"…I henhold til dette princip* ***misbruger en virksomhed****, som har en dominerende stilling med hensyn til* ***faciliteter, som er væsentlige*** *for, at der kan leveres varer eller erlægges tjenesteydelser, sin* ***dominerende stilling****, hvis den* ***uden saglig grund nægter at give adgang til disse faciliteter****. Som generaladvokaten anførte i sit forslag til afgørelse i Bronner-sagen: En virksomhed, som har en dominerende stilling, er således i visse tilfælde ikke blot forpligtet til at undlade at forholde sig på en måde, der begrænser konkurrencen, men også til* ***aktivt at fremme konkurrencen ved at give potentielle konkurrenter adgang til de faciliteter****, som virksomheden har udviklet.”* (Min fremhævelse)

På baggrund af de forudgående afgørelse i henholdsvis *Magill, Tierce Ladbrokes* og *Bronner* fastslår Kommissionen i præmis 70, at følgende 3 kriterier skal være tilstede for at der kan foreligge særlige omstændigheder og dermed misbrug:

*”…nægtelsen af adgang til faciliteten* ***kan udelukke al konkurrence på det relevante marked****…en sådan nægtelse kan* ***ikke begrundes ud fra objektive forhold****, og…faciliteten er selv* ***absolut nødvendig*** *for udøvelsen af virksomheden i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende facilitet”* (Min fremhævelse)

Det bør bemærkes, at der i disse kriterier ikke indeholdes et krav om fremkomsten af et nyt produkt, for at der adfærden kan anses som misbrug. Årsagen hertil er Kommissionens fortolkning af den forudgående retspraksis, hvor der med særlig reference til *Tierce Ladbrokes* udtales følgende:[[261]](#footnote-261)

”…*Denne dom præciserer, at et* ***afslag på at meddele licens ikke kun kan udgøre et misbrug, når dette afslag er til hinder for indførelsen af et nyt produkt****, men også når det pågældende produkt eller den pågældende tjeneste fremtræder som afgørende for udøvelsen af den pågældende virksomhed.”* (Min fremhævelse)

Kommissionen besvarer derfor spørgsmålet i *Magill* om kriterierne for at der kan foreligge særlige omstændigheder er kumulative. Med referencen til ræsonnementet i *Tierce Ladbrokes* besvares dette negativt, og det er derfor ikke en forudsætning, at der hindres et nyt produkt på det afledte marked.[[262]](#footnote-262)

At Kommissionen kommer frem til denne forståelse af hvad der anses for nødvendigt, for at der forefindes særlige omstændigheder, virker logisk. Den direkte ordlyd fra afgørelsen i *Tierce Ladbrokes,* sammenholdt med ræsonnementet i *Bronner,* peger unægtelig på denne forståelse. Den anden og mindre indlysende forståelse, forudsætter at afgørelsen i *Tierce Ladbrokes* er mangelfuld, grundet den manglende behandling af hindringen af et nyt produkt. Ligeledes skulle afgørelsen i *Bronner* forstås ud fra den forudsætning, at immaterielle rettigheder nyder en større grad af beskyttelse en ”almindelige” ejendomsrettigheder.[[263]](#footnote-263) Den sidstnævnte antagelse anses for en uheldig tilgang.[[264]](#footnote-264)

Det syntes derfor overraskende, at den uenighed med afgørelsens rigtighed, der blev præsenteret i en kendelse af Rettens i første instans præsident i forbindelse med IMS appel af Kommissionens afgørelse, er så markant.

I kendelsens[[265]](#footnote-265) præmis 100 redegør retspræsidenten for den uoverensstemmelse der er mellem opfattelsen af de indeholdte kriterier for pålæggelse af tvangslicens:

*”…Det fremgår klart af Magill-dommen, at der er en række potentielt* ***væsentlige forskelle mellem omstændighederne i Magill-sagen og de omstændigheder, hvorpå den anfægtede beslutning bygger****, forskelle, hvis eksistens, men ikke betydning, ikke for alvor er blevet bestridt af Kommissionen. Den anfægtede beslutning synes* ***at bygge på en ikke-kumulativ fortolkning af de vilkår, der i Magill-dommen anses for at udgøre »særlige omstændigheder«****. Kommissionen hævder, at udøvelsen af en ophavsret kan udgøre et misbrug, »selv om der ikke foreligger yderligere misbrug, såfremt den pågældende adfærd bl.a. forhindrer, at der bliver skabt et nyt produkt…De vilkår, Domstolen henviste til i Magill-dommen…****anses ikke af Kommissionen for i princippet at være nødvendige for, at der kan siges at foreligge »særlige omstændigheder****«.”* (Min fremhævelse)

I kendelsens præmis 102 udtaler retspræsidenten således at denne uenighed skal afgøres ved EU Domstolen:

*”…Derfor er det først, når der træffes afgørelse i hovedsagen, at* ***den alvorlige uenighed******om rigtigheden af denne fortolkning*** *kan afgøres.”* (min fremhævelse)

Denne pointering af at Kommissionens behandling af principperne fremstillet i *Magill* og *Bronner,* for at der kan pålægges tvangslicens ikke stemmer overens med Rettens opfattelse, illustrerer den uklarhed der eksisterede vedrørende faste kriterier for anvendelse af essential facility doktrinen.

#### 4.4.2 EU Domstolens afgørelse

I modsætning til afgørelserne i *Magill*  og *Bronner*, så behandler Domstolen alene spørgsmålene teoretisk i denne afgørelse, da der er tale om et præjudicielt spørgsmål. Den inddrager ikke fakta fra nærværende sag, men lader den nationale Domstol afgøre sagen ud fra den fortolkning som bidrages med her.

Det pågældende præjudicielle spørgsmål fra den tyske Landesgericht gav Domstolen lejlighed til at præcisere den åbenlyse uoverensstemmelse der forelå mellem Kommissionen og Retten i første instans vedrørende forståelsen af hvad der udgjorde ”særlige omstændigheder” og dermed hvilken adfærd der falder under TEUF artikel 102. Som det fremgår af dommens præmis 31, så vil Domstolen behandle denne uenighed ud fra den forudsætning, at der er tvivl om retstilstanden:

*”…Imidlertid fortolker de ikke dommen på samme måde og udleder ikke de samme konsekvenser heraf.”*

Som udgangspunkt forudsættes det at den pågældende facilitet eller ydelse er nødvendig for at udøve aktiviteter på et bestemt marked. Dette kan udledes af præmis 28 hvor Domstolen bekræfter tilgangen anvendt i *Bronner*:

*”…det fremgår af Bronner-dommen…hvorvidt et produkt eller en tjenesteydelse* ***er nødvendig****…må det undersøges, om der findes produkter eller tjenesteydelser, der kan udgøre alternative løsninger…, og* ***om der foreligger tekniske, retlige eller økonomiske hindringer****, der kan gøre det umuligt, eller i det mindste uforholdsmæssigt vanskeligt…at skabe alternative produkter…”* (Min fremhævelse)

I *Bronner* sagen forudsattes at en licens var absolut nødvendigt for at et produkts virke på et afledt marked. I denne sag udelades termen ”absolut”, men vilkårene for at produktet er nødvendigt er uændrede. Derfor antages dette præmis, at være en bekræftelse af produktets nødvendighed, som fremsat i *Bronner*.[[266]](#footnote-266) Fokus er derfor på om det er muligt at få licens eller adgang til et lignende produkt andetsteds, og dermed ikke om det er økonomisk rentabelt for den der søger licens.[[267]](#footnote-267)

Domstolen anser behandlingen af den pågældende sag for at skulle ske efter principperne i *Magill*. Domstolen giver i præmis 36 og 37 en reference til hvad der kan anses for særlige omstændigheder, hvor den baserer sit ræsonnement på hvad der blev udledt af *Magill.* Det antages af Domstolen, at såfremt disse er opfyldt, foreligger der sådanne særlige omstændigheder der kan udgøre misbrug, der kan berettige pålæggelse af tvangslicens. I præmis 38 udleder Domstolen følgende udgangspunkt ved behandlingen af den pågældende problemstilling:

*”Det fremgår af denne retspraksis,* ***at det for at der foreligger misbrug****, når en virksomhed, der er indehaver af en ophavsret, nægter at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet,* ***er tilstrækkeligt, at******tre kumulative betingelser*** *er opfyldt, nemlig at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked.”* (Min fremhævelse)

Med reference til tidligere praksis opstilles der heri 3 kumulative kriterier for hvad der udgør særlige omstændigheder og dermed hvilke adfærdsspecifikke handlinger der vil falde under misbrugskriteriet. Dette er en afklaring af den usikkerhed der forelå efter *Magill* afgørelsen og stadig forelå helt op til Kommissionens behandling af konflikten mellem IMS og NDC. Imidlertid er Domstolens udtalelse ikke endegyldig. Ved brug af ordet ”tilstrækkeligt” frem for noget mere specificerende, som for eksempel ”nødvendigt”, er det ikke klart om *mindre eller andet* vil kunne udgøre særlige omstændigheder. Den efterfølgende reference til blandt andet hindringen af et nyt produkt, må dog tages til indtægt for at der *kræves* en hindring af et nyt produkt, for at adfærden anses for misbrug.[[268]](#footnote-268) Resultatet er derfor at der som udgangspunkt kræves mere for at give adgang til immaterielle rettigheder end andre ejendomsrettigheder.[[269]](#footnote-269) De fastlagte vilkår for at der foreligger særlige omstændigheder er de følgende:

1. Der skal være en hindring af et nyt produkt hvor der en forbrugereftersprøgsel.
2. Nægtelse af licens må ikke være objektivt berettiget
3. Nægtelse af licens, skal ekskludere al konkurrence på et afledt marked[[270]](#footnote-270)

Det er antaget, at netop disse kriterier ikke er udtømmende for, hvilke typer af adfærd, der kan falde under TEUF artikel 102 (b). Dette er støttet på det faktum at en negativ påvirkning af forbrugerne kan forekomme i yderligere situationer end dem anført i *Magill* sagen. De tre kumulative kriterier må derfor anses, at være hvad der som *kan* kræves for at der foreligger misbrug. Dermed implicit, at der kan foreligge anden konkurrenceforvridende adfærd der falder under forudsætningen om særlige omstændigheder.[[271]](#footnote-271)

De pågældende vilkår blev behandlet i de efterfølgende præmisser. Domstolen behandlede først tredje vilkår. Som udgangspunkt fastslår Domstolen, at den usikre tilgang anlagt i *Bronner*, fastlægges til at omfatte udelukkelsen af al konkurrence på det afledte marked. Dette er forstået således, at indehaveren blokerer for ansøgerens mulige virke på et afledt marked, hvor indehaveren ikke selv er aktiv.[[272]](#footnote-272) Forståelsen heraf kan læses ud af præmis 47 hvor der fremgår:

*”…nægtelse af at meddele licens til anvendelse af den pågældende struktur* ***kan[[273]](#footnote-273) udelukke*** *enhver konkurrence på markedet…”* (Min fremhævelse)

Hermed skal der forstås at der alene skal være en mulighed for, at al konkurrencen udelukkes. Dette er en illustration af den effektbaserede tilgang frem for et statisk billede af forholdende.[[274]](#footnote-274)

Vedrørende det afledte marked, behandles dette af Domstolen i præmis 44 og 45, der lyder som følger:

*”Det fremgår således, som generaladvokaten har anført i punkt 56-59[[275]](#footnote-275) i forslaget til afgørelse, at det med henblik på anvendelsen af den tidligere retspraksis er tilstrækkeligt, at der kan identificeres* ***et potentielt, endog hypotetisk, marked****. Dette er tilfældet, når produkter eller tjenesteydelser er* ***nødvendige*** *for at udøve en given aktivitet, og når der er en effektiv efterspørgsel efter disse fra virksomheder, som påtænker at udøve den aktivitet, hvortil disse er nødvendige…Det følger heraf, at det er afgørende, at der kan identificeres* ***to forskellige produktionstrin****, der er forbundet med hinanden ved, at det forudgående produkt er et nødvendigt element ved leveringen af det efterfølgende produkt.”* (min fremhævelse)

Præmisset slår fast, at der forudsættes et afledt marked, men selv et hypotetisk afledt marked kan være fyldestgørende. Dette er i sig selv en udvidelse af de situationer hvor der kan pålægges en tvangslicens, da det lader spørgsmålet om *hvor* hypotetisk et marked må være og om det overhovedet behøver at eksistere, være ubesvaret.[[276]](#footnote-276) Ved at lade dette være ukvalificeret, bliver den følgende forudsætning om kvalificering af to produktionstrin problematisk. To produktionstrin er ikke nødvendigvis er adskilt mellem to markeder. Dette er en ændring i forhold til den eksisterende praksis. Der forudsættes derfor ikke, at virksomheden i den dominerende stilling anvender sin dominerende stilling på et hovedmarked, til at forbeholde sig et afledt marked. Det er tilstrækkeligt at der eksisterer et andet trin af produktionen for selvsamme produkt som indehaveren af de immaterielle rettigheder. Derfor kan billedet være således, at hvis indehaveren af en immateriel rettighed fungerer som leverandør, et ”upstream market”, så skal denne give licens til fremkomsten at et produkt på et andet produktionstrin, på hovedmarkedet.[[277]](#footnote-277)

