

Villedning av patentmyndigheter som misbruk av dominerende stilling, Rettens dom i sak T-321/05 AstraZeneca

1. juli 2010 avgjorde Retten anken over Kommisjonens antitrustbeslutning mot AstraZeneca (vedtak av 15. juni 2005 i sak COMP/A. 37.507/F3 AstraZeneca. Saken gjelder misbruk av dominerende stilling i legemiddelmarkedet, jf. Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte art. 102, som er identisk med EØS art. 54. Saken gjaldt to ulike former for misbruk, hvorav ingen tidligere har blitt vurdert av EUs domstoler. Det første misbruket bestod i at AstraZeneca hadde gitt uriktige opplysninger til patentmyndigheter i en rekke land for sitt produkt Losec (en medisin mot magesår). Konkret dreide det som om dato for første markedsføringstillatelse, som var avgjørende for muligheten til å få forlenget patentbeskyttelsen i form av et "Supplementary Protection Certificate", jf. patentloven § 62a som gjennomfører rådsforordning (EØF) nr. 1768/92 om innføring av et supplerende beskyttelsessertifikat for legemidler. Den andre misbruksformen gjaldt avregistrering av markedsføringstillatelser for å hindre parallellimport og konkurranse fra generikaprodusenter.

De overtredelser som vurderes, har en interessant grenseflate mot patentretten. Samtidig gjelder saken i stor utstrekning det norske markedet, og representerer et eksempel på at Kommisjonens håndhevelse av EU- og EØS-konkurransereglene ofte direkte angår det norske markedet, noe som får relativt lite oppmerksomhet i Norge (se for eksempel prem. 583-590 og 856-861).

Vedrørende det første misbruket tok Retten utgangspunkt i misbrukstesten formulert i Hoffmann-La Roche (sak 85/76, Sml. 1979 s. 461), prem. 91 om forretningsmetoder som avviker fra "normal konkurranse" i markedet. Retten uttaler videre at misbruksforbudet "prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the merits" (prem. 354).

Videre uttales det at "an abuse of a dominant position does not necessarily have to consist in the use of the economic power conferred by a dominant position" (l.c.). Det siste innebærer at ikke bare adferd på markedet (typisk forretningsmetoder) rammes, men også andre forhold som for eksempel oppkjøp av konkurrenter, uberettigede søksmål eller, som her, adferd rettet mot myndighetene.

Endelig peker Retten på dominerende foretaks særlige ansvar, det vil si "the special responsibility of an undertaking in a dominant position not to impair, by conduct falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the common market" (prem. 355).

Om AstraZenecas misvisende opplysninger sies det i samme premiss: "the submission to the public authorities of misleading information liable to lead them into error and therefore to make possible the grant of an exclusive right to which an undertaking is not entitled, or to which it is entitled for a shorter period, constitutes a practice falling outside the scope of competition on the merits which may be particularly restrictive of competition."

Retten legger under henvisning til det særlige ansvaret også til at "in so far as an undertaking in a dominant position is granted an unlawful exclusive right as a result of an error by it in a communication with public authorities, its special responsibility not to impair, by methods falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the common market requires it, at the very least, to inform the public authorities of this so as enable them to rectify those irregularities" (prem. 358).

Et stridsspørsmål i saken var om de uriktige opplysningene objektivt sett representerte et misbruk, eller om det måtte kreves en form for bedragerisk villedning i den hensikt å skaffe seg en uberettiget beskyttelse. AstraZeneca viste særlig til to forhold; at det ikke i seg selv representerer et misbruk å erverve en eksklusiv rettighet (jf. sak T-51/89 Tetra Pak, Sml. 1990 s. II-309, der erverv av en eksklusiv lisens ikke ble ansett som et misbruk i seg selv, men måtte underlegges en virkningsanalyse), og at det måtte oppstilles krav om at uberettigede patenter måtte ha vært håndhevet på en måte som representerte et slags rettsmisbruk. På det siste punktet støttet AstraZeneca seg på ITT Promedia (sak T-111/96, Sml. 1998 s. II-2937), der det ble slått fast at uberettigede søksmål mot konkurrenter kunne representere et misbruk hvis det var ledd i en plan om å eliminere konkurrenter. Dessuten ble det vist til at konkurransestriddig hensikt uansett ikke kunne være tilstrekkelig til å etablere et misbruk, idet "misbruk" er et objektivt konsept.

