

UiO : **Det juridiske fakultet**

«Reverse payment settlements» og
formålsalternativet i TEUV art. 101(1)

Kandidatnummer: 227

Leveringsfrist: 10. november

Antall ord: 39 808



Innholdsfortegnelse

DEL I	INNLEDNING	2
1	PRESENTASJON	2
1.1	Tema og problemstilling.....	2
1.2	Rettslig plassering og avgrensninger.....	4
1.3	Kort om historikk og rettskildebildet.....	5
1.4	Plan for fremstillingen	8
DEL II	REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS - FAKTISK, ØKONOMISK OG RETTLIG KONTEKST	11
2	REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS OG LEGEMIDDELBRANSJEN ..	11
2.1	Kommisjonens sektorundersøkelse av legemiddelmarkedet.....	11
2.1.1	Utgangspunktet for undersøkelsen	11
2.1.2	Kommisjonens undersøkelse av patentforlik	12
2.2	Nærmere om konkurransen mellom generikaprodusenter og originalprodusenter ...	16
2.2.1	Forholdene på produksjonssiden.....	16
2.2.2	Regulerte priser og beskyttede konsumenter	21
2.3	Mulige konkurransevirkninger av reverse payment settlements	24
2.3.1	Innledning	24
2.3.2	Utgangspunkter	24
2.3.3	RPS som en eliminering av usikkerhet	26
2.3.4	Prinsipper for vurdering av potensiell konkurranse	27
2.3.5	Kan RPS være konkurransefremmende?	33
2.3.6	Oppsummering.....	38
3	KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET I TEUV ART. 101(1)	40
3.1	Innledende bemerkninger	40

3.2	Virkningsalternativet	40
3.2.1	Generelt	40
3.2.2	Særlig om prinsipper for vurdering av potensiell konkurranse.....	45
3.3	Formålsalternativet	49
3.4	Tilknyttede og nødvendige begrensninger	55
3.5	Merkbarhetskravet og formålsalternativet.....	59
DEL III	REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS UNDER	
	FORMÅLSALTERNATIVET I ART. 101(1)	64
4	INNGANGEN TIL FORMÅLSKATEGORIEN	64
5	MULIGE VEIER UT AV FORMÅLSKATEGORIEN	68
5.1	Opplegg	68
5.2	Direkte eller indirekte begrensning	68
5.3	Forholdet til andre potensielle utfordrere	71
5.4	Betydningen av at avtalen følger flere formål	74
5.5	Patentrettens ekskluderende funksjon	79
5.5.1	Problemstillingen	79
5.5.2	Ulike oppfatninger i juridisk litteratur	80
5.5.3	Patentet som et etableringshinder.....	81
5.5.4	Hensynet til innovasjon og patentrettighetens særlige karakter.....	87
5.5.5	Kommentar.....	96
5.6	Patentforlik som en markedsåpning?.....	97
5.7	Andre regulatoriske forhold i legemiddelbransjen	100
6	REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS UNDER EN FORENKLET	
	VIRKNINGSVURDERING?	104
6.1	Problemstilling.....	104
6.2	Konseptet om en forenklet virkningsvurdering	104
6.3	Retningslinjer i en konkret vurdering	108

6.3.1	Utgangspunktet for vurderingen	108
6.3.2	Effekten av en hypotetisk etablering.....	108
6.3.3	Sannsynligheten for etablering.....	111
6.4	Kommentar	117
7	REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS SOM «ANCILLARY RESTRAINTS»?	118
7.1	Problemstilling.....	118
7.2	Nærmere om det rettslige grunnlaget	118
7.3	Kommentar	122
8	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	123
9	REFERANSELISTE.....	125
9.1	Litteratur	125
9.2	Dommer og forvaltningsavgjørelser	136
9.3	Traktater, lovgivning og retningslinjer	142
9.4	Diverse.....	145

DEL I INNLEDNING

1 Presentasjon

1.1 Tema og problemstilling

Denne fremstillingen behandler forholdet mellom såkalte *reverse payment settlements* og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV art. 101 første ledd. Tema er nærmere avgrenset til vilkåret om at samarbeidet har «til formål» å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

Reverse payment settlements kan beskrives med følgende eksempel: Legemiddelprodusent A har brukt store ressurser på å utvikle et legemiddel, og har sikret seg beskyttelse mot lansering av «kopiprodukter» gjennom en rekke patenter. Legemiddelprodusent B vil lage et identisk og billigere «kopi»-produkt, og mener patentbeskyttelsen ikke hindrer ham i å lansere produktet. A mener en lansering av kopiproduktet vil utgjøre en patentkrenkelse, og partene kommer til tvist. Partene inngår imidlertid en forliksavtale på følgende vilkår: 1) Kopiprodusenten skal ikke lansere sitt kopiprodukt før en gitt dato, 2) patenthaver betaler kopiprodusenten flere millioner euro. Denne avtaletypen omtales gjerne som «reverse payment settlements», «pay-for-delay settlements» eller «exit payment settlements».¹

Disse avtalene reiser helt sentrale konkurranserettslige problemstillinger, og ligger i spenningsfeltet mellom immaterialretten og konkurranseretten. På den ene siden har avtalene likhetstrekk med andre kartellavtaler som behandles meget strengt i konkurranseretten. Partene unngår konkurranse og kan dele «monopolprofitten» mellom seg. Kundene taper ved å fortsette å betale høye priser. På den andre siden innebærer avtalen undertiden kun en forpliktelse til ikke å gjøre inngrep legemiddelprodusentens patent. I noen tilfeller får generikaprodusenten også entre markedet før patentets utløp. Kan slike avtaler sees som et legitimt utslag av patenthavers enerett? Og vil de til og med kunne fremme konkurransen i visse tilfeller?

¹ Terminologien *reverse payment settlements* benyttes i det følgende fordi den er mest vanlig, og det ennå ikke foreligger et tilsvarende uttrykk på norsk. Terminologien «reverse» kommer av at betalingen flyter den motsatte vei av det man normalt ser for seg i patentforlik, der partene avtaler at den som er anklaget for å gjøre patentinngrep betaler patenthaver erstatning for å ha benyttet teknologien uten samtykke.

Avtaletypen er et svært aktuelt og omdiskutert tema i konkurranserettslig litteratur, men lovligheten av disse avtalene har ennå ikke vært prøvd for EUs domstoler. Det sentrale spørsmålet er hvilken rettslig test som må anlegges, og hvilke vurderinger som må foretas for å fastslå at avtalen er ulovlig. Særlig diskuteres hvilken betydning de patentrettslige spørsmålene har, og hvilken rolle betalingen kan ha i den konkurranserettslige vurderingen.

Rammen for denne fremstillingen er konkurransebegrensningskriteriet i TEUV artikkel 101(1). Kriteriet innebærer at samarbeidet må ha til «formål eller virkning» å begrense konkurransen. Dette er alternative vilkår; har avtalen til formål å begrense konkurransen behøver ikke virkningene undersøkes. Tema for denne fremstillingen er spesifikt avgrenset til forholdet mellom reverse payment settlements og *formålsalternativet*. Fremstillingen tar også utgangspunkt i reverse payment settlements i legemiddelbransjen. Dette er fordi det først og fremst er i denne bransjen det er observert at slike avtaler forekommer.

Fremstillingen har to hovedmål. Et mål er å bidra til å avklare spørsmålet om og under hvilke omstendigheter reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen. Det nærmere rettslige innholdet i formålsalternativet er imidlertid ikke klart, og er gjenstand for stor debatt i juridisk litteratur. Særlig omdiskutert er forholdet til virkningsvurderingen. Et selvstendig mål med fremstillingen er derfor også å belyse det rettslige innholdet i kriteriet «til formål» å begrense konkurransen. De to hovedmålene er nært knyttet sammen: På den ene siden er en nærmere vurderingen av det rettslige innholdet i formålsalternativet en nødvendig forutsetning for å vurdere reverse payment settlements som et uprøvd fenomen i konkurranseretten. På den andre siden er reverse payment settlements også et godt eksempel for å illustrere yttergrensene for når formålsalternativet får anvendelse, og hvilke vurderingstemaer som er relevante. Begge temaene er i høyeste grad dagsaktuelle.

1.2 Rettslig plassering og avgrensninger

De materielle EU-konkurransereglene for foretak har tre hoveddeler: Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV art. 101, forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i art. 102 og reglene om fusjonskontroll. Bestemmelsene i traktaten om misbruk av dominerende stilling og konkurransebegrensende samarbeid er forbudsbestemmelser som fanger opp visse former for konkurranseskadelig adferd.² Felles for alle de tre delene av konkurranseretten er at man foretar en vurdering av om konkurransen begrenses. Helt overordnet kan EUs konkurranseregler sies å ha som formål å sikre konkurranseprosessen på markedene, for på den måten å sikre den økonomiske velferden i EU.³ EU-konkurransereglene må også sees på bakgrunn av målet om å opprette et indre marked, hvilket omfatter et system som sikrer at konkurransen ikke vrís.⁴

Tema for denne fremstillingen er spesifikt rettet mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV art. 101(1). Om forbudet er overtrådt, kan likevel samarbeidet være lovlig etter bestemmelsens tredje ledd dersom samtlige fire vilkår som der oppstilles er oppfylt. De positive virkningene ved avtalen oppveier da de negative. Jeg vil i denne fremstillingen ikke behandle spørsmål som knytter seg til unntaksbestemmelsen i tredje ledd.

For at reverse payment settlements skal kunne rammes av art. 101 må samtlige av vilkårene i første ledd være oppfylt. Foretaksbegrepet, samarbeidskriteriet og vilkåret om at avtalen må kunne påvirke samhandelen i EU behandles heller ikke her.⁵ Når det gjelder samarbeidskriteriet kan det imidlertid bemerkes at de fleste patentforlik er skriftlige og rettslig bindende avtaler som oppfyller samarbeidskriteriet. Fremstillingen vil heller ikke foreta en selvstendig rettslig vurdering reverse payment settlements under virkningsalternativet.

² Hjelmeng (2003) s. 649.

³ Sak C-52/09 Konkurrentverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] avsnitt 20

⁴ Se Traktaten om den Europeiske Union artikkel 3 tredje ledd, jf. protokoll 27 til TEUV. Se sak C-52/09 Konkurrentverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] avsnitt 20. Etter TEUV artikkel 3 bokstav b har Unionen enekompetanse til å fastsette konkurranseregler som er *nødvendige* for at det indre marked skal *virke etter sin hensikt*.

⁵ Det kan reises spørsmål ved hvilken betydning det har at forliket er stadfestet ved en beslutning fra en nasjonal domstol, se Korah (1988) s. 385, sak 258/78 Nungesser [1982] avsnitt 88-89 og sak 65/86 Bayer v Süllhöffer [1988], avsnitt 15. Se også Schmid (2012) s. 370. Denne problematikken behandles ikke her.

I juridisk litteratur benyttes begrepet «reverse payment settlements» undertiden om en rekke ulike typer patentforlik. De ulike avtaletypene kan også påvirke konkurransen i forskjellig grad. I det følgende vil jeg bare behandle patentforlik som innebærer at kopiprodusenten holder seg ute av markedet med et eller flere produkter i en gitt tidsramme, og hvor patenthaver betaler i penger. Forliket avslutter tvisten mellom partene. Terminologisk bruker jeg reverse payment settlements om denne avtaletypen. Den rettslige betydningen av distinksjoner innenfor disse faktiske forutsetningene vil bli behandlet fortløpende. Avgrensningen gjøres for å kunne konsentrere fremstillingen om sentrale spørsmål knyttet til reverse payment settlements og formålsalternativet uten at fremstillingen blir for komplisert. Lovligheten av såkalte ikke-angrepsklausuler behandles ikke.⁶

1.3 Kort om historikk og rettskildebildet

Spørsmålet om reverse payment settlements er i strid med konkurransebegrensningsregler er ikke nytt på verdensbasis, selv om problemstillingen er rimelig ferskt i Europa. I USA har lovligheten av disse forlikene vært et stridstema i lang tid, og etter mange års kamp i underinstansene har U.S. Supreme Court i år for første gang tatt stilling til spørsmålet.⁷

I Europa har EU-kommisjonen satt fokus på reverse payment settlements gjennom sin sektorundersøkelse av legemiddelmarkedet, samt etterfølgende undersøkelser av patentforlik spesielt. Kommisjonen har avlagt «statement of objections» i tre saker som synes å vedrøre ulike former for reverse payment settlements, se hhv. Servier-perindopril,⁸ Johnson & Johnson-Fentanyl,⁹ og Lundbeck-saken.¹⁰ I alle sakene har Kommisjonen gjort seg opp en foreløpig mening om at avtalene er i strid med art. 101. Ingen av beslutningene er imidlertid offentlige. Kommisjonen fattet vedtak i Lundbeck-saken i juli 2013, og ila foretakene en bot på til sammen 145 millioner euro. Det er allment kjent at Kommisjonen anså at avtalene i saken hadde til formål å begrense konkurransen, og at vilkårene i art.

⁶ Se nærmere om ikke-angrepsklausuler i Korah (2006) s. 38 flg og Ørstavik (2005) s. 83.

⁷ Se FTC v. Actavis 570 U.S. [2013].

⁸ IP/12/835 [2012].

⁹ IP/13/81 [2013].

¹⁰ IP/13/563 [2013].

101(3) ikke var oppfylt.¹¹ Vedtaket er imidlertid ikke offentliggjort ennå, og det nærmere innholdet er ikke kjent for undertegnede. Lundbeck har meddelt at de vil anlegge sak for Retten.

Ordlyden i art. 101(1) gir liten veiledning for den konkrete rettsanvendelsen. EU-domstolen har slått fast at art. 101 kan få anvendelse på forliksavtaler i tvister om immaterielle rettigheter, men har ikke prøvd lovligheten av reverse payment settlements.¹² Den videre fremstillingen må derfor i første rekke baseres på generelle prinsipper for å identifisere konkurransebegrensende samarbeid som er utviklet i rettspraksis fra EU-domstolen, og ta høyde for den særlige konteksten disse avtalene inngås i.¹³

Økonomisk teori kan kaste lys over potensielle økonomiske effekter av ulike former for samarbeid, og hvor sannsynlig det er at samarbeidet vil lede til en dempet konkurranse og ineffektiv ressursbruk. Økonomisk teori kan på denne måte gi anbefalinger i konkurranserettslige vurderinger av konkrete avtaler, og i valg av hvilken rettslig test som bør anlegges for ulike samarbeidsformer.¹⁴ Økonomisk teori kan imidlertid ikke gi direkte svar på om et gitt samarbeid er i strid med konkurransereglene eller hvilken test det skal behandles under. For det første er det tolkningen av konkurransereglene som finnes i rettspraksis som vil være avgjørende for hvordan konkurranseanalysen skal foretas.¹⁵ For det andre vil det ofte kunne være uenighet i økonomisk teori. Det kan til dels være uenighet om målsetningene for analysen, og særlig kan det være uenighet om forutsetningene som bør legges til grunn for analysen.

Det finnes en stor mengde økonomisk teori om hvordan reverse payment settlements kan påvirke konkurransen i markedet, og til dels råder det uenighet mellom forfatterne. Særlig

¹¹ Se Italianer (2013) s. 9.

¹² Se sak 65/86 Bayer v Süllhöffer [1988], der Domstolen uttalte at artikkel 101(1) «[...]makes no distinction between agreements whose purpose is to put an end to litigation and those concluded with other aims in mind.», avsnitt 15. Se Schmid (2012) s. 370 flg.

¹³ Det er ikke allment kjent at noen nasjonal domstol har vurdert reverse payment settlements opp mot konkurranseregler. I Norge har imidlertid Asker og Bærum tingrett i 2003 reist spørsmål om «etikken» ved slike avtaler. Kjennelse av 5. feb. 2003 i sak nr. 02-2662 0/01 og 02-2663 0/01, H. Lundbeck AS mot ratlophann AS. Lundbeck hadde tilbudt en generikaproducent en «betydelig» betaling for å innstille produksjonen, det var kun tilbudet om betaling tingretten uttalte seg om.

¹⁴ Bailey (2012) s. 562.

¹⁵ Sejersted (2011) s. 500.

fordi reverse payment settlements er et uprøvd fenomen vil det gis en presentasjon av enkelte økonomiske betraktninger for hvordan reverse payment settlements kan påvirke konkurransen, og det vil pekes på tilfeller hvor det er uenighet. Fremstillingen har ikke som målsetning å komme med egne bidrag i form av økonomisk analyse, men vil basere seg på argumenter som gjenfinnes i rettspraksis og i konkurranserettslig og økonomisk litteratur.

I USA finnes forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i 15 U.S.C. § 1 (Sherman Act). Debatten i stor grad dreid seg om hvilken rettslig test reverse payment settlements skal underlegges. En rekke ulike tester har vært lansert i litteraturen og anvendt i underinstansene. I saken *FTC v. Actavis*¹⁶ fastslo flertallet (5-3) i U.S. Supreme Court at reverse payment settlements normalt behandles under en «rule of reason».¹⁷ Enkelt sagt innebærer det at saksøker må bevise at avtalen begrenser konkurransen, hvorpå motpartene eventuelt må bevise at avtalen medfører positive virkninger som kan oppveie ulempene.¹⁸ Domstolen ga imidlertid retningslinjer for vurderingen som indikerer at reverse payment settlements vil kunne være ulovlige uten at det må foretas en inngående markedsanalyse for å konstatere at konkurransen er begrenset.¹⁹

Rettspraksis fra USA er ingen autoritativ rettskilde i EU-konkurranseretten.²⁰ Det er imidlertid rimelig at erfaringer fra andre rettssystemer i vurderingen av de økonomiske effektene av en avtaletype kan ha betydning i en europeisk kontekst.²¹ Som nevnt foreligger det imidlertid ikke noen konsistent praksis fra USA vedrørende reverse payment settlements. Det bør også på et generelt plan utvises forsiktighet ved å tillegge praksisen fra USA argumentasjonsverdi, ettersom strukturen for vurderingene under den amerikanske regelen er forskjellig fra TEUV art. 101.²² Det finnes imidlertid også klare likhetstrekk mellom bestemmelsene, og visse spørsmål av mer bevismessig og økonomisk art er

¹⁶ *FTC v. Actavis* 570 U.S. [2013]

¹⁷ *Ibid.* under flertallets votum s. 8 og 20.

¹⁸ Se Hovenkamp (2013) s. 14, Cotter (2013) s. 3 flg.

¹⁹ Avgjørelsen er blant annet behandlet av Cotter (2013), Hovenkamp (2013) og Edlin m.fl. (2013).

²⁰ Retten uttalte i sak T-321/05 *AstraZeneca* [2010]: «[...] the position adopted by [United States law] cannot take precedence over that adopted by European Union law», avsnitt 368. Saken ble opprettholdt av Domstolen, se sak C-457/10/P *AstraZeneca* [2012].

²¹ Bailey (2012) s. 565.

²² Se Whish (2011) s. 121.

uavhengige av bestemmelsenes oppbygning. Amerikansk praksis vil således kun benyttes som illustrasjonsmateriale i den videre fremstillingen.

Grovt sett kan man si at det i amerikansk rettspraksis har vært lansert følgende tester: 1) Reverse payment settlements er ulovlige *per se*.²³ Dette innebærer enkelt sagt at avtalen er ulovlig i seg selv; saksøkte ikke har mulighet til å bevise at fordeler ved avtalen oppveier ulempene. 2) Reverse payment settlements er presumptivt ulovlige under en «quick-look» forenklet «rule of reason».²⁴ Det er da opp til partene å bevise at avtalen medfører fordeler som legitimerer avtalen. 3) Reverse payment settlements behandles under en «rule of reason». 4) Reverse payment settlements underlegges en «scope of the patent»-test.²⁵ Det innebærer at avtalen er *lovlig* så lenge begrensningen av generikaprodusentens markedsadgang ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale.²⁶ Unntak gjelder der patenthavers påstand om patentinngrep savner ethvert rettsgrunnlag, eller patentet er oppnådd gjennom «fraud at the patent office». Realiteten er som regel at avtalen er lovlig dersom begrensningen i markedsadgangen ligger innenfor patentets beskyttelsesperiode og det ikke foreligger et «sham»-tilfelle.²⁷ Den såkalte «scope of the patent»-testen har vært rådende i underinstansene før avgjørelsen i *FTC v. Actavis*.²⁸ Den føderale konkurransemyndigheten («FTC») argumenterte for at reverse payment settlements er presumptivt ulovlige, mens motparten argumenterte for en «scope of the patent»-test. Flertallet i Supreme Court forkastet begge testene, og anla som nevnt en rule of reason.²⁹

1.4 Plan for fremstillingen

Fremstillingen er inndelt i tre hoveddeler. Del II vil forsøke å oppstille en faktisk, økonomisk og rettslige kontekst som kan bidra til den rettslige vurderingen av reverse payment settlements i del III.

I del II gis det først en presentasjon av Kommisjonens undersøkelse av patentforlik i forbindelse med sin undersøkelse av legemiddelsektoren, og hvilke problemer de har pekt på. Deretter presenteres noen grunnleggende trekk i konkurransen mellom de såkalte generikaprodusentene og originalprodusentene i legemiddelbransjen. Fremstillingen vil peke på enkelte hovedtrekk i de regulatoriske og økonomiske forholdene i markedet, og

²³ Se *In re Cardizem CD Antitrust Litig.*, 332 F.3d 896 (6th Cir. 2003)

²⁴ Se *In re K-Dur Antitrust Litigation* 686 F.3d 197 (3d Cir. 2012)

²⁵ *In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig.*, 466 F.3d 187 (2d Cir. 2006) og *In re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig.*, 544 F.3d 1323 (Fed. Cir. 2008)

²⁶ *FTC v. Actavis* 570 U.S. [2013] s. 1-2.

²⁷ *In re K-Dur Antitrust Litigation* 686 F.3d 197 (3d Cir. 2012) s. 24-26.

²⁸ *FTC v. Actavis* 570 U.S. [2013].

²⁹ Se nærmere om rettsutviklingen før *Actavis* i Areeda (1978, Supl. 2013) avsnitt 2046.

hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. Målet er også å gi en noenlunde realistisk ramme for den senere drøftelsen. Til slutt gis det en presentasjon av hvordan reverse payment settlements kan skade konkurransen ut i fra en økonomisk synsvinkel. Det stilles også spørsmål ved om reverse payment settlements kan være konkurransefremmende. Disse spørsmålene kan være interessante i en rettspolitisk debatt om hvor forsvarlig det er å basere seg på en formalistisk test for å avgjøre lovligheten av reverse payment settlements. De økonomiske betraktningene kan også gi anbefalinger til hvilke faktorer og vurderingstemaer det bør fokuseres på i den rettslige vurderingen. Her er det til dels stor uenighet i konkurranserettslig og økonomisk litteratur, og et mål er også å peke på disse uenighetene.

I kapittel 3 presenteres konkurransebegrensningskriteriet i TEUV artikkel. 101(1), som er rammen for den senere rettslige analysen. For å kunne drøfte det nærmere innholdet i formålsalternativet må også virkningsalternativet presenteres, ettersom de alternative vilkårene er nært knyttet sammen. Et mål er her å undersøke hvordan de potensielt skadelige effektene av reverse payment settlements som er presentert i kapittel 2 er relevante i vurderingen under konkurransebegrensningskriteriet. Fremstillingen viser også at skille mellom formål/virkning ikke alltid er klart, og at det i visse tilfeller kan være tale om å anvende en slags forenklet virkningsvurdering under formålsalternativet.

Kapitlene i del III knytter seg til spørsmålet om og under hvilke omstendigheter reverse payment settlements har *til formål* å begrense konkurransen. I kapittel 4 diskuteres det på et generelt plan hva det er som tilsier at avtaletypen kan ha til formål å begrense konkurransen. Målet er i stor grad å sammenligne avtaletypen med andre avtaler som har til formål å begrense konkurransen. I kapittel 5 presenteres ulike aspekter ved reverse payment settlements som kan tilsi at avtaletypen *ikke* har til formål å begrense konkurransen. Disse aspektene holdes opp mot prinsipper som kan utledes av rettspraksis, og fremstillingen søker etter holdepunkter for at visse typer reverse payment settlements ikke har til formål å begrense konkurransen. Kapittel 6 behandler konseptet «forenklet virkningsvurdering», og testens forhold til reverse payment settlements. Fremstillingen vil forsøke å klarlegge det rettslige grunnlaget for og nærmere innhold i denne testen, samt hvordan den forholder seg

til de alminnelige kriteriene oppstilt av Domstolen. Deretter vil det gis en presentasjon av hvilke faktorer som vil være relevante ved vurderingen av reverse payment settlements. I kapittel 7 stilles det spørsmål ved om reverse payment settlements kan betraktes som en *ancillary restraint*, og derfor falle utenfor art. 101(1).

DEL II REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS - FAKTISK, ØKONOMISK OG RETTSLIG KONTEKST

2 Reverse payment settlements og legemiddelbransjen

2.1 Kommisjonens sektorundersøkelse av legemiddelmarkedet

2.1.1 Utgangspunktet for undersøkelsen

Grunnen til at reverse payment settlements er et aktuelt tema i EU-konkurranseretten er i stor grad at Kommisjonen har identifisert avtaletypen som et problem. Bakgrunnen var Kommisjonens omfattende undersøkelse av legemiddelsektoren i perioden 2000-2007, som resulterte i en endelig rapport («sektorrapporten»)³⁰.