Herefter behandlede Domstolen den første betingelse – kravet om et nyt produkt. I den forbindelse udtaler Domstolen i præmis 48 følgende:

*”Som generaladvokaten har anført i punkt 62 i forslaget til afgørelse, imødekommer denne betingelse det forhold, at der ved* ***afvejningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedsindehaverens frie næringsret, og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence****, kun kan lægges afgørende vægt på sidstnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at meddele licens er til hinder for udviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne.”* (Min fremhævelse)

Domstolens udtalelse illustrerer den afbalancerede tilgang til hvad der anses for misbrug, hvor det er hensynet til effekten på forbrugerne, som er det afgørende moment. Der ses også en tilgang der syntes at give en beskyttelse til indehavere af immaterielle rettigheder hvor formodningen er mod tvangslicens, så længe dette ikke har en skadelig virkning på forbrugerne.[[278]](#footnote-278) Som led i denne afvejning, skal indholdet i præmis 49 opfyldes:

*”…den virksomhed, der har anmodet om licens, ikke har til hensigt at begrænse sig til i det væsentlige at reproducere produkter eller tjenesteydelser, der* ***allerede tilbydes på det afledte marked*** *af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, men har til hensigt at* ***tilbyde nye produkter****…”* (min fremhævelse)

Det er således et kriterium, at det potentielle produkt er nyt. Det er beklageligt, at Domstolen ikke giver en definition af hvad der anses for et nyt produkt, taget i betragtning af at dette har stor betydning for at definere indholdet i ovenstående krav om ”forskellige produktionstrin”. Det må antages, at dette begreb er baseret på at produktet har nyskabende funktioner.[[279]](#footnote-279)[[280]](#footnote-280) Dette er støttet af generaladvokatens udtalelse vedrørende ”nyt produkt” kriteriet, hvor denne i præmis 62 hvor denne udtaler følgende:

*”…frembringe varer eller tjenesteydelser med* ***andre karakteristika****, som — selv om de måtte konkurrere med de varer eller tjenesteydelser, indehaveren af den intellektuelle ejendomsret tilbyder…”* (Min fremhævelse)

Antagelsen er herudfra, at produktet anses for nyt, såfremt det møder en efterspørgsel blandt forbrugere, som ikke kan opfyldes af allerede tilstedeværende produkter.[[281]](#footnote-281) Uanset den hensigtede fortolkning af hvad et nyt produkt indebærer, så bør de kumulative krav underlægges en betydelig kritik. Årsagen hertil er at i modsætning til ”fysiske” ejendomsrettigheder som behandlet i *Bronner*, så kræves der nu strengere krav for at der kan pålægges tvangslicens på immaterielle rettigheder end der gør, hvis det blot drejer sig om adgang til en fysisk facilitet. Begge faciliteter kan af indehaveren have krævet en investering, hvorfor der ikke bør skelnes på grund af den økonomiske værdi i innovation. Ligeledes er der i TEUF *ikke* skelnet i beskyttelsesværdigheden mellem fysiske og immaterielle ejendomsrettigheder – tværtimod.[[282]](#footnote-282) Et argument i den modsatte retning går på, at hvis ikke kravet om at nægtelse af licens hindrer et nyt produkt ikke var et integreret vilkår, så ville en tvangslicens kunne lede til kloning og duplicering af det produkt der er beskyttet af de immaterielle rettigheder.[[283]](#footnote-283) Den korrekte fortolkning der bør anlægges, skal under alle omstændigheder være stringent med hensyn til at vilkåret er et led i muligheden for tvangslicens, der kun kan forekomme under særlige omstændigheder.[[284]](#footnote-284)

Slutteligt behandler Domstolen den anden betingelse om objektive fritagelsesgrunde. I sagens præmis 51 udtales følgende:

*”Hvad angår denne betingelse, hvis fortolkning ikke har været genstand for særlige bemærkninger, påhviler det den forelæggende ret på grundlag af de oplysninger, den har fået forelagt, i givet fald at undersøge, hvorvidt nægtelsen af at efterkomme anmodningen om licens* ***er begrundet i objektive hensyn****, eller om dette ikke er tilfældet.”* (min fremhævelse)

Med *IMS Health* sker der en radikal præcisering af retstilstanden. Det må formentlig antages, at nægtelse af at give licens på immaterielle rettigheder skal have som resultat, at der hindres et nyt produkt. Dermed sker der en skelnen i beskyttelsesværdien af almindelige ejendomsrettigheder og immaterielle rettigheder. Dernæst udvides muligheden for at pålægge tvangslicens, ved at indsnævre området hvor virksomheden i den dominerende stilling ikke er forpligtet til at give licens.

### 4.5 Microsoft[[285]](#footnote-285)

Som udgangspunkt handler konkurrencesagen mod Microsoft om en nægtelse af adgang til *oplysninger* der er tilknyttet immaterielretligt beskyttet materiale. Oplysningerne er nødvendige for konkurrerende virksomheder, der ønsker ”interoperabilitet” mellem Microsofts PC operatør netværk og deres egne operatør netværk. I dette tilfælde drejede det sig specifikt om arbejdsgruppe servere på et afledt marked. Disse oplysninger drejede sig om tekniske beskrivelser af operatør netværket som en nødvendighed for at få interoperatible arbejdsgruppe servere. Der forelå her både en ophavsretlig og patentretlig beskyttelse. Yderligere drejede det sig om information tilknyttet interoperabilitetsprotokoller. Dette var anset som en forretningshemmelighed.

Sagen mod Microsoft udspringer af en klage til Kommissionen fra en konkurrerende virksomhed, Sun Microsystems Inc. (Sun). Microsoft besad over 90 % af markedet for PC operatør netværk, hvilket er blevet kategoriseret som en ”super dominerende stilling”.[[286]](#footnote-286) Microsoft havde tidligere leveret oplysninger der muliggjorde fuld interoperabilitet, men efter Microsoft selv gik ind på markedet for såkaldte arbejdsgruppe servere, en særlig form for operatør netværk, blev denne ”forsyning” kraftigt reduceret. Sun påstod at Microsoft, i kraft af sin stilling inden for PC operatør systemer, udøvede misbrug af denne stilling ved at nægte øvrige markedsparticipanter adgang til den information, der er ansås for en nødvendighed, såfremt andre konkurrerende skulle kunne fungere på det afledte marked, markedet for arbejdsgruppeservere. Den information som nægtedes udleveret ville give Sun muligheden for at gøre Microsoft arbejdsgruppe servere interoperatible med arbejdsgruppeservere udbudt af blandt andet Sun.

Sagen mod Microsoft havde været behandlet af Kommissionen forud for Rettens behandling.[[287]](#footnote-287) Retten opretholdt imidlertid Kommissionens afgørelse og differentierede ikke markant i sine præmisser fra dem fremsat af Kommissionen. Det skal dog noteres, at Rettens behandling af konflikten ikke vil omfatte en dybdegående økonomisk analyse, som foretaget af Kommissionen. Rettens fremgang er illustreret i præmis 87:

*”… det følger af fast retspraksis, at selv om Fællesskabets retsinstanser generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende traktatens konkurrenceregler er opfyldt, må den kontrol, som de udøver* ***vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses*** *til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller en åbenbar magtfordrejning…”* (Min fremhævelse)

Rettens vurdering er således begrænset til efterprøvelse af formforskrifter, faktiske omstændigheder samt kontrol af skøn og vurdering af magtfordrejning. Dog påtager Retten sig muligheden for at efterprøve de af Kommissionen foretagede økonomiske vurderinger jf. præmis 89. Derfor vil alene Rettens dom blive analyseret, men med inddragelse af Kommissionens afgørelse hvor dette kan bidrage til forståelsen eller pointering af uoverensstemmelser. Slutresultatet er det samme i begge afgørelser.

*Microsoft*  dommen er meget omfangsrig med sine over 1300 præmisser. Dette skyldes blandt andet at Microsofts adfærd strider mod TEUF artikel 102, på to punkter. Det drejer som en overtrædelse af TEUF artikel 102 (b) og (d). I det følgende vil kun blive behandlet de præmisser, der har en tilknytning til denne afhandlings problemfelt.

#### 4.5.1 Rettens afgørelse

I dommens præmis 331 bekræfter Retten, hvad der må antages for en fast praksis, at en dominerende virksomhed der nægter licens på en immateriel rettighed, ikke i sig selv er i strid med TEUF artikel 102, men at det kun er under særlige omstændigheder, at en sådan adfærd vil udgøre misbrug. Domstolen tager udgangspunkt i den eksisterende retspraksis på områder, og forudsætter, at det først og fremmest skal undersøges om de omstændigheder der blev henvist til i *Magill* og *IMS* afgørelserne foreligger jf. præmis 336. Med referencen til, at et hindringen af et nyt produkt ikke er et krav, såfremt der ikke er tale om en immateriel rettighed jf. præmis 334, bekræfter Retten den uheldige skelnen mellem fysiske rettigheder og intellektuelle rettigheder.

I præmisserne 332 og 333 referer Retten til de to ovennævnte afgørelser og anser opfyldelse af de følgende kriterier for en forudsætning for at der kan pålægges tvangslicens:

*”…navnlig følgende omstændigheder skal anses for særlige:*

*– For det første vedrører nægtelsen et produkt eller en tjenesteydelse, som er nødvendig for at udøve en given aktivitet på et beslægtet marked.*

*– For det andet kan nægtelsen føre til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på det beslægtede marked.*

*– For det tredje er nægtelsen til hinder for fremkomsten af nye produkter, som der er en potentiel efterspørgsel efter fra forbrugernes side.*

*Er det blevet påvist, at der foreligger sådanne omstændigheder, vil det udgøre en tilsidesættelse af artikel 102 (82) EF, at indehaveren af en intellektuel ejendomsret, som indtager en dominerende stilling, nægter at meddele en licens, medmindre det er begrundet i objektive forhold.”*

I præmis 335 redegør Retten for, at spørgsmålet om nødvendigheden af et produkt og forudsætningen om et hypotetisk marked bestående forskellige produktionstrin. Retten fastslår at det er den i *IMS Health* anvendte tilgang, som skal lægges til grund.

Rettens behandling af kriteriet om at produktet skal være nødvendigt for at udøve en aktivitet på et afledt marked, fremgår ikke direkte. Derimod hviler Rettens begrundelse på en omfattende teknisk undersøgelse foretaget af Kommissionen, vedrørende nødvendigheden af de pågældende informationer for at kunne opnå interoperabilitet. Retten udtaler i præmis 237, at som en forudsætning for konkurrerende virksomheders operativsystemers funktionalitet med Microsofts operativsystemer, skal de pågældende oplysninger stilles til rådighed. Om disse oplysninger er nødvendige, skal afgøres ud fra to kriterier fastsat i præmis 352:

*”…Kriteriet om nødvendighed kræver, at det undersøges, dels* ***hvor høj en grad af interoperabilitet der er nødvendig*** *for, at en* ***konkurrent bæredygtigt kan forblive på markedet****, dels om de oplysninger, hvortil der nægtes adgang, udgør den* ***eneste økonomisk bæredygtige mulighed*** *for at tilvejebringe denne grad af interoperabilitet.”* (Min fremhævelse)

Hvor det første vilkår, graden af interoperabilitet, er konkret henvendt til de faktuelle omstændigheder i sagen, så er det spørgsmålet om økonomisk bæredygtige muligheder for egenhændigt at tilvejebringe denne interoperabilitet, der kræver opmærksomhed. Spørgsmålet om hvorvidt det er en økonomisk bæredygtig mulighed, selvstændigt innovere de ønskede oplysninger, er en gentagelse af hvad der var indeholdt i kriteriet om nødvendighed, etableret i *Bronner* og *IMS Health*.