Retten aksepterte ikke disse argumentene. For det første ble det vist til at intensjon et stykke på vei er relevant som en tilleggsfaktor ved etableringen av misbruk (se Eirik Østerud: Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, Wolters Kluwer 2010, kap. 5). For det andre ble det vist til at immaterialrettigheter normalt vil være lovlig tildelt. Dette innebærer at erverv av en slik lovlig rettighet ikke i seg selv kan innebære et misbruk, men må kombineres med ytterligere vilkår om begrensnig i konkurransen. For det tredje viste Retten til at ITT Promedia dreide seg om misbruk av retten til å gå til søksmål, og at saken derfor ikke var relevant. Et krav om at patentet måtte ha vært forsøkt håndhevet mot konkurrenter, ville dessuten ha gjort misbruksforbudet avhengig av at konkurrenter hadde utfordret patentet.

Retten dom innebærer at feilaktige opplysninger som kan gi dominerende foretak en uberettiget beskyttelse mot konkurranse i seg selv vil kunne representere et misbruk, uten at det er nødvendig å vise en konkret konkurransebegrensende virkning. Det synes heller ikke som en intensjon eller plan om et slikt formål representerer en nødvendig betingelse for misbruk. Retten åpner imidlertid for en konkret vurdering av informasjonens art og situasjonen ellers: "The Court would point out that the question whether representations made to public authorities for the purposes of improperly obtaining exclusive rights are misleading must be assessed in concreto and that assessment may vary according to the specific circumstances of each case. In particular, it is necessary to examine whether, in the light of the context in which the practice in question has been implemented, that practice was such as to lead the public authorities wrongly to create regulatory obstacles to competition, for example by the unlawful grant of exclusive rights to the dominant undertaking. In this respect, as the Commission asserts, the limited discretion of public authorities or the absence of any obligation on their part to verify the accuracy or veracity of the information provided may be relevant factors to be taken into consideration for the purposes of determining whether the practice in question is liable to raise regulatory obstacles to competition." (prem. 357)

Disse presiseringene innebærer klart nok at ikke enhver feilaktig opplysning overfor myndighetene representerer et misbruk, men at opplysningene må villede myndighetene til å skape uriktige barrierer for konkurransen. Retten resonnerer synliggjør imidlertid misbrukstestens "ekspansive" karakter, fordi misbruket etableres under henvisning til forretningsmetoder som avviker fra "normal konkurranse" og dominerende foretaks "særlige ansvar" for å ivareta restkonkurransen. Når denne testen anvendes på nye former for adferd, må det oppstilles begrensende prinsipper. I dette tilfelle skjer dette gjennom kravet om at villedningen må være "such as to lead the public authorities wrongly to create regulatory obstacles to competition."

Det er interessant å sammenligne denne løsningen med situasjonen i amerikansk rett, der villedning av myndighetene også kan representere en overtredelse av føderal antitrustlovgivning. Terskelen synes imidlertid høyere enn det Retten her har lagt til grunn, selv om det er vanskelig å hevde at det er et absolutt vilkår at patentet må ha vært forsøkt håndhevet. (Se nærmere om amerikansk rett Hovenkamp: *Federal Antitrust Policy*, 3rd ed. 2005, s. 335-336 og kapittel 18.3. I dommen er anførselene knyttet til amerikansk rett angitt i prem. 316-317 og 340-343. Generelt er lobbyvirksomhet etc. overfor myndighetene unntatt fra antitrustlovgivningen etter Noerr-Kennington-doktrinen, likevel slik at "sham" adferd kan omfattes.) I saken avviste Retten amerikansk rett som irrelevant.

At konkurransereglene griper inn og lar det representere en selvstendig overtredelse å gi feilaktige opplysninger til patentmyndigheter, som presumptivt har egne prosedyrer for å kontrollere opplysninger samtidig som immaterialretten har særskilte rettsmidler, bør ikke være ukontroversielt. Eksistensen av patentrettslige håndhevingsmekanismer ble således også vurdert av Retten. Retten uttaler: "the Court rejects the applicants' argument that the existence of specific remedies which make it possible to rectify, or even annul, patents and SPCs granted unlawfully justifies application of the competition rules only where an anticompetitive effect is demonstrated. Where behaviour falls within the scope of the competition rules, those rules apply irrespective of whether that behaviour may also be caught by other rules, of national origin or otherwise, which pursue separate objectives. Similarly, the existence of remedies specific to the patent system is not capable of altering the conditions of application of the prohibitions laid down in competition law and, in particular, of requiring, in cases of behaviour such as that at issue in the present case, proof of the anticompetitive effects produced by such behaviour." (prem. 366).

Det følger av dette at patentrettslige virkemidler ikke kan innskrenke anvendelsesområdet for konkurransereglene, selv om slike virkemidler kan ha et parallelt formål (å avverge uriktig patentbeskyttelse).