Undersøkelsen ble innledet på grunn av observasjoner om forsinket markedsinntreden av generiske legemidler, og antatt nedgang i innovasjon i legemiddelbransjen.³¹ Sektorundersøkelser er et redskap i EU-konkurranseretten som gir Kommisjonen anledning til å innhente informasjon og identifisere problemer i markedet generelt, for dermed å legge til rette for senere håndheving av TEUV art 101 og 102. Hovedfokuset var således å identifisere aktørenes *adferd* i markedet, både i konkurransesituasjonen mellom generikaprodusenter og originalprodusenter, og mellom originalprodusentene.³² Spørsmålet var om det virkelig er et problem med forsinket generisk inntreden og nedgang i innovasjon, og om problemet i så fall er noe konkurranseretten kan befatte seg med. Kommisjonens svar var bekreftende, selv om også regulatoriske forhold er mye av årsaken til problemene.³³

Kommisjonen identifiserte flere typer *adferd* som ble karakterisert som problematiske i et konkurranserettslig perspektiv. Særlig gjaldt dette *adferd* som kunne begrense konkurransen mellom originalprodusenter og generikaprodusenter.³⁴ Det tales i vid

³⁰ Pharmaceutical sector Inquiry – Final Report (2009), s. 13-15, jf. Rådsforordning 1/2003 art. 17(1). Sektorrapporten er ikke ment å gi direkte veiledning for de rettslige spørsmålene.

³¹ Begrunnelsen var at antall nye legemidler på markedet hadde gått ned. Ibid.

³² Ibid. s. 13.

³³ Ibid. s. 520 flg.

³⁴ Ibid. s. 181-379.

forstand om originalprodusentens «verktøykasse»,³⁵ og gjelder enkelt sagt adferd som skal sikre beskyttelse mot generisk konkurranse på et patentert legemiddel. *Ett* av tiltakene som det var fokusert mye på var nettopp de såkalte reverse payment settlements. Her har Kommisjonen også foretatt oppfølgende undersøkelser som har ledet til tre overvåkningsrapporter frem til 2012. Kommisjonens konklusjon er at de fleste patentforlik ikke er problematiske i en konkurranserettslig sammenheng, og kan være ønskelige for samfunnet. Det ble imidlertid også identifisert en rekke forlik som kan være skadelige for konkurransen, herunder reverse payment settlements slik avtaletypen defineres i denne fremstillingen.³⁶

2.1.2 Kommisjonens undersøkelse av patentforlik

I sektorundersøkelsen ble det meldt inn 207 patentforlik inngått mellom originalprodusenter og generikaprodusenter i perioden 2000-2008. Forlikavtalene var for eksempel inngått for å gjøre slutt på en verserende sivil rettsak mellom partene eller for å gjøre slutt på en klageprosess for patentmyndighetene. Avtalen kan også ha vært inngått for å gjøre slutt på en uenighet som ikke er kommet opp for noen myndighetsorganer, men som f.eks. er oppstått fordi originalprodusenten protesterer på at generikaprodusenten har lansert eller varsler om å lansere et generikaprodukt.³⁷

Kommisjonen inndelte forlikene i to hovedkategorier, A og B. Kategori A omfatter forlikavtaler hvor generikaprodusenten umiddelbart var fri til å entre markedet med sitt eget produkt.³⁸ Kategori B omfatter avtaler som begrenser generikaprodusentens markedsadgang. Innenfor Kategori B var det skilt mellom avtaler innebar en verdioverføring fra originalprodusenten til generikaprodusenten, BII, og avtaler som ikke innebar en slik verdioverføring, BI:³⁹

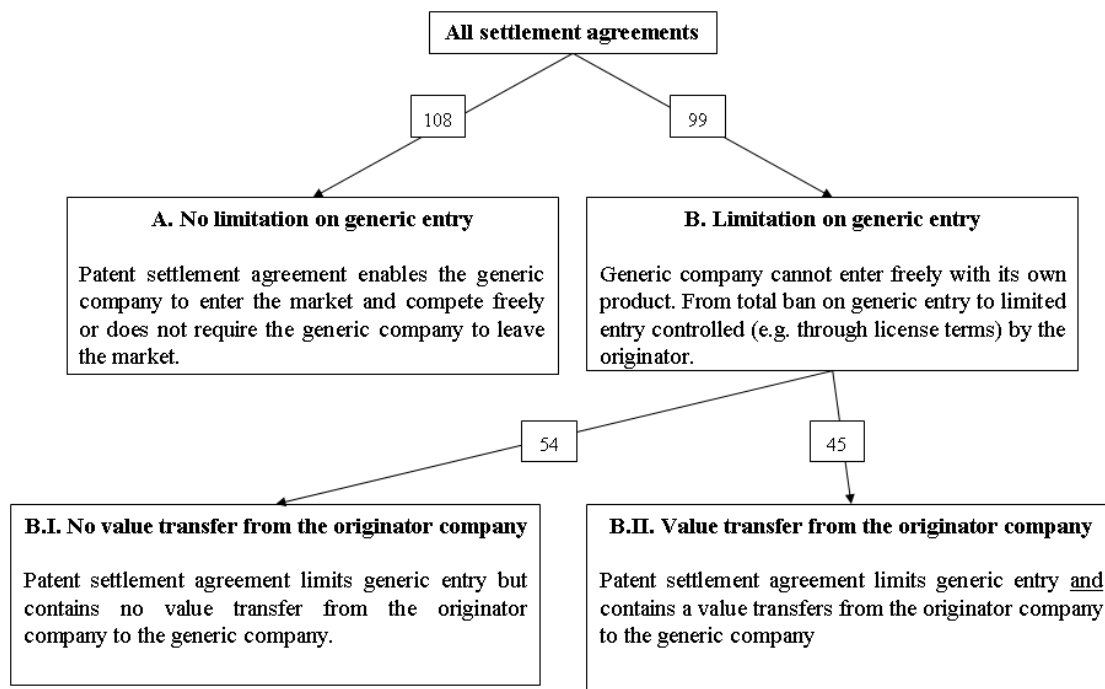
³⁵ Ibid. s. 181. Begrepet «tool box» er i følge Kommisjonen et begrep som brukes i bransjen.

³⁶ Tredje overvåkningsrapport s. 1-2.

³⁷ Sektorrapporten s. 254-255.

³⁸ Se også tredje overvåkningsrapport, avsnitt 12.

³⁹ Plansjen er hentet fra sektorrapporten s. 270.



I nesten alle forlikene under kategori A var det allerede en eller flere generikaprodusenter inne på markedet, og i majoriteten av tilfellene ble forliket inngått etter eller like omkring eksklusivitetsperiodens utløp. Disse forlikene er omtalt som lite problematiske i et konkurranserettslig perspektiv, ettersom de ikke hindrer konkurransen mellom partene.

Grupperingen innenfor kategori B er litt vanskeligere å få tak på. Kategori BI omfatter avtaler som begrenser generikaprodusentens markedsadgang, men som ikke innebærer en verdioverføring. Dette var avtaler der generikaprodusenten «agreed to enter only after the patent(s) at issue had expired.»⁴⁰ Disse utgjorde 54 av de 207 avtalene som var innrapportert.

I kategori BII er fellestrekket at avtalen begrenser generikaprodusentens markedsadgang, og innebærer en verdioverføring fra originalprodusenten. Kommisjonens definisjon av

⁴⁰Karakteristisk for disse avtalene var at originalprodusenten hadde vunnet i første instans. Sektorrapporten avsnitt s. 275.

verdioverføring er her svært vid. Totalt 45 av de 207 avtalene som var innrapportert falt innenfor denne kategorien.

En verdioverføring omfatter for det første direkte pengeoverføringer. 23 av de 207 avtalene inneholdt pengeoverføringer, til sammen 200 millioner euro, hvorav 40 millioner euro var den største enkeltsummen.⁴¹ Flere av disse patentforlikene synes å kunne omtales som klassiske reverse payment settlements. Det var også inngått såkalte «interim settlements»; som substitutt for en midlertidig forføyning betales generikaprodusenten mot å holde seg utenfor markedet til dom faller i saken. Det var relativt få avtaler som innebar at generikaprodusenten ble kompensert gjennom en gunstig sideavtale, f.eks. kjøp av noe til underpris.⁴²

De resterende avtalene inneholdt en annen form for «verdioverføring», stort sett at generikaprodusenten kunne entre markedet for det omtvistede produkt før patentets utløp i form av en lisensavtale, eller at det ble inngått en distribusjonsavtale med originalprodusenten.⁴³

BII-forlikene er dermed en svært uensartet gruppe. En fellesnevner er at generikaprodusentens markedsadgang begrenses, samtidig som han oppnår en fordel ved forliket. Imidlertid vil ikke en hver fordel medregnes. For eksempel synes det ikke å regnes som en verdioverføring at originalprodusenten frafaller erstatningskrav overfor generikaprodusenten.

Kommisjonens senere overvåkningsrapporter

Siden den endelige sektorrapporten har Kommisjonen publisert tre rapporter etter å ha fortsatt undersøkelsen av patentforlik. Kommisjonen fastholder sin kategorisering, og finner en stor økning i antall patentforlik per år.⁴⁴ Dette gjelder også for BII-forlik, selv om

⁴¹ Sektorrapporten s. 279-280. I amerikansk praksis er det eksempler på langt høyere reverse payments. Til illustrasjon inneholdt den såkalte Bayer-Barr-avtalen en reverse payment på til sammen 398 millioner USD. Avtalen var inngått i 1997. Se Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig., 544 F.3d 1323 (Fed. Cir. 2008).

⁴² De såkalte "side-deals" har vært en langt mer utstrakt praksis i USA. Der har det heller ikke vært unormalt at generikaprodusenten kompenseres i form av et løfte fra originalprodusenten om ikke å lansere et autorisert generisk legemiddel. Se nærmere i sektorrapporten s. 288-291.

⁴³ Sektorrapporten s. 269.

⁴⁴ Tredje overvåkningsrapport s. 6 og s. 15.

men *andelen* av slike patentforlik har gått ned på et lavt nivå. Kommisjonen beskriver følgende utvikling i fordelingen mellom kategoriene:⁴⁵

	2000 -2008	2008-2009	2010	2011
Kategori A	52 %	57 %	61 %	70 %
Kategori B I	26 %	33 %	36 %	19 %
Kategori B II	22 %	10 %	3 %	11 %

Kommisjonens konklusjoner

I alle rapportene er det uttrykkelig fastslått av Kommisjonen at formålet med rapporten og monotorrapportene ikke er å ta stilling til om de enkelte avtaletypene er i strid med konkurransereglene. På den annen side er det åpenbart at kategoriseringen er ment å være relevant i en konkurranserettslig sammenheng. Det følger av hele rapportens kontekst, og fremkommer uttrykkelig når Kommisjonen spesielt fremhever kategori BII-forlik som potensielt konkurranseskadelige avtaler.⁴⁶ I den tredje overvåkningsrapporten presenterer Kommisjonen hvilke typer patentforlik som kan være problematiske i et konkurranserettslig perspektiv, gruppert i tre.⁴⁷ Den første er avtaler som innebærer en «value transfer (e.g. a payment)» fra originalprodusenten mot en enighet om forsinket markedsinntreden for generikaprodusenten. (BII-forlik). Den andre er der begrensningen på markedsadgangen går utover patentets ”exclusionary zone”, dvs. utenfor beskyttelsesperioden, geografiske nedslagsfelt og for produkter som ikke omfattes av patentets beskyttelsesomfang. Den tredje kategorien er forlik der originalprodusenten vet at patentet ikke oppfyller patenterbarhetskravene, de såkalte ”sham”-avtaler.

Kommisjonen er imidlertid meget eksplisitt på at de fleste patentforlik er uproblematiske i et konkurranserettslig perspektiv, og at hvert forlik må vurderes konkret i en konkurranserettslig sammenheng.⁴⁸ Under kategori BII fremheves også avtalene hvor

⁴⁵ Ibid s. 9.

⁴⁶ Se f.eks. sektorrapporten s. 524.

⁴⁷ Tredje overvåkningsrapport avsnitt 4.

⁴⁸ Ibid. Sektorrapporten s. 524.

generikaprodusenten betales i penger som særlig problematiske.⁴⁹ Det er som nevnt bare denne typen forlik som er gjenstand for behandling i den videre drøftelsen.

2.2 Nærmere om konkurransen mellom generikaprodusenter og originalprodusenter

2.2.1 Forholdene på produksjonssiden

De regulatoriske og økonomiske forholdene i legemiddelbransjen i Europa gjenspeiler særlig to grunnleggende hensyn. På produksjonssiden kan man litt forenklet si at originalprodusentene og generikaprodusentene står på hver sin side, og fronter hvert sitt hensyn.

Behovet for nye og bedre medisiner

For det første er det et konstant behov for å forbedre og utvikle nye og gode medisiner, hvilket nødvendiggjør store investeringer i innovasjon. Selv om offentlige forskningsinstitusjoner bidrar mye til denne utviklingen, skjer en helt avgjørende del av innovasjonen i legemiddelindustrien. Utviklingen av nye medisiner skjer særlig i *konkurransen* mellom forsknings- og utviklingsbaserte legemiddelfirmaer; de såkalte originalprodusentene. Dette er ofte store multinasjonale bedrifter.⁵⁰

I dette henseende har patentretten en sentral rolle ved at eneretten kan gi en *mulighet* for å inntjene kostnadene ved investeringer. Dette gir økonomiske *insentiver* til å gjøre oppfinnelser og kommersialisere dem. I tillegg bidrar patentretten til spredning av kunnskap ved at oppfinnelsen gjøres offentlig. Patentretten styrer også konkurransen mellom originalprodusentene, det kan hevdes at patentretten har en positiv virkning ved å unngå «dobbeltarbeid».⁵¹ På denne måten kan man se det som at patentretten først og

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Se nærmere i sektorrapporten s. 23 flg. Det er også mange små og mellomstore nisje-produsenter, men som ofte ikke har kapasitet til å gjennomføre den omfattende testing, markedsføring og produksjon som skal til for å lansere produktet på markedet. De overdrar eller lisensier ofte bort rettighetene til produktet til originalprodusenten.

⁵¹ Se Stenvik (2006) s. 24-27 om begrunnelsen bak patentretten. For en nærmere analyse av den økonomiske begrunnelsen bak patentretten, se Stenvik (2000).

fremst har en samfunnsøkonomisk begrunnelse, og er et virkemiddel i streben etter samfunnsøkonomisk effektivitet. Likevel slik at patentretten også bygger på en rimelighetsbetraktning om at oppfinneren skal ha sin lønn.⁵²

Patentretten er fortsatt nasjonal, men gjennom folkerettslig samarbeid er de materielle reglene i stor grad harmonisert, og patenter *kan* søkes og «innvilges» sentralt for alle EU-land.⁵³ Man taler da om et europeisk patent, som i realiteten kan beskrives som et sett av nasjonale patenter. Patentene håndheves og angripes rettslig for nasjonale domstoler.⁵⁴

Legemidler beskyttes gjerne av en rekke (europeiske) patenter.⁵⁵ Beskyttelsen kan typisk gjelde selve virkestoffet, og omtales i bransjen som *primærpatenter*. Beskyttelsen kan også gjelde fremstillingsmåten til virkestoffet, et medisinsk preparat (virkestoffet er ikke nytt, men anvendelse som legemiddel er nytt), eller formulering (tabletter, kapsler osv.). Denne typen patenter omtales ofte i bransjen som *sekundærpatenter*.⁵⁶ Betegnelsene primær/sekundær er uten patentrettslig betydning, og er kun bransjespråk for den kommersielle betydningen og det tidsmessige aspektet ved patenteringen av et legemiddel.

For å sikre at medisiner som utvikles er trygge for pasienten stilles det strenge krav til testing og godkjenning av legemidler før de kan lanseres på markedet; det er krav om markedsføringstillatelse.⁵⁷ Dette forsinker imidlertid prosessen fra patenteringen av legemiddelet til lansering av produktet. For å kompensere for dette tapet av effektiv beskyttelsestid kan det oppnås en «forlenget» patentbeskyttelse på opp til 5 år, såkalt

⁵² Se Stenvik (2006) s. 24. Se også Knoph (1936) s. 4 og 196. Se Domeij (1998) s 22.

⁵³ Gjennom EPC (European Patent Convention) og opprettelsen av EPO (European Patent Office) er det blitt mulig å få beskyttelse i et eller flere medlemsland ved å rette en enkelt patentsøknad til EPO. Dersom patentet innvilges må det godkjennes av de nasjonale patentmyndighetene. Godkjente patenter gis deretter samme beskyttelse som om patentet var oppnådd gjennom en nasjonal prosedyre. Se EPC art. 2. Se nærmere i Tritton (2008) s. 61 flg., 84 flg.

⁵⁴ Tritton (2008) s. 84 flg.

⁵⁵ Sektorrapporten s. 187-188.

⁵⁶ Ibid. s. 185-186. Beskyttelsen av et legemiddel med en rekke sekundærpatenter kalles gjerne en «patent cluster»

⁵⁷ Reglene er harmonisert i EU gjennom direktiv 2001/83/EC. Tillatelse kan oppnås for hele EU gjennom en sentralisert prosedyre eller gjennom nasjonal prosedyre. Se sektorrapporten. s. 115 flg. og Shorthose (2012) s. 103 flg.

supplerende beskyttelsessertifikat (SPC-beskyttelse).⁵⁸ Når jeg i det følgende omtaler patentets beskyttelsestid eller varighet vil jeg for enkelhets skyld medregne en eventuell SPC-beskyttelse.

Behovet for en effektiv priskonkurransen

For det andre er det avgjørende å sikre forbrukere en tilgang til allerede utviklede medisiner. Dette hensynet ivaretas i første rekke gjennom nasjonale prisreguleringer og private og statlige forsikringsordninger. At utgiftene betales av en tredjepart innebærer imidlertid kun en fordeling av utgiftene, i siste rekke er det en effektiv konkurranse på markedet som kan sikre lavere priser, hvilket direkte og/eller indirekte kommer konsumentene til gode. Dette ivaretas særlig gjennom priskonkurransen fra produsenter av «kopiprodukter», generikaprodusentene, og regler som legger til rette for slik konkurranse.

Særlig viktig er det at generikaprodusenten gjennom en forenklet prosedyre kan basere seg på testene gjort for originalpreparatet (referanselegemiddelet) for å oppnå markedsføringstillatelse for sitt generiske produkt.⁵⁹ Denne forenklete prosedyren er imidlertid kun tilgjengelig etter utløpet av et visst antall år etter at originalprodusentens markedsføringstillatelse ble oppnådd.⁶⁰ Dette innebærer som regel en tidsmessig avgrenset de facto beskyttelse mot konkurranse fra generikaprodukter, ettersom det ofte ulønnsomt og/eller uoverkommelig for generikaprodusenten å foreta testene selv.⁶¹ Det omtales gjerne som «dokumentbeskyttelse». I tillegg er det gitt en såkalt markedsbeskyttelse, som hindrer lansering av det generiske legemiddelet i en ytterligere periode. Reglene har til hensikt å gi en mulighet for å innhente investeringskostnader uavhengig av om legemiddelet er beskyttet av et patent.⁶² Sammen med patentet gir dette originalprodusenten et dobbelt lag

⁵⁸ SPC-beskyttelse («Supplementary Protection Certificate») for legemidler er gjennomført i EU gjennom forordning nr. 469/2009, kodifisert versjon. Beskyttelsen er ikke en patentrett, ei heller en direkte forlengelse av patentretten, men gir en noe smalere beskyttelse. Se Shorthose (2012) s. 154.

⁵⁹ Se direktiv 2001/83/EC, artikkel 10. For en helhetlig fremstilling av reglene for å oppnå markedsføringstillatelse for et generisk preparat under forenklet prosedyre, se Shorthose (2012) s. 349 flg.

⁶⁰ Se Shorthose s. 354 flg.

⁶¹ Sektorrapporten s. 124.

⁶² Shorthose (2012) s. 354

med beskyttelse mot priskonkurransen fra generiske legemidler. Likevel er det som oftest slik at dokumentbeskyttelsen løper ut før patentbeskyttelsen.⁶³

Konkurransen før og etter patentets utløp

Patentet gir en mulighet for beskyttelse mot konkurranse på imitasjon fra generiske produkter, hvilket kan redusere priskonkurransen. Samtidig kan patenthaver møte konkurranse fra andre originalprodusenter med substituerbare produkter. Konkurransen på substitusjon kan særlig presse foretakene til å investere mer i FoU.⁶⁴ Trusselen om priskonkurransen etter patentets utløp sikrer samtidig en effektiv avgrensning av patenthavers tidsbestemte enerett. Trusselen om priskonkurransen betraktes også av mange som en forutsetning for at patentretten skal fungere som en stimulator for innovasjon.⁶⁵

Originalprodusenten utsettes imidlertid ikke bare for trusselen om generisk konkurranse når patenttiden er utløpt. Generikaprodsenten mener f.eks. at patentet kan kjennes ugyldig fordi patenterbarhetskravene ikke er oppfylt, eller han mener at lanseringen av generikaproduktet ikke gjør inngrep i patentbeskyttelsen. Virkestoffet er f.eks. ikke patentbeskyttet lenger, men generikaprodsenten benytter en fremstillingsmetode det er usikkert om omfattes av originalprodusentens fremgangsmåtepatent. At patenter kan kjennes ugyldige er en nødvendig forutsetning i patentsystemet, og kan sies å bygge på en avveining av hensynet til patenthavers investeringer og hensynet til en fri konkurranse.⁶⁶ Alternativet ville vært å bruke for mye ressurser på å vurdere innvilgelsen av patenter, og/eller at det i for stor grad oppstilles hindere for konkurransen som ikke er berettiget i patentrettens materielle bestemmelser. Man kan derfor se det som at den nasjonale lovgivningen legger til rette for et konkurransepress fra generikaprodsentene også før patentets utløp. Det er særlig i denne «delen» av konkurransen at patentforlikene kommer inn i det konkurranserettslige bildet, og de fleste tvistene for domstolene gjelder de såkalte sekundærpatenter.⁶⁷

⁶³ Se sektorrapporten s. 126.

⁶⁴ Drexl. s. 44-45.

⁶⁵ Se Drexl. (2009) s.754

⁶⁶ Se f.eks. Stenvik (2006) s. 285, jf. også NU 1963:6 s. 314.

⁶⁷ Se sektorrapporten s. 221. Se også sektorrapporten s. 185-186 for en illustrasjon over samspillet mellom primærpatentene og sekundærpatentene, og konkurranstrykket fra generikaprodsentene.

Noen tall fra sektorrapporten kan illustrere realiteten i konkurransen før patentbeskyttelsen på legemiddelet er utløpt.⁶⁸ I perioden 2000-2007 fikk Kommisjonen innmeldt 698 rettsaker, i de fleste tilfellene ble saken forlikt eller kravene frafalt. I 62% av de 149 sakene hvor det ble avsagt dom «vant»⁶⁹ generikaprodusenten. I sakene om patentets gyldighet ble 55% kjent ugyldige. Det var også et klart skille mellom det Kommisjonen definerte som primærpatenter og sekundærpatenter. Originalprodusenten vant 57% av primærpatentsakene, generikaprodusenten vant 74% av sekundærpatentsakene.⁷⁰ Statistikken gir ingen klar indikasjon på den rettslige «styrken» av patentene der sakene *ble forlikt*. Likevel er den et relevant bakteppe som bekrefter oppfatningen om at det i forlikssituasjoner svært ofte er usikkert om lanseringen av generikaproduktet krenker originalprodusentens patentrett.⁷¹

Forskjellen i kostnadsstrukturen og inntjeningsgrunnlaget til originalprodusenter og generikaprodusenter kan også indikere at «konkurransen» om patenters gyldighet og omfang er særlig fremtredende i legemiddelbransjen.

Originalprodusentene har store kostnader til FoU, det er anslått at det i gjennomsnitt koster mellom en halv og en hel milliard USD å utvikle ett legemiddel og bringe det på markedet.⁷² Tall fra sektorrapporten viser at originalprodusentenes gjennomsnittlige produksjonskostnader utgjorde 21% av foretakets årlig omsetning, mens de for generikaprodusentene utgjorde rundt 51%.⁷³ Originalprodusentenes store utgifter til FoU⁷⁴ er klart en viktig årsak til denne forskjellen, men originalprodusentene har også betydelig større kostnader til markedsføring enn generikaprodusentene.⁷⁵ En faktor som kan bidra til å forklare forskjellen i markedsføringskostnadene kan være at originalprodusenten må «bygge» et marked for å vinne frem overfor substituerbare produkter, mens

⁶⁸ Sektorrapporten s. 221-238.

⁶⁹ Se presisering i sektorrapporten s. 224. Enkelt sagt «vant» generikaprodusenten når han kunne entre markedet før patentets utløp.

⁷⁰ Ibid. s. 225-226

⁷¹ Se Batchelor (2013) s. 455

⁷² Det er imidlertid uenighet. Sektorrapporten s. 55.

⁷³ Ibid. s. 32 og 40.

⁷⁴ FoU kostnadene er i gjennomsnitt 18% for originalprodusentene, og 7% for generikaprodusentene. Ibid.