Med denne forudsætning fastslået, behandler Retten spørgsmålet om udelukkelse af konkurrence på et beslægtet marked i præmis 560 og frem. I forhold til de forudgående sager der forudsatte at al konkurrence blev elimineret, så er præmis 563 en præcisering af hvad dette kriterium indeholder.[[288]](#footnote-288) Retten udtaler følgende:

*”…ikke nødvendigt at påvise, at enhver konkurrence på markedet vil blive udelukket. Det, der har betydning, …er nemlig, om der er* ***fare, eller sandsynlighed****, for, at afslaget fører til udelukkelse* ***af enhver effektiv*** *konkurrence på markedet. Det skal i den forbindelse understreges, at det ikke tilstrækkeligt til at fastslå,…at den dominerende virksomheds* ***konkurrenter fortsat er marginalt til stede på markedet inden for bestemte »nicher«****.”* (min fremhævelse)

Retten forudsætter en eliminering af *effektiv* konkurrence og tillader derfor mindre niche-virksomheder fortsat at fungere på markedet. Dette bør sammenholdes med Rettens antagelse af at det er tilstrækkeligt, at der blot foreligger en fare eller risiko for at konkurrencen elimineres. Bevismæssigt er det derfor ikke et spørgsmål om faktisk eliminering af konkurrencen, men et spørgsmål om at bevise en adfærd der *kan* eliminere konkurrencen.[[289]](#footnote-289) Enhver anden tilgang vil være imod en logisk anvendelse af TEUF artikel 102, som Retten formulerer det i præmis 561:

*”…Hvis Kommissionen skulle* ***vente, indtil konkurrenterne var fortrængt fra markedet****, eller indtil fortrængningen af dem var umiddelbart forestående, før den kunne gribe ind i medfør af denne bestemmelse, ville det* ***indlysende være i strid med dens formål****…”* (Min fremhævelse)

Formuleringen i præmis 563 er anderledes end den anlagt i *Magill* og præciseret i *IMS Health*, men skal ses i lyset af de forskelle der ligger i de faktiske omstændigheder. Hvor adfærden i to forudgående sager faktisk ekskluderede al konkurrence på det afledte marked, så eksisterer der en marginal konkurrence i *Microsoft*. Det ville ikke være en hensigtsmæssig fortolkning, hvis eksisterende konkurrence skulle fordrives fuldstændig fra et afledt marked, før dette ville kunne anses som en særlig omstændighed.[[290]](#footnote-290) Derfor bør vilkåret om eliminering af effektiv konkurrence alene anvendes, hvor der er tale om et marked, hvor der eksisterer en konkurrence.[[291]](#footnote-291) Dette vilkår må imidlertid siges at indeholde uheldige elementer. Først og fremmest baserer ”nødvendighed” sig på risikoen for udelukkelse af effektiv konkurrence sig på økonomisk bæredygtighed for konkurrenterne og ikke konkret på forbrugervelfærd, som er det erklærede mål jf. afsnit 2.3. Dette kan medføre en forståelse af, at jo mere værdifuld en immateriel rettighed anses at være, desto større risiko er der for at en nægtelse af licens gør det økonomisk ubæredygtigt for konkurrenter at konkurrere. Det kan antages at Retten forudsætter effekten på forbrugerne som en følge af ovenstående ræsonnement.[[292]](#footnote-292)

Retten behandler dernæst spørgsmålet om hvorvidt der skal foreligge et nyt produkt. I det henseende påstår Microsoft, at hvis de nødvendige oplysninger hvortil der ønskes licens videregives, vil dette resultere i en kloning af det produkt som Microsoft udbyder. Hertil gengiver Retten hvad der blev fastlagt af Kommissionen. I præmis 640 udtaler den følgende:

*”…Det relevante spørgsmål er nemlig, om konkurrenterne hovedsageligt vil begrænse sig til at reproducere de eksisterende produkter, indehaveren af den intellektuelle ejendomsret har udviklet. I* ***de produkter, Microsofts konkurrenter udvikler,*** *vil der være implementeret den samme række protokoller som i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, men konkurrenternes produkter* ***vil være******meget anderledes med hensyn til ydelse, sikkerhed og funktionaliteter****…”* (Min fremhævelse)

Retten afviger her fra, at konkretisere om der hindres et decideret nyt produkt ved Microsofts adfærd, men påpeger at det er et spørgsmål om den hindrede ydelse er *anderledes*. Retten udtaler i den forbindelse følgende i præmis 643:

*”Den omstændighed, at den påtalte adfærd forhindrer fremkomsten af nye produkter,* ***skal bedømmes på baggrund af artikel 102 (82), stk. 2, litra b)****, EF, der fastsætter forbud mod misbrug, der består i »begrænsning af produktion, afsætning* ***eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne****«.”* (Min fremhævelse)

Derfor er det tilstrækkeligt, at det produkt der ønskes lanceret, tilbyder en teknisk udvikling i forhold til eksisterende produkter. Retten foretager her en ordlydsfortolkning, hvoraf der kan udledes, at der ikke er et krav om et nyt produkt i TEUF artikel 102 (b), men derimod blot et krav om ikke at begrænse innovation til skade for forbrugerne.[[293]](#footnote-293)

Derefter behandler Retten denne antagelse i lyset af den teoretiske uklarhed der har eksisteret vedrørende nødvendigheden af hindringen af et nyt produkt for at der kan foreligge misbrug, i lyset af tidligere afgørelser. I præmis 647 udtales:

*”****Omstændigheden vedrørende fremkomsten af nye produkter****, således som den blev taget i betragtning i Magill-dommen og IMS Health-dommen… kan* ***ikke være den eneste parameter****, der kan afgøre, om afslag på at meddele licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed kan skade forbrugerne som omhandlet i artikel 102 (82), stk. 2, litra b), EF. Således som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, kan en sådan* ***skade ikke alene forekomme, når der er tale om begrænsning af produktionen*** *eller afsætningen, men* ***også****, når der er tale om* ***begrænsning af den tekniske udvikling****.”* (Min fremhævelse)

Dette har den markante betydning, at i de tidligere afgørelser hvor der har været et krav om hindringen af et nyt produkt, har dette alene været en eksemplificering af hvad der kunne anses for særlige omstændigheder og dermed misbrug. Derfor er det ikke et absolut krav, at adfærden hindrer fremkomsten af et nyt produkt. Det grundlæggende kriterium er, at det kan påvises at adfærden vil få en negativ effekt på forbrugerne. Det ville være forkert at kategorisere dette som en ændring af retspraksis, idet Retten blot specificerer hvad der ikke har været klart ud fra de foregående afgørelser.[[294]](#footnote-294)

Med reference til *Magill* og *IMS* redegør Retten i præmisserne 644-46 for, at afvejningen af om den begrænsning i innovationen er til skade for forbrugerne. Retten bekræfter dermed den antagede effekt-baserede tilgang, som *bør* anvendes ved vurderingen af om der foreligger misbrug. Denne afvejning består i en analytisk vurdering af hvorvidt hindringen af den tekniske udvikling med en negativ effekt på forbrugervelfærden, opvejes af hensynet til Microsofts incitament for adfærden. Retten gennemgår tre trin hvor dette behandles.

For det første fastslås i præmis 650, at nægtelsen af en licens betyder at forbrugerne fastlåses i en homogen anvendelse af Microsofts produkter. Dette resulterer i en konkurrenceforvridning da hindringen af nye produkter tilskynder køb af Microsofts udbudte produkter som en forudsætning for opfyldelse af forbrugernes behov for at have funktionelle arbejdsgruppeservere. Dette er på trods af at andre alternativer kan tilbyde bedre funktioner, men grundet mangel på interoperabilitet og deres marginale tilstedeværelse, anvendes de ikke jf. præmis 650-52.

De to resterende trin som Retten præsenterer i sin afvejning, er den indirekte negative effekt på forbrugerne, som nægtelsen af licens til konkurrenterne forsager. Retten behandler dette i præmis 664:

*”…artikel 102 (82) EF ikke alene vedrører en praksis, som direkte kan forvolde forbrugerne skade, men også adfærdsmåder,* ***som indirekte forvolder dem skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur****…I det foreliggende tilfælde har Microsoft påvirket den effektive konkurrencestruktur på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere* ***ved at erhverve en betydelig markedsandel*** *på dette marked.”*

Set bort fra at Retten nærmest antager, at forbuddet i TEUF artikel 102 omfatter virksomheder der alene besidder en høj markedsandel,[[295]](#footnote-295) så kan der udledes at den markedsmæssige fordel der tilkommer Microsoft ved ikke at give licens, afskrækker konkurrerende virksomheder fra at innovere, da det vil være bekostningsfuldt at udvikle et tilsvarende konkurrencedygtigt system. Resultatet heraf er til skade for forbrugere som ønsker fuld interoperabilitet med andre arbejdsgruppeservere end Microsofts udbudte jf. præmis 653-55.[[296]](#footnote-296) Retten forudsætter derfor også, at de egenskaber som de konkurrerende virksomheder vil kunne tilbyde, hvis der var adgang til Microsofts oplysninger, ikke ville resultere i kloning, men derimod et produkt med alternative egenskaber jf. præmis 656. At kravet om et nyt produkt, ses modificeret i denne sag er således ikke en ændring i retspraksis, men en modifikation i forhold til den givne adfærd udvist af Microsoft ud fra de givne faktiske omstændigheder. Det kan derfor antages, at ved faktiske omstændigheder som forelå i *Magill* og *IMS*, vil produktkravet skulle vurderes med en restriktiv tilgang, som forelå i disse sager.[[297]](#footnote-297)

I forlængelse heraf behandler Retten i præmis 659 spørgsmålet om den objektive undtagelsesmulighed, som det andet lod i vægtskålen vedrørende den afbalancerede effekt på forbrugerne.

Bevisbyrden herfor fastslås i præmis 688, hvor Retten udtaler at det er den berørte virksomhed, Microsoft, der skal løfte denne bevisbyrde ved at fremlægge argumenter og beviser. Microsoft fremlægger et toleddet argument der søger at begrunde fritagelsen fra licens. Argumentationens opbygning ses i præmis 689:

*”Som anført i betragtning 709 til den anfægtede beslutning, og således som Microsoft udtrykkeligt bekræfter i stævningen, har Microsoft i det foreliggende tilfælde kun* ***påberåbt sig som begrundelse for sin adfærd, at den omtvistede teknologi er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder****. Microsoft har nærmere anført herom, at en forpligtelse til at give tredjemand adgang til denne teknologi,* ***ville »fratage selskabets dets tilskyndelser til at investere i at skabe intellektuel ejendom i fremtiden****« …Desuden har Microsoft anført i replikken, at teknologien er hemmelig, af stor værdi og indeholder betydningsfuld innovation”* (Min fremhævelse)

Retten afviser det første led med følgende argument i præmis 690:

*”…Microsofts opfattelse er uforenelig med begrundelsen for den undtagelse, der anerkendes i retspraksis på området til gavn for den frie konkurrence, idet* ***undtagelsen aldrig ville kunne gælde, hvis blot dette at være indehaver af intellektuelle ejendomsrettigheder i sig selv kunne udgøre en objektiv begrundelse for at nægte at meddele licens.*** *Afslag på at give licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed ville således aldrig kunne anses for at udgøre en tilsidesættelse af artikel 102 (82) EF, skønt Domstolen netop fastslog det modsatte i Magill-dommen og IMS Health-dommen…”* (Min fremhævelse)

Det andet led afvises i præmis 693 med følgende begrundelse:

*”...Endvidere kan Microsoft ikke på én gang påberåbe sig interoperabilitetsoplysningernes angiveligt hemmelige karakter som begrundelse for, at selskabet ikke er forpligtet til at fremlægge dem...”*

Retten afviser argumentet med en begrundelse der støtter sig på Microsofts upræcise, mangelfulde og teoretisk anlagte argumentation jf. præmis 698. Netop denne begrundelse rejser et problem, da det først og fremmest er uklart til hvilken detaljeringsgrad der kræves bevisførelse. Dernæst adskiller netop denne begrundelse sig fra hvad Kommissionen angav.[[298]](#footnote-298) Det fremgår af Kommissionens afgørelse i præmis 783:

*”…at afslag på at fremlægge oplysninger, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, udgør en tilsidesættelse af artikel 102 (82) EF, hvis den* ***negative indvirkning på den dominerende virksomheds tilskyndelser til at innovere alt taget i betragtning opvejes af den positive indvirkning*** *på innovationen inden for sektoren som helhed…”* (Min fremhævelse)

Hvor Retten vælger en mere legalistisk tilgang i form af den afgørende vægt på bevisbyrden, så må den metodiske tilgang anlagt af Kommissionen anses for korrekt, da hensigten herved var at afgøre om hvorvidt den påståede negative effekt på Microsofts incitament for innovation, opvejede de særlige omstændigheder der foreligger i sagen. Retten søger i præmis 705-10, at forklare hvad Kommissionen egentlig sagde, men udfaldet er beskrevet som et uklart og kluntet forsøg på at (bort)forklare at Kommissionen egentlig også antog en legalistisk tilgang.[[299]](#footnote-299)

Kommissionens tilgang er derfor i overensstemmelse med formålet for konkurrenceretten. Resultatet er det samme, men metoden forskellig og Rettens argument, kan give en uheldig opfattelse af den *ønskede* metode ved anvendelse af essential facility doktrinen.[[300]](#footnote-300) At behandle kriteriet om objektiv berettigelse på denne formalistiske måde, kan have det resultat at en adfærd, der ud fra en effekt-baseret tilgang, kan blive tilsidesat grundet tilsyneladende mangelfulde argumenter og bevisførelse.[[301]](#footnote-301) Retten undlader desuden på denne baggrund, at behandle Microsofts argument om at en tvangslicens vil hindre fremtidig innovation. At bevisbyrden er (for) tung til at effekten på virksomhedens eget incitament ikke tages i betragtning, må beklageligvis have en negativ effekt på incitamentet for at innovere.[[302]](#footnote-302)

*Microsoft* er på mange punkter en afgørelse der foretager nogle præciseringer af retspraksis. Først anlægges et modificeret krav til elimineringen af konkurrence, hvor det fastslås at under faktiske omstændigheder, som i *Microsoft*, så er der tale om en eliminering af effektiv konkurrence. Yderligere, og hvad der har skabt størst uoverensstemmelse i litteraturen, så er det afvisningen af et krav om hindringen af et nyt produkt. Kriterierne fra *Magill* og *IMS Health* er ikke kumulative krav for at pålægge en tvangslicens. *Microsoft* illustrerer at andre typer af adfærd kan udgøre særlige omstændigheder.