Den andre delen av misbruket dreide seg om avregistrering av markedsføringstillatelser i Danmark, Norge og Sverige. Denne delen av vurderingen rettet seg også spesifikt mot det norske markedet. At dette ble vurdert som et mulig misbruk har sammenheng med følgende: Generikaprodusenter som produserer "kopimedisin" etter at patentbeskyttelse har utløpt, vil kunne markedsføre sine produkter under originalproduktets markedsføringstillatelse – forutsatt at det dreier seg om samme virkestoff og bruk. Dermed vil avregistrering av den opprinnelige markedsføringstillatelsen gjøre det vanskeligere for generikaprodusenter å komme inn på markedet. Konkret hadde AstraZeneca avregistrert tillatelsen for Losec-kapsler, for å videreføre eget salg i form av piller (prem. 619). Konsekvensen var at dette ville vanskeliggjøre både parallellimport av Losec-kapsler og introduksjon av generika.

I prem. 824 tar Retten følgende utgangspunkt: "The Court would point out, first of all, that, as regards conduct such as that at issue in the present case – in which regulatory procedures are used without any basis in competition on the merits – evidence that, in view of its economic or regulatory context, that conduct is capable of restricting competition is sufficient to classify it as an abuse of a dominant position."

Det springende punkt er dermed om adferden er "capable" – egnet – til å begrense konkurransen. Dette er etter hvert blitt en etablert uttrykksmåte, som ikke innebærer at det må påvises en konkret

konkurransbegrensende virkning. Derimot må adferden i det relevante markedet representere en sannsynlig mulighet for begrenset konkurranse. (Domstolene har riktignok ikke vært helt konsistente mht. hvilken standard som kreves, se Østerud, cit., s. 204 ff.)

Retten frifant AstraZeneca for misbruk rettet mot det norske og danske markedet. Riktignok slo den fast at det var korrekt av Kommisjonen å klassifisere adferden som et misbruk – "inasmuch as it was such as to restrict competition" (prem. 864). En slik mulig virkning var imidlertid ikke etablert ut fra faktum. Dette hadde sammenheng med at det ikke var bevist at avregistreringen hadde ført til at tillatelsene til å omsette generikaprodukter var trukket tilbake. For det norske markedet viste Retten til at "the Norwegian authority had allowed parallel imports of Losec capsules to continue by reference to AZ's marketing authorisation for Losec MUPS, which was itself based on the marketing authorisation for Losec capsules. ... Although, ... parallel imports fell sharply in Norway, it cannot be presumed in the present case, ... that the deregistration of the Losec capsule marketing authorisation in those countries caused that fall. The fact that the Norwegian authority upheld the parallel import licences for Losec capsules also tends to show that the fall in parallel imports was not necessarily caused by the deregistration of the marketing authorisations. " (Prem. 856 og 858).

Lignende forhold – dvs. at det ikke var etablert at avregistreringen faktisk hadde påvirket mulighetene for parallellimport – var avgjørende også for vurderingen av det danske markedet. For Sverige derimot, var vurderingen en annen. Her uttaler Retten: "As regards Sweden... it is not disputed that the Swedish Medical Products Agency considered that parallel import licences could be granted only if valid marketing authorisations were in place. Furthermore, it is also established that that agency withdrew the parallel import licences as a result of the deregistration of the Losec capsule marketing authorisation, although an extension of six months of an authorisation was granted to a parallel importer. It is unambiguously clear from this that the deregistration of the marketing authorisations was such as to impede parallel imports.

The fact that the Commission is not in a position to evaluate precisely the effect that that deregistration had on parallel imports does not affect the abusive nature of that conduct, since it is established that that conduct was capable of impeding parallel imports and that, moreover, it did indeed impede them in the present case." (Prem. 862-63).

Vurderingen av det svenske markedet illustrerer også kravene for å etablere misbruk. Det kreves ikke påvisning av konkrete effekter, adferden er "capable" til å begrense konkurransen så lenge det vises at myndighetene ble påvirket til å gjøre det vanskeligere for generikaprodusenter å få adgang til markedet.

Saken fremstår som prinsipiell, fordi det er nye misbruksformer som vurderes (hhv. villedning av myndighetene og misbruk av en rett til avregistrering). Retten løser imidlertid saken innenfor vel etablerte rammer; at misbruk etableres på bakgrunn av avvik fra normale forretningsmetoder som er egnet til å begrense konkurransen. I den konkrete saken betyr dette egnet til å påvirke myndighetene til å oppstille regulatoriske hindringer for konkurranse (for det første misbruket ved å gi en uberettiget beskyttelse, for det andre misbruket ved å trekke tilbake konkurrenters markedsføringstillatelse). Sakens mest prinsipielle side er derfor kanskje at konkurransereglene intervensjoner på patentrettens område der patentrettens egne kontrollmekanismer ikke anses tilstrekkelig til å verne konkurransen. Begge misbruksvurderingene er imidlertid påanket til EU-

domstolen (saksnummer C-457/10 P), men det fremstår som lite trolig at Domstolen vil fravike rettens prinsipielle vurdering.

Erling Hjelmeng