⁷⁵ Sektorrapporten fant at markedsføringskostnadene til originalprodusentene i gjennomsnitt utgjorde 21% av årlig omsetning, mot 13% for generikaprodusentene. Ibid. s. 40

generikaprodusenten til en viss grad kan nyte godt av etterspørernes kunnskap om produktet. Siden generikaprodusenter har lavere kostnader ved produktutvikling og markedsføring kan det legges til rette for at produsentene er konkurransedyktige på pris.⁷⁶

For de store originalprodusentene kommer i tillegg store deler av omsetningen fra noen få patenterte «blockbuster»-medisiner.⁷⁷ I sektorrapporten fremgår det at disse produktene hadde en fortjenestemargin på opp til 80%, og står gjennomsnittlig alene for 19% av den totale omsetningen til hvert selskap.⁷⁸ Priskonkurranse fra andre produsenter på markedet for *disse produktene* vil således kunne medføre en stor reduksjon i årlig omsetning for originalprodusentene. Patenteringen av disse medisinene er «tettere», og verdien av eneretten til teknologien er ofte stor.⁷⁹ Dette kan gi sterke insentiver til å forsinke eller begrense konkurransen fra generikaprodusentene, og bidrar til å forklare hvorfor konkurransen om patentenes gyldighet og omfang er sterk, samt hvorfor forlikene som er presentert ovenfor finner sted.

2.2.2 Regulerte priser og beskyttede konsumenter

Etterspørselssiden er spesiell i markedet for reseptbelagte legemidler, ved at konsumentene er lite prissensitive. Dette kan for det første forklare ved at det ofte ikke er konsumentene selv som velger produkt, men snarere legen som utskriver medisinen. For det andre bæres kostnadene helt eller delvis av tredjepart, enten gjennom offentlige eller private forsikringsordninger. I tillegg er prisene på legemidler regulert av de offentlige myndigheter i de fleste europeiske land.⁸⁰ Prisreguleringer og helseforsikringsordninger er i hovedsak overlatt til medlemsstatene, og det er derfor store forskjeller innad i EU.

Se imidlertid Direktiv 89/105/EEC («transparency directive»), som stiller krav til at nasjonale prisreguleringer skal være åpne og ikke-diskriminerende. I fortalen anmodes medlemsstatene om å sikre at prisfastsettelsen ikke bare må baseres på behovet for å sikre legemidler til rimelig priser, men at også

⁷⁶ Se også Hovenkamp (2013) s. 5.

⁷⁷ Såkalte «blockbusters», sektorrapporten s. 28.

⁷⁸ Ibid. s. 25-29. Gjennomsnittet var innrapportert til 30%, Kommisjonen er skeptisk til tallene.

⁷⁹ Ibid. s. 188.

⁸⁰ F.eks. fastsettes det i Norge en maksimal pris for salg til apotek (AIP) og fra apotek (AUP), se legemiddelforskriften kap. 12, §§12-1- 12-3.

hensynet til å sikre FoU av nye medisiner tas i betraktning. Dette gjenspeiler de to grunnhensynene som er presentert over.

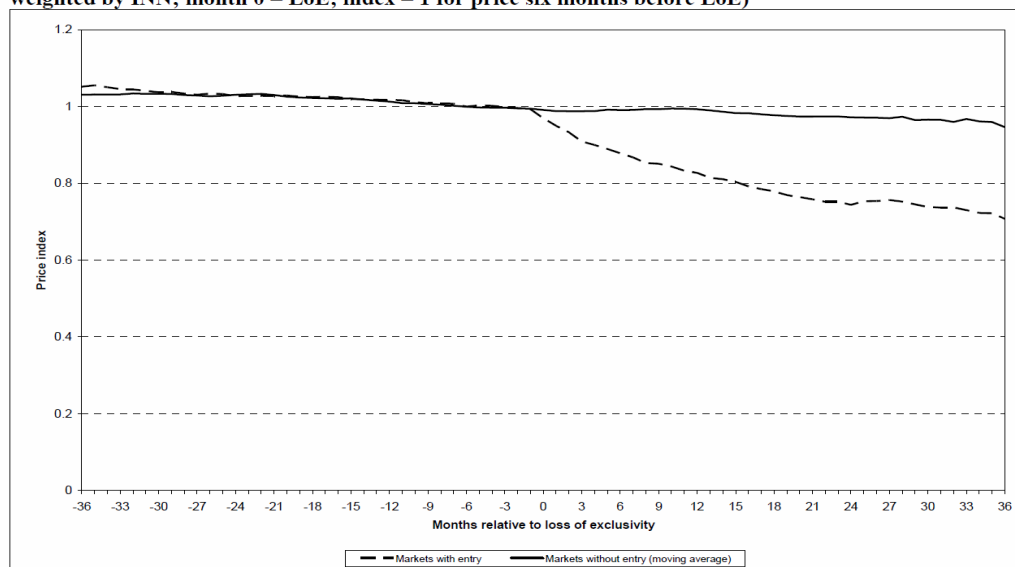
Lite prissensitive etterspørere kan føre til en svekket priskonkurranse mellom generikaprodusenter og originalprodusenter, dette selv om alle eksklusive rettigheter til legemiddelet er utløpt. Derfor har de fleste europeiske land regler som gir insentiver til å velge tilgjengelige generiske produkter. Et eksempel er regler som gir apotekene mulighet og økonomiske insentiver til å «bytte» det rekvirerte legemiddel mot en generisk versjon når legen har gitt resept på et dyrere originalprodukt. Et annet eksempel er offentlige informasjonskampanjer rettet mot legene som skriver ut medisiner. Nesten samtlige medlemsland har ordninger av en eller annen sort som skal sikre at tilgjengelige generiske legemidler skaper priskonkurranse.⁸¹

I sin sektorundersøkelse av legemiddelmarkedet foretok Kommisjonen en analyse av hvordan generisk inntreden påvirket prisen på legemidler. Virkningen av generisk inntreden varierte svært mye fra land til land, antakelig pga. ulike regulatoriske forhold.⁸² Likevel, generikaprodusentene entret markedet med en pris som i gjennomsnitt var 25% lavere enn originalpreparatet før de eksklusive rettighetene løp ut. To år etter generisk inntreden var prisene i gjennomsnitt 40% lavere. Den gjennomsnittlige markedsandelen til generikaprodusentene økte fra 30% til 45% fra det første til det andre året etter generisk inntreden. Grafen nedenfor viser gjennomsnittlig pris på legemidlene (både generikapreparatet og originalpreparatet) før og etter utløpet av de eksklusive rettighetene. Den stiplede linjen viser forskjellen i prisutviklingen for legemidler som ble utsatt for generisk konkurranse.

⁸¹ For eksempel er det i Norge innført en trinnprismodell og bytteordning for å sikre at generikaprodukter skaper lavere priser på markedet. Se apotekloven § 6-6 og Ot.prp.nr.29 (1998-1999) s.236 pkt. 11.1.2.5. . Legemiddelverket anslår på sine nettsider at Folketrygden og pasienter sparer omlag to milliarder kroner årlig på trinnpris og generisk bytte.

⁸² Sektorrapporten s. 72. I Sverige, Danmark og Luxemburg er f.eks. prisen på generiske legemidler som oftest mer enn 50% lavere allerede det første året etter at de eksklusive rettighetene til originalpreparatet løper ut. Ibid. s. 85

Figure 21: Development of average price index for INNs with and without generic entry (sample: E75 list; weighted by INN; month 0 = LoE; index = 1 for price six months before LoE)



Kommisjonen fant også at generisk inntreden skjedde i gjennomsnitt 7,9 mnd. etter at de eksklusive rettighetene løp ut, og at man i perioden 2000-2007 ville kunne spart 3 milliarder euro dersom generisk inntreden hadde skjedd umiddelbart etter de eksklusive rettighetene løp ut.⁸³ Dette gir, om ikke annet, en indikasjon på at generisk inntreden påvirker prisen, og at begrensinger i rivaliseringen mellom generikaprodusenter og originalprodusenter *kan* ha betydelige samfunnsøkonomiske virkninger.

Siden prisene faller ved generisk inntreden vil generikaprodusentens forventede profitt kunne være mindre enn den reduserte profitten originalprodusenten forventer. Dette kan gi et forhandlingsrom, og gjøre det lønnsomt for partene å betale for å unngå konkurranse. Det er også eksempler på tilfeller der generikaprodusenten betales like mye som han ville tjent ved å operere i markedet.⁸⁴ I neste kapittel skal det gis en nærmere presentasjon av hvordan reverse payment settlements kan skade konkurransen fra en økonomisk synsvinkel, og det vil pekes på enkelte uenigheter i økonomisk og konkurranserettslig teori.

⁸³ Sektorrapporten s. 79 flg.

⁸⁴ Se pressemelding i Lundbeck-saken, SPEECH/13/553.

2.3 Mulige konkurransevirksomheter av reverse payment settlements

2.3.1 Innledning

I rettsaker mellom parter som *ikke er* konkurrenter presumeres det ofte i økonomisk teori at forlik er ønskelige fra et samfunnsøkonomisk ståsted.⁸⁵ Begrunnelsen er særlig at man ved forlik unngår en tids- og kostnadskrevenende konfliktløsning, og man unngår den kommersielle usikkerheten som rettsprosess ville medført.⁸⁶ Når forliket også regulerer konkurranseforholdet mellom partene er det imidlertid langt mindre opplagt at forliket er ønskelig fra et økonomisk ståsted.

Målet i det følgende er å illustrere hvordan reverse payment settlements kan dempe konkurransen og derfor antas å kunne medføre redusert velferd ut fra et økonomisk ståsted. Det stilles også spørsmål ved om reverse payment settlements kan være konkurransefremmende, og *hvor sannsynlig* det eventuelt er. Fremstillingen vil basere seg på økonomiske betraktninger som gjenfinnes i økonomisk og konkurranserettslig litteratur, og forsøke å belyse ulike oppfatninger om konkurransevirksomhetene av reverse payment settlements. Det vil ikke foretas selvstendige økonomiske analyser.

2.3.2 Utgangspunkter

Potensielt skadelige elementer i reverse payment settlements

I debatten rundt reverse payment settlements er det særlig to elementer i avtaletypen som fremheves som problematiske: Enigheten om forsinket lansering av generikaproduktet og betalingen til generikaprodusenten. Ved vurderingen av de mulige konkurransebegrensende effektene i markedet, er det nærliggende er å ta ut utgangspunkt i begrensningen i den kommersielle friheten mellom partene: enigheten om at generikaprodusenten forsinket lanseringen av sitt produkt. Dersom partene for eksempel har avtalt at generikaprodusenten kan entre etter ti år, blir spørsmålet hvilken virkning dette kan ha (eller har hatt) for konkurransen i markedet.

⁸⁵ Leffler (2004) s. 477. Se imidlertid Ryssdal (1995) s. 14.

⁸⁶ Se Shapiro (2003) s. 394, Korah (2006) s. 40.

En annen sak er at også betalingen kan være av stor betydning i den økonomiske vurderingen av reverse payment settlements. De vanligste (og til dels omstridte) oppfatningene i konkurranserettslig litteratur er at betalingen kan indikere noe om originalprodusentens konkurranseposisjon på markedet før avtalen ble inngått, at betalingen kan indikere noe om partenes oppfattelse av det sannsynlige utfallet av en rettsak, og at den kan indikere noe om hvilke faktorer partene har tatt i betraktning ved fremforhandlingen av forliksavtalen. Hvilken betydning verdioverføringen har avhenger således av hva som er vurderingstema. Betydningen av betalingen til generikaprodusenten behandles derfor løpende i den videre fremstillingen der det synes relevant.

Mulige konkurranseparametere som kan bli berørt

Generikaprodusenter og originalprodusenter opptrer normalt som konkurrenter i produktmarkedet. Den nærliggende hypotesen er at avtalen kan begrense såkalt intermerkekonkurranse mellom partene i produktmarkedet. Studerer man hvilke parametere originalprodusenter og generikaprodusenter normalt konkurrerer på, kan man danne seg et oversiktsbilde av hvilke konkurranseparametere som typisk kan bli berørt.

Mest nærliggende er at avtalen kan påvirke prisen og produksjonen i markedet, jf. presentasjonen over i pkt. 2.2. Ettersom det stilles strenge krav til kvalitet og likeverdighet mellom originallegemiddelet og generiske legemidler er det ikke grunn til å tro at konkurranseforbudet vil påvirke konkurransen på kvalitet i særlig grad. Tilsvarende kunne det argumenteres for at generikaprodusenter i liten grad driver forskning og utvikling, og at begrensningen på handlefriheten derfor ikke vil kunne ha en negativ påvirkning på innovasjon. På den annen side er det vanlig å anta at eksistensen av og trusselen om priskonkurranse skaper incentiver om videre innovasjon hos *patenthaver*.⁸⁷ Som Drexl har fremhevet: «[...] knowing that a blockbuster patent will expire in the near future is probably the best motivator for pharmaceutical companies to invest in R&D as part of their endeavours to keep their profit levels high.»⁸⁸ Ved at avtalen begrenser konkurransetrusselen fra generikaprodusenten vil det kunne argumenteres for at avtalen

⁸⁷ Se retningslinjene for teknologioverføringsavtaler avsnitt 7, Drexl (2008) s. 44.

⁸⁸ Drexl (2009) s. 754.

også kan senke originalprodusentens insentiver for ny innovasjon. I så fall vil avtalen kunne medføre en begrensning av innovasjonsnivået i markedet.

Omfanget av virkningene i markedet vil avhenge av konkurranseforbudets varighet og materielle nedslagsfelt på den ene siden, og den rettslige og økonomiske konteksten på den andre siden.

2.3.3 RPS som en eliminering av usikkerhet

Målet i det følgende er å vise hvordan reverse payment settlements både kan påvirke faktisk og potensiell konkurranse, og at det sentrale skadepotensiale ved avtaletypen er at den eliminerer risikoen for konkurranse mellom partene.

Dersom generikaprodusenten ikke har entret markedet, blir spørsmålet om avtalen kan begrense potensiell konkurranse mellom partene i produktmarkedet. Situasjonen er typisk at en av partene har anlagt søksmål etter at det er klart at generikaprodusenten er på trappene til å lansere en generisk versjon av originallegemiddelet, og hvor spørsmålet er om patentet er gyldig eller om det foreligger patentinngrep. Utfallet av saken vil være avgjørende for om inntreden kan skje. Her er det konkurranserettslige aspektet ved begrensningen i handlefriheten at den eliminerer eller begrenser trusselen om markedsinntreden, og dermed eliminerer eller begrenser generikaprodusenten som en konkurranserisiko.

Andre ganger inngås avtalen etter at generikaprodusenten har entret markedet «at risk», og partene er faktiske konkurrenter. Her er spørsmålet om avtalen begrenser faktisk konkurranse i produktmarkedet. Foruten avtalen ville imidlertid originalprodusenten med en viss sannsynlighet kunne ekskludere generikaprodusenten fra markedet ved å håndheve sin patentrettighet. Således er det elimineringen av muligheten for at generikaprodusenten kunne fortsatt å konkurrere lovlig på markedet som er det problematiske ved avtaletypen i denne sammenheng. En kan se det som at generikaprodusenten er en potensiell konkurrent til det «lovlige» markedet. En slik konstruksjon virker imidlertid noe kunstig etter mitt syn.

Både der partene er faktiske og potensielle konkurrenter er det sentrale at enigheten om ikke å konkurrere eliminerer usikkerheten knyttet til generikaprodusentens handlinger, og derigjennom usikkerheten for om konkurranse mellom partene vil komme i stand eller fortsette under avtaleperioden. Som Hovenkamp fremhever i tilknytning til reverse payment settlements: «[...]the anticompetitive harm comes from the fact that the settlement forecloses the incremental chance that the market would be competitive[...]».⁸⁹

Det kan tenkes ulike måter å analysere usikkerhet på, og ulike måter å analysere hvordan eliminering av risikoen for konkurranse mellom to foretak kan begrense konkurransen i markedet. Dette er tema for neste avsnitt, der det tas utgangspunkt i tilfeller hvor generikaprodusenten ikke har entret markedet.

2.3.4 Prinsipper for vurdering av potensiell konkurranse

Målet er å presentere enkelte prinsipper for vurdering av når en avtale generelt - og reverse payment settlements spesielt - begrenser potensiell konkurranse. Jeg vil først presentere noen prinsipper for vurdering av potensiell konkurranse som gjenfinnes i økonomisk teori og konkurranserettslig litteratur. Disse prinsippene er i særlig grad utviklet og anvendt i forbindelse med vurdering av fusjoner mellom potensielle konkurrenter. Deretter vil jeg forsøke å vise hvordan disse prinsippene kan kaste lys over mulige skadevirkninger av reverse payment settlements. Til slutt vil jeg presentere ulike innfallsvinkler til en vurdering av årsaksforholdet mellom eliminering av potensiell konkurranse og skadefølgen i markedet.

Den nåværende og fremtidig effekten av potensiell konkurranse

I økonomisk teori sondres det ofte mellom to forskjellige virkninger i markedet av at potensiell konkurranse begrenses. Prinsippene kan best illustreres der vurderingen skjer *ex ante*, for eksempel på tidspunktet for inngåelsen av et samarbeid. Det sies gjerne at potensiell konkurranse kan ha en *nåværende* og *fremtidig* effekt. For det første kan elimineringen av en potensiell konkurrent medføre at en mulighet for en fremtidig etablering som ville medført økt konkurranse går tapt. Dette omtales her som den

⁸⁹ Hovenkamp (2003) s. 47, note 191. Tilsvarende også i den amerikanske føderale høyesterett, se flertallets votum i *FTC v. Actavis* 570 U.S. [2013] s. 19.

fremtidige effekt. For det andre kan samarbeidet medføre en eliminering av et aktuelt konkurransepress fra den potensielle konkurrent. Dette omtales her som den nåværende effekt.⁹⁰ ⁹¹ Sistnevnte bygger på at etablerte aktører tilpasser seg i frykt for markedsinntreden fra potensielle konkurrenter, f.eks. ved å holde prisene lavere enn ellers for å unngå markedsinntreden fra potensielle konkurrenter.⁹² Et samarbeid kan begrense begge former for potensiell konkurranse, og i begge tilfeller er det eliminering av muligheten for etablering i markedet som er det sentrale aspektet. Virkningene er imidlertid alternative og vurderingstema er i utgangspunktet forskjellig.⁹³ Som det vil fremgå kan dette ha betydning ved vurderingen av patentforlik.

Under spørsmålet om avtalen eliminerer en konkurransefaktor som ellers kunne realisert seg (den fremtidige virkning) er det avgjørende om aktøren 1) med en viss sannsynlighet ville entret markedet, og 2) om inntreden i så fall vil medføre økt konkurranse i markedet.⁹⁴ I tillegg opereres det normalt med et krav om at konkurrenten ville entret markedet i nær fremtid.⁹⁵ Objektive bevis for evnen til etablering og mulige virkninger ved inntreden er sentralt, men også subjektive elementer hos aktøren *utenfor* markedet er her som utgangspunkt relevant.⁹⁶ Vurderingen av sannsynligheten for etablering og vurderingen av hvordan etableringen ville medført økt konkurranse fremstår som helt selvstendige vurderingstemaer.

⁹⁰ Den fremtidige virkningen omtales gjerne på engelsk som «actual potential competition», den nåværende for «perceived potential competition». Begrepene er særlig benyttet i konkurranserettslig litteratur om foretakssammenslutninger. Se Lindsay (2009) s. 377 og Areeda (1978, Supl. 2013) avsnitt 1127-29, som skiller mellom «future» og «present» effekt, og tilsvarende «actual» v. «perceived» potensiell konkurranse, under behandlingen av foretakssammenslutninger med en potensiell konkurrent. Se Bergman (2002) s. 30, samt Kwoka (2008) på s.1438, Alper (1984) s. 411. Begrepene nåværende/fremtidig effekt er logisk ved vurdering av foretakssammenslutninger, ettersom konkurransevurderingen gjøres ex ante. Ved vurderingen av samarbeid virker begrepene noe kunstig i en vurdering ex post, men beholdes for å unngå for mange begreper.

⁹¹ For en kritisk fremstilling av anvendelsen av disse prinsipper generelt, og i amerikansk fusjonskontroll spesielt, se Werden og Limarzi (2010), s. 110-143, samt Bush (2004).

⁹² Se om «limit pricing»-strategier i Lindsay (2009) s. 378 og 253, og Bergman&Rudholm (2003) s. 455 med videre henvisninger til økonomisk teori.

⁹³ Se f.eks. Areeda (1978, Supl. 2013) pkt. 1121, som presenterer ulike vurderingsmomenter for om en foretakssammenslutning som begrenser potensiell konkurranse har en hhv. fremtidig eller nåværende effekt.

⁹⁴ Se Areeda (1978, Supl. 2013) pkt. 1128 og Bergman (2002) s. 30.

⁹⁵ Lindsay (2009) s. 378.

⁹⁶ Se Areeda (1978, Supl. 2013) pkt. 1128

Under spørsmålet om avtalen eliminerer et eksisterende konkurransepress (den nåværende virkningen) er det sentrale beviset derimot om den etablerte aktør på vurderingstidspunktet *faktisk* tilpasser sin adferd i markedet pga. trusselen om inntreden fra aktøren utenfor markedet. Under denne vurderingen er det i prinsippet ikke avgjørende om det er klart at den potensielle konkurrent ikke har evne eller vilje til å entre markedet.⁹⁷ Objektive bevis, men også subjektive elementer hos den *etablerte* aktør er her som utgangspunkt relevant. Vurderingstema for om samarbeidet begrenser den nåværende eller fremtidige virkningen av potensiell konkurranse er således i prinsippet grunnleggende forskjellig.

En annen sak er at den objektive sannsynligheten og tidsrammen for markedsinntreden vil kunne være en *indikasjon* på om foretaket i markedet oppfatter aktøren utenfor markedet som en konkurransetrussel og dermed tilpasser sin adferd. Forutsetningen er imidlertid at dette er kjent for aktøren i markedet. I praksis vil det også kunne være så vanskelig å definere den nåværende virkning at man må se hen vurderingstemaene for vurderingen av den fremtidige effekten av potensiell konkurranse. Det *kan* være forklaringen på at konkurransemyndigheter ofte ikke skiller mellom vurderingstemaene for de ulike effektene.⁹⁸

Prinsippenes relevans for vurderingen av reverse payment settlements

Målet i det følgende er å illustrere hvorfor det kan være nyttig å skille mellom de ulike effektene av potensiell konkurranse ved en vurdering av hvordan reverse payment settlements kan påvirke konkurransen.

Som utgangspunkt må det antas at reverse payment settlements vil kunne påvirke begge former for potensiell konkurranse, en av dem, eller ingen av dem. Det kan også tenkes at en begrensning av de ulike formene for potensiell konkurranse påvirker ulike

⁹⁷ Se *United States v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526 (1973) hvor dette kom på spissen i en fusjonssak. Omtalt i Areeda (1978, Supl. 2013) på 1129. Et eksempel kan være at den etablerte aktør ikke har kunnskap om et faktum som gjør det umulig for den potensielle konkurrent å entre markedet.

⁹⁸ Se Hovenkamp avsnitt 1127 og 1129. Motsatt i Werden og Limarzi (2010) s. 142. Forfatterne synes å betrakte teorien om de ulike effektene av potensiell konkurranse som meningsløst og forvirrende.

konkurransparametere i markedet. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og vil i særlig grad avhenge av de regulatoriske forholdene i markedet.⁹⁹

Noen ikke helt urealistiske eksempler kan likevel trekkes frem. En nærliggende hypotese er at den nåværende effekten av potensiell konkurranse fra generikaprodusenten på *pris* som konkurranseparameter typisk først vil inntre like før eller etter patentets utløp. I stedet for å senke prisene for å gjøre inntreden mindre attraktiv, såkalt «limit-pricing», kjemper patenthaver for patentets gyldighet/omfang.¹⁰⁰ Samtidig har sektorundersøkelsen som nevnt vist at faktisk generisk *inntreden* kan ha stor virkning på prisen. Under patentets levetid kan det tenkes at avtalens virkninger på den nåværende effekten av potensiell konkurranse er minimal; generikaprodusenten ville ikke påvirket prissettingen til originalprodusenten. Samtidig vil avtalen kunne medføre betydelige virkninger ved at en mulighet for etablering blir eliminert (fremtidig effekt).

I tiden rundt patentets utløp *kan* det tenkes at situasjonen er omvendt. Originalprodusenten vet for eksempel at sannsynligheten for og virkningen av en generisk inntreden er stor og nært forestående. Samtidig vil han snart ikke ha mulighet til å forhindre generisk konkurranse ved å håndheve immaterielle rettigheter. Originalprodusenten anlegger derfor en «limit pricing»-strategi for å gjøre etablering mindre attraktiv.¹⁰¹ En faktisk etablering fra generikaprodusenten vil her kanskje ikke påvirke konkurransen på pris i særlig grad, ettersom originalprodusenten allerede priser nær marginalkostnaden. Likevel kan avtalen fjerne en avgjørende disiplinerende faktor som medfører økte priser fordi originalprodusenten ikke behøver å drive «limit-pricing».

⁹⁹ Jf. her avsnitt 2.2.2 over.

¹⁰⁰ I sektorrapporten presenteres kun undersøkelser av virkning av faktisk generisk inntreden, ikke prisinnvirkningen av trusselen om generisk konkurranse som sådan, jf. avsnitt 2.2.2 over. Se imidlertid figuren på s. 78 som viser prisindeksen for legemidler med og uten generisk inntreden. Den markante endringen etter patentets utløp kan kanskje tale for at potensiell konkurranse fra generikaprodusenter ofte ikke har en nåværende virkning på pris som konkurranseparameter under patentets levetid. Se også Bergman&Rudholm (2003) s. 456. Forfatterne har undersøkt og sammenlignet prisvirkningene av både faktisk inntreden og trussel om inntreden (nåværende virkning av potensiell konkurranse) fra generikaprodusenter i det svenske legemiddelmarkedet. Forfatterne forutsetter at prisen ikke påvirkes av potensiell konkurranse *før patentets utløp*, og har ikke undersøkt dette.