#### 4.5.1 Følger af Microsoft afgørelsen

##### 4.5.1.1 Skelnen mellem typer af immaterielle rettigheder

Det fremgår af præmis 667, at Microsoft argumenterede for at dele af de oplysninger der skulle fremlægges, var kategoriseret som forretningshemmeligheder. Set i dette lys skaber Rettens præmis 280, som en bekræftelse af Kommissionens afgørelse, en uheldig situation:

*”…****ingen måde indlysende, at »forretningshemmeligheder« og »lovskabte« intellektuelle ejendomsrettigheder kan sidestilles****, således som Microsoft har gjort gældende. Retspraksis vedrørende pligt til at give licens omfatter som sådan ikke forretningshemmeligheder, og sådanne nyder i national ret normalt en mere begrænset beskyttelse end ophavsret og patenter. Selv om der er en* ***formodning om, at det er lovligt at nægte at give licens til udnyttelse af en »lovskabt« intellektuel ejendomsrettighed, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt det i relation til konkurrenceretten er lovligt at nægte at afsløre en hemmelighed, der udelukkende består som følge en ensidig forretningsmæssig beslutning, snarere af omstændighederne i det pågældende tilfælde, herunder navnlig de interesser, der står på spil.*** *I det foreliggende tilfælde beror værdien af den pågældende »hemmelighed« ikke på, at den vedrører innovation, men at den tilhører en dominerende virksomhed.”*

Retten bekræfter dermed hvad er var antaget af Kommissionen, at forretningshemmeligheder ikke er underlagt samme stringente krav for pålæggelse af tvangslicens, som øvrige immaterielle rettigheder. Dette kan virke omsonst idet Retten netop i ovenstående præmis anerkender, at spørgsmålet afhænger af de interesser der står på spil.

Som følge af det i afsnit 2.1 diskuterede område om forretningshemmeligheder, vil der i det følgende blive illustreret *Microsoft* afgørelsens skelnen mellem traditionelle immaterielle rettigheder, som ophavsret og patent, og forretningshemmeligheder. Denne skelnen vil blive behandlet ud fra en kritisk analyse, hvor forudsætningen for denne analyse, vil være den ”korrekte” behandling af Microsofts objektiv begrundelse for fritagelse for licens. Dette er tilgangen der ser på effekten for forbrugerne som fremsat af Kommissionen ret oven for i præmis 783.

Ud fra denne afvejning i Kommissionens afgørelse, ligger der implicit en anerkendelse af, at Microsofts immaterielle rettigheder, heri inkluderet forretningshemmeligheder, bærer en værdi og dermed også at interesser står på spil.[[303]](#footnote-303) Det er nærliggende at antage, at Retten ikke anser Kommissionens anerkendelse af både forretningshemmeligheder og øvrige immaterielle rettigheder værdi, som forkert. Både Retten og Kommissionen afviser, at den udviste adfærd har en positiv effekt på forbrugerne og dermed opvejer den konkurrenceforvridende adfærd.

Dermed er der differentieret mellem beskyttelsesværdigheden af forretningshemmeligheder og øvrige immaterielle rettigheder, på trods af at begge indeholder en økonomisk værdi.

Kommissionen har adopteret denne skelnen i deres ”discussion paper”,[[304]](#footnote-304) som gik forud for vejledningen om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 102 (82) på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd. I artikel 241 beskriver Kommissionen, at hvis en virksomhed i en dominerende stilling, nægter adgang til oplysninger, der kan sikre interoperabilitet og dermed adgang til et afledt marked, kan dette udgøre misbrug efter TEUF artikel 102. I artikel 242 tilføjes, at selv hvis sådanne oplysninger anses for forretningshemmeligheder, vil der ikke skulle anlægges de samme høje krav for pålæggelse af tvangslicens, sammenlignet med øvrige immaterielle rettigheder. Hvor Kommissionen i artikel 237-40 har redegjort for hvordan der kan pålægges tvangslicens efter kriterierne i essential facility doktrinen, så er det uklart hvor lavt baren er sænket for at påtvinge at videregive forretningshemmeligheder.

Betydningen heraf må formentlig være at det vil være nemmere for potentielle konkurrenter, at få adgang til forretningshemmeligheder end for eksempel licens til en ophavsret. Hvor både forretningshemmeligheder og andre immaterielle rettigheder kan være svære at værdiansætte, så er prisen i begge situationer, at muligheden for at blive pålagt en tvangslicens har en negativ effekt på incitamentet for innovation, hvilket kan påvirke forbrugerne negativt. Hertil kommer at en forretningshemmelighed vil blive værdiløs, hvis der kan pålægges udlevering til konkurrerende virksomheder under lempelige kriterier. Dette ræsonnement syntes Kommissionen at have overset.[[305]](#footnote-305)

Denne tilgang er ligeledes bemærkelsesværdigt, ud fra at Kommissionen i artikel 245 udtaler at en virksomhed i en dominerende stilling, kan forbeholde sig et afledt marked ved for eksempel besiddelse af et patent *eller* knowhow.[[306]](#footnote-306) Dette er en sidestillelse af de to typer af rettigheder, der ikke harmonerer med ovenstående. Yderligere ses denne sidestillelse direkte behandlet i Kommissionens forordning om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (101, stk.3), på kategorier af teknologioverførselsaftaler, hvor der fremgår direkte af artikel 1litra g) at:

*”****intellektuelle ejendomsrettigheder: omfatter også*** *industrielle ejendomsrettigheder,* ***knowhow****, ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder”* (Min fremhævelse)

Denne skelnen mellem at forretningshemmeligheder alene kan anses for immaterielle rettigheder under artikel 101 men ikke under artikel 102, syntes forket.[[307]](#footnote-307) Dog skal denne slutning ses i lyset af den begrænsede retskildeværdi, som Kommissionens ”discussion paper” udgør samt det faktum, at den ovenfor behandlede skelnen ikke blev inddraget i den følgende meddelelse. På baggrund af dette, må det dog stadig anses som en usikker retsstilling der foreligger for netop forretningshemmeligheder.

##### 4.5.1.2 Behandling af tvangslicens i soft law

Som følge af den ovenfor gennemgåede retspraksis udstedte Kommissionen i 2009, som nævnt tidligere, en meddelelse vedrørende behandlingen af leveringsnægtelse. Denne vil blive behandlet i det følgende, med det formål at illustrere hvordan Kommissionen mener retsstillingen *bør* opfattes.

Som en kodificering af retspraksis, fremgår det af artikel 76, at Kommissionen alene ser sig alene i stand til at håndhæve TEUF artikel 102, på situationer hvor virksomheden i den dominerende stilling hindrer konkurrencen på et afledt marked. Jf. artikel 78 gælder dette for både eksisterende samt potentielle nye konkurrenter. Derimod foretages der ikke en skelnen mellem hvilken type ejendomsrettighed der skal hindres på dette marked. Ud fra ordlyden af artiklen adskiller denne sig derfor fra retspraksis på området.

I artikel 81 opstilles en test, som Kommissionen skal se opfyldt, for at der ske en håndhævelse af TEUF artikel 102. Den lyder som følger:

* *nægtelsen vedrører et produkt eller en tjeneste, der objektivt set er en nødvendig forudsætning for, at virksomheden kan konkurrere effektivt på et downstream-marked*
* *nægtelsen vil kunne udelukke den effektive konkurrence på downstream-markedet, og*
* *nægtelsen vil kunne skade forbrugerne.*

De første to punkter behandles i artiklerne 83-85 og indeholder en reference til den forudgående retspraksis. Det antages derfor, at der på disse punkter er overensstemmelse mellem soft law og retspraksis. Derimod adskiller det tredje punkt sig fra den forudgående retspraksis. Dette ses bedst illustreret ud fra ordlyden af artikel 86, der lyder som følger:

*”Når Kommissionen undersøger, hvilken indvirkning leveringsnægtelse vil kunne få på forbrugernes velfærd, vil den se på, om de negative konsekvenser, som leveringsnægtelse på det relevante marked vil kunne få for forbrugerne,* ***over tid*** *vil kunne opveje de negative konsekvenser…”* (Min fremhævelse)

Kommissionen anser her den afbalancerede tilgang, for at indeholde hensyn til virksomhedens fremtidige incitament til at innovere og hvordan en negativ effekt ved pålæggelse af tvangslicens kan resultere i større skade på forbrugerne over tid – en *ex ante* vurdering.[[308]](#footnote-308) Dette er en tilgang der ikke er blevet behandlet direkte i den forudgående retspraksis. Derimod afviste Retten i *Microsoft*, at behandle Microsofts anbringende om netop dette aspekt. Hvor retspraksis dermed har fokuseret på den umiddelbare effekt på konkurrenterne, så antager Kommissionen en mere effekt-baseret tilgang til denne vurdering der inddrager en langsigtet effekt af adfærden på forbrugerne[[309]](#footnote-309) I den senere sag *Intel,* udtaler Kommissionen i præmis 916, at den fremover agter at følge retningslinjerne i meddelelsen. Derfor kan det sluttes at den effekt-baserede tilgang bliver den eneste vej for Kommissionen. Om Retten og EU Domstolen følger trop, vil afhænge af mulig kommende praksis.[[310]](#footnote-310)

## 5. Konklusion

Forholdet mellem EU konkurrenceretten og immaterielretten er en konflikt, der har eksisteret siden fællesskabsretten introducerede konkurrenceretlig lovgivning. Usikkerheden opstår grundet de to modsatrettede midler, som retsområderne anvender til at regulere det frie marked.

Ved konflikter hvor principperne mellem de to retsområder kolliderer, er det udgangspunktet at der skal foretages en behandling efter TEUF og ikke immaterielretlig lovgivning. Dette er et formodet udgangspunkt, da tilkomsten af den folkeretlige traktat, TRIPS, har sået en tvivl om dette er den korrekte fremgangsmåde i alle situationer. Uanset hvilken tilgang der anvendes, så vil metoden i sidste ende pege på at den materielle del af konflikten løses efter TEUF. Når der specifikt er tale om pålæggelse af en tvangslicens, som følge af en virksomheds nægtelse af at give licens, så skal essential facility doktrinen anvendes.

Retstilstanden ved anvendelsen af essential facility doktrinen som vurdering af om der kan pålægges tvangslicens, tegner et billede af, at der sjældent er tvivl om hvorvidt en virksomhed er dominerende eller ej. Konflikten består nærmere i om hvorvidt en adfærd kan kategoriseres som misbrug.

Ved tilfælde af misbrug, skal der skelnes mellem om hvorvidt den dominerende virksomhed driver eksisterende konkurrenter ud af markedet eller om den ekskluderer potentielle konkurrenter.

Det er gennemgående for begge tilfælde, at der skal være tale om nægtelsen af et nødvendigt produkt. Denne nægtelse skal resultere i eliminering af al konkurrence på et afledt marked, for potentielle konkurrenter. Derimod så kræves der alene eliminering af effektiv konkurrence for eksisterende konkurrenter. Yderligere er det i begge situationer formentlig tilstrækkeligt, at der sker en hindring af teknologisk udvikling, og slutteligt må ingen af ovenstående kriterier være objektivt berettiget.

Den objektive berettigelse er i retspraksis foretaget efter en form-baseret tilgang, hvilket ikke harmonerer med målsætningen for EU konkurrenceretten. Derimod er den ønskede effekt-baserede tilgang anvendt af Kommissionen og set gengivet i soft law.