¹⁰¹ Dette forutsetter at de regulatoriske forholdene legger til rette for en slik strategi. Se Bergman&Rudholm (2003) s. 456. Forfatterne har undersøkt det svenske legemiddelmarkedet, og resultatene indikerer at potensiell konkurranse fra generikaprodusenter påvirket originalprodusentens prissetting etter patentets utløp i betydelig grad (nåværende effekt). Ibid. s. 464-65.

Andre ganger kan det tenkes at konkurransen er begrenset på bakgrunn av begge effekter: Sett at generikaprodusenten under patentets levetid ville virket som en disiplinerende faktor på *andre* konkurranseparametere enn pris (nåværende virkning), for eksempel innovasjon,¹⁰² samtidig som en faktisk inntreden ville ha hatt en stor virkning på prisen (fremtidig virkning).

Under de utgangspunktene som er presentert her kan det også sies noe om betydningen av de patentrettslige spørsmål. Før beskyttelsestidens utløp kan patentretten sees som en rettslig etableringshindring i likhet med annen nasjonal lovgivning, for eksempel helse- og miljøkrav knyttet til produktlanseringen. I hvilken grad *patentretten* ville begrenset generikaprodusentens muligheter til å etablere seg på markedet i denne perioden er således relevant ved spørsmålet om *hvor sannsynlig* det er at generikaprodusenten foruten avtalen ville ha etablert seg på markedet.

På denne måten kan det argumenteres for at de patentrettslige spørsmålene er relevante for vurderingen av om avtalen begrenser potensiell konkurranse, i det minste ved vurderingen av den fremtidige effekten av potensiell konkurranse. Sannsynligheten for inntreden er imidlertid et selvstendig vurderingstema, og vil påvirkes av andre faktorer enn de patentrettslige. Om det er nødvendig å ta stilling til det patentrettslige spørsmålet synes således å avhenge av hvordan denne sannsynlighetsvurderingen skal foregå, og hvilke andre faktiske omstendigheter som kan gi en indikasjon på om generikaprodusenten har evne og vilje til å etablere seg på markedet.

Oppsummeringsvis kan det sies at det sentrale skadepotensiale ved reverse payment settlements er at avtalen eliminerer en mulighet for en tidligere etablering som ville medført økt konkurranse og lavere priser.¹⁰³

Absolutt v. probabilistisk målestokk

¹⁰² Jf. også over om mulig påvirkning på innovasjon. Trusselen om at generikaprodusenten går til sak og får opphevet patentbeskyttelsen insentiverer kanskje originalprodusenten til å oppnå nye «sekundære» patenter, f.eks. på fremgangsmåter etc. For å gjøre det må han drive innovativ virksomhet. Se også Drexl (2009) s. 754.

¹⁰³ Det kan også stilles spørsmål ved om reverse payment settlements faktisk vil kunne medføre *økte priser* i markedet, fordi betalingen utgjør en kostnad for originalprodusenten som vil påvirke hans prissetting. Se Hovenkamp (2013) s. 4. Det vil imidlertid avhenge av regulatoriske forhold, og hvordan originalprodusenten kan styre prissettingen.

Når skadepotensialet ligger i at avtalen eliminerer en mulighet for etablering som ville medført økt konkurranse, kan det tenkes flere fremgangsmåter for å estimere skadevirkningene av avtalen. Målet vil som regel være å sammenholde markedetsresultatet med og uten avtalen. Man kan her tenke seg at virkningene ved faktisk inntreden er gitt, spørsmålet er hvordan man skal forholde seg til usikkerheten ved om parten utenfor markedet ville ha entret markedet. En innfallsvinkel er å oppstille et gitt sannsynlighetskrav for at aktøren utenfor ville etablert seg foruten avtalen. Det kreves for eksempel simpel sannsynlighetsovervekt, man anvender her en absolutt målestokk. En annen innfallsvinkel er å sammenholde sannsynligheten for inntreden med virkningene av en etablering. Skadevirkningene beror her på et produkt av sannsynligheten for etablering og skadevirkningen ved en manglende etablering. Dette kan kalles en probabilistisk målestokk.

Hvilken målestokk man anvender vil kunne være avgjørende for resultatet.¹⁰⁴ Et forenklet eksempel kan baseres på en «pay-for-delay»-avtale mellom en aktør i og utenfor markedet, og som ikke er et patentforlik. Avtalen varer i ti år. I tilfelle A er sannsynligheten for inntreden uten avtalen 30%. I tilfelle B er sannsynligheten 60%. I begge tilfellene ville en faktisk inntreden skjedd umiddelbart etter avtaleinngåelsen, senket prisene, og skapt en årlig fordel på 100. Avtalen medfører ingen effektivitetsgevinster, og aktøren utenfor markedet ville ikke hatt noen påvirkning på adferden til aktøren i markedet før inntreden.

Synspunktet kan illustreres med et talleksempel. Det *forventede* markedetsresultat uten avtalen ville gitt en fordel i form av lavere priser på 300 i situasjon A ($0,3 \cdot 100 \cdot 10 = 300$), og 600 i situasjon B ($0,6 \cdot 100 \cdot 10 = 600$). Under en slik probabilistisk målestokk vil selv en *liten* sannsynlighet for etablering ha en verdi, og elimineringen av usikkerheten vil ha en tilsvarende kostnad.

Under en absolutt målestokk vil situasjonen være forskjellig. I situasjon A vil det ikke nødvendigvis foreligge noe tap. «Mest sannsynlig» ville det ikke skjedd en inntreden som ville redusert prisene. I situasjon B foreligger det derimot et tap på 1000 ($100 \cdot 10$). Betrakningen er da at inntreden ville skjedd og det fulle tapet derfor følger av avtalen.

¹⁰⁴ Fremstillingen her er særlig inspirert av Schildkraut (2004) s. 1033 flg.

Fremstillingen videre vil forsøke å illustrere at disse to ulike måtene å tenke på preger den rettspolitiske debatten om reverse payment settlements. Særlig gjelder dette spørsmålet om hvorvidt forlikene bør behandles under en streng formalistisk test. Forklaringen synes å være at den probabilistiske og absolutte målestokken normalt gir forskjellige resultat i en økonomisk vurdering av *hvor sannsynlig* det er at reverse payment settlements medfører skadelige effekter på et generelt plan.

2.3.5 Kan RPS være konkurransefremmende?

Problemstilling

Fremstillingen over har forsøkt å vise hvordan reverse payment settlement kan lede til en dempet konkurranse mellom partene. Målet i det følgende er å belyse spørsmålet om reverse payment settlements også kan fremme konkurransen og derfor lede til økt velferd i et kortsiktig perspektiv, samt hvor sannsynlig dette er på et generelt plan. Her er det uenighet i teorien, og fremstillingen har først og fremst til formål å presentere ulike syn.¹⁰⁵

Teori basert på en absolutt målestokk

Enkelte argumenterer for at reverse payment settlements som lar generikaprodusenten entre markedet før patentets utløp kan fremme konkurransen.¹⁰⁶ Det er for eksempel stor sannsynlighet for at originalprodusenten ville vunnet rettsaken (for eksempel 75%), og avtalen gir generikaprodusenten adgang til markedet to år før patentet løper ut. Foruten avtalen ville generikaprodusenten mest sannsynlig blitt ekskludert fra markedet i hele patentets levetid. Sammenligner man konkurransesituasjonen der partene gikk til rettsak med konkurransesituasjonen under avtalen vil situasjonen med avtalen være å foretrekke. Samfunnet får der mer priskonkurranse og økt konsumentvelferd.¹⁰⁷

Økonomisk teori tilsier også at det kan være lønnsomt for patenthaver å betale store summer selv der det stor sannsynlighet for at han vinner. Dette fordi betalingsviljen vil avhenge av flere forhold, både av den kommersielle verdien og rettslige styrken av patentet. Dersom originalprodusenten frykter et sterkt prisfall

¹⁰⁵ Fremstillingen vil ikke kunne omfavne alle oppfatninger i økonomisk teori, og vil forsøke å identifisere noen hovedtrekk. Det vil bl.a. ikke gis en fremstilling av hvilken virkning ulike rettslige tester vil ha på generikaprodusenters incentiv til å utfordre patenter, og dermed konkurransenivået i markedet. Se Gratz (2011) s. 23 flg. og Dickey and Rubinfeld (2012) som behandler dette nærmere.

¹⁰⁶ Schildkraut (2004) s. 1034

¹⁰⁷ Se for eksempel Treacy (2011) s. 294 flg. Noe tilsvarende argumentasjon i Schmid (2012) s. 373.

ved generisk antas det derfor at det kan være lønnsomt å eliminere selv en liten risiko for konkurranse. Her synes det ikke å være veldig stor uenighet.¹⁰⁸

Videre pekes det på at en reverse payment settlements kan være nødvendig for at partene kommer til enighet. Særlig pekes det på at partene kan ha ulik oppfattelse av patentet styrke, og at ett års forsinket inntreden er mer verdt for originalprodusenten enn for generikaprodusenten. Derfor vil ofte en betaling til generikaprodusenten kunne være nødvendig for å «bygge bro» og inngå forliket.¹⁰⁹ Reverse payment settlements vil således heller ikke nødvendigvis innebære mindre konkurranse enn ved en forliksavtale uten en betaling.

Denne argumentasjonen synes å bygge på en absolutt målestokk, der målet blir å sammenligne avtalen med en gitt situasjon ut i fra et bestemt sannsynlighetskrav. Spørsmålet om avtalen er skadelig vil derfor avhenge av om det er høy eller lav sannsynlighet for om originalprodusenten ville vunnet saken og ekskludert generikaprodusenten fra markedet. En rettslig test som ikke ser hen til disse forhold medfører således en fare for falske positive, og vil kunne forby konkurransefremmende forlik. Det er derfor naturlig å argumentere i mot en formalistisk test som forbyr reverse payment settlements, i det minste der begrensningen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale.

Teori basert på en probabilistisk målestokk

Andre forfattere tar til orde for at reverse payment settlements normalt, nesten alltid eller alltid vil medføre en dempet konkurranse og økte priser. Dette gjelder i det minste der betalingen overstiger originalprodusentens forventede fremtidige sakskostnader.¹¹⁰ Et gjennomgående trekk er at vurderingen av effektivitetstap ved reverse payment settlements må baseres på en probabilistisk målestokk. Man må holde konkurransesituasjonen med avtalen opp mot det forventede markedsresultat når partene gikk til rettsak. I den vurderingen innlemmes *sannsynligheten* for at håndhevingen av patentet ville forsinket inntreden. Hvorvidt forlikene er konkurransebegrensende er da ikke nødvendigvis avhengig

¹⁰⁸ Edlin (2013) s. 3 Cotter (2003), særlig s. 1806-07, Hovenkamp (2003) s. 46, Crane (2002) s. 788.

¹⁰⁹ Se Brankin (2010). Se Schildkraut (2004) s. 1058, Treacy (2011) s. 295

¹¹⁰ Se for eksempel Leffler (2004), Shapiro (2003), Elhauge (2012), Edlin m.fl. (2013)

av om det er stor eller liten sannsynlighet for om inntreden ville skjedd, eller om betalingen var nødvendig for å inngå forliket.¹¹¹

Argumentasjonen og modellene som brukes varierer. Jeg tar her utgangspunkt i Elhauge og Kruegers analyse av når reverse payment settlements leder til en dempet konkurranse og redusert konsumentvelferd på kort sikt.¹¹² Deres målestokk er den *forventede forsinkelsesperioden ved en rettsak*.¹¹³ Dette er den forventede tiden en generikaprodusent ville blitt ekskludert fra markedet dersom partene fortsatte eller satte i gang en rettsak.¹¹⁴ Lengden av perioden avhenger således ikke bare av sannsynligheten for at patenthaver vinner rettsaken, men også forsinkelser som følge av selve prosessen for domstolene.¹¹⁵ Dersom avtalen forsinkes inntreden utover denne perioden, vil dette redusere konkurransen og konsumentvelferden.¹¹⁶ Begrunnelsen er at priskonkurransen forsinkes sammenlignet med det man kunne *forvente* dersom partene gikk til rettsak.

Forfatterne begrunner at reverse payment settlements alltid vil innebære en forsinket inntreden utover det originalprodusenten estimerer er den forventede forsinkelsesperioden ved en rettsak.¹¹⁷ Forutsetningen er at betalingen ikke relaterer seg til noen annen legitim motytelse og overskrider originalprodusentens forventede fremtidige saks kostnader. Dette kan forklares ved at en rasjonell patenthaver ikke vil inngå et forlik som innebærer mindre utsikter til fortjeneste enn det han *forventet* dersom partene gikk til rettsak. Faren for falske positiver er derfor minimal i disse tilfellene.

Dersom generikaprodusenten tror det er mindre sannsynlig at det foreligger et patentinngrep enn originalprodusenten, vil forsinkelsen i avtalen også overskride generikaprodusentens estimat for den forventede eksklusive perioden ved en rettsak. I disse tilfellene kan en betaling være nødvendig for at partene skal inngå forlik, men det påvirker ikke vurderingen av om avtalen er skadelig etter denne målestokken.

¹¹¹ Elhauge (2012) s. 327.

¹¹² Ibid. s. 290 flg., om analysen av «ex post consumer welfare». Forfatterne analyserer også avtalens virkninger mot målestokken «optimal patent rewards for ex ante innovation». Resultetene er i stor grad de samme for reverse payment settlements.

¹¹³ Ibid: “expected litigation exclusion period”.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Forfatterne bruker her terminologien «ex post consumer welfare», og tar ikke med effektene av innovasjon og effektivitet på sikt. Dette analyseres under målestokken «optimal patent rewards for ex ante innovation». Ibid. s. 291 og 293 flg.

¹¹⁷ Ibid. s. 291.

Generikaprodusenten kan estimere en lengre forventet forsinkelsesperiode ved en rettsak enn originalprodusenten. Partene vil da kunne inngå forlik uten reverse payments, og som begge parter ville foretrukket fremfor en rettsak.¹¹⁸

Teorien kan illustreres med et forenklet eksempel der det er 10 år igjen av patenttiden, og det inngås et reverse payment settlement. Basert på sannsynligheten for at patenthaver vinner og lengden av rettsaken, vil partene og konsumentene *forvente* generisk inntreden og lavere priser etter 7 år dersom partene gikk til rettsak. En patenthaver vil ikke finne det rasjonelt å betale generikaprodusenten mer enn sine forventede sakskostnader for en inntredelsesdato som er før dette tidspunkt. Ytterligere betalinger vil således være en klar indikasjon på at inntredelsesdatoen er forskjøvet ut i tid.

Modellen forutsetter imidlertid at partene er risikonøytrale. En vanlig oppfatning er at dersom patenthaver er risikoavers, vil reverse payment settlements kunne være konkurransefremmende i et statisk perspektiv, også under en probabilistisk målestokk. Han frykter for eksempel de store konsekvensene ved at han taper rettsaken, og aksepterer inntreden før den forventede forsinkelsesperioden ved en rettsak.¹¹⁹ Elhauge argumenterer for at risikoaversjon ikke bør tas i betraktning i en rettspolitisk argumentasjon, begrunnelsen er både at patenthaver sjelden er svært risikoavers, og fordi reverse payment settlements uansett vil være skadelige.¹²⁰

Hovedelementene i argumentasjonen under en probabilistisk målestokk synes å være som følger: 1) Avtaler om forsinket inntreden mellom potensielle konkurrenter vil eliminere en mulighet inntreden som leder til økt priskonkurranse. Denne usikkerheten har en egenverdi, uavhengig av om sannsynligheten for inntreden er stor eller liten.¹²¹ 2) I *patentforlik* vil imidlertid partene normalt forhandle seg frem til et forlik som materialiserer denne usikkerheten, enten i form av en inntredelsesdato før patentets utløp eller i størrelsen på lisensavgiften. En vanlig oppfatning er at patentforlik *uten* en reverse payment derfor normalt er ønskelige: Man sier at forsinkelsesperioden i avtalen normalt vil reflektere den

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Schildkraut (2004), 1058.

¹²⁰ Dette må sees i sammenheng med forfatterens analyse av hensynet til innovasjon, se Elhauge (2012) s. 312. Se Edlin m.fl. (2013) s. 10-11, som også ser bort i fra risikoaversjon.

¹²¹ Schildkraut (2004) s. 1050.

forventede forsinkelsesperioden ved en rettsak.¹²² Konkurransopolitisk argumenteres det også for at slike avtaler bør være presumptivt lovlige.¹²³ 3) En betydelig reverse payment indikerer imidlertid at markedsresultatet med avtalen vil innebære mindre konkurranse og lavere konsumentvelferd enn det forventede markedsresultatet ved en rettsak. Rettspolitisk argumenteres det derfor ofte for at en streng test er forsvarlig.¹²⁴

Proessorientert teori

I publikasjoner fra FTC og Kommisjonen kan man finne en argumentasjon som synes å være beslektet med teorien som anvender en probabilistisk målestokk.

Ved vurderingen av patentforlik leter FTC etter «the presence or absence of a settlement term that distorts the integrity of the process through which the settlement was negotiated».¹²⁵ EU-kommisjonens forslag til nye retningslinjer for teknologioverføringsavtaler behandler lisensavtaler i forlikssituasjoner. Det påpekes at «[...]scrutiny is necessary in particular if the licensor provides an inducement, financially or otherwise, for the licensee to accept more restrictive settlement terms than would otherwise have been accepted based on the merits of the licensor's technology.»¹²⁶

Kommisjonen fremhever her den insentiverende effekten av betalingen som det problematiske ved disse avtalene. Dette harmonerer med FTC sin tilnærming, som legger vekt på at konkursprosessen som ellers ville foregått i forliksforhandlingene. Også her synes det sentrale å være at betalingen indikerer at usikkerheten for konkurranse ikke er reflektert i avtalen mellom partene. Hvorvidt det er lav eller høy sannsynlighet for om inntreden ville skjedd synes således ikke å være avgjørende for vurderingen av om avtalen er ønskelig eller ikke. Under denne synsvinkelen blir det imidlertid særlig relevant å sammenligne betalingens størrelse med generikaprodusentens forventede profitt ved

¹²² Shapiro (summer 2003) s. 72, se Elhaug (2012) s. 326.

¹²³ Ibid. Elhaug konkluderer imidlertid med at også patentforlik med en forsinket inntreden uten reverse payments *normalt* er skadelig for konkurransen. Forfatterne forutsetter ikke at avtalene er inngått i en «Hatch-Waxman»-kontekst, hvilket tilsier at argumentene kan overføres til europeiske forhold. Ibid. s. 314.

¹²⁴ Edlin (2013) s. 8-9.

¹²⁵ FTC v. Actavis: *Reply brief for the petitioner*, Mar 18, 2013, s. 4.

¹²⁶ Jf. forslag til nye retningslinjer for teknologioverføringsavtaler [2013], avsnitt 223.

inntreden. Dette vil kunne indikere noe om hvor mye betalingen kan ha insentivert generikaprodusenten til å akseptere en forsinket inntreden.

Oppsummering

Både analysen under en absolutt og en probabilistisk målestokk baserer seg på sannsynligheten for at lansering av generikaproduktet vil medføre en patentkrenkelse.¹²⁷ Anvender man en absolutt målestokk vil reverse payment settlements kunne være konkurransefremmende der generikaprodusenten entrer markedet før patentets utløp. Betalingen kan være nødvendig for å oppnå dette resultat. Under en probabilistisk målestokk kan det hevdes at reverse payment settlements sjelden vil kunne være konkurransefremmende. Særlig gjelder det der betalingen overstiger originalprodusentens forventede fremtidige sakskostnader. Det er ikke avgjørende om det er stor eller liten sannsynlighet for om det foreligger patentinngrep og patentet er gyldig. Det er imidlertid noe ulike oppfatninger under begge synsvinkler. I diskusjonen om hvilken rettslig test som bør anlegges, synes forfatterne som anvender en probabilistisk målestokk å foretrekke en mer formalistisk test basert på egenskapene ved betalingen.

2.3.6 Oppsummering

Fremstillingen har gitt en oversikt over hvordan reverse payment settlements kan tenkes å begrense konkurransen mellom partene og i markedet. Enigheten om ikke å konkurrere i produktmarkedet danner grunnlaget for skadehypotesen. De sentrale mulige konkurransebegrensende virkningene følger av at samarbeidet eliminerer konkurranserisikoen mellom partene. Avtalen kan medføre at både den nåværende og fremtidige effekten av potensiell konkurranse begrenses. I forlik der begrensningen på handlefriheten ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale vil trolig den mest sentrale effekten være at markedet går glipp av muligheten for en tidligere etablering fra generikaprodusenten – og som ville medført økt konkurranse og lavere priser. Det er ulik oppfatning om hvor sannsynlig det er at reverse payment settlements vil lede til en begrenset konkurranse. Noe av årsaken til uengiheten synes å være at man anvender

¹²⁷ Elhauge (2013) 326, Shapiro (summer 2003) s. 73.

forskjellige metoder for å analysere virkningene av avtaler som eliminerer risikoen for konkurranse mellom konkurrenter.

3 Konkurransbegrensningskriteriet i TEUV art. 101(1)

3.1 Innledende bemerkninger

I det følgende vil det gis en presentasjon av konkurransbegrensningskriteriet i TEUV art 101(1). En noe omfattende fremstilling av hovedlinjene i vurderingen er nødvendig for å gjennomføre og begrunne strukturen for den videre rettslige vurdering av reverse payment settlements.

Selv om «formål» og «virkning» er alternative kriterier, er de nært knyttet sammen. En presentasjon av virkningsvurderingen er derfor nødvendig for å kunne behandle reverse payment settlements under formålsalternativet. Virkningsvurderingen er mest omfattende, og behandles først for å lette fremstillingen. Deretter behandles formålsalternativet i avsnitt 4.3. I avsnitt 4.4 presenteres doktrinen om aksessoriske begrensninger og nødvendighetsbetraktninger generelt. I avsnitt 4.5 rettes det noen bemerkninger til merkbarhetskravet. Fremstillingen der behandler merkbarhetskravets forhold til formålskategorien, sett i lys av Domstolens avgjørelse i den såkalte Expedia-saken.

3.2 Virkningsalternativet

3.2.1 Generelt

Det er ingen enhetlig definisjon av konkurranse eller konkurransbegrensning i EU-retten, men det er klart at det må tas utgangspunkt i økonomisk markedsteori. Spørsmålet om når en avtale begrenser konkurransen er beror på hvorvidt avtalen «griper inn i markedsmekanismens funksjon på en slik måte at konkurransen i markedet begrenses».¹²⁸ Økonomisk teori danner en referanseramme og gir argumenter for vurderingen, selv om det i siste rekke er et rettsanvendelsesspørsmål som må baseres på de EU-rettslige kilder.

Konkurransen *kan* begrenses ved at konkurrenter inngår avtaler som begrenser deres kommersielle frihet, f.eks. ved å fastlegge en felles utsalgspris eller hvilke markeder eller segmenter av markedet konkurrentene skal operere i.¹²⁹ Men også rene insentivmekanismer

¹²⁸ Sejersted (2011) s. 499.

¹²⁹ Se TEUV art. 101(1) bokstav a) og c)

kan rammes, for eksempel kan informasjonsutveksling mellom foretak redusere usikkerheten for aktørenes kommersielle handlingsvalg og utgjøre en konkurransebegrensning.¹³⁰

Avtaler kan således begrense konkurransefriheten til tredjeparter, for eksempel ved å skape etableringshindre. Et eksempel er eksklusivitetsavtaler mellom leverandør og distributør. Mellom partene er det ingen konkurranse å begrense, men en slik avtale kan under omstendighetene være i strid med art. 101(1) fordi den stenger andre leverandører ute fra markedet.¹³¹

Som indikert her rammer art. 101(1) både avtaler mellom aktører i forskjellige omsetningstrinn, såkalte vertikale avtaler, og avtaler mellom aktører i samme omsetningstrinn, såkalte horisontale avtaler. Konkurransen innenfor samme merke kalles gjerne intra-merkekonkurranse, mens konkurranse mellom forskjellige merker kalles inter-merkekonkurranse.¹³²

For å fastlegge om avtalen har til virkning å begrense konkurransen er det imidlertid ikke tilstrekkelig at det foreligger en begrensning av kommersiell frihet eller en insentivmekanisme mellom partene.¹³³ Spørsmålet er om avtalen begrenser aktuell eller potensiell konkurranse i det konkrete markedet.¹³⁴ Normalt er det derfor nødvendig å definere det relevante marked.¹³⁵

Markedet avgrenses etter flere faktorer, i praksis baserer dette seg særlig på hvilke produkter det er tale om og markedets geografiske utstrekning. For å definere produktmarkedet må man særlig se hen til hvilke produkter som er substituerbare for etterspørerne.¹³⁶ Denne vurderingen byr på særegne spørsmål i legemiddelbransjen, og har skapt mye debatt. Det faller utenfor denne oppgaven å redegjøre nærmere for hvilke prinsipper som gjelder for definering av det relevante marked.¹³⁷

I vurderingen av om konkurransen er begrenset må det foretas en grundig undersøkelse av hvordan de konkrete markedsforholdene ville vært uten avtalen (den «kontrafaktiske»

¹³⁰ Se f.eks. sak C-8/08 T-Mobile [2009], avsnitt 43.

¹³¹ Sak C-234/89 Delimitis [1991].

¹³² Kommisjonens retningslinjer til TEUV art. 101(3), avsnitt 18.

¹³³ Sak T-112/99 Métropole télévision [2001], avsnitt 74-76.

¹³⁴ Forente saker T-374-375/94, 384/94 European Night Services [1998], avsnitt 137.

¹³⁵ Se f.eks. Sak C-234/89 Delimitis [1991]. Se Whish (2011) s. 25 flg.

¹³⁶ Whish (2011) s. 31.

¹³⁷ Se f.eks. Westin (2011) om definering av det relevante produktmarked i legemiddelbransjen.

vurderingen). Dette understrekes bl.a. i STM, hvor Domstolen uttalte at: «the competition in question must be understood within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute».¹³⁸ I denne vurderingen må det særlig sees hen til «[...] the economic and legal context in which the undertakings concerned operate, the nature of the products or services concerned, as well as the real operating conditions and the structure of the market concerned.»¹³⁹ Dette kan også sees som et krav om årsakssammenheng; det må være en årsakssammenheng mellom adferden og hvordan markedet påvirkes.¹⁴⁰

Som nevnt over er det sentrale skadepotensialet ved reverse payment settlements at avtalen eliminerer risikoen for konkurranse mellom partene, og at en mulighet for økt konkurranse går tapt. Samarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter som begrenser risikoen for konkurranse mellom partene ligger i kjernen av det konkurransebegrensningskriteriet rammer. Domstolen refererer til det grunnleggende konseptet i EU-konkurransereglene om at «each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market».¹⁴¹ I BIDS fremhevet Domstolen at artikkel 101(1) «is intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition.»¹⁴²

I John Deere-saken¹⁴³ bekrefter Domstolen at avtaler som eliminerer en mulighet for konkurranse mellom partene også kan ha *til virkning* å begrense konkurransen. Den ankende part hadde anført det ikke var påvist at avtalen medførte faktiske virkninger i markedet. Domstolen påpekte først at virkningsvurderingen måtte bero på en vurdering av de faktiske markedsforholdene slik de ville vært uten avtalen.¹⁴⁴ Domstolen oppretholdt imidlertid Rettens avgjørelse, og fremhevet at «Article [101(1)] does not restrict such an

¹³⁸ Sak 56/65 [1966], s. 250. Lignende er uttalt i en rekke dommer, se forente saker Carlo Bagnasco (C-215/96) og Carige (C-216/96) [1999] avsnitt 33, sak 42/84 Remia [1985] avsnitt 18. Se Sejersted (2011) s. 513.

¹³⁹ T-461/07 Visa Europe Ltd mot Kommissjonen [2011] avsnitt 67

¹⁴⁰ Se nærmere i Kolstad 1998 s. 89 flg. om den økonomiske analysen av begrensninger i konkurransefriheten.

¹⁴¹ Se C-209/07 BIDS [2008] avsnitt 34

¹⁴² Ibid. Avtalen i saken hadde til formål å begrense konkurransen.

¹⁴³ Sak C-7/95 P [1998].

¹⁴⁴ Ibid. avsnitt 76.

assessment to actual effects alone; it must also take account of the agreement's potential effects on competition.»¹⁴⁵

Selv om man ikke må påvise faktiske virkninger i markedet, må virkningsvurderingen bero på en objektiv vurdering av konkurransesituasjonen med og uten avtalen. Dette kom på spissen i O2 mot Kommisjonen.¹⁴⁶ To mobiloperatører (T-mobile og O2) hadde bl.a. samarbeidet om deling av infrastruktur, og Kommisjonen fant at avtalen hadde til virkning å begrense konkurransen. Retten fant at Kommisjonen hadde begått en feil ved å ikke foreta en «[...] objective analysis of the impact of the agreement on the competitive situation.»¹⁴⁷ Kommisjonen hadde tatt for gitt at O2 ville operert på markedet foruten avtalen, og ikke undersøkt konkurransesituasjonen uten avtalen nærmere.¹⁴⁸

Kommisjonen fremhever i sine retningslinjer at det må undersøkes om samarbeidet påvirker aktuell eller potensiell konkurranse “to such an extent that on the relevant market negative effects on prices, output, innovation or the variety or quality of goods and services can be expected with a reasonable degree of probability”.¹⁴⁹ Kommisjonen antar at dette er i tråd med konkurranserettens formål om å beskytte konsumenter.¹⁵⁰ Kommisjonen synes her å oppstille et strengere krav enn det som følger av praksis. EUs domstoler fremhever særlig at art. 101 ikke bare skal beskytte «the interests of competitors or consumers but also [...] the structure of the market and thus competition as such».¹⁵¹ Tar man imidlertid i betraktning det fleksible kravet som Kommisjonen oppstiller - *expected with a reasonable degree of probability* - kan det argumenteres for at forskjellen ikke nødvendigvis er stor.

I økonomisk teori sies det gjerne at perfekt konkurranse kjennetegnes ved at ingen av markedsaktørene har markedsrett. Aktørene må da tilpasse sin adferd etter prisen i markedet. Ved å inngå f.eks. et prissamarbeid eller en markedsdelingsavtale kan man imidlertid oppnå en viss kontroll over prisen, og oppnå en merprofitt på etterspørernes bekostning.¹⁵² Dersom partene har markedsrett vil det kunne indikere at avtalen kan få virkninger på konkurransen. Kommisjonen fremhever at samarbeidet som skaper,

¹⁴⁵ Ibid. avsnitt 77.

¹⁴⁶ Sak. T-328/03 [2006]. Se også Hjelmeng, foredrag (2012)

¹⁴⁷ Ibid. avsnitt 77.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Kommisjonens retningslinjer til art. 101(3) avsnitt 24.

¹⁵⁰ Ibid. note 31.

¹⁵¹ T-461/07 Visa Europe [2011] avsnitt 126.

¹⁵² Se nærmere om markedsrettbegrepet i Kolstad (1998) s. 89-112.

oppretholder, eller styrker markedsrett hos en av aktørene sannsynligvis vil ha til virkning å begrense konkurransen i markedet.¹⁵³ For å identifisere markedsrett er det normalt nødvendig å foreta en grundig undersøkelse av markedsforholdene.

Patentrettigheter og avtaler om utnyttelsen av dem kan medføre at aktører oppnår markedsrett ved å beskyttes mot konkurranse på imitasjon. Det er imidlertid enighet om at patentrettigheter er bra for konkurransen på lang sikt, fordi eksklusiviteten gir mulighet til å investere i og utvikle ny kunnskap. Samspillet mellom konkurransen og patentrettigheter gjør at det blir økt konkurranse på substitusjon og at rettighetene sikres en effektiv avgrensning.¹⁵⁴ En vanlig oppfatning er at konkurransen og immaterialretten er komplementære, ettersom de følger det samme formål om å sikre en effektiv allokering av ressurser.¹⁵⁵ I juridisk litteratur sies det gjerne at en avtale ikke nødvendigvis er konkurransebegrensende under art. 101(1) så langt den fremmer innovasjon slik det er forutsatt i patentretten. Dette selv om avtalen medfører visse kortsiktige begrensninger av konkurransen.¹⁵⁶ Rettspraksis gir holdepunkter for et slikt syn.¹⁵⁷ I hvilken grad man under art. 101(1) kan ta i betraktning avtalens positive virkninger på konkurransen over tid er imidlertid usikkert.¹⁵⁸ Dette kommenteres fortløpende der det er nødvendig i den videre fremstillingen.

Forenklet kan det således sies at konkurransebegrensningsvurderingen foregår i to etapper der man først undersøker den umiddelbare virkningen som oppstår mellom partene. Det kan være at samarbeidet innebærer deling av informasjon eller begrensning av kommersiell frihet. Målet er å vurdere om avtalen kan begrense rivaliseringen mellom partene og/eller overfor tredjeparter som kan lede til en konkurransebegrensning. Deretter må det

¹⁵³ Se retningslinjene til art. 101(3) avsnitt. 25 flg.

¹⁵⁴ Se retningslinjene for teknologioverføringsavtaler avsnitt 7.

¹⁵⁵ Se nærmere i Kolstad (2008) s. 8, som også problematiserer komplementærteorien.

¹⁵⁶ Se Ørstavik (2010) s. 2012.

¹⁵⁷ Se f.eks. sak 27/87 Erauw-Jacquery [1988], sak 258/78 Nungesser [1982]. Se Kolstad (2008) s. 11 flg.

¹⁵⁸ Domstolen har tradisjonelt operert med et skille mellom immaterialrettens eksistens og utnyttelse, hvorav konkurransen får anvendelse på utnyttelsen, men ikke eksistensen av rettigheten. Praksis gir imidlertid også grunnlag for en mer økonomisk tilnærming. Se særlig Kolstad (2008) s. 11 flg. og Ørstavik (2010) s. 86-91 og s.213 flg. om dynamisk konkurranse som metode, som behandler spørsmålet om hvilke vurderinger som skal foretas under art. 101(1) og art. 101(3) grundig. Ørstavik skiller bl.a. mellom effekter av avtalen som sådan, og effekter som kan tilskrives patentrettens incentivfunksjon. Sistnevnte er relevant under art. 101(1).

undersøkes om avtalen har til virkning å begrense aktuell eller potensiell konkurranse i markedet. Man må da undersøke de konkrete markedsforholdene slik de ville utviklet seg uten avtalen¹⁵⁹

3.2.2 Særlig om prinsipper for vurdering av potensiell konkurranse

I avsnitt 2.3.4 over ble prinsippene om den nåværende og fremtidige effekten av potensiell konkurranse presentert. Spørsmålet her er om og i hvilken grad disse prinsippene er relevante ved vurderingen under art. 101(1). Anerkjennes begge effektene som selvstendig grunnlag for inngrep, og underlegges de i så fall forskjellige vurderingskriterier?

Et første utgangspunkt er at EUs domstoler og Kommisjonen så vidt meg bekjent ikke opererer med egne begreper for den nåværende og fremtidige effekten av potensiell konkurranse. At EU-kommisjonen anerkjenner de to ulike virkningene av potensiell konkurranse i forbindelse med strukturkontroll er imidlertid klart. Av Kommisjonens retningslinjer for vurderingen av horisontale fusjoner fremkommer det at en fusjon med en potensiell konkurrent bare kan utgjøre en konkurransebegrensning dersom «the potential competitor [...] already exert a significant constraining influence or there [is] a significant likelihood that it would grow into an effective competitive force.»¹⁶⁰

Vurderingstema er således *enten* om den potensielle konkurrent før avtalen virker disiplinerende (har en «constraining influence»), *eller* om det er en «significant likelihood» for at den potensielle konkurrent vil entre markedet og at inntreden på markedet i så fall vil medføre økt konkurranse i markedet (bli en «effective competitive force»). Her fremkommer det etter min mening at det er snakk om to ulike vurderingstema, og som korresponderer med skillet mellom den nåværende og fremtidig effekt.¹⁶¹

I praksis fra Retten og Kommisjonen vedrørende art. 101(1) finner man derimot ikke dette klare skillet mellom vurderingstemaene. Retten har gjentatte ganger understreket at

¹⁵⁹ Se Sejersted (2011) s. 515.

¹⁶⁰ Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner, avsnitt 60, jf. også avsnitt 59. [min kursivering]. Tilsvarende hos Britiske konkurransemyndigheter, men hvor begrepene “actual” og “perceived” potensiell konkurranse uttrykkelig benyttes. OFT 1254: Merger Assessment Guidelines (2010), avsnitt 5.4.13-5.4.18.

¹⁶¹ Se. F.eks. Lindsay (2009) s. 377 flg., som behandler de ulike virkningene av potensiell konkurranse ved foretakssammenslutninger.

drøftelsen av om det foreligger en begrensning av potensiell konkurranse må vurderes i lys av markedsstrukturen og den rettslige og økonomiske konteksten, og om det «[...] are real concrete possibilities for the undertakings concerned to compete among themselves or for a new competitor to enter the relevant market and compete with established undertakings.»¹⁶² Analysen må baseres på «realistic grounds, the mere theoretical possibility to enter a market is not sufficient».¹⁶³ I O2 viste Retten til at Kommisjonen selv hadde betvilt om det var sannsynlig at aktøren kunne entre markedet og bli en «effective competitor» for å understøtte at vurderingen av potensiell konkurranse ikke var foretatt grundig nok.¹⁶⁴ Se også E.ON. Ruhrgas, der den potensielle konkurrents evne til å entre markedet er sentralt, men også foretakets intensjon om å entre markedet tas i betraktning.¹⁶⁵

Retten synes således å legge avgjørende vekt på sannsynligheten for etablering og virkningen av etableringen som bevisstemaer. Videre oppstilles det ikke et presist sannsynlighetskrav for at aktøren utenfor markedet ville etablert seg, hvilket gir rom for fleksibilitet.

Det kan stilles spørsmål ved om disse kriteriene samsvarer med definisjonen av en potensiell konkurrent i gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler og Kommisjonens retningslinjer. En potensielle konkurrenter i produktmarkedet defineres som «[undertakings which] would, on realistic grounds, undertake the necessary additional investments or other necessary switching costs so that they could timely enter, without infringing each other's' intellectual property rights, the(se) relevant product and geographic market(s).»¹⁶⁶ Dersom det gjelder et absolutt krav om at partene ikke er i en blokkeringssituasjon synes det her å gjelde ulike krav til vurdering av potensiell konkurranse. En annen tolkning er at sannsynlighetskravet for inntreden («on realistic grounds») også relaterer seg til det senere innskutte delsetningen «without infringing each others' intellectual property rights». Definisjonen er da tilsynelatende i overensstemmelse med kriteriene i rettspraksis. Det oppstilles da ikke et klart sannsynlighetskrav for at partene ikke er i en blokkeringssituasjon, men vurderingen må bero på «realistic grounds». Dette synes å korrespondere med kravet om «real concrete possibilities» i rettspraksis. Det kan argumenteres for at dette gir rom for fleksibilitet og pragmatiske løsninger som korresponderer med økonomiske betraktninger.

¹⁶² Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 85.

¹⁶³ Ibid. 86.

¹⁶⁴ Sak T-328/03 [2006] avsnitt 78. Se Faull&Nikpay (2007) s. 249.

¹⁶⁵ Sak T-360/09 [2012] avsnitt 87. Under en vurdering av den nåværende effekten synes den potensielle konkurrents intensjoner kun å være et relevant moment der hensikten har åpenbart seg for aktøren i markedet.

¹⁶⁶ Kommisjonsforordning nr. 772/2004 artikkel 1, første ledd bokstav J), pkt. ii).

Kriteriene som er oppstilt ovenfor indikerer at Retten sikter til den fremtidige effekten av potensiell konkurranse, altså at skadepotensialet ligger i en tapt mulighet for etablering som ville medført økt konkurranse. Det er imidlertid rimelig klart at begrensning av både den nåværende og fremtidige effekten av potensiell konkurranse kan utgjøre selvstendige grunnlag for å etablere overtredelse av art. 101(1).

For det første er den nåværende virkningen av potensiell konkurranse en faktor som gjennomsyrrer vurderingene i EU-konkurranseretten. Den nåværende virkningen av potensiell konkurranse er f.eks. en viktig grunn til at man må utvise forsiktighet med å legge for mye vekt på markedsandelene ved vurderingen av om et foretak innehar markedsrett; aktører utenfor markedet kan virke disiplinerende på det etablerte foretak.¹⁶⁷ Kommisjonen legger også opp til at man under art. 101(1) må vurdere hvordan samarbeidet påvirker partenes markedsrett.¹⁶⁸ Her vil det nødvendigvis være forskjell på spørsmålet om 1) avtalen medfører at en mulighet for å redusere eksisterende utøvelse av markedsrett blir eliminert (fremtidig virkning), og 2) om avtalen medfører at aktøren i markedet kan utøve markedsrett i visshet om at det ikke får konsekvenser, og som han ikke kunne gjort foruten avtalen (nåværende virkning).

For det andre har Kommisjonen og Retten også uttrykkelig anerkjent den nåværende virkningen av potensiell konkurranse som selvstendig grunnlag for inngrep.¹⁶⁹ I *Visa Europe* mot Kommisjonen presiserte Retten at det ikke nødvendigvis er avgjørende om parten utenfor markedet har til hensikt å entre markedet, og fremholdt:

«[...] whether potential competition – which may be no more than the existence of an undertaking outside that market – is restricted *cannot depend* on whether it can be demonstrated that that undertaking *intends to enter* that market in the near future. *The mere fact of its existence may give rise to competitive pressure on the undertakings currently operating in that market, a pressure represented by the*

¹⁶⁷ Se Whish (2011) s. 44.

¹⁶⁸ Retningslinjene til art. 101(3), avsnitt 25.

¹⁶⁹ Se Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 101 på horisontale samarbeidsavtaler, note 3.

likelihood that a new competitor will enter the market if the market becomes more attractive». ¹⁷⁰

Til tross for dette, holder Retten fast ved sin alminnelige lære om at det *må* foreligge «real concrete possibilities» for at foretaket kunne entre markedet og konkurrert, samt at markedsinntreden må være en «economically viable strategy» for foretaket. ¹⁷¹ Hensikten til aktøren utenfor markedet er relevant, men «the essential factor» er om foretaket utenfor markedet «has the ability to enter that market». ¹⁷²

Det sondres således ikke uttrykkelig mellom hvilke vurderingskriterier som er relevante. Som nevnt over er en mulig forklaring på dette at det er svært vanskelig å bevise en faktisk disiplinerende effekt fra potensielle konkurrenter. ¹⁷³ De praktiske konsekvensene synes således ikke å være store, så lenge man i den konkrete bevisvurderingen har de ulike vurderingstemaene i mente. Et eksempel på at dette kan fungere er nettopp avgjørelsen i Visa Europe. Her ble det avvist at hensikten om etablering ikke er avgjørende i en vurdering av den nåværende effekten av potensiell konkurranse, selv om det ikke opereres med egne begreper for de ulike effektene. ¹⁷⁴

Konklusjonen er at begrensning av både den nåværende og fremtidige effekten av potensiell konkurranse kan utgjøre et selvstendig grunnlag for inngrep under art. 101(1). Praksis fra Kommisjonen og Retten skiller imidlertid ikke klart mellom vurderingskriteriene. Det oppstilles et krav om at evnen til etablering er sannsynlig, men det oppstilles ikke et presist sannsynlighetskrav. Avgjørende er at det foreligger «real concrete possibilities» for etablering. Dette åpner for fleksible løsninger.

¹⁷⁰ Sak T-461/07 [2011] avsnitt 169. Min kursivering.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 167.

¹⁷² Ibid. avsnitt 168.

¹⁷³ Se Areeda (1978, Supl. 2013) på 1127 og 1129.

¹⁷⁴ Likheten til situasjonen i United States v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526 (1973) er her stor, jf. over i avsnitt 2.3.4, note 97.

3.3 Formålsalternativet

Konseptet

Hvorvidt et samarbeid har til «formål» å begrense konkurransen beror på en objektiv vurdering. Formålsalternativet tar sikte på å fange opp samarbeid som i «sin natur» kan ansees som skadelig for de normale konkurransevilkår.¹⁷⁵ En virkningsvurdering er således ikke påkrevd; slike avtaler presumeres å ha negative virkninger på konkurransen. Vurderingen er *dermed* mer abstrakt enn virkningsvurderingen, og med grunnlag i rettspraksis kan det oppstilles et begrenset antall samarbeidsformer som normalt har til formål å begrense konkurransen. To klassiske eksempler er avtaler om prissamarbeid eller deling av markeder.¹⁷⁶ Det er imidlertid rimelig klart at avtaletypene som er fremhevet i rettspraksis, og især de som er opplistet i art. 101(1), ikke utgjør en fullstendig låst kategori av formålsrestriksjoner. For det første indikerer ikke ordlyden i art. 101(1) at formålskategorien er avgrenset til et spesielt antall avtaletyper. For det andre gir rettspraksis eksempler på tilfeller der avtaler som faller innenfor de klassiske kategoriene vurderes under virkningsalternativet,¹⁷⁷ og tilfeller der avtaler regnes som formålsrestriksjoner uten å falle innenfor en etablert kategori.¹⁷⁸ At nye avtaletyper vil kunne omfattes av formålsalternativet er en naturlig konsekvens av at nye avtaletyper vil dukke opp og bli satt i fokus i takt med utviklingen i samfunnet forøvrig. Reverse payment settlements er her et eksempel, og spørsmålet blir da hvilke kriterier som gjelder for å identifisere når en avtale har til formål å begrense konkurransen.

Omfanget av og strukturen for vurderingen under formålskategorien er usikker og mye omdiskutert i juridisk litteratur.¹⁷⁹ Fokus i debatten ligger nettopp i spenningen mellom på

¹⁷⁵ Se f.eks. sak C-209/07 BIDS (2008) avsnitt 17.

¹⁷⁶ Whish (2011) s. 124 for en oppstilling av horisontale og vertikale avtaler som etter rettspraksis antas å oppfylle formålskriteriet i de fleste tilfeller. Se også en «ikke-uttømmende» liste i retningslinjene til art. 101(3) avsnitt 23.

¹⁷⁷ Se f.eks. sak 27/87 Erauw-Jacquery, der eksportforbud i en lisensavtale ble tillatt ut i fra hensynet til lisensgivers investeringer i frø til planteforedling, og som var beskyttet av planteforedlerrettigheter. Se nærmere i Bailey (2012) s. 583, Whish (2011) s. 125.

¹⁷⁸ Sak C-209/07 BIDS (2008), særlig avsnitt 23 og sak C-8/08 T-Mobile [2009]. Se nærmere i Mahtani s. 25 flg. Se også sak C-32/11 Allianz [2013].

¹⁷⁹ Se f.eks. Whish (2011) s. 118 flg, Bailey (2012), Mahtani (2012), Kolstad (2006), Odudu, *object as subjective intention* (2001) og Odudu, *Object requirement revisited* (2001). Også i Hjelmeng, Foredrag (2012).

den ene siden den abstrakte vurdering av innholdet i avtalen og på den andre siden den konkrete vurderingen av avtalen i dens kontekst.

Hensyn bak formålskategorien

Konseptet om at noen avtaler i sin natur presumeres å begrense konkurransen er i følge Kommisjonen berettiget av hensyn til samarbeidets «serious nature» og *erfaring* som tilsier at slike avtaler sannsynligvis medfører en begrensning av konkurransen i strid med formålene konkurranseretten skal ivareta.¹⁸⁰ Et hensyn som begrunner formålskategorien er at samfunnet sparer ressurser ved å unngå å måtte foreta en grundig virkningsvurdering, og at presumptivt konkurranseskadelig samarbeid forhindres ved at aktørene lett kan tilpasse seg ved å unngå slike avtaler.¹⁸¹ Regelen er betegnende sammenlignet med straffesanksjonerte forbud mot å kjøre bil i beruset tilstand: Dette er forbudt i seg selv pga. høy risiko for å volde skade, men gjelder uavhengig av om man faktisk har utsatt andre for fare eller voldt skade.¹⁸² Regelen vil i midlertid medføre fare for såkalte «falske positive», hvor det gjøres inngrep i avtaler som faktisk ikke har negative virkninger på konkurransen, noe som bare til en viss grad kan kompenseres ved anvendelsen av art. 101(3).

Kriteriene oppstilt av Domstolen

For å etablere at avtalen har til formål å begrense konkurransen har Domstolen allerede i STM uttalt at avtalens formål må vurderes ut i fra “the precise purpose of the agreement in the economic context in which it is to be applied.”¹⁸³ Påvirkningen av konkurransen må videre være en følge av «all or some of the clauses of the agreement itself.»¹⁸⁴ Tilsvarende formuleringer finnes i en rekke nyere avgjørelser fra EU-domstolen, hvor det utdypes at man må vurdere avtalens «content and objectives», men også avtalens rettslige og økonomiske kontekst.¹⁸⁵ Avtalen må underkastes en virkningsvurdering dersom en analyse av avtalens *innhold* ikke «[...] reveal[s] a sufficient degree of harm to competition».¹⁸⁶ Det

¹⁸⁰ Retningslinjene til art. 101(3) avsnitt 21.

¹⁸¹ Bailey (2012) s. 565.

¹⁸² Se for eksempel Generaladvokatens uttalelse i sak C-8/08 T-Mobile [2009], avsnitt 43.

¹⁸³ Sak 56/65 [1966] s. 249.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Se f.eks. Forente saker C-501 etc./06 P (2009) GlaxoSmithKlineServices, avsnitt 55.

¹⁸⁶ Ibid.

må ikke bevises at avtalen faktisk har til virkning å begrense konkurransen, avtalen må være egnet («capable») til å begrense konkurransen i den enkelte sak.¹⁸⁷ Eventuelle faktiske virkninger og omfanget av dem «[...]can only be of relevance for determining the amount of any fine and assessing any claim for damages.»¹⁸⁸

Utgangspunktet er således konsistent, og Domstolen oppstiller en todeling mellom avtalens kontekst, og dens formål og innhold. Utgangspunktet for å etablere et konkurransebegrensende formål er således avtalens innhold og de formål den søker å oppnå. Vurderingen er objektiv; partenes subjektive oppfatning er ikke avgjørende, men kan utgjøre et relevant moment.¹⁸⁹ I rettspraksis baseres vurderingen på avtalens ordlyd, partenes adferd¹⁹⁰ og det legges vekt på om partskonstellasjonen er vertikal eller horisontal.¹⁹¹

Nærmere om innholdet i og forholdet mellom vurderingskriteriene

Problemstillingen i det følgende er om det finnes noen nærmere systematikk under formålskategorien, eller om kriteriene som Domstolen oppstiller kun er samlebegreper for faktorer som må veies mot hverandre.