Retstilstanden har undergået en udvikling fra sag til sag, hvor der gentagende gange modificeres og præciseres på eksisterende principper, hvilket har og er med til at gøre området usikkert. Det kan derfor konkluderes, at usikkerheden på området er begrundet, da de dømmende instanser varierer indholdet essential facility doktrinen efter en sags faktiske omstændigheder. Grundet den vidtrækkende konsekvens i form af frarøvelse af en eksklusivret, som en tvangslicens har, er det uheldigt, at der ikke eksisterer en fastlagt behandling af retsområdet.

## 6. English Summary

Intellectual property rights and competition law are two different areas of law which are both constituents of the European Union’s internal market. On the surface they seem to be contradictory as competition law is pursuing to prevent anti-competitive actions by promoting unrestricted competition, whereas intellectual property rights grants monopoly rights to the possessor. Thus, competition law seems to be the ultimate restraint on intellectual property rights. However, it is argued that the two areas of law have a common goal, assumed to be promotion of consumer welfare, and, therefore, are to be considered complementary.

The purpose of this thesis is to examine how a dispute should be assessed, where the merits of the dispute is regarding a company in a dominant position who by refusing to license its intellectual property rights is committing an alleged abuse, and, therefore, in contradiction with TFEU article 102.

It is examined how competition law is a second tier of regulation of the exercise of intellectual property rights and that the legal framework for the competition authority to assess the dispute should be through EU competition law.

The case law of the Commission illustrates that in cases where there is a refusal to license, it can be forced upon the company if the product to which access is refused is considered to be essential for the competitors on a downstream market. This has evolved into the “essential facility doctrine”. The analysis will examine how this doctrine is applied to case law in order to clarify whether or not there is legal certainty regarding compulsory licenses. This is a crucial matter as the result of a compulsory license is to the detriment of the possessor of the intellectual property rights.

The analysis will show that the prevailing view is that the assumed legal uncertainty is not unfounded. The reason for this can be found in the constant evolvement of competition law and the diversity of the facts in the cases applied to the courts. Therefore, the exact circumstances which must be present in order to apply a compulsory license remain unanswered.

## 7. Litteraturliste

**Bøger**

|  |  |
| --- | --- |
| Anderman, Steven mfl. | “EU competition law and intellectual property rights”, 2. udgave, 2011, Oxford University Press |
| Anderman, Steven | “Intellectual property rights and competition policy”, 2007, Cambridge University Press |
| Blegvad, Mogens mfl. | “Festskrift til Alf Ross”, 1969, Juristforbundets forlag |
| Blume, Peter | “Juridisk metodelære”, 5. Udgave, 2009, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Carvalho, Nuno Pires de | ”The TRIPS regime of patent rights”, 2. udgave, 2005, Kluwer Law International |
| Danielsen, Jens Hartig mfl. | “Festskrift til Jens Fejø”, 2012, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Dinwoodie, Graeme B, mfl. | ”A neofederalist vision of TRIPS”, 2012, Oxford University Press |
| Fejø, Jens | ”EU-konkurrenceret”, 4. udgave, 2009, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Germer, Peter | ”Statsforfatningsret”, 4. udgave, 2007, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Germer, Peter | ”Indledning til folkeretten”, 3. udgave, 2004, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Heide-Jørgensen, Caroline mfl. | “Konkurrenceretten I EU”, 3. udgave, 2009, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Iversen, Bent mfl. | ”Dansk erhvervsret – en lærebog”, 9. udgave, 2010, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Iversen, Bent mfl. | “Regulering af konkurrence i EU”, 2. udgave, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Jones, Alison mfl. | “EU competition law”, 4. udgave, 2011, Oxford University Press |
| Käseberg, Thorsten | ”Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and the US, 2012”, Hart Publishing |
| Lomio, Paul j. mfl. | ”Legal research methods in a modern world”, 2011, DJØF publishing |
| Madsen, Palle Bo | ”Markedsret – del 1: Konkurrencebegrænsningsret”, 5. udgave, 2006, DJØF Forlag |
| Madsen, Palle Bo | ”Markedsret – del 3: Immaterielret”, 5. udgave, 2008, DJOF Forlag |
| Ross, Alf | ”Om ret og retfærdighed”, 1966, Nyt Nordisk Forlag |
| Schovsbo, Jens | “Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten”, 1996, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Sørensen, Karsten Engsig mfl. | ”EU-retten”, 5. udgave, 2010, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Tritton, Guy mfl. | ”Intellectual property in Europe”, 3. udgave, 2008, Sweet & Maxwell |
| Wegener, Morten | “Juridisk metode”, 3. udgave, 2000, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag |
| Williams, Glenville | ”Learning the law”, 14. udgave, 2010, Sweet & Maxwell |

**Artikler**

|  |  |
| --- | --- |
| Alborn, Christian mfl. | “The logics and limits of the “exceptional circumstances test” in *Magill* and *IMS Health*”, 2005, Fordham International Law Journal, 1109 |
| Bergqvist, Christian | “Konkurrencesagen mod Microsoft”, 2008, U.2008B.103 |
| Bronckers, Marco | “The effect of WTO in European court litigation”, 2005, Texas international law journal, 443 |
| Czapracka, Katarzyna | “Antitrust and trade secrets: the U.S and the EU approach”, 2008, Santa Clara Computer and High – Technology law journal, 207 |
| Czapracka, Katarzyna | “Where antitrust ends and IP begins – on the roots of the transatlantic clashes”, 2007, Yale journal of law and technology, 44 |
| Devlin, Alan mfl. | “Microsoft´s five fatal flaws”, 2009, Columbia Business law review, 67 |
| Eilmansberger, Thomas | “The essential facilities doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft”, 2005, Kings College Law Journal, 329 |
| Evrard, Sebastien j. | “Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond”, 2004, Columbian Journal of European Law, 10 |
| Fitzgerald, Darren | “Magill revisited”, 1998, European Intellectual property review, 154 |
| Hatzopoulos, Vassilis | “Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH, Judgment of the Fifth Chamber of 29 April”, 2004, Common market law review, 41 |
| Houdijk, Joost | “The IMS Health ruling: Some Thoughts on its Significance for Legal Practice and its Consequences for Future Cases such as Microsoft”, 2005, European Business Organization law review, 6 |
| Lang, John T. mfl | “Compulsory licensing of intellectual property in European community antitrust law”, 2002, For the department of justice/federal trade commission hearings, Washington DC |
| Lemeley, Mark A. | “The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights”, 2008, Stanford law review, 311 |
| Lidgaard, Hans Henrik mfl. | “The CFI Microsoft judgement and TRIPS competition flexibilities”, 2008, International Trade Law journal, 41 |
| Maher, Imelda | “The interface of EC competition law and intellectual property rights: the essential and the creative”, 2005, Cambridge Year Book on European Legal Studies, 7 |
| O´Hanlon, Edmond | “Refusal to supply jurisprudence in European competition law since Oscar Bronner”, 2006, Trinity College law Review, 9 |
| Stefan, Oana | “Hybridity before the court: a hard look at soft law in the EU competition and stateaid case law”, 2012, European law review, 49 |
| Squitieri, Mauro | “Refusal to license under European Union competition law after Microsoft”, 2012, The Journal of International Business & Law, 65 |

**Retspraksis**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| EU Domstolen: | Retten i første instans: | Kommissionen: |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Forenede sager 56/64 og 58/64, *Établissement Connsten S.ár.l.,/ Grundig-Verkaufs GmbH mod Kommissionen* | T-69/89, *Radio Telefis Éireann mod Kommissionen.* | Kommissionens beslutning af 29. Juli 1987, *BBI/Boosey & Hawkes* |
| C-24/67, *Parke, Davis and Co. mod Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm* | T-7/89, *Hercules Chemicals mod Kommissionen.* | Kommissionens afgørelse af 11. juni 1992, *Sealink/B&I - Holyhead* |
| C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH og Metro-SB-Grossmärkete GmbH.* | T-30/89, *Hilti AG mod Kommissionen* | Kommissionens beslutning af 21. december 1993, *Sea Containers ltd/Stena sealink* |
| C-6/72, *Europe Emballage Corporation & Continental Can Company Inc.* | T-83/91, *Tetra Pak Rausing mod Kommissionen* | Kommissionens beslutning af 21. December 1993, *Port of Rødby mod Denmark.* |
| Forenede sager C-6/73 og 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa og Commercial Solvents Copr. Mod Kommissionen* | T-504/93, *Tierce Ladbrokes SA mod Kommissionen* | Kommissionens afgørelse af 3. Juli 2001, *NDC Health/IMS Health* |
| C-15/74, *Centrafarm BV og Adriaan de Pijper mod Sterling Drug Inc.* | Forenede sager T-213/01 og T-214/01, *Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft mod Kommissionen* | Kommissionens afgørelse af 24. Marts 2004, *Microsoft* |
| C-27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal BV mod Kommissionen* | T- 184/01 R, *IMS Health inc. mod Kommissionen* | Kommissionens afgørelse af 13. Maj 2009, *Intel* |
| C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG mod Kommissionen* | T-340/03, *France Télécom SA mod Kommissionen.* |  |
| C-104/81, *Hauptzollamt Mainz mod C.A. Kupferberg & Cie KG.* | T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*. |  |
| C-322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mod Kommissionen* |  |  |
| C-311/84, *Centre Belge d´Etudes du Marché-Télémarkeeting mod Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA* |  |
| C-62/86, *AKZO Chemie BV mod Kommissionen* |  |  |
| C-238/87, *AB Volvo mod Erik Veng* |  |  |
| Forenede sager C-92/92 og C-326/92, *Phil Collins mod Imtrat Handelsgeselleschaft mbH.* |  |  |
| C-149/96, *Den portugisiske republik mod Rådet for den Europæiske Union* |  |  |
| C-7/97, *Oscar Bronner mod Mediaprint* |  |  |
| C-27/00 og C-122/00, *Omega Air mod Irish Aviation Authority* |  |  |
| C-418/01, *IMS Health GmbH & Co OHG mod NDC Health GmbH & Co KG* |  |  |
| C-95/04, *British Airways mod EU Kommissionen* |  |  |
| C-501/06 P, *Kommissionen mod GlaxoSmithKline Services Unlimited.* |  |  |

1. Jf. Thomas Riis og Jens Schovsbo i: Festskrift til Jens Fejø, side 412. [↑](#footnote-ref-1)
2. Jf. Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten, side 10ff. [↑](#footnote-ref-2)
3. Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten. [↑](#footnote-ref-3)
4. Schovsbo beskriver på side 12 internalisering, i denne kontekst, som immaterielretlige normers inkorporering i konkurrencemæssige hensyn ved en behandling af konflikter. Dermed vil spændingsfeltet mellem retsområderne blive udlignet. [↑](#footnote-ref-4)
5. Jf. J. Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten, side 44. [↑](#footnote-ref-5)
6. Schovsbo beskriver tværfortolkning som fortolkning af et grænseområde, der fortolkes ved brug af to forskellige regelsæt. I dette tilfælde henholdsvis immaterielretten og konkurrenceretten. [↑](#footnote-ref-6)
7. Jf. Christian Alborn mfl.: The essential facilities doctrine under art. 82: What is the state of affairs after IMS health and Microsoft, side 330. [↑](#footnote-ref-7)
8. Jf. John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property in European community antitrust law, side 20. [↑](#footnote-ref-8)
9. Jf. Palle Bo Madsen: Markedsret – del 3, side 25. [↑](#footnote-ref-9)
10. Jf. W.E. v. Eyben: Festskrift til Alf Ross, side 97. [↑](#footnote-ref-10)
11. Traktat om den europæiske unions funktionsområde, underskrevet 13. december 2007. [↑](#footnote-ref-11)
12. Jf. Alf Ross: Om ret og retfærdighed, side 91ff [↑](#footnote-ref-12)
13. Jf. Peter Blume: Juridiske metodelære, side 69. [↑](#footnote-ref-13)
14. Forordninger, direktiver, beslutninger og henstillinger. [↑](#footnote-ref-14)
15. Anderledes i den danske afgørelse U.1998.800 H, hvor Højesteret accepterede EU rettens forrang, men under det forbehold, at grundlovsfæstede rettigheder ikke er underlagt denne forrang. Om denne afgørelse er korrekt, er omdiskuteret i juridisk litteratur, men problemet er omgået ved at inkorporere medlemsstaternes grundlovsfæstede rettigheder i EU retten jf. Karsten Engsig Sørensen mfl.: EU-retten, side 171ff. [↑](#footnote-ref-15)
16. Jf. J. Paul Lomio mfl.: Legal research methods in a modern world; A coursebook, side 22. [↑](#footnote-ref-16)
17. Jf. Karsten Engisg Sørensen mfl.: EU-retten, side 124. [↑](#footnote-ref-17)
18. Jf. Morten Wegener: Juridisk metode, side 215. [↑](#footnote-ref-18)
19. Jf. Glanville Williams: Learning the law, side 93 og Alf Ross; Om ret og retfærdighed, side 102. [↑](#footnote-ref-19)
20. Jf. Karsten Engsig Sørensen mfl.: EU-retten, side 123. [↑](#footnote-ref-20)
21. Jf. Morten Wegener: Juridisk metode, side 219. [↑](#footnote-ref-21)
22. Jf. Caroline Heide-Jørgensens mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 27. [↑](#footnote-ref-22)
23. J. Paul Lomio definerer ”soft law” som omfattende blandt andet; Hvidbøger, grønbøger, kommissionsudtalelser og lovkommentarer. [↑](#footnote-ref-23)
24. Jf. J. Paul Lomio mfl.: Legal research methods in a modern world; A coursebook, side 300. [↑](#footnote-ref-24)
25. Jf. Oana Stefan: Hybridity before the court: a hard look at soft law in the EU competition and state