Rettspraksis gir sjelden en uttrykkelig forklaring på hva som menes med avtalens formål («objectives»), og hvordan det relaterer seg til avtalens innhold («content»). Som oftest lanseres begrepene før det foretas en konkret vurdering. Begrepene lanseres også under omstendighetene som en utfylling av begrepet avtalens «precise purpose» eller «aim».¹⁹² Av systematikken kan det likevel utledes noe. Kriteriet «til formål å begrense konkurransen» fremstilles som en rettslig standard, mens avtalens «innhold» og «de formål

¹⁸⁷ Se eksempelvis sak C-8/08 T-Mobile avsnitt 31, tilsvarende i forente saker C-403/08 og C-429/08 Premier League [2011] og sak C-32/11 Allianz [2013].

¹⁸⁸ Sak C-8/08 T-Mobile avsnitt 31.

¹⁸⁹ Sak C-32/11 Allianz [2013] avsnitt 37 med videre henvisninger. Se f.eks. Kolstad (2006) s. 11 flg., Faull&Nikpay (2007) avsnitt 3.152. Se imidlertid Mahtani (2012) s. 29 flg.

¹⁹⁰ Se retningslinjene til art. 101(3) pkt. 22, som bl.a. nevner partenes adferd som en relevant faktor. Se forente saker 96 etc. /82 IAZ [1983] der Domstolen legger vekt på partenes adferd ved vurderingen av om avtalen hadde til formål å forhindre parallellimport. Se Kolstad (2006) s.15 og Bailey (2012) s. 572 med videre henvisninger.

¹⁹¹ Her underforstått at horisontale samarbeid lettere har til formål å begrense konkurransen. Se C-32/11 Allianz [2013] avsnitt 43.

¹⁹² Se sak C-439/09 Pierre [2011] avsnitt 34 og forente saker C-403/08 og C-429/08 Premier League [2011] avsnitt 139.

den forfølger» må henvise til vurderingskriterier underordnet den rettslige standarden. Videre skal det som utgangspunkt foretas en objektiv vurdering; det er således ikke partenes hensikt som moment det her siktes til, men avtalens formål i objektiv og snever forstand.¹⁹³

Et fellestrekk som har gått igjen i praksis synes å være at vurderingen av avtalens «precise purpose» eller avtalens «innhold og formål» har som mål å etablere en umiddelbar virkning som avtalen søker eller er egnet til å oppnå etter en objektiv vurdering. Terminologisk brukes undertiden avtalens «object» for å benevne den spesifikke virkningen, andre ganger fremheves det at avtalen er «aimed at»¹⁹⁴ den spesifikke virkningen. Terminologien varierer.

Virkningen som søkes oppnådd, eller formålet, må være relevant, dvs. at samarbeidet må søke å begrense kommersiell frihet eller skape en insentivfunksjon som *kan* begrense konkurransen i markedet. Således har vurderingen av avtalens ”formål og innhold” mye til felles med den innledende delen av virkningsvurderingen. Under formålskategorien må imidlertid den umiddelbare virkningen mellom partene også være av kvalifisert art, jf. kravet om at avtalens innhold må «reveal a sufficient degree of harm».¹⁹⁵

Det synes som at denne innledende vurderingen enten gjøres gjennom en *kategoritilnærming* eller ved en konkret vurdering av avtalens «content and objectives».¹⁹⁶ Vurderingen må bero på faktorer som meningsinnholdet i avtalens ordlyd, partenes adferd, partenes hensikt og partskonstellasjonen.¹⁹⁷ Tyngdepunktet ligger således i vurderingen av arten av den umiddelbare virkningen mellom partene, mens kontekstvurderingen fungerer

¹⁹³ Når Domstolen henviser til subjektive elementer ved avtalen, brukes uttrykket «partenes hensikt.» Se f.eks. sak C-32/11 Allianz [2013], avsnitt 36-37, tilsvarende i f.eks. forente saker C-501 etc./06 GSK [2009] avsnitt 58.

¹⁹⁴ Forente saker 29-30/83 Cram and RheinZink [1984] avsnitt 26. Se Kolstad (2006) s. 11.

¹⁹⁵ Se f.eks. forente saker C-501 etc./06 GSK [2009], avsnitt 55.

¹⁹⁶ Bailey (2012) s. 570-585. Hjelmeng, foredrag (2012).

¹⁹⁷ Se Bailey (2012) s. 572, som fremhever at vurderingen må bero på hva partene har «written said or done». Se retningslinjene til art. 101(3) pkt. 22 som bl.a. nevner partenes adferd som en relevant faktor. Se forente saker 96 etc./82 IAZ [1983] der Domstolen legger vekt på partenes adferd ved vurderingen av om avtalen hadde til formål å forhindre parallellimport. Se Kolstad (2006) s.15.

mer som en mulighet for å avkrefte en presumsjon om at avtalen har til formål å begrense konkurransen.¹⁹⁸ Dette kan illustreres med eksempler fra rettspraksis.

I Premier League¹⁹⁹ presenterte Domstolen de vanlige kriteriene og fremhevet at

«agreements which are *aimed at* partitioning national markets according to national borders or make the interpenetration of national markets more difficult must be regarded, in principle, as agreements whose object is to restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU.»²⁰⁰

Om den konkrete saken uttalte Domstolen:

“[...] where a licence agreement *is designed* to prohibit or limit the cross-border provision of broadcasting services, it is deemed to have as its object the restriction of competition, *unless* other circumstances falling within its economic and legal context *justify* the finding that such an agreement is not liable to impair competition.»²⁰¹

Domstolen bruker her betegnelsen «aimed at» og «designed to» som en samlebetegnelse på den umiddelbare virkning avtalen søker å oppnå, og som i dette tilfelle var av en slik kvalifisert art. Avtalen presumeres da å ha konkurransebegrensende formål, jf. begrepsbruken «in principle» og «deemed to». Spørsmålet var om konteksten kunne *avkrefte* («justify») at avtalen hadde til formål å begrense konkurransen, fordi den ikke var egnet («liable») til å begrense konkurransen. Her gjøres vurderingen under en kategoritilnærming, der den umiddelbare virkningen som avtalen søker å oppnå tilsvarer en etablert avtaletype som regnes å ha til formål å begrense konkurransen.²⁰²

Vurderingen av avtalens content and objective er vanskeligere i tilfellene der den umiddelbare virkningen avtalen søker å oppnå *ikke* faller inn under en etablert kategori.

¹⁹⁸ Se Bailey (2012) s. 576, 583. Hjelmeng, foredrag (2012).

¹⁹⁹ Forente saker C-403/08 og C-429/08 [2011].

²⁰⁰ Ibid, avsnitt 139. Min kursivering.

²⁰¹ Ibid, avsnitt 140. Min kursivering.

²⁰² Et annet eksempel på tilsvarende kategoritilnærming finnes i forente saker C-501 etc./06 GSK [2009], avsnitt 59. Se Bailey (2012) s. 573.

BIDS-saken²⁰³ er her et eksempel; Domstolen definerte formålet med avtalen i snever forstand. Saken gjaldt samarbeid mellom kjøttprodusenter som innebar at noen skulle tre ut av markedet mot betaling fra de resterende. Dette for å bøte på overkapasitet i markedet. Etter en gjennomgang av aspekter ved innholdet i avtalen, slo Domstolen fast at formålet med avtalene i saken var å oppmuntre enkelte produsenter til å tre ut av markedet, for på denne måten å redusere overkapasiteten i markedet.²⁰⁴ Domstolen fant etter en påfølgende vurdering at avtalen også ville ha til formål å begrense konkurransen. Domstolen fremhevet særlig at foruten avtalen ville partene måtte konkurrere hverandre ut; avtalen eliminerte dermed konkurranserisikoen.²⁰⁵ Det kan sees som den konkrete vurderingen av om den spesifikke virkningen avtalen søkte å oppnå var av kvalifisert art.

Domstolens avgjørelse i T-Mobile²⁰⁶ er et annet eksempel på en konkret vurdering, der det ble slått fast at utveksling av informasjon har til formål å begrense konkurransen dersom «the exchange is capable of removing uncertainties concerning the intended conduct of the participating undertakings.»²⁰⁷ Domstolen fremhever at avtalen «[...] must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the [...] restriction [...] of competition within the common market».²⁰⁸ Også her synes konteksten å ha en korrigerende funksjon.

Forenklet virkningsvurdering

I juridisk litteratur og i enkelte uttalelser fra generaladvokaten er det lansert en analysemodell som avviker fra den ovennevnte og omtales gjerne som en «abridged competititve analysis»,²⁰⁹ en slags forenklet virkningsvurdering. Under «content and objectives»-vurderingen må man identifisere den umiddelbare virkningen mellom partene, men man oppstiller ingen presumsjon om et konkurransebegrensende formål. Vurderingen

²⁰³ Sak C-209/07 [2008].

²⁰⁴ Ibid. avsnitt 33.

²⁰⁵ Ibid. avsnitt 33-35.

²⁰⁶ Sak C-8/08 [2009].

²⁰⁷ Ibid. avsnitt 43.

²⁰⁸ Ibid. avsnitt 31.

²⁰⁹ Se f.eks. Mahtani (2012) s. 38. Se imidlertid Bailey (2012) s. 583 som er skeptisk til en slik analyse, både de lege lata og de lege ferenda. Se også generaladvokatens uttalelse i sak C-209/07 BIDS [2008], som uttaler at kun elementer i den rettslige og økonomiske konteksten som kan kaste tvil over om konkurransen er begrenset kan tas i betraktning. Konteksten må ikke bli sett som en «gateway for any factor which suggests that an agreement is compatible with the [internal] market», avsnitt 50.

blir heller om den rettslige og økonomiske konteksten tilsier at det er sannsynlig at avtalen vil kunne ha betydelige virkninger i markedet. Tyngdepunktet overføres således til kontekstvurderingen for å etablere overtredelse, samtidig som man heller ikke foretar en fullstendig virkningsvurdering. Det rettslige grunnlaget for en slik test har vært tynt, og forsøk på å anlegge en slik vurdering har også implisitt blitt avslått av Domstolen der avtalen faller innenfor en etablert kategori.²¹⁰ I den nylig avsatte prejudisielle avgjørelsen i Allianz-saken²¹¹ legger imidlertid Domstolen opp til vurderinger som ganske klart indikerer at en slik forenklet virkningsvurdering kunne foretas. Saken gjaldt vertikale avtaler, og rekkevidden av avgjørelsen er ikke klar.

Den rettslige vurderingen av reverse payment settlements må nødvendigvis ta hensyn til denne rettsutviklingen og usikkerheten knyttet til analysemodellen under formålskategorien. Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i den mer tradisjonelle oppfatningen av vurderingene under formålskategorien som er beskrevet tidligere. Hvorvidt en forenklet virkningsvurdering kan legges til grunn for reverse payment settlements - og hvordan vurderingen i så fall må operasjonaliseres - vil imidlertid bli behandlet i et eget kapittel 8.

3.4 Tilknyttede og nødvendige begrensninger

Konseptet

Det finnes en rekke eksempler i praksis fra EU-domstolen der avtalen begrenser handlefriheten mellom partene, men der begrensningen ikke rammes av art. 101(1) fordi den er underordnet og nødvendig for å oppnå et annet legitimt formål. Formålet er typisk kommersielle operasjoner, som å selge en virksomhet, opprette et joint venture, eller at en av avtalepartene skal entre et nytt marked.²¹² Det er ikke noen uttømmende liste over hvilke formål som er legitime, men et trekk som går igjen er at avtalene skal fremme transaksjoner

²¹⁰ Se forente saker C-501/etc.-06 GSK [2009] avsnitt 63-64, sml. Rettens avgjørelse i sak T-168/01 GSK [2006] avsnitt 119-120. Se Bailey (2012) s. 584.

²¹¹ Sak C-32/11 Allianz [2013].

²¹² Whish (2011) s. 129. Også andre formål godtas, se sak C-1/12 OTOC [2013], hvor det å sikre kvaliteten av revisortjenester var et legitimt formål. Dette må sees i sammenheng med sak C-309/99 Wouters [2002]. Se Whish (2011) s. 128 flg. som skiller mellom *commercial* og *regulatory ancillarity* blant annet på bakgrunn av denne saken.

som bidrar til markedets videre utvikling og funksjon.²¹³ Konseptet omtales ofte som doktrinen om aksessoriske eller tilknyttede begrensninger, men det er kun i noen få avgjørelser i rettspraksis hvor denne terminologien benyttes. Fremstillingen og kategoriseringen av avgjørelsene fra EUs domstoler i juridisk litteratur er også varierende.²¹⁴ Når jeg henviser til konseptet i vid forstand bruker jeg derfor benevnningen nødvendighetsbetraktninger eller ancillary-betraktninger, mens jeg forbeholder benevnelsen «doktrinen om aksessoriske begrensninger» for læren som er definert i praksis fra Retten.

Rettslig plassering

I juridisk litteratur fremstilles ofte rettspraksis hvor ancillary-betraktninger blir lagt til grunn under art. 101(1) i forbindelse med virkningsvurderingen.²¹⁵ Rettspraksis synes imidlertid ikke å gi klare holdepunkter for at ancillary-betraktninger har noen bestemt tilknytning til verken formålsalternativet eller virkningsalternativet. I enkelte saker anvendes en nødvendighetstest nærmest uttrykkelig som ledd i kontekstvurderingen under virkningsvurderingen. Et eksempel er vertikale avtaler der begrensningene er nødvendig for at aktøren på nedstrømsmarkedet kan entre markedet.²¹⁶ ²¹⁷ Andre ganger foretas slike nødvendighetsbetraktninger uten at det tas uttrykkelig stilling til om man opererer under formåls- eller virkningsalternativet.²¹⁸ Det er imidlertid kun ett eksempel jeg kjenner til hvor nødvendighetsbetraktningen *uttrykkelig* foretas under formålskategorien.²¹⁹ Imidlertid

²¹³ Se Sejersted (2011) s. 522.

²¹⁴ Se Whish (2011) s. 129 flg. jf. note 213. Se Faull&Nikpay (2007) s. 235 flg. som inndeler i «ancillary restraints» (både der formålet med begrensningen er å sikre en kommersiell operasjon og der begrensningen er tilknyttet et formål av «public interest») og restriksjoner som er nødvendige for å entre et nytt marked, omtalt som «exclusivity necessary for supply», der nødvendighetsbetraktninger inkorporeres i virkningsvurderingen.

²¹⁵ Se note 214 over.

²¹⁶ Sak 56/65 STM [1966] og Kommisjonens retningslinjer for art. 101(1) avsnitt 18(2), om den kontrafaktiske vurderingen i avtaler som begrenser intra-merkekonkurransen. Se Faull&Nikpay (2007) s. 265 flg. Det er omdiskutert om tilsvarende test kan legges til grunn for (horisontale) avtaler som begrenser rivaliseringen mellom konkurrenter, men der avtalen også bringer en ny aktør inn på markedet. Se sak T-328/03 O2 [2006], og omtalen i Faull&Nikpay (2007) s. 245 flg.

²¹⁷ Et annet eksempel er C-1/12 OTOC [2013], hvor en nødvendighetsbetraktning uttrykkelig gjøres under virkningsvurderingen, hvor avtalens «context» og «objectives» må tas i betraktning. Se avsnitt 93 flg.

²¹⁸ Se sak 27/87 Erauw-Jacquery [1988] avsnitt 8-11, C-250/92 Gøttrup-Klim [1994] avsnitt 28-45.

²¹⁹ Se sak C-439/09 Pierre Fabre [2011] hvor spørsmålet var om begrensningen i handlefriheten var «objectively justified», hvilket bl.a. måtte bero på hvorvidt begrensningen var nødvendig for å nå det

finnes det avgjørelser der ancillary-vurderingen foretas selvstendig og innledningsvis, hvorpå det senere eventuelt er spørsmål om begrensningen i handlefriheten har til formål å begrense konkurransen. Forutsetningen er da at begrensningen ikke kunne fritas under ancillary-vurderingen.²²⁰ Også begrensninger som normalt har til formål å begrense konkurransen kan således falle utenfor art. 101(1) under en ancillary-betraktning.

Kriteriene utviklet av Retten

Her vil jeg kort presentere kriteriene i doktrinen om aksessoriske begrensninger slik den uttrykkelig er blitt anvendt av Retten, og slik Kommisjonen foreskriver den i sine retningslinjer.²²¹

For å falle utenfor art. 101(1) må begrensningen være *direkte tilknyttet* og *nødvendig* for gjennomføringen av en hovedavtale som ikke rammes av art. 101(1).²²² Med «direkte tilknyttet» menes det at begrensningen må være *underordnet* og ha en *åpenbar tilknytning* til hovedavtalen, f.eks. en konkurranseklausul i forbindelse med en joint venture-avtale som ikke i seg selv er i strid med art. 101(1).²²³

Nødvendighetsvurderingen innebærer en vurdering av om den restriktive klausulen er *objektivt nødvendig* for og *proporsjonal* med gjennomføringen av transaksjonen.²²⁴ En konkurranseklausul må f.eks. ikke ha en tidsramme som overstiger det som er nødvendig for å gjennomføre den legitime hovedavtalen.

relevante formål. Saken er unik i sitt slag, se Bailey (2012) side 580 flg. Se til illustrasjon også generaladvokatens uttalelse i sak C-209/07 BIDS [2008] avsnitt 54 og 60. Generaladvokaten legger der uttrykkelig opp til en ancillary-betraktning som en del av kontekstsvurderingen under formålskategorien.

²²⁰ Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 138 og 139, jf. avsnitt 60 flg. Se også kommisjonsavgjørelsen i COMP/39736 Siemens/Areva [2012] avsnitt 78-79 og Kommisjonens retningslinjer til art. 101(3) avsnitt 28 flg.

²²¹ Det kan være naturlig å se dette som doktrinen om aksessoriske begrensninger i snever forstand. Se Whish (2011) s. 130 i note 444. Han skiller denne fra hans gruppering av saker som legger til grunn en «commercial ancillarity».

²²² Se retningslinjene til art. 101(3) pkt. 28 flg.

²²³ Se sak T-112/99 Métropole télévision [2001] avsnitt 105, Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 63.

²²⁴ Ibid.

En kontrafaktisk vurdering eller en avveining av positive og negative virkninger?

Doktrinen har klare paralleller til tanken om en kontrafaktisk vurdering, og at det foruten begrensningen kanskje ikke ville vært mulig å inngå den legitime hovedavtalen.²²⁵ Særlig gjelder dette sakene hvor spørsmålet er om begrensningen er nødvendig for at et foretak skal ta risikoen på å entre et nytt marked eller tilby en viss type varer eller tjenester.²²⁶ Slik doktrinen om aksessoriske begrensninger er uttrykt av Retten innebærer den imidlertid en abstrakt vurdering;²²⁷ det skal ikke foretas en detaljert virkningsvurdering.²²⁸ Doktrinen har også klare paralleller til en tanke om å tillate det lille ondet for å gjennomføre det større godet. Likheten til vurderingen under art. 101(3) er her nærliggende, der de positive virkningene ved avtalen må veies mot de negative.²²⁹ Det er imidlertid understreket i praksis fra Retten at den fleksible holdningen ikke må forveksles med en balansering av avtalens positive og negative virkninger på konkurransen under art. 101(1), og således anvende en slags «rule of reason» som i amerikansk rett.²³⁰ En slik vurdering må eventuelt foretas under art. 101(3).

Rekkevidden av doktrinen om aksessoriske begrensninger slik den er uttrykt av Retten synes ganske smal og veldefinert.²³¹ Når det er grunnlag for å foreta en ancillary-betraktning generelt er imidlertid mer usikkert. Videre er det uklart når man kan bero seg på den mer abstrakte vurderingen foreskrevet av Retten, og når man må inn i en mer omfattende markedsanalyse.²³²

²²⁵ Se Korah (2007) s. 81 og sak 42/84 Remia v Commission [1985] avsnitt 18-19.

²²⁶ Se Korah (2007) s. 81.

²²⁷ Se f.eks. sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 67.

²²⁸ Sejersted (2011) s. 517.

²²⁹ Se Whish (2011) s. 134-136.

²³⁰ Se f.eks. sak T-112/99 Métropole télévision [2001], avsnitt 107 og sak T-328/03 O2 v Commission [2006] avsnitt 69, Se også og retningslinjene til art. 101(3) pkt. 30, samt Sejersted (2011) s. 517.

²³¹ Whish (2011) s. 130 i note 444.

²³² Sml. her Gonzáles Díaz (1995) s. 957 og Faull&Nikpay (2007) s. 246-247.

3.5 Merkbarhetskravet og formålsalternativet

Problemstilling

I rettspraksis er det innfortolket et krav under art. 101(1) om at samarbeidet må begrense konkurransen og kunne påvirke samhandelen *merkbar*.²³³ Kravet kan typisk få anvendelse der partene har små markedsandeler, selv om vurderingen også beror på andre faktorer.²³⁴ Merkbarhetskravet reiser ikke særegne problemer ved patentforlik, og vil derfor ikke behandles i sin alminnelighet. Det har imidlertid vært en diskusjon rundt spørsmålet om kravet til merkbar begrensning av konkurransen også gjelder der avtalen har til formål å begrense konkurransen. Den nylige avsagte Expedia-saken har imidlertid vekket liv i og bidratt til å avklare dette spørsmålet. Problemstillingen i det følgende er derfor hvordan merkbarhetskravet forholder seg til formålskategorien.

Kommisjonens kunngjøring om avtaler «of minor importance»²³⁵ gir veiledning for vurderingen av om en avtale har merkbar påvirkning på konkurransen. Kommisjonen oppstiller blant annet «safe harbours» for avtaler mellom foretak som har lav markedsandel; slike avtaler anses ikke å rammes av konkurransebegrensningskriteriet i art. 101(1).²³⁶ Kunngjøringen presiserer imidlertid at enkelte klassiske formålsrestriksjoner ikke nyter godt av «safe harbour»-bestemmelsene.²³⁷ Kunngjøringen er ikke bindende EUs domstoler, nasjonale domstoler eller nasjonale konkurransemyndigheter.²³⁸

Bakgrunn

Når avtalen har til formål å begrense konkurransen trenger som nevnt ikke virkningene undersøkes. Det kan anføres at det da er unaturlig å innfortolke et krav om *merkbar virkning* på konkurransen i disse tilfellene.²³⁹ En vanlig oppfatning i litteraturen har imidlertid vært at en avtale må begrense *konkurransen* merkbar selv om den har til formål

²³³ Regelen er gjerne omtalt som *bagatelluntaket* (de minimis-regelen).

²³⁴ Markedsstrukturen og karakteren av de aktuelle kontraktsvilkår er relevante momenter. Se Rognstad (1992) s. 23 flg.

²³⁵ Bagatellmeddelelsen, (2001/C 368/07). Vurderingen av om en avtale påvirker *samhandelen* merkbar er behandlet i Kommisjonens retningslinjer om samhandelskriteriet.

²³⁶ Bagatellmeddelelsen avsnitt 7.

²³⁷ Ibid. avsnitt 11. Se Whish (2011) s. 143.

²³⁸ Se Whish (2011) s. 140. Se sak C-226/11 Expedia [2012] avsnitt 28.

²³⁹ Ørstavik (2010) s. 203.

å begrense konkurransen.²⁴⁰ Særlig er det henvist til sakene Völk²⁴¹ og Cadillon,²⁴² som begge gjaldt avtaler som hadde til formål å begrense konkurransen. Domstolen åpnet for at avtalene falt utenfor art. art. 101(1) fordi avtalens virkninger ikke var merkbare. Domstolen la her vekt på partenes lave markedsandeler. Det kan likevel innvendes at det i disse sakene ikke skilles klart mellom spørsmålet om merkbar påvirkning av *samhandelen* og *konkurransen*. Det stilles heller spørsmål ved om avtalen har en «insignificant effect on the markets»,²⁴³ hvilket kan henwise til både konkurransebegrensningskriteriet og samhandelskriteriet. Det kan derfor hevdes at dommene verken taler for eller i mot at formålsrestriksjoner må underlegges en vurdering av om *konkurransen* merkbart er begrenset. Domstolen la kanskje snarere opp til en felles merkbarhetsvurdering. I flere saker har imidlertid EU-domstolen påpekt at avtalen må ha som sitt «object or effect the restriction to an appreciable extent of competition within the common market».²⁴⁴ Dette synes å indikere at kravet om merkbar begrensning av konkurransen relaterer seg til både formåls- og virkningsalternativet.

Expedia-saken

I Expedia-saken²⁴⁵ ble Domstolen forelagt spørsmålet en nasjonal konkurransemyndighet kunne anvende art. 101 på et samarbeid som kunne påvirke samhandelen, men hvor terskelverdiene i Kommisjonens bagatellmeddelelse ikke var møtt. Det var forutsatt at avtalen i saken hadde til formål å begrense konkurransen. Domstolen presiserte innledningsvis at et samarbeid ikke rammes av art. 101(1) dersom det har en ubetydelig («insignificant») virkning på markedet.²⁴⁶ Domstolen viste her bl.a. til Völk. Videre presiserte Domstolen at for å rammes av art 101(1) må samarbeidet ha til formål eller

²⁴⁰ Bailey (2012) s. 590.