    aid case law, side 51. [↑](#footnote-ref-25)
26. Jf. Oana Stefan: Hybridity before the court: a hard look at soft law in the EU competition and state

    aid case law, side 57. Modsat tilgang ses I Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 27. [↑](#footnote-ref-26)
27. T-7/89 *Hercules Chemicals mod Kommissionen.* [↑](#footnote-ref-27)
28. jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 539. [↑](#footnote-ref-28)
29. Jf. Morten Wegener: Juridisk metode, side 217 og Alf Ross: Om ret og retfærdighed, side 421. [↑](#footnote-ref-29)
30. Jf. W.E. von Eyben i: Festskrift til Alf Ross, side 100. [↑](#footnote-ref-30)
31. Jf. Morten Wegener: Juridisk metode, side 155ff. [↑](#footnote-ref-31)
32. C-104/81, *Hauptzollamt Mainz mod C.A. Kupferberg & Cie KG.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Immaterielle rettigheder som en intellektuel nyskabelse fremgår direkte af den engelske terminologi herfor, hvor ordet ”intellectual property rights” anvendes. [↑](#footnote-ref-33)
34. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 9. [↑](#footnote-ref-34)
35. Jf. Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten, side 10. [↑](#footnote-ref-35)
36. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 581. [↑](#footnote-ref-36)
37. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 992. [↑](#footnote-ref-37)
38. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 10ff. [↑](#footnote-ref-38)
39. Jf. Nuno Pires de Carvalho: The TRIPS regime of patent rights, side 165ff og TRIPS artikel 9. [↑](#footnote-ref-39)
40. Jf. Morten Wegener i Bent Iversens: Dansk erhvervsret – en lærebog, side 287ff. [↑](#footnote-ref-40)
41. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 7ff. [↑](#footnote-ref-41)
42. Jf. Nuno Pires de Carvalho: The TRIPS regime of patent rights, side 165ff. [↑](#footnote-ref-42)
43. Jf. Morten Wegener i Bent Iversens: Dansk erhvervsret – en lærebog, side 306ff. [↑](#footnote-ref-43)
44. Europæiske Patentkonvention af 5. oktober 1973. [↑](#footnote-ref-44)
45. Jf. Morten Wegener i Bent Iversens: Dansk erhvervsret – en lærebog, side 309. [↑](#footnote-ref-45)
46. Jf. Steven Anderman: Intellectual property rights and competition policy, side 16. [↑](#footnote-ref-46)
47. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 63ff. [↑](#footnote-ref-47)
48. Jf. Morten Wegener i Bent Iversens: Dansk erhvervsret – en lærebog, side 290ff. [↑](#footnote-ref-48)
49. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 11. [↑](#footnote-ref-49)
50. Jf. Katarzyna Czapracka: Antitrust and trade secrets; the U.S. and the EU approach, side 208. [↑](#footnote-ref-50)
51. jf. Nuno Pires de Carvalho: The TRIPS regime of patent rights, side 389. [↑](#footnote-ref-51)
52. World Trade Organisation [↑](#footnote-ref-52)
53. Rådets afgørelse af 1994-12-22 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (94/800). [↑](#footnote-ref-53)
54. Jf. Graeme B. Dinwoodie: A neofederalist vision of TRIPS, side 6. [↑](#footnote-ref-54)
55. Jf. Katarzyna Czapracka: Antitrust and trade secrets; the U.S. and the EU approach, side 216. [↑](#footnote-ref-55)
56. Jf. Mark Lemley: The surprising virtues of treating trade secrets as IP rights, side 315. [↑](#footnote-ref-56)
57. I C-62/86, *AKZO Chemie BV mod Kommissionen*, præmis 28 udtalte Domstolen følgende: ”*Forretningshemmeligheder er således sikret en helt særlig beskyttelse…”.* [↑](#footnote-ref-57)
58. Jf. Nuno Pires De Cavalho: The TRIPS regime of patent rights, side 122. [↑](#footnote-ref-58)
59. TRIPS og dermed artiklen findes *ikke* i en officiel dansk oversættelse. Den engelske ordlyd lyder som følger: ”The Protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to balance of rights and obligations”. [↑](#footnote-ref-59)
60. Jf. Nuno Pires de Carvalho: The TRIPS regime of patent rights, side 131ff. [↑](#footnote-ref-60)
61. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 256. [↑](#footnote-ref-61)
62. Jf. Guy Tritton mfl.: Intelectual property in Europe, side 1032. [↑](#footnote-ref-62)
63. Rådets afgørelse af 22. december 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi. [↑](#footnote-ref-63)
64. C-149/96, *Portugal mod Rådet*. Princippet blev bekræftet i de forenede sager C-27/00 og C-122/00, *Omega Air.*  [↑](#footnote-ref-64)
65. Jf. Marco Bronckers: The effect of the WTO in European Court litigation, side 445. [↑](#footnote-ref-65)
66. Se nærmere i afsnit 4.5 [↑](#footnote-ref-66)
67. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 256f. [↑](#footnote-ref-67)
68. Jf. Nærmere herom i afsnit 4.5. [↑](#footnote-ref-68)
69. Jf. Hans Henrik Lidgaard mfl.: The CFI Microsoft judgement and TRIPS competition flexibilities, side 49. [↑](#footnote-ref-69)
70. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1034. [↑](#footnote-ref-70)
71. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and the US, side 27f. [↑](#footnote-ref-71)
72. Jf. Peter Germer: Statsforfatniningsret, side 270ff. [↑](#footnote-ref-72)
73. Den europæiske unions charter om grundlæggende rettigheder art. 17, stk. 1, yder en beskyttelse for lovligt erhvervet ejendom og frarøvelse heraf kan alene ske såfremt dette sker efter de betingelser der er fremsat ved lov og mod en proportional erstatning. Artikel 17, stk. 2 inkluderer immaterielle rettigheder under ovenstående beskyttelse. Ved Lissabontraktatens tiltrædelse, blev charteret gjort juridisk bindende hvorfor der ligeldes findes en beskyttelse af retten til at besidde immaterielle rettigheder heri jf. Karsten Engsig Sørensen mfl.: EU-retten, side 35. [↑](#footnote-ref-73)
74. Se sagen C-377/98, *Holland mod Parlamentet og Rådet*. I dommens præmis 24 udtaler Domstolen følgende: *”Som Domstolen allerede har anført i præmis 59 i sin udtalelse 1/94 af 15. november 1994 (Sml. I, s. 5267) har Fællesskabet for så vidt angår harmonisering af medlemsstaternes lovgivning vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder i henhold til EF-traktatens artikel 100 (nu artikel 94 EF) og 100 A lovgivningskompetence internt og vil med hjemmel i EF-traktatens artikel 235 (nu artikel 308 EF) kunne skabe ny kompetence, som ligger over medlemsstaternes kompetence, således som det skete med Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).”* [↑](#footnote-ref-74)
75. Omfatter blandt andet patenter, varemærker, mønsterrettigheder og ophavsrettigheder. [↑](#footnote-ref-75)
76. Jf. Karsten Engsig Sørensen: EU-retten, side 416. [↑](#footnote-ref-76)
77. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual propertu in Europe, side 1000. [↑](#footnote-ref-77)
78. Jf. Steven Anderman mfl.: EU competition law and intellectual property rights, side 5. [↑](#footnote-ref-78)
79. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US side 24. [↑](#footnote-ref-79)
80. Jf. Steven Anderman: EU competition policy and intellectual property rights, side 16. [↑](#footnote-ref-80)
81. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 24. [↑](#footnote-ref-81)
82. Se sagen *E Bement & Sons mod National Harrow Co.* [↑](#footnote-ref-82)
83. Jf. Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterieretten og konkurrenceretten, side 12ff. [↑](#footnote-ref-83)
84. C-24/67, *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm* [↑](#footnote-ref-84)
85. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 18. [↑](#footnote-ref-85)
86. De forenede sager 56/64 og 58/64, *Établissement Connsten S.ár.l.,/ Grundig-Verkaufs GmbH mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-86)
87. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 28. [↑](#footnote-ref-87)
88. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1000. [↑](#footnote-ref-88)
89. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 20ff. [↑](#footnote-ref-89)
90. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 19. Anderledes Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten, side 14, hvor forfatteren anser skelnen mellem eksistens og udøvelse som forladt. [↑](#footnote-ref-90)
91. C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH og Metro-SB-Grossmärkete GmbH.* [↑](#footnote-ref-91)
92. C-238/87, *AB Volvo mod Erik Veng* [↑](#footnote-ref-92)
93. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 22. [↑](#footnote-ref-93)
94. Ordet ”særlige genstand” anvendes i litteraturen under betegnelsen ”særlige indhold”. [↑](#footnote-ref-94)
95. Begrebet ”egentlige indhold” skal sidestilles med den i litteraturen anvendte terminologi ”særlige indhold”. [↑](#footnote-ref-95)
96. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 22. [↑](#footnote-ref-96)
97. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 29. [↑](#footnote-ref-97)
98. C-15/74, *Centrafarm BV og Adriaan de Pijper mod Sterling Drug Inc.* [↑](#footnote-ref-98)
99. C-187/80, *Merck & Co. Inc mod Stephar BV og Petrus Stephanus Exler.* [↑](#footnote-ref-99)
100. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 29, note 118. [↑](#footnote-ref-100)
101. Forenede sager C-92/92 og C-326/92, *Phil Collins mod Imtrat Handelsgeselleschaft mbH.* [↑](#footnote-ref-101)
102. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 30. [↑](#footnote-ref-102)
103. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 30. [↑](#footnote-ref-103)
104. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 22. [↑](#footnote-ref-104)
105. Jf. Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten, side 16. [↑](#footnote-ref-105)
106. T-69/89, *Radio Telefis Éireann mod Kommissionen.* [↑](#footnote-ref-106)
107. Begrebet ”væsentlige formål” er i litteraturen omdøbt til ”afgørende funktion”. [↑](#footnote-ref-107)
108. Jens Schovsbo anser det ikke for at være en anderledes vurdering, end den der udledes af begrebet ”særlige indhold” og mener derfor at differentieringen mellem ”særlige indhold” og ”ekstraordinære omstændighder” er bregrebsjurisprudens. [↑](#footnote-ref-108)
109. Jf. Steven Anderman mfl.: EU competition law and intellectual property rights, side 4. [↑](#footnote-ref-109)
110. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 34. [↑](#footnote-ref-110)
111. Kommissionens evalueringsrapport om gruppefritagelsesforordning nr. 240/96 om teknologioverførselsaftaler - Teknologioverførselsaftaler under artikel 81 [↑](#footnote-ref-111)
112. (2004/C 101/02). [↑](#footnote-ref-112)
113. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 32. [↑](#footnote-ref-113)
114. Jf. Steven Anderman mfl.: EU competition law and intellectual property rights, side 4. [↑](#footnote-ref-114)
115. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 32. [↑](#footnote-ref-115)
116. Traktat om den Europæiske Union [↑](#footnote-ref-116)
117. Protokollen finds i bilag A. til TEUF [↑](#footnote-ref-117)
118. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 39ff. [↑](#footnote-ref-118)
119. Hvidbog om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til EF-traktatens artikel 85 og 86. [↑](#footnote-ref-119)
120. C-501/06 P, *Kommissionen mod GlaxoSmithKline Services Unlimited.* [↑](#footnote-ref-120)
121. Forenede sager T-213/01 og T-214/01, *Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-121)
122. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 45. [↑](#footnote-ref-122)
123. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 47. [↑](#footnote-ref-123)
124. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 40. På nationalt plan kan denne formodning være korrekt jf. Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterielretten og konkurrenceretten, side 10. [↑](#footnote-ref-124)
125. Jf. Thomas Riis og Jens Schovsbo i: Festskrift til Jens Fejø, side 414. [↑](#footnote-ref-125)
126. Jf. Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det europæiske økonomiske og sociale udvalg, en europæisk strategi for industriel ejendomsret, side 9. [↑](#footnote-ref-126)
127. Dansk litteratur anvender det engelske begreb, hvorfor dette vil blive anvendt i denne afhandling. Begrebet kan i en fri oversættelse defineres som en afgørende indretning. [↑](#footnote-ref-127)
128. Den juridiske litteratur fremstiller ikke en ensidig tilgang til hvilken metode der skal anvendes vedrørende en tvangslicens. Den gængse doktrin er, som anvendt i denne afhandling, essential facility doktrinen. ”duty to deal” ses også som en anvendt benævnelse jf. Vassilis Hatzopoulos: Comment on Case C418/01, IMS Healt GmbH mod NDC Health GmbH, judgement on the fifth chamber, 29 April. Imildertid ses det, at forfattere behandler metoden som ”exceptional circumstances” doktrinen jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights. ”Exceptional circumstances” vil vise sig at være en inkorporeret del af essential facility doktrinen, som illustreret i kapitel 4. Forfatteren til nærværende afhandling vil derfor se det som en ufuldstændig behandling af problemfeltet, såfremt sidstnævnte tilgang anvendes. [↑](#footnote-ref-128)
129. Meddelelsen er fra 2009 og derfor udstedt efter de kapitel 4 afsagte afgørelser. [↑](#footnote-ref-129)
130. *Otter Tail Power Co mod United States*, 410 US 366 (1973) behandlede spørgsmålet om en nægtelse af levering som en potential ulovlig udnyttelse af et monopol. I den senere (amerikanske) sag *MCI Communications V. AT & T*, 708 F.2d 1081, 1132 (1983) blev der opstillet 4 centrale elementer i essential facility doktrinen inden for amerikansk ret: 1) control of the essential facility by a monopolist; 2) a competitor´s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; 3) the denial of the use of the facility to a competitior; 4) the feasibility of providing the facility. Det skal bemærkes at den amerikanske anvendelse af essential facility doktrinen ikke er identisk med den europæiske jf. Caroline Heide-Joørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 773. [↑](#footnote-ref-130)
131. Jf. Pernille Wegener Jessen i Bent Iversen mfl.: Regulering af konkurrence i EU, side 273. [↑](#footnote-ref-131)
132. Jf. Jens Fejø: EU-konkurrenceretten, side 158. [↑](#footnote-ref-132)
133. Pernille Wegener Jessen udtrykker i Bent Iversen mfl.: Regulering af konkurrence i EU, side 274, at essential facility princippet kan forklares ud fra den blotte anvendelse af TEUF artikel 102 i relation til leveringsnægtelse. Princippet antages derfor som overflødigt og misvisende. Forfatteren til denne afhandling er af den overbevisning, at denne kritiske tilgang virker simplificeret, med den begrundelse at ”almen” behandling af leveringsnægtelse *ikke* behandler et væsentligt kriterie i essential faclity doktrinen, nemlig kravet om at produktet skal være essentielt. Derfor anser forfatteren til denne afhandling den af Pernille Wegener præsenterede kritik for uberettiget. [↑](#footnote-ref-133)
134. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 486. [↑](#footnote-ref-134)
135. Kommissionens afgørelse af 11. juni 1992, Sealink/B&I - Holyhead [↑](#footnote-ref-135)
136. Forenede sager C-6/73 og 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa og Commercial Solvents Corp. mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-136)
137. C-311/84, *Centre Belge d´Etudes du Marché-Télémarkeeting mod Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA* [↑](#footnote-ref-137)
138. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 486ff. [↑](#footnote-ref-138)
139. Kommissionens beslutning af 21. december 1993, *Sea Containers ltd/Stena sealink* [↑](#footnote-ref-139)
140. “væsentlig facilitet” er en dansk direkte oversættelse af “essential facility”. [↑](#footnote-ref-140)
141. Kommissionens beslutning af 21. December 1993, *Port of Rødby mod Denmark.* [↑](#footnote-ref-141)
142. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 489ff. [↑](#footnote-ref-142)
143. Jf. Michael Steinicke i Bent Iversen: Regulering af konkurrence i EU, side 487 og Jens fejø: EU konkurrenceretten, side 160. [↑](#footnote-ref-143)
144. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 163 og Michael Steinicke i Bent Iversen: Regulering af konkurrence i EU, side 487. [↑](#footnote-ref-144)
145. Michael Steinecke i Bent Iversen mfl.:Regulering af konkurrence i EU, side 487. [↑](#footnote-ref-145)
146. Inden Lissabon trakaten trådte i kraft, var indholdet i artikel 102 reguleret i artikel 82, hvor der refereredes til fællesmarkedet frem for det indre marked. Denne ændring i ordlyden påvirker ikke værdien af tidligere retspraksis eller teori omkring netop denne artikel. [↑](#footnote-ref-146)
147. Jf. Bent Iversen mfl: Regulering af konkurrence i EU, side 244 og Palle Bo Madsen: Marekdsret – del 1, side 58. [↑](#footnote-ref-147)
148. Jf. Alison Jones mfl: EU competition law, side 262. [↑](#footnote-ref-148)
149. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 261. [↑](#footnote-ref-149)
150. Jf. Jens Fejø: EU konkurrenceret, side 142. [↑](#footnote-ref-150)
151. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 564. [↑](#footnote-ref-151)
152. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 284. [↑](#footnote-ref-152)
153. C-27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal BV mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-153)
154. C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-154)
155. T-340/03, *France Télécom SA mod Kommissionen.* [↑](#footnote-ref-155)
156. Det antages at ingen succesfuld virksomhed kan agere uafhængig af forbrugerne. Årsagen hertil ligger i den såkaldte efterspørgselskurve. Hæves priserne på en vare, vil der sælges færre produkter. Virksomheden er ikke i en position til at afgøre om salgskvotienten forbliver uændret. Dette er et faktum for henholdsvis dominerende som ikke-dominerende virksomheder. Derfor er den fremsatte definition uklar i skelnen mellem dominernede og ikke-dominerende virksomheder jf. J.P. Azvedo i Alison Jones mfl.: EU competition law, side 287. [↑](#footnote-ref-156)
157. Jf. J.P. Azvedo i Alison Jones mfl.: EU competition law, side 287. [↑](#footnote-ref-157)
158. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 565. [↑](#footnote-ref-158)
159. I Kommissionens meddelelse om vejledning om kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 102 (82) på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd. [↑](#footnote-ref-159)
160. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 566. [↑](#footnote-ref-160)
161. C-6/72, *Europe Emballage Corporation & Continental Can Company Inc.* [↑](#footnote-ref-161)
162. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 292. [↑](#footnote-ref-162)
163. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 45. [↑](#footnote-ref-163)
164. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med fællesskabets konkurrenceret. [↑](#footnote-ref-164)
165. Jf. Jens Fejø: EU-konkurrenceret, side 157. [↑](#footnote-ref-165)
166. Jf. Jens fejø: EU-konkurrenceret, side 156. [↑](#footnote-ref-166)
167. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 153. [↑](#footnote-ref-167)
168. Denne tilgang er en modificeret version af den såkaldte SSNIP test (Small but Significant Non-transitory Increase in Price). SSNIP testen er adopteret af Kommissionen og fungerer som en målestok til at vurdere elastisiteten i forbrugernes accept af prisændringer. Vil for eksempel en 5-10% prisstigning på produkt A, få forbrugere til at skifte til produkt B? Er dette tilfældet vil produkt B være substituerbart med produkt A. [↑](#footnote-ref-168)
169. C-322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-169)
170. T-30/89 *Hilti AG mod Kommissionen.* [↑](#footnote-ref-170)
171. Jf. Steven D. Anderman: Intellectual property and competition policy, side 42. [↑](#footnote-ref-171)
172. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 59. [↑](#footnote-ref-172)
173. Se afsnit 4.2 [↑](#footnote-ref-173)
174. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 316. [↑](#footnote-ref-174)
175. I Kommissionens meddelelse om vejledning om kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 102 (82) på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd. [↑](#footnote-ref-175)
176. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 154. [↑](#footnote-ref-176)
177. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 155ff. [↑](#footnote-ref-177)
178. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 324. [↑](#footnote-ref-178)
179. Jf. Bent Iversen mfl.: Regulering af konkurrence i EU, side 253. [↑](#footnote-ref-179)
180. J. Vickers skriver i European Law Journal nr. 3, 2006, s. 8-10, at anvendelsen af markedsandelen som udgangspunkt for vurderingen er kritisabel, fordi den ikke vægter mellem substituerbare produkter, hvor ligheden er fuldstændig og substituerbare produkter, hvor ligheden mellem produkterne ikke er fuldstændig. [↑](#footnote-ref-180)
181. T-30/89, *Hilti AG mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-181)
182. T-83/91, *Tetra Pak Rausing mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-182)
183. Caroline Heide-Jørgensen mfl. tolker dette præmis anderledes. Forfatterne forudsætter at der stadig tages andre faktorer med i vurderingen af om der foreligger en dominerende stilling jf. Konkurrenceretten i EU side 574. [↑](#footnote-ref-183)
184. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 580ff. [↑](#footnote-ref-184)
185. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 329. [↑](#footnote-ref-185)
186. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 580. [↑](#footnote-ref-186)
187. Kommissionens afgørelse af 13. Maj 2009, *Intel* [↑](#footnote-ref-187)
188. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 157. [↑](#footnote-ref-188)
189. Jf. Pernille Wegener Jessen I Bent Iversen mfl.: Regulering af konkurrence i EU, side 261. [↑](#footnote-ref-189)
190. Jf. Thorstens Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 158. [↑](#footnote-ref-190)
191. Jf. Steven D. Anderman: Intellectual property rights and competition policy, side 42. [↑](#footnote-ref-191)
192. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 289. [↑](#footnote-ref-192)
193. Jf. John Temple Lang: John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property rights in the European community antitrust law, side 2. [↑](#footnote-ref-193)
194. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 96. [↑](#footnote-ref-194)
195. John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property rights in the European community antitrust law, side 3f. [↑](#footnote-ref-195)
196. John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property rights in the European community antitrust law, side 16. [↑](#footnote-ref-196)
197. Jf. John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property rights in the European community antitrust law, side 10f. [↑](#footnote-ref-197)
198. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 617. [↑](#footnote-ref-198)
199. Jf. Jens Fejø: EU-konkurrenceret, side 162. [↑](#footnote-ref-199)
200. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 618. [↑](#footnote-ref-200)
201. Undtaget fra hvad der kan kategoriseres som misbrug ses ved konkurrence der går på pris, kvalitet, service og andre elementer der vedrører den såkaldte ”competition on the merits” jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 619. [↑](#footnote-ref-201)
202. a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af urimelige forretningsbetingelser; b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne; c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen; d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand. [↑](#footnote-ref-202)
203. Et alternativt syn på denne forståelse af TEUF artikel 102 (a-d) kan finds I Alison Jones mfl.: EU competition law, side 362, note 12, hvori der refereres til de forenede sager C-395 og 396/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA mod EU Kommissionen*. I præmis 112 udtaler Domstolen, med reference til artikel 102 (a-d), at der er tale om en ikke-udtømmende liste over former for misbrug. Heri indfortolkes der af forfatteren, at listen fastsætter de kategorier, der kan anses for misbrug. [↑](#footnote-ref-203)
204. Dette udgangspunkt er styrket ved en læsning af den franske tekst der direkte anvender ordene ”udnyttende” i konventionsteksten. Det lyder som følgende: ”..*d´exploiter de façon abusive...*”. Ligeledes ses i den tyske konventionstekst der anvender ordet ”udnyttende” direkte. Den lyder som følger ”…*mibbräuchliche Ausnutzung…”* [↑](#footnote-ref-204)
205. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 366ff. [↑](#footnote-ref-205)
206. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 624. [↑](#footnote-ref-206)
207. Kommissionens beslutning af 29. Juli 1987, *BBI/Boosey & Hawkes* [↑](#footnote-ref-207)
208. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 499. [↑](#footnote-ref-208)
209. Se nærmere i afsnit 4.3 [↑](#footnote-ref-209)
210. Jf. Christian Bergqvist: Konkurrencesagen mod Microsoft, side 105 [↑](#footnote-ref-210)
211. Princippet er senere inkorporeret i Kommissionens meddelelse om vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd. I artikel 75 står der følgende: *”Når Kommissionen fastsætter prioriteringen for sin håndhævelse, tager den udgangspunkt i, at enhver virksomhed, hvad enten den er dominerende eller ej, generelt set har ret til at vælge sine handelspartnere og til frit at afhænde det, den har ejendomsretten til. Kommissionen mener derfor, at dens indgriben på grundlag af konkurrencereglerne kræver nøje overvejelse, når anvendelsen af artikel 82 vil medføre, at den dominerende virksomhed pålægges en leveringspligt…”* [↑](#footnote-ref-211)
212. Det er i litteraturen antaget, at hvis der foreligger en objektiv undtagelse fra udgangspunktet i TEUF artikel 102, så vil adfærden ikke kunne kategoriseres som misbrug. Derfor bør der ikke være tale om en decideret to-trins analyse, men om en helhedsbedømmelse jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 631. [↑](#footnote-ref-212)
213. C-95/04, *British Airways mod EU Kommissionen.*  [↑](#footnote-ref-213)
214. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 160. [↑](#footnote-ref-214)
215. Meddelelsen er fra 2009 og derfor udstedt efter de kapitel 4 afsagte afgørelser. Derfor vil den behandlede retspraksis i kapitel 4, alene skulle underlægges en analytisk tilgang ud fra princippet i *British Airways.* [↑](#footnote-ref-215)
216. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 161. [↑](#footnote-ref-216)
217. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 162. [↑](#footnote-ref-217)
218. Består oprindeligt af tre samlede sager hvor henholdsvius RTE, ITP og BBC var sagsøgte. Kun RTE og ITP appelerede til EU Domstolen, hvorfor sagen benævnes de forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann, Independent Television Publications ltd. mod Kommissionen* (Magill). [↑](#footnote-ref-218)
219. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property, side 103. [↑](#footnote-ref-219)
220. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 103. [↑](#footnote-ref-220)
221. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 502. [↑](#footnote-ref-221)
222. Præmis 26 indeholder følgende ordlyd: *”…Som det fremgår af samme dom (præmis 9), kan indehaverens udøvelse af eneretten ikke desto mindre under særlige omstændigheder føre til, at der foreligger et*