²⁴¹ Sak 5/69 [1969] avsnitt 7.

²⁴² Sak 1/71 [1971] avsnitt 9.

²⁴³ Ibid. avsnitt 9 og Sak 5/69 Völk [1969] avsnitt 7. Se Rognstad (1992) s. 17.

²⁴⁴ Se sak C-70/93 Bayerische Motorenwerke [1995] avsnitt 18. Tilsvarende i sak C-260/07 Pedro IV Servicios [2009] avsnitt 68.

²⁴⁵ Sak C-226/11 Expedia [2012].

²⁴⁶ Ibid. avsnitt 16.

virkning å begrense konkurransen merkbart, og kunne påvirke samhandelen.²⁴⁷ Disse uttalelsene er i overensstemmelse med tidligere praksis.

Etter å ha uttalt seg om betydningen av Kommisjonens bagatellmeddelelse, uttalte imidlertid Domstolen seg om forholdet mellom merkbarhetskravet og formålskategorien på et generelt plan. Domstolen pekte først på to forhold. 1) Når avtalen har til formål å begrense konkurransen behøver ikke avtalens virkninger undersøkes.²⁴⁸ 2) Slike avtaler kan «by their very nature» betraktes som skadelige for de normale konkurransevilkår.²⁴⁹ Dette begrunnet den etterfølgende uttalelsen: «It must *therefore* be held that an agreement that *may affect trade* between Member States and that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an *appreciable restriction on competition.*»²⁵⁰

En slutning synes å være klar: Dersom avtalen *kan påvirke samhandelen* og har *til formål* å begrense konkurransen er det ikke nødvendig med en ytterligere vurdering av om *konkurransen* er merkbart begrenset. Man kan se det som at man under formålsalternativet også presumerer merkbare virkninger på konkurransen. Denne slutningen er i tråd med ordlyden i art. 101(1), og rettstilstanden før avgjørelsen var som nevnt ikke åpenbar. Uttalelsen i Expedia-saken synes således å gi uttrykk for gjeldende rett. At uttalelsen i dommen ikke var nødvendig for å behandle spørsmålet fra den foreleggende rett, og er å anse som et obiter dictum, kan ikke ha betydning i denne sammenheng.²⁵¹ For øvrig må det bemerkes at Kommisjonen har utarbeidet et forslag til ny bagatellmeddelelse i etterkant av Expedia-saken.²⁵² Forslaget nevner Expedia-saken, og slår fast at markedsandelstersklene i meddelelsen ikke gjelder der avtalen har til formål å begrense konkurransen.²⁵³

²⁴⁷ Ibid. avsnitt 17.

²⁴⁸ Ibid. avsnitt 35.

²⁴⁹ Ibid. avsnitt 36.

²⁵⁰ Ibid. avsnitt 37. Min kursivering.

²⁵¹ Se generaladvokatens uttalelse i Sak C-226/11 [2012] avsnitt 45. Se også van der Vijver (2013) s. 1138.

²⁵² Utkast til meddelelse om bagatellavtaler [2013]

²⁵³ Ibid. avsnitt 12.

Rekkevidden av avgjørelsen

Det kan stilles spørsmål ved rekkevidden og den praktiske betydningen av Expedia-saken, og særlig to forhold må trekkes frem. Det første er forholdet til kravet om merkbar påvirkning av samhandelen. Uttalelsene i dommen som avfeier et merkbarhetskrav under formålsalternativet retter seg mot tilfeller der det allerede er påvist at avtalen kan påvirke samhandelen. Gjelder det fortsatt et krav om *merkbar* påvirkning av samhandelen når avtalen har til formål å begrense konkurransen? I så fall begrenser det den praktiske betydning avgjørelsen har, ettersom vurderingstemaene i merkbarhetsvurderingen under samhandelskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet har mange fellestrekk.²⁵⁴ Markedet må da også normalt defineres for å fastslå påvirkningen av samhandelen.²⁵⁵

Domstolen fremholdt som nevnt at formålsrestriksjoner som «kan påvirke samhandelen» ikke underlegges en merkbarhetsvurdering mht. konkurransen. På den ene siden er det bemerkelsesverdig at Domstolen ikke presiserte at dette gjaldt formålsrestriksjoner som påvirket samhandelen *i merkbar grad*. På den andre siden synes en slik presisering unødvendig for å besvare spørsmålet om det gjelder et krav om at *konkurransen* er begrenset merkbart. Kravet om at avtalen kan påvirke samhandelen i merkbar grad var heller ikke et tema i saken, og det er derfor naturlig å se det som at avgjørelsen ikke berører dette spørsmålet.²⁵⁶ En slik slutning er også mer i tråd med eldre praksis, jf. over om vurderingene i Völk-saken. Det synes således fortsatt å gjelde et krav om merkbar påvirkning av samhandelen der avtalen har til formål å begrense konkurransen.²⁵⁷

Et annet forhold som er presentert i litteraturen er at kontekstvurderingen under formålsalternativet vil gjøre det overflødig å foreta en selvstendig merkbarhetsvurdering mht. konkurransen. Tanken synes å være at dersom avtalen er «capable» til å begrense konkurransen, vil den nødvendigvis også ha en merkbar påvirkning på konkurransen.²⁵⁸

²⁵⁴ Rognstad (1992) s. 17, Bellamy&Child (2013) s. 169-170.

²⁵⁵ Sak T-199/08 Ziegler SA [2011] 45. Whish (2011) s. 120.

²⁵⁶ van der Vijer (2013) s. 1139.

²⁵⁷ Tilsvarende i Gonzales (2013) s. 465. Se også sak T-199/08 Ziegler [2011] avsnitt 47.

²⁵⁸ Se van der Vijer (2013) s. 1140.

En kan tenke seg et samarbeid der en vurdering av avtalens «formål og innhold» tilsier at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Partenes svake posisjon på markedet og andre regulatoriske forhold markedet indikerer imidlertid at det er svært usannsynlig at avtalen vil begrense konkurransen. Tanken synes å være at kontekstvurderingen her normalt vil tilbakevise at avtalen har til formål å begrense konkurransen.²⁵⁹ Der avtalen faller innenfor en etablert kategori, slik som prissamarbeid eller markedsdelingsavtaler, viser imidlertid praksis at det skal mye til for at en vurdering av de konkrete markedsforholdene kan avkrefte at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Her er det ikke åpenbart at en ytterligere merkbarhetsvurdering mht. konkurransen ikke ville gitt et annet resultat. Sett under ett er det imidlertid gode argumenter for at avgjørelsen i Expedia først og fremst klargjør, og ikke endrer, rettstilstanden.

²⁵⁹ Ibid. s.1141 og 1139, note 32.

DEL III REVERSE PAYMENT SETTLEMENTS UNDER FORMÅLSALTERNATIVET I ART. 101(1)

4 Inngangen til formålskategorien

Hvorvidt reverse payment settlement har til formål å begrense konkurransen må avgjøres konkret for hvert tilfelle. Her skal det på et generelt plan undersøkes hva det er som tilsier at reverse payment settlements kan ha til formål å begrense konkurransen. Som vist over tar vurderingen under formålsalternativet utgangspunkt i avtalens innhold og den umiddelbare virkningen avtalen søker å oppnå. Målet i det følgende er å undersøke om det konkurransebegrensende potensiale i reverse payment settlements er av en slik art som tidligere har dannet grunnlag for formålsrestriksjoner i rettspraksis.

I denne sammenligningen tas det utgangspunkt i de faktiske forutsetningene og den skadehypotesen som er presentert ovenfor. Det forutsettes at forliksavtalen objektivt sett innebærer at generikaproduzenten holdes ute av markedet vedrørende et eller flere produkter i en viss tidsramme, mot en betaling fra originalproduzenten. Skadepotensialet ligger i at avtalen begrenser av konkurranserisikoen mellom avtalepartene. Dette kan også sees som *ett* formål ved avtalen.

Markedsdelingsavtaler

Reverse payment settlements har visse likhetstrekk med en horisontal avtale om deling av markeder. Avtaletypen er eksplisitt opplistet i art. 101(1) bokstav (c), og det følger av rettspraksis at slike avtaler normalt har til formål å begrense konkurransen. I stedet for å dele geografiske områder mellom seg, dele kundegrupper, eller andre segmenter av markedet, kan man se det som at reverse payment settlements deler markedet i tid. De presumptive virkningene på markedet vil kunne være det samme som i en tradisjonell markedsdelingsavtale: Under avtalens varighet vil produsentene ikke konkurrere, og de oppnår en gjensidig fordel gjennom deling av «monopolprofitten» til originalproduzenten. Noen egentlig *deling* av markedet er det imidlertid ikke, ettersom forpliktelsen til ikke å konkurrere er ikke gjensidig. En deling av markedet i tid vil først finne sted der markedet

f.eks. deles i sesonger.²⁶⁰ En sammenligning med en markedsdelingsavtale er derfor ikke helt treffende.

Konkurranseforbud

Som en ensidig forpliktelse om forsinket lansering av et generikaprodukt kan begrensningen i handlefriheten i reverse payment settlements kanskje best karakteriseres som et konkurranseforbud overfor et foretak i samme omsetningstrinn.²⁶¹ En slik klausul innebærer at den forpliktete ikke skal konkurrere med den andre under mer eller mindre spesifikt angitte forhold.²⁶² Også konkurranseforbud vil kunne ha som formål å begrense konkurransen, avhengig av i hvilken sammenheng de fungerer.

Konkurranseforbud mellom potensielle konkurrenter i forbindelse med joint ventures eller virksomhetsoverdragelser fritas for eksempel ofte under doktrinen om aksessoriske begrensninger.²⁶³ Dersom begrensningen ikke er direkte tilknyttet eller nødvendig for å nå hovedformålet, vil avtalen imidlertid kunne ha til formål å begrense konkurransen. Et eksempel her er Siemens/Areva saken, der Kommisjonen fant at konkurranseklausulen ikke kunne fritas under doktrinen om aksessoriske begrensninger, og hadde til formål å begrense konkurransen.²⁶⁴

Reduksjon av usikkerhet mellom konkurrenter

Samarbeidet i BIDS²⁶⁵ har mange likhetstrekk med reverse payment settlements. Markedet for kjøttproduksjon i Irland led av overkapasitet, og majoriteten av produsentene slo seg sammen om en «exit-payment»-avtale. Enkelte produsenter skulle tre ut av markedet mot en økonomisk kompensering fra de gjenværende. Domstolen fremhevet at avtalens formål var å «change, appreciably, the structure of the market through a mechanism intended to

²⁶⁰ Se Kolstad (1998) s. 131.

²⁶¹ På engelsk «non-compete obligation»

²⁶² Forpliktelsen er ensidig, i motsetning til markedsdelingsavtaler. Se Kolstad (1998) s. 248.

²⁶³ Dette er typisk der klausulen inntas i forbindelse med salg av virksomheter eller som ledd i opprettelsen av et joint venture. Se f.eks. Sak 42/84 Remia BV m.fl. mot Kommisjonen [1985] og sak T-112/99 Métropole télévision [2001]

²⁶⁴ Se COMP/39.736 Siemens/Areva, avsnitt 80. Se også Pimlott (2012)

²⁶⁵ Sak C-209/07 [2008] avsnitt 34.

encourage the withdrawal of competitors.»²⁶⁶ Videre fremhevet Domstolen at en slik avtaletype er klart i konflikt med det grunnleggende konsept i EU-konkurransereglene om at hver aktør i markedet på uavhengig grunnlag må bestemme «the policy which it intends to adopt on the common market», og at art. 101(1) har til hensikt å forby «any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition.»²⁶⁷ Samarbeidet hadde til formål å begrense konkurransen.

Tilsvarende som i reverse payments settlements ligger skadepotensialet i at samarbeidet eliminerer risikoen for konkurranse mellom avtalepartene. Dette gjennomføres ved en ensidig forpliktelse om å ikke konkurrere, mot en kompensasjon fra den/de gjenværende. Avgjørelsen taler for at samarbeidsformen i reverse payment settlements er av en slik art som kan ha til formål å begrense konkurransen.

Også T-Mobile²⁶⁸ la Domstolen avgjørende vekt på at avtalen eliminerte risikoen for konkurranse mellom partene for å etablere at et samarbeid kunne ha til formål å begrense konkurransen. Saken gjaldt deling av informasjon mellom konkurrenter, og Domstolen fant at slikt samarbeid kunne ha til formål å begrense konkurransen dersom informasjonsutvekslingen var «capable of removing the uncertainties concerning the intended conduct of the participating undertakings».²⁶⁹ Fellesnevneren er igjen at samarbeidet eliminerer eller i stor grad reduserer konkurranserisikoen mellom konkurrenter i samme omsetningsledd. Dette taler for at reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen.

Det kan også trekkes frem at det er en gjengs oppfatning i juridisk litteratur at reverse payment settlements normalt har til formål å begrense konkurransen dersom avtalen innebærer en forsinket lansering av ikke-patenterte produkter eller at forsinkelsen strekker seg utover patentets varighet.²⁷⁰ Etter amerikansk rett vil slike forlik trolig kunne være

²⁶⁶ Ibid. avsnitt 31.

²⁶⁷ Ibid. avsnitt 34

²⁶⁸ Sak C-8/08 [2009]

²⁶⁹ Ibid. avsnitt 43.

²⁷⁰ Se Treacy (2011) s. 293, Schmid (2012) s. 374.

ulovlige *per se* under Sherman Act § 1,²⁷¹ mens reverse payment settlements hvor begrensningen ligger innenfor patentets «scope» normalt behandles under en «rule of reason.»²⁷² Bak begge rettsoppfatningene ligger det da underforstått at det er andre forhold enn selve «pay-for-delay» mekanismen som eventuelt tilsier at reverse payment settlements ikke har til formål å begrense konkurransen, eller ikke er ulovlige per se. Ut i fra denne synsvinkelen kan man stille spørsmålet ved hva det er som tilsier at reverse payment settlements eventuelt ikke har til formål å begrense konkurransen under TEUV art. 101(1). Dette er tema for neste kapittel.

Konklusjonen er at en vurdering av samarbeidets art holdt opp mot tidligere rettspraksis tilsier at reverse payment settlements kan ha til formål å begrense konkurransen.

²⁷¹ Areeda (1978, Supl. 2013) avsnitt 2046a.

²⁷² FTC v. Actavis 570 U.S. [2013].

5 Mulige veier ut av formålskategorien

5.1 Opplegg

Målet med fremstillingen i det følgende er å undersøke ulike forhold ved reverse payments settlements som kan tilsi at avtaletypen ikke har til formål å begrense konkurransen, under en konkret vurdering av avtalens «innhold og formål» dens «rettslige og økonomiske kontekstes». Hvilken betydning har det f.eks. at avtalen følger flere formål, at begrensningen i handlefriheten kun fremkommer på indirekte vis, at det finnes andre generikaprodusenter som kan utfordre patentet rettslig, eller at originalprodusenten muligens kunne ekskludert generikaprodusenten fra markedet gjennom å håndheve sin patentrett?

5.2 Direkte eller indirekte begrensning

At avtalen innebærer enighet om en forsinket inntreden og reduksjon av usikkerhet mellom aktørene vil som påpekt over være det bærende elementet for å kunne fastslå at et patentforlik har til formål å begrense konkurransen. Det kan fremgå direkte av avtalens ordlyd, f.eks. at B ikke skal lansere sitt produkt X i konkurranse med A før en gitt dato. Der imidlertid ikke upraktisk at dette fremkommer indirekte av avtalen. Et eksempel kan være der avtalen avslutter et gyldighetssøksmål og innebærer at generikaprodusenten betales mot å forplikte seg til ikke gjøre inngrep i et patent som gjelder en fremgangsmåte. I realiteten medfører det at markedsinntreden er uaktuelt fordi patentet er essensielt for å etablere seg på markedet. At avtalen medfører en utestengelse fra markedet kan imidlertid da ikke slutes fra avtalens ordlyd direkte. Patentet kunne for eksempel være foreldet eller det finnes like gode fremgangsmåter, slik at avtalen ikke har noen nevneverdig virkning på konkurransen. Spørsmålet er her hvilken betydning det har at begrensningen kun fremkommer indirekte av avtalen under vurderingen av om reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen.

I ENS²⁷³ uttalte Retten at man under art. 101(1) må foreta en grundig analyse av de konkrete markedsforholdene med mindre avtalen inneholder «obvious restrictions to competition» slik som markedsdelingsavtaler og prissamarbeid. Retten må antas å sikte til avtaler med formål å begrense konkurransen. En forpliktelse til ikke å anvende en fremstillingsmetode er ikke en «åpenbar» begrensning av konkurransen. Det er imidlertid klart at begrensningen i handlefriheten ikke må fremkomme klart av avtalens ordlyd, man kan basere seg på hva partene har skrevet, sagt eller gjort.²⁷⁴ Omstendigheter rundt avtalen kan således vise at avtalen i realiteten innebærer en total utelukkelse fra markedet. Korrespondanse mellom partene avslører f.eks. at utnyttelsen av den patenterte fremgangsmåten er helt avgjørende for at generikaprodusenten kan lansere sitt produkt, og at partene er blitt enige om at generikaprodusenten ikke skal entre markedet inntil en gitt dato. I disse tilfellene er man fortsatt klart innenfor utgangspunktet om at avtalens *innhold må* «reveal[...] a sufficient degree of harm to competition».²⁷⁵

Dersom slike forhold ikke foreligger, blir spørsmålet om rettsanvenderen kan foreta en vurdering av om det er sannsynlig at den indirekte mekanismen faktisk vil lede til at konkurranserisikoen mellom partene elimineres. I praksis fra EU-domstolen finnes det eksempler på tilfeller der man har funnet restriksjoner på handlefriheten kan ha til formål å begrense konkurransen fordi de på indirekte vis leder til en type begrensning som normalt anses å ha til formål å begrense konkurransen.

I Pierre Fabre²⁷⁶ fant Domstolen at en klausul i et selektivt distribusjonssystem som stilte krav om at kosmetikk- og legemiddelprodukter ble solgt på utsalgsteder der en farmasøyt var til stede hadde til formål å begrense konkurransen, med mindre det forelå en «objective justification».²⁷⁷ Begrunnelsen var at klausulen «de facto» forbød de autoriserte distributørene å selge produktene over internett, som igjen ville redusere muligheten for å

²⁷³ Forente saker T-394, etc./94. European Night Services [1998] avsnitt 136.

²⁷⁴ Se f.eks. sak 107/82, AEG-Telefunken [1983] avsnitt 67-134, der partenes handlemåte avslørte at samarbeidet har til formål å begrense konkurransen. Se Bailey (2012) s. 576.

²⁷⁵ Se f.eks. sak C-32/11 Allianz [2013] avsnitt 34.

²⁷⁶ Sak C-439/09 [2011]

²⁷⁷ Ibid. avsnitt 47

selge til kunder utenfor den autoriserte distributørs utsalgsområde.²⁷⁸ På denne måten medførte forbudet mot internettsalg en territoriell beskyttelse som normalt ansees å ha til formål å begrense konkurransen.²⁷⁹

Betraktningen om at indirekte mekanismer kan lede til en umiddelbar effekt som presumerer konkurransebegrensende formål fremkommer i en mer generell uttalelse i General Motors-saken.²⁸⁰ Domstolen fremhevet at en distribusjonsavtale har til formål å begrense konkurransen dersom den « [...] clearly manifests the will to treat export sales less favourably than national sales and thus leads to a partitioning of the market in question. [S]uch an objective can be achieved not only by direct restrictions on exports but *also through indirect measures*, such as those at issue in this case.»²⁸¹

Poenget illustreres også av Domstolens behandling av lojalitetsrabatter under art. 102. Eksklusive kjøpsavtaler mellom leverandør og distributør behandles under en streng formalistisk test som kan sammenlignes med formålskriteriet under art. 101(1).²⁸² Domstolen har imidlertid slått fast at også rabattordninger rammes av art. 102 når rabatten betinges av at kunden handler eksklusivt med det dominerende foretaket eller rabattordningen på annen måte «tends to remove or restrict the buyers freedom to choose his sources of supply [or] to bar competitors from access to the market.»²⁸³ Hvorvidt denne umiddelbare effekten ble oppnådd må bero på en undersøkelse av kriteriene for å oppnå rabatten.

Et annet illustrerende eksempel er Kommissjonsavgjørelsen i Siemens/Areva-saken.²⁸⁴ Et spørsmål var om en konfidensialitetsklausul inntatt i en JV-avtale hadde til formål eller virkning å begrense konkurransen. At informasjon må holdes konfidensielt har ingen åpenbar virkning på konkurransen. Kommissjonen anså imidlertid denne klausulen som et konkurranseforbud i den grad den forhindrer Siemens i å *bruke* den konfidensielle informasjonen. Begrunnelsen var at bruken av informasjonen var nødvendig for at Siemens kunne etablere seg på markedet. I den grad klausulen ikke falt inn under doktrinen om tilknyttede begrensninger hadde klausulen til formål å begrense konkurransen etter art.

²⁷⁸ Ibid. avsnitt 38.

²⁷⁹ Jf. også Hjelmeng, foredrag (2012).

²⁸⁰ Sak C-551/03 P [2006].

²⁸¹ Ibid. avsnitt 67 og 68 (min kursivering).

²⁸² Sak 85/76 Hoffman-La Roche [1979] avsnitt 89. Se Østerud [2010] s. 62 flg.

²⁸³ Sak 322/81 Michelin I [1983], avsnitt 73.

²⁸⁴ COMP/39.736 C (2012)

101(1).²⁸⁵ Parallellen er her klar til en forpliktelse til ikke å utnytte et patent som er helt nødvendig for å etablere seg på markedet.

Utgangspunktet synes å være at det er av mindre betydning at avtalen om forsinket inntreden kun fremkommer på indirekte vis, forutsatt at det er rimelig klart at avtalen i realiteten medfører at generikaprodusenten ikke kan entre markedet, og at risikoen for konkurranse mellom partene elimineres. Denne vurderingen må gjøres konkret.

I General Motors stilte Domstolen vilkår om at avtalen «clearly manifests the will to treat export sales less favourably»²⁸⁶. Dersom det er *uklart* ut i fra «content and objectives»-vurderingen om avtalen innebærer en utestengelseeffekt vil avtalen vanskelig kunne ha til formål å begrense konkurransen. Kreves det for eksempel at man må inn i en grundig vurdering av markedsforholdene for å etablere at avtalen faktisk leder til forsinket inntreden, vil det tale for at avtalen ikke har til formål å begrense konkurransen.²⁸⁷ I disse tilfellene kan det argumenteres for at kravet om at avtalens innhold «reveals a sufficient degree of harm to competition» ikke er oppfylt.²⁸⁸

5.3 Forholdet til andre potensielle utfordrere

Et ikke uvanlig argument mot at reverse payment settlements kan ha til formål å begrense konkurransen er at et forlik som forsinker inntreden fra én generikaprodusent ikke nødvendigvis har noen stor effekt i markedet. Dette fordi andre potensielle konkurrenter vil kunne entre markedet dersom patentet ikke omfatter produktet eller er ugyldig.²⁸⁹ Som Hovenkamp fremhever:

"In a world in which there are numerous firms willing and able to enter the market, an exit payment to one particular infringement defendant need not have significant

²⁸⁵ Ibid. Se avsnitt 91, jf. avsnitt 79-80. Kommissjonen uttaler ikke eksplisitt at ikke-bruk av konfidensiell informasjon har til formål å begrense konkurransen, men viser til drøftelsen om konkurranseklausulen, og at konfidensialitetsklausulen må behandles likt. Dette kan vanskelig forstås på en annen måte enn at klausulen ble ansett å ha til formål å begrense konkurransen i den grad den ledet til ikke-bruk og ikke var fritatt som en tilknyttet begrensning.

²⁸⁶ Sak C-551/03 P [2006], avsnitt 67-68.

²⁸⁷ Se imidlertid kapittel 6 nedenfor, der det drøftes om det er grunnlag for en forenklet virkningsvurdering.

²⁸⁸ Se f.eks. sak C-32/11 Allianz [2013] avsnitt 34 med videre henvisninger.

²⁸⁹ Se f.eks. Pat Treacy (2011) s. 293.

anticompetitive effects. If there is good reason for believing the patent [is] invalid others will try the same thing."²⁹⁰

Det kan hevdes at argumentet står sterkere i Europa enn i USA, fordi man i Europa ikke har et tilsvarende regelverk som i USA, som til en viss grad gir partene beskyttelse mot konkurranse fra tredjemenn når det inngås forlik i en Hatch-Waxman-kontekst.²⁹¹

Slik jeg ser det har dette poenget to sider ved vurderingen av patentforlik under formålsalternativet. For det første er spørsmålet i hvilken grad *de faktiske* strukturelle forhold i og utenfor markedet har betydning ved en konkret vurdering av om et patentforlik har til formål å begrense konkurransen. Dette behandles nedenfor i kapittel 7, og griper direkte inn i spørsmålet om rekkevidden av formålskategorien og forholdet til virkningsvurderingen. Spørsmålet her er om det er aspekter ved reverse payment settlements som på et generelt plan tilsier at forholdet til potensielle konkurrenter medfører at avtalen ikke har til formål å begrense konkurransen. Dersom virkningene av reverse payment settlements i særlig grad er avhengig av de konkrete markedsforholdene, kan dette tale for at avtaletypen normalt bør underlegges en virkningsvurdering.

Eksistensen av andre aktuelle og potensielle konkurrenter vil selvsagt kunne påvirke graden av virkningene i markedet. Dette gjelder imidlertid også ethvert samarbeid hvor skadepotensialet ligger i at avtalen som begrenser aktuell eller potensiell konkurranse mellom partene. Et prissamarbeid eller en markedsdelingsavtale mellom to potensielle konkurrenter vil neppe ha merkbare virkninger i markedet med mindre partene klarer å opprettholde eller oppnå en viss markedsrett som følge av avtalen. I et samarbeid om å heve prisen vil partene kunne bli konkurrert ut av nyetableringer, eller de vil bli nødt til å bryte samarbeidet. Likefult vil slike avtaler kunne ha til formål å begrense konkurransen.

Enkelte argumenterer for at en betydelig reverse payment vil signalisere til andre potensielle konkurrenter at det er tvilsomt om patentet faktisk hindrer generisk inntreden. Betalingen vil derfor kunne fremprovosere inntreden fra tredjemenn. Det sies gjerne at en

²⁹⁰ Hovenkamp (2004) s. 25.

²⁹¹ Schmid (2012) s. 368-370.

patenthaver som betaler betydelige summer for å beskytte et usikkert patent «[...] would be putting blood in the water where sharks are always near.»²⁹²

Dette argumentet forutsetter i imidlertid at avtalen er offentlig kjent. Effekten kan tenkes å være motsatt der avtalen inngås før tvisten er kommet til rettsapparatet, og ikke gjøres kjent. Patentet står her som et etableringshinder, uavhengig av om det kan kjennes ugyldig. Det kan argumenteres for at markedet i disse tilfellene heller i særlig grad er beskyttet for konkurranse fra tredjemenn.²⁹³ I disse tilfellene kan det argumenteres for at potensiale for virkninger av en tapt mulighet for etablering er særlig store. Argumentet gjør seg også til dels gjeldende der avtalen er offentlig. Kostnadene og usikkerheten ved en rettsak vil som regel legge en demper på generikaprodusenters insentiver for å entre markedet.²⁹⁴

Argumentet om at konkurranse fra tredjeparter minimerer skadepotensialet til avtalen står derimot sterkere etter originalprodusentens eksklusive rettigheter er løpt ut. Kommisjonens holdning til forpliktelser i en *lisensavtale* om å betale lisensavgift etter patentets beskyttelsesperiode er her illustrerende. Det antas at slike forhold faller utenfor art. 101(1). Det fremheves at «[o]nce these rights expire, third parties can exploit the technology [...] and compete with the parties to the agreement.»²⁹⁵ Det antas at konkurransen fra tredjemenn normalt vil medføre at avtalen ikke har merkbar virkning på konkurransen.²⁹⁶ I Kai Ottung²⁹⁷ fant Domstolen at en forpliktelse overfor (patent)lisenstaker om ikke å selge de lisensierte produkter etter patentets utløp kunne være i strid med art. 101(1) etter en vurdering av den rettslige og økonomiske konteksten. Avgjørelsen kan tolkes dit hen at det måtte foretas en virkningsvurdering.²⁹⁸ Dette var imidlertid en vertikal avtale hvor skadepotensialet lå i at lisenstaker ble stilt dårligere enn sine konkurrenter, og hvor teknologien ikke beskyttet markedet mot konkurranse fra tredjemenn.²⁹⁹ Dette taler mot en analogi til reverse payment settlements, hvor avtalen eliminerer konkurransen mellom partene i et gitt tidsrom. Det kan argumenteres for at skadepotensialet da er større.

²⁹² FTC v. Actavis, Roberts, dissenterende votum, s. 16.

²⁹³ Utstengelseeffekten av patenter som ikke håndheves, også patenter som kan kjennes ugyldige, er anerkjent av Domstolen i sak C-457/10/P AstraZeneca [2012], avsnitt 108. Se også Leslie (2006) om utstengelseeffekten av patenter der de ikke håndheves.

²⁹⁴ Se nærmere i Leslie (2006) s. 101.

²⁹⁵ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler avsnitt 159.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ Sak 320/87 Kai Ottung v Klee [1989].

²⁹⁸ Ibid. avsnitt 17 flg.

²⁹⁹ Ibid. avsnitt 18.

Muligheten for at konkurransetrusselen fra tredjemenn minimerer de konkurransebegrensende virkningene av reverse payment settlements er således etter min mening ikke noe som i seg selv utelukker at reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen.³⁰⁰

5.4 Betydningen av at avtalen følger flere formål

Problemstilling

Ved en konkret vurdering av om et samarbeid har til formål å begrense konkurransen skal det etter praksis legges vekt på avtalens formål («objectives»)³⁰¹. Et reverse payment settlement vil objektivt sett ofte kunne sies å følge flere formål, i tillegg til formålet om å begrense rivaliseringen mellom partene. Dette vil typisk være tilfelle der partene har blitt enige om en inntredelsesdato innenfor patentets beskyttelsesperiode. Ofte vil det også fremkomme av omstendighetene rundt avtalen at det er en reell patenttvist mellom partene. Avtalen vil da gjerne objektivt sett ha til formål å *avklare* det patentrettslige spørsmålet og generikaprodusentens rett til å entre markedet, avslutte eller forhindre en kostbar domstolsbehandling, samt å sikre patenthaver mot inngrep. Et spørsmål blir da om det at avtalen følger flere formål, også legitime, kan medføre at patentforlik *ikke* har til formål å begrense konkurransen.

Utgangspunkt

Det følger klart av praksis fra EU-domstolen at det ved vurderingen av om et samarbeid «har til formål» å begrense konkurransen ikke er avgjørende om avtalen også objektivt sett har andre legitime formål. Domstolen fremhevet i BIDS at «[..]an agreement may be regarded as having a restrictive object even if it does not have the restriction of competition as its sole aim but also pursues other legitimate objectives.»³⁰² Tilsvarende formuleringer som finnes igjen i andre avgjørelser.³⁰³ Her var det legitime formålet å redusere

³⁰⁰ Motsatt vil det imidlertid trolig kunne trekke i retning av et konkurransebegrensende formål om avtalen utgjør et samarbeid mellom et større antall generikaprodusenter og originalprodusenten, slik at avtalen bærer preg av et kartell. Presumsjonen om konkurransebegrensende virkningene er da sterkere ut i fra avtalens innhold.

³⁰¹ Jf. over i avsnitt 3.3 om begrepene «content and objectives».

³⁰² Sak C-209/07 BIDS [2008] avsnitt 21.

³⁰³ C-551/03 P General Motors [2006] avsnitt 64, sak T-360/09 E.ON Ruhrgas[2012] avsnitt 143.

overkapasitet og bøte på krisen i markedet. At patentforlik følger legitime formål/ søker å oppnå positive virkninger er således ikke noe som i seg selv *utelukker* at avtalen også kan ha til *formål å begrense konkurransen*. Men ut i fra uttrykksmåten «may» kan man imidlertid ikke slutte at de legitime og konkurransefremmende formålene ved avtaler generelt og patentforlik spesielt ikke kan få betydning i en vurdering av om avtalen har til formål å begrense konkurransen.

Domstolen uttalte også i BIDS at partenes subjektive hensikter om å bøte på krisen i det irske markedet var irrelevant, og måtte vurderes under art. 101(3).³⁰⁴ Dette har to sider. Uttalelsen kan for det første leses med vekt på betydning av at partenes *hensikter* er irrelevant. Ved første øyekast synes dette ikke å være i overenstemmelse med øvrig rettspraksis, men kan kanskje forklares ved at det her siktet til spørsmålet om partenes hensikter kan tilbakevise en presumsjon om at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Partenes subjektive hensikter er så vidt meg bekjent kun benyttet som støtteargument for å *begrunne* at en avtale har til formål å begrense konkurransen.³⁰⁵ For det andre kan uttalelsen også tolkes dit hen at de andre formålene ved avtalen var irrelevant, uavhengig av om dette var objektive formål ved avtalen eller kun partenes subjektive hensikt. I alle tilfeller henviser Domstolen her til at *de konkrete* formålene som partene har anført må vurderes under art. 101(3), ikke at legitime formål generelt må vurderes under art. 101(3).³⁰⁶ I BIDS hadde det heller ikke betydning om avtalen fulgte et annet formål objektivt sett.

De legitime formål som patentforlik forfølger vil i prinsippet kunne få betydning under vurderingen i art. 101(3), dersom det kan påvises at avtalen ved å fremme dette formål skaper relevante effektivitetsgevinster. Som Bailey fremhever er det nok også hovedregelen at andre legitime formål kun har betydning i en vurdering under art. 101(3), i det minste når det gjelder avtaletyper som normalt har til formål å begrense konkurransen.³⁰⁷ Det er likevel ikke opplagt at tilsvarende skal gjelde for patentforlik, hvor det konkurransebegrensende formålet må etableres konkret.

Det må presiseres at det i rettspraksis er blitt anerkjent at selv begrensninger på handlefriheten som normalt ansees å ha til formål å begrense konkurransen kan godtas fordi de er nødvendige for å ivareta et legitimt formål.³⁰⁸ Her må i så fall begrensningen underlegges en nødvendighetstest, basert på *konteksten* til avtalen.

³⁰⁴ Sak C-209/07 [2008] avsnitt 21.

³⁰⁵ Se f.eks. sak 35/83 BAT [1985] avsnitt 33-37. Se Bailey (2012) s. 578-79.

³⁰⁶ Sak C-209/07 BIDS [2008] avsnitt 21, andre og fjerde pkt.

³⁰⁷ Se Bailey (2012) s 579 flg. Se også forente saker T-394, etc./94. ENS [1998] avsnitt 163.

³⁰⁸ Sak T-360/09 E.ON. Ruhrgas [2012], avsnitt 60-82 og 138-149. Se også sak 27/87 Erauw-Jacquery [1988] avsnitt 8-11, sak C-439/09 Pierre Fabre [2011] avsnitt 39-47.

Hvorvidt reverse payment settlements kan behandles og fritas under en slik nødvendighetstest behandles nedenfor i avsnitt 7.

Er det grunnlag for en hovedformålsære?

I enkelte saker har Domstolen fremhevet de positive formål bak avtalen, for deretter i mer eller mindre uttrykkelig grad å avfeiet at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Kan det således tenkes at man kun ved å se på de formål et patentforlik forfølger kan avfeie at avtalen har til formål å begrense konkurransen? Og må de legitime formål i så fall være fremtredende? Er det for eksempel grunnlag for en slags hovedformålsære? Eller finnes det annen systematikk for vurderingen?

I *Asnef-Equifax*³⁰⁹ ble EU-domstolen forelagt spørsmålet om en ordning om informasjonsdeling mellom långivere kunne utgjøre en konkurransebegrensning.³¹⁰ Domstolen fremhevet at «the essential object» med ordningen var å gi kredittopplysninger om låntakere til kredittinstitusjonene, noe som ville senke graden av mislighold på låntakers side og forbedre «the functioning of the supply of credit.»³¹¹ På denne bakgrunn konkluderte Domstolen med at informasjonsdelingen ikke i sin «natur» hadde til formål å begrense konkurransen.³¹² Uttalelsen om avtalens «essential object» eller «vesentlige formål» kan tas til inntekt for at hovedformålet må være begrensende. I litteraturen er det på bakgrunn av denne saken fremhevet at en avtale ikke kan ha til formål å begrense konkurransen med mindre det er «plain and obvious that the object of the agreement is to restrict competition»³¹³ Hva som ligger i dette er uklart etter mitt syn.

Et annet eksempel der *Delimitis*-saken,³¹⁴ som gjaldt spørsmålet om eksklusiv kjøpsplikt i leveranseavtaler kan utgjøre en konkurransebegrensning. Domstolen fremhevet først de positive virkningene av avtalen søkte å oppnå, for deretter å uttrykke at «selv om»³¹⁵ avtalen ikke har til formål å begrense konkurransen må avtalens virkninger tas i betraktning.

³⁰⁹ Sak C-238/05 [2006].

³¹⁰ Ibid. avsnitt 11 og 26.

³¹¹ Ibid. avsnitt 46, 47.

³¹² Ibid. avsnitt 48.

³¹³ Bellamy&Child (2013) s. 154, mer utdypet i Bellamy&Child (2008) s. 165.

³¹⁴ Sak C-234/89 [1991] avsnitt 10-15.

³¹⁵ Ibid. avsnitt 13 i dansk versjon. Tilsvarende på prosessspråket, som var tysk; «Wenngleich derartige». Man synes da å måtte se bort fra at det i den engelske versjonen brukes kun «if», hvilket i større grad taler for en slutning om at Domstolen holder spørsmålet om avtalen har til formål å begrense konkurransen åpent.

De positive virkningene ble ikke tatt i betraktning i den senere virkningsvurderingen.³¹⁶ En nærliggende slutning er at avtalen ikke hadde til formål å begrense konkurransen *fordi* avtalen også søkte å oppnå resultater som var positive for markedet.³¹⁷ Saken gjaldt imidlertid en vertikal avtale om eksklusiv kjøpsplikt. Skadepotensialet ligger her særlig i at avtalen stenger andre leverandører ute fra markedet. Utestengelseeffekten er imidlertid avhengig av om det finnes alternative salgskanaler, og om avtalen bidrar til nettverkseffekt. En mulig forklaring på at disse sakene ikke er brakt under formålskategorien er således at virkningene i særlig grad er avhengige av de konkrete markedsforholdene.³¹⁸ Avtalens innhold vil derfor ikke «reveal a sufficient degree of harm to competition», jf. de generelle kriteriene utviklet av Domstolen.³¹⁹

Dette skiller etter min mening saken fra Domstolens prejudisielle avgjørelse OTOC,³²⁰ som bl.a. gjaldt spørsmålet om en beslutning truffet av en sammenslutning av revisorer hadde til formål eller virkning å begrense konkurransen på markedet for utdanning av revisorer. Sammenslutningen hadde innført et obligatorisk utdanningsprogram for revisorer i Portugal. Ordningen forbeholdt store deler av markedet for utdanningstjenester til sammenslutningen selv, og innebar diskriminerende bestemmelser til gunst for sammenslutningen i de resterende delene av markedet. Domstolen fremhevet først at beslutningen om å innføre reglementet tilsikter å forbedre kvaliteten på revisortjenester, og uttalte like etter at «*Even if that regulation does not have as its object the [...] restriction [...] of competition, it is necessary to examine its effects on competition [...]*»³²¹ Avgjørelsen synes enda klarere å indikere de positive virkningene ved avtalen kan tilsi at avtalen ikke har til formål å begrense konkurransen.

Avgjørelsene i Asnef-Equifax-, Delimitis- og OTOC-sakene var prejudisielle avgjørelser, og hvor Domstolen ikke var nødt til å ta stilling til om avtalen har til formål å begrense

³¹⁶ Se Kolstad (2003) s. 261-262.

³¹⁷ Ibid. Se Bellamy&Child (2013) s. 483.

³¹⁸ Under art. 102 er derimot eksklusivitetsavtaler behandlet under en streng formalistisk test, der virkningene på markedet ikke må undersøkes. Se Østerud (2010) s. 62 flg. Her er imidlertid en forutsetning at foretaket har en dominerende stilling og markedet allerede er konsentrert. Faren for utestengelseeffekt er her større. Jf. også Hjelmeng, foredrag (2012).

³¹⁹ Forente saker C-501 etc./06 P GSK [2009], avsnitt 55.

³²⁰ Sak C-1/12 OTOC [2013].

³²¹ Ibid. avsnitt 69.

konkurransen fordi spørsmålet fra den nasjonale domstolen ikke betinget det. Dette kan forklare hvorfor Domstolen ikke gir generelle retningslinjer for hvilken betydning det skal ha at avtalen følger flere formål, hvilket reiser flere spørsmål. Skal fokuset ligge på hva som er hovedformålet med avtalen, og om det er å begrense rivaliseringen i markedet? Eller må det foretas en mer raffinert vurdering av hvilke effekter de andre formålene ved avtalen kan medføre? Et spørsmål er om det i så fall går et skille mellom effekter som har betydning under første ledd, og effekter som har betydning under første ledd.

Systembetragtninger kan tilsi at positive effekter ved avtalen som må vurderes under art. 101(3) ikke har betydning for om avtalen har til formål å begrense konkurransen. En sammenligning med det amerikanske forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er her illustrerende. En vanlig oppfatning i juridisk litteratur er at man innledningsvis må vurdere om det er sannsynlig at avtalen medfører «plausible, cognizable procompetitive effects.»³²² Kun hvis det ikke er tilfelle vil avtalen kunne være ulovlig per se. Dette er synes fornuftig, ettersom en per se forbud fratrar den saksøkte muligheten til å bevise at de positive virkningene oppveier de negative. Under TEUV art. 101 kan imidlertid saksøkte bevise dette under tredje ledd, også der avtalen har til formål å begrense konkurransen.³²³ Dersom de legitime formålene ved avtalen derimot kaster tvil ved om man under en virkningsvurdering vil komme til at avtalen er i strid med art. 101(1) gjør ikke disse systembetragtningene seg gjeldende. Det kan argumenteres for at anvendelsen av formålsalternativet da i særlig grad medfører en fare for falske positiver.³²⁴

Oppsummering

Utgangspunktet følger av BIDS og General Motors: At avtalen har legitime formål utelukker ikke at avtalen har til formål å begrense konkurransen. I enkelte avgjørelser synes Domstolen likevel å legge vekt på legitime formål ved avtalen for å begrunne at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Dette er ikke direkte motstridende med uttalelsene i

³²² Se Cotter (2013) s. 3, særlig ”step” 3.

³²³ Sak T-17/93 Matra Hachette [1994], avsnitt 85.

³²⁴ Sak C-1/12 OTOC [2013] kan forklares på denne måten. Domstolen fremhevet at beslutningen kunne forbedre kvaliteten på revisortjenester, og at det i prinsippet kunne rettferdiggjøre begrensningen i rivaliseringen i markedet under en virkningsvurdering. Dette var de samme legitime formålene som begrunnet at avtalen ikke hadde til formål å begrense konkurransen. Se avsnitt 69 og 93 flg.

førstnevnte dommer. Det er imidlertid ikke grunnlag for noen klart definert lære om hvilken betydning de positive formålene kan ha, avgjørelsen må tas konkret for hver sak. At reverse payment settlements ofte objektivt sett følger flere legitime formål er således ikke noe som i seg selv utelukker anvendelsen av formålskategorien. I fremstillingen nedenfor vil betydningen av legitime formål ved reverse payment settlements trekkes frem under ulike vurderingstemaer.

5.5 Patentrettens ekskluderende funksjon

5.5.1 Problemstillingen

Ved en vurdering av om reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen må den rettslige konteksten tas i betraktning, herunder patentretten som ligger til grunn for avtalen. Det overordnede tema er her om egenskapene ved den underliggende patentretten kan tilsi at reverse payment settlements ikke har til formål å begrense konkurransen etter en konkret vurdering av den rettslige konteksten til avtalen.

Den underliggende patentretten kan vanskelig tenkes å utelukke at et reverse payment settlement har til formål å begrense konkurransen dersom begrensningen på handlefriheten åpenbart rekker utover patentets varighet eller relaterer seg til produkter som ikke omfattes av patentet. Dette synes det også å være enighet om i litteraturen. Betydningen av patentrettens ekskluderende potensiale kommer derimot på spissen der den avtalte begrensningen i handlefriheten ligger innenfor det originalprodusenten muligens kunne oppnådd ved å håndheve sin patentrett for domstolen. Det tales her om begrensninger innenfor patentets ekskluderende potensiale, eller «the scope of the patent». En problemstilling som reises er om reverse payment settlements normalt faller utenfor formålskategorien dersom begrensningene i avtalen faller innenfor det ekskluderende potensialet til patentretten. Spørsmålet blir da om det finnes grunnlag for en slik «scope of the patent»-test innenfor formålskategorien.

Problemstillingen belyses først med en oversikt over ulike synspunkter i juridisk litteratur. Deretter vil jeg presentere og drøfte to mulige forklaringsmodeller for at en «scope of the patent»-test skal legges til grunn under formålskategorien.

5.5.2 Ulike oppfatninger i juridisk litteratur

Treacy har fremhevet at «*the fact that patent rights can, unless revoked, block entry to the market*»³²⁵ gjør det vanskelig å anvende formålskategorien på patentforlik. Forfatterne antar at bare patentforlik der restriksjoner går utover patentets varighet eller gjelder ikke-patenterte produkter kan utgjøre en formålsrestriksjon, med mindre det foreligger et klart «sham»-tilfelle.³²⁶ Også Schmid³²⁷ synes å legge en tilsvarende rettsoppfatning til grunn, og fremhever at en prøving av patentet ellers må være det avgjørende i en vurdering av om reverse payment settlements er i strid med art. 101(1). Derimot vil restriksjoner som relaterer seg til ikke-patenterte produkter eller går utover patentets varighet kunne ha til formål å begrense konkurransen. Schmid fremhever om disse tilfellene at «*the agreement cannot therefore be justified by IP Policy [...]*»³²⁸ Det argumenteres således for en test der begrensninger som ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale i alle tilfeller faller utenfor formålskategorien, med mindre det foreligger et proformatifelle. For enkelthets skyld omtales det i det følgende som en «scope of the patent»-test.³²⁹

Enkelte hevder at det ikke er grunnlag for en slik test. Drexl³³⁰ argumenterer for at patentforlik kan sees som en eliminering av en mulighet for konkurranse mellom partene; «*patent litigation proceedings between the holders of pharmaceutical patents and the generic drug producers are to be considered as a preliminary step to price competition*».³³¹ Han synes å argumentere for at reverse payment settlements må antas å (kunne) ha til formål å begrense konkurransen, også når begrensningen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale. En vurdering av de patentrettslige spørsmålene eller hvordan

³²⁵ Treacy (2011) s. 277, 293.

³²⁶ «Sham» som i at partene f.eks. er klar over at patentet er ugyldig, at det ikke er noen realitet i tvisten. Ibid. s. 293.

³²⁷ Schmid (2012) s. 367.

³²⁸ Schmid (2012) s. 374.

³²⁹ *Terminologien* er hentet fra amerikansk rett. Se f.eks. *In Re: K-Dur Antitrust Litigation*, (3d Cir. July 16, 2012).

³³⁰ Drexl. (2009) *Real knowledge*, s 29-30.

³³¹ Ibid.

håndhevingen av konkurranseretten vil påvirke av fremtidig innovasjon er det derfor ikke nødvendig å ta stilling til.³³²

Tross uenighet i juridiske litteratur, synes argumentasjonen for en «scope of the patent»-test å følge to hovedlinjer. Det ene baserer seg på patentrettens ekskluderende funksjon sett isolert, og relaterer seg direkte til spørsmålet om avtalen i det hele tatt kan begrense konkurransen. Dette selv om det forutsettes at vurderingen i art. 101(1) kun forholder seg til konkurransen i et rent statisk perspektiv. Her må i så fall patentretten vurderes som etableringshinder. Den andre argumentasjonslinjen baserer seg på *begrunnelsen* for patentrettens ekskluderende funksjon, og at avtaler om utnyttelse av patentrettigheter krever en særlig vurdering i konkurranseretten. I tillegg opereres det med andre argumenter.³³³ Jeg ser det derfor som hensiktsmessig å skille mellom disse ulike aspektene ved patentretten i det følgende. Dette for å belyse *hvorfor* det eventuelt er eller ikke er grunnlag for en «scope of the patent»-test under formålskategorien.

5.5.3 Patentet som et etableringshinder

Her fokuseres det på patentets ekskluderende funksjon sett isolert som grunnlag for en «scope of the patent»-test. Et tilbakeblikk på fremstillingen over om virkningen av potensiell konkurranse kan her være nyttig: Sett som et etableringshinder har patentretten to sider ved spørsmålet om potensiell konkurranse er begrenset. På den ene siden kan patenter i likhet med andre rettslige etableringshindere under omstendighetene være en faktor som indikerer at aktøren i markedet har markedsrett, og at virkningene i markedet av en tapt etablering kan være stor.³³⁴ På den andre siden er patentretten en indikasjon på at generikaproducenten ikke ville hatt evne til å etablere seg på markedet uten avtalen, og kan

³³² Ibid.

³³³ Se for eksempel Schmid (2012) s. 373, som viser til at TEUV kun har til formål å beskytte rettfærdig konkurranse, og dermed også bare lovlig konkurranse. Han argumenter bl.a. på den bakgrunn for at de patentrettslige spørsmålene må prøves i den konkurranserettslige vurderingen. Denne innfallsvinkelen drøftes ikke her. Se også sak C-68/12 Protimonopolný v. Slovenská sporiteľňa [2013].

³³⁴ Se om patentretten som indikasjon på markedsrett i Sak T-321/05 AstraZeneca [2010], avsnitt 270, avgjørelsen ble opprettholdt av Domstolen i sak C-457/10 P. Se også Magill-saken, C-241/91 P og C-242/91 Radio Telefis Eireann [1995], avsnitt 46-47. Se Areeda (1978, Supl. 2013) avsnitt 1128c3 om «legal barriers» ved vurdering av om potensiell konkurranse er eliminert i fusjonssaker.

derfor tale imot at potensiell konkurranse er begrenset. Spørsmålet er om sistnevnte effekt kan begrunne en «scope of the patent»-test under formålsalternativet.

På den ene siden kan det argumenteres med «årsakssammenhengsproblematikken» ved slike patentforlik er så åpenbar at en virkningsvurdering må foretas: Foruten