     *misbrug…”* [↑](#footnote-ref-222)
223. jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1035. [↑](#footnote-ref-223)
224. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 104. [↑](#footnote-ref-224)
225. Referencen til ”nødvendigt basismateriale” er i denne kontekst et begreb der bærer samme betydning og samme værdi, som et produkt der anses for en essential facility, hvilket retslitteraturen har taget for en indirekte reference til anvendelsen af essential facility doktrinen i denne afgørelse jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 502. [↑](#footnote-ref-225)
226. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 104 [↑](#footnote-ref-226)
227. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 142. Samme forfatter behandler *Magill* sagen adskilt fra selve behandlingen af essential facility doktrinen. [↑](#footnote-ref-227)
228. Jf. Darren Fitzgerald: Magill Revisited, side 155 og Alison jones mfl.: EU competition law, side 502. [↑](#footnote-ref-228)
229. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 104. [↑](#footnote-ref-229)
230. Denne forståelse er mere ligefrem ved læsning af den engelske udgave af dommens præmis 55, hvori der står ”*Second, there was no justification for such refusal…”* [↑](#footnote-ref-230)
231. De fire principper udstedt af Kommissionen, som gennemgået I afsnit 3.4, blev ikke publiceret for efter afsigelsen af *Magill.* [↑](#footnote-ref-231)
232. Jf. Steven Anderman: Intellectual property rights and competition policy, side 58. [↑](#footnote-ref-232)
233. Steven Anderman i EU competition law and intellectual property rights, side 104, anser en manglende kreditværdighed og sikkerhed etc. som objektive fritagelsesgrunde. Dette er ikke i overensstemmelse med det i afsnit 3.4 fastsatte udgangspunkt. [↑](#footnote-ref-233)
234. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1040ff. [↑](#footnote-ref-234)
235. Jf. Velentine Korah: Advocate general Jacobs contribution to competition law, side 755. [↑](#footnote-ref-235)
236. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 142. [↑](#footnote-ref-236)
237. T-504/93, *Tierce Ladbrokes SA mod Kommissionen.* [↑](#footnote-ref-237)
238. Jf. John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property rights in the European community antitrust law, side 3. [↑](#footnote-ref-238)
239. Jf. Darren Fitzgerald: Magill Revisited, side 160. [↑](#footnote-ref-239)
240. En diametral modsat, og formentlig forkert, forståelse er redegjort for i Jf. Darren Fitzgerald: Magill Revisited, side 160, hvor følgende fortolkning anlægges: ”The CFI assumed that the prevention of a new product and monopolisation of another market were not separate instances of abuse…” [↑](#footnote-ref-240)
241. Jf. Thomas Eilmansberger: The essential facility doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft, side 333. [↑](#footnote-ref-241)
242. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1045. [↑](#footnote-ref-242)
243. C-7/97, *Oscar Bronner mod Mediaprint.* [↑](#footnote-ref-243)
244. Jf. Steven Anderman: EU Competition law and intellectual property rights, side 108. [↑](#footnote-ref-244)
245. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1042. [↑](#footnote-ref-245)
246. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1043. [↑](#footnote-ref-246)
247. Jf. James turney: Defining the limits of the EU essential facilities doctrine on intellectual property rights:

     the primacy of securing optimal innovation, side 190. [↑](#footnote-ref-247)
248. jf. Edmond O´hanlon: Refusal to supply jurisprudence un European competition law since Oscar Bronner, side 159. [↑](#footnote-ref-248)
249. jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 494. [↑](#footnote-ref-249)
250. Jf. Edmond O´Hanlon: “Refusal to supply” jurisprudence in European competition law since Oscar Bronner, side 159 og Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1031. [↑](#footnote-ref-250)
251. Jf. Thorsten Käseberg: Intellectual property, antitrust and cumulative innovation in the EU and US, side 218. [↑](#footnote-ref-251)
252. Jf. Sebastien Evrard: Essential facilities in the EU: Bronner and beyond, side 507. [↑](#footnote-ref-252)
253. Jf. Valentine Korah: Advocate general Jacobs contribution to competition law, side 735. [↑](#footnote-ref-253)
254. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 494. [↑](#footnote-ref-254)
255. Jf. Thomas Eilsmansberger: The essential facilities doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft?, side 332. [↑](#footnote-ref-255)
256. Jf. John Temple Lang: Compulsory licensing of intellectual property rights in the European community antitrust law, side 8. Se modsat: Sebastien Evrard: Essential facilities in the EU: Bronner and beyond, side 507, hvor det antages at Domstolen anlægger en subjektiv test. [↑](#footnote-ref-256)
257. Jf. Thomas Eilsmansberger: The essential facilities doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft?, side 332. [↑](#footnote-ref-257)
258. Jf. Katarzyna Czapracka: Where antitrust ends and IP begins – on the roots of the transatlantic clashes, side 68. [↑](#footnote-ref-258)
259. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co OHG mod NDC Health GmbH & Co KG* [↑](#footnote-ref-259)
260. Kommissionens afgørelse af 3. Juli 2001, *NDC Health/IMS Health* [↑](#footnote-ref-260)
261. Christian Alborn mfl.: The logics and limits of the “exceptional circumstances test” in *Magill* and *IMS Health*, side 1118. [↑](#footnote-ref-261)
262. Jf. Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 108. [↑](#footnote-ref-262)
263. Jf. Steven Anderman EU competition law and intellectual property rights in the new economy, side 296. [↑](#footnote-ref-263)
264. Jf. Thomas Eilsmansberger: The essential facilities doctrine under art. 82:What is the state of affairs after IMS Healt and Microsoft, side 336. [↑](#footnote-ref-264)
265. T- 184/01 R, *IMS Health inc. mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-265)
266. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe. Side 1054. [↑](#footnote-ref-266)
267. Jf. Christian Alborn mfl.: The logics and limits of “the exceptional circumstances test” in *Magill* and *IMS Health*”, side 1123. [↑](#footnote-ref-267)
268. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1054. [↑](#footnote-ref-268)
269. Jf. Thomas Eilmansberger: The essential facilities doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft, side 334. [↑](#footnote-ref-269)
270. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 505. [↑](#footnote-ref-270)
271. Jf. Sebastien Evrard: Essential facilities in the European Union: Bronner and beyond, side 519 og Steven Anderman: EU competition law and intellectual property rights, side 109. [↑](#footnote-ref-271)
272. Jf. Joost Houdijk: The IMS Healt Ruling: Some Thoughts on its Significance for Legal Practice and its Consequences for Future Cases such as Microsoft, side 482. [↑](#footnote-ref-272)
273. Den engelske udgave af dommen bruger termen ”capable”. Denne terminologi er mere beskrivende for den følgende analytiske tilgang. [↑](#footnote-ref-273)
274. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual Property in Europe, side 1057. [↑](#footnote-ref-274)
275. Generaladvokaten referrer til at det blot er nødvendigt at kunne identificere et foruliggende marked for det ønskede produkt. [↑](#footnote-ref-275)
276. Jf. Christian Alborn mfl.: The logics and limits of “the exceptional circumstances test” in *Magill* and *IMS Health*”, side 1121. [↑](#footnote-ref-276)
277. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 507. [↑](#footnote-ref-277)
278. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 507. [↑](#footnote-ref-278)
279. Alternativt er det foreslået, at det kan være med reference til en et nyt produkt i den forstand, at der ikke er noget nyskabende i selve produktet, men alene et produkt der øger det konkurrencemæssige pres på det allerede eksisterende produkt. [↑](#footnote-ref-279)
280. Jf. Thomas Eilmansberger: The essential facility doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft, side 333. [↑](#footnote-ref-280)
281. Jf. Christian Alborn mfl.: The logic and limits of the “exceptional circumstances test” in Magill and IMS health, side 1112. [↑](#footnote-ref-281)
282. Jf. Thomas Eilmansberger: The essential facility doctrine under art. 82: what is the state of affairs after IMS Health and Microsoft, side 336. [↑](#footnote-ref-282)
283. Jf. Imelda Maher: The interface of EC competition law and intellectual property rights: the essential and the creative, side 204 [↑](#footnote-ref-283)
284. Jf.Joost Houdijk: The IMS Healt Ruling: Some Thoughts on its Significance for Legal Practice and its Consequences for Future Cases such as Microsoft, side 481 [↑](#footnote-ref-284)
285. T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen* [↑](#footnote-ref-285)
286. Jf. Christian Bergqvist: Konkurrencesagen mod Micrsoft, side 104 [↑](#footnote-ref-286)
287. Kommissionens afgørelse af 24. Marts 2004, *Microsoft* [↑](#footnote-ref-287)
288. Jf. Christian Bergquist: Konkurrencesagen mod Microsoft, side 107 [↑](#footnote-ref-288)
289. Jf. Mauro Squitieri: Refusals to license under European Union competition law after Microsoft, side 75 [↑](#footnote-ref-289)
290. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 519 [↑](#footnote-ref-290)
291. Jf. Irena Tusek: EU competition law policy versus intellectual property rights: A study of the Microsoft case, side 112 [↑](#footnote-ref-291)
292. Jf. Alan Devlin mfl.: Microsoft´s five fatal flaws, side 98 [↑](#footnote-ref-292)
293. Jf. Christian Bergqvist: Konkurrencesagen mod Microsoft, side 106 [↑](#footnote-ref-293)
294. Jf. Christian Bergqvist: konkurrencesagen mod Microsoft, side 106. [↑](#footnote-ref-294)
295. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 518. [↑](#footnote-ref-295)
296. Jf. Guy Tritton mfl.: Intellectual property in Europe, side 1057. [↑](#footnote-ref-296)
297. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 520 [↑](#footnote-ref-297)
298. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 520. [↑](#footnote-ref-298)
299. Jf. Alison Jones mfl.: EU Competition law, side 520. [↑](#footnote-ref-299)
300. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 520 [↑](#footnote-ref-300)
301. Jf. Steven Anderman: EU Competition law and intellectual property rights, side 119. [↑](#footnote-ref-301)
302. Jf. Alan Devlin mfl.: Microsoft´s five fatal flaws, side 105 [↑](#footnote-ref-302)
303. Dette kan *ikke* udledes af Rettens ræsonnement, der baserer sig på legalistiske overvejelser. [↑](#footnote-ref-303)
304. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses [↑](#footnote-ref-304)
305. Katarzyna Czapracka: Antitrust and trade secrets; the U.S. and the EU approach, side 67 [↑](#footnote-ref-305)
306. Know-how er et engelsk begreb der kategoriseres som eksklusiv viden eller forretningshemmeligheder. [↑](#footnote-ref-306)
307. Jf. Katarzyna Czapracka: Antitrust and trade secrets; the U.S. and the EU approach, side 71. [↑](#footnote-ref-307)
308. Jf. Caroline Heide-Jørgensen mfl.: Konkurrenceretten i EU, side 812. [↑](#footnote-ref-308)
309. Jf. Alison Jones mfl.: EU competition law, side 520ff. [↑](#footnote-ref-309)
310. Jf. Alison Jones mfl.; EU competition law, side 450f. [↑](#footnote-ref-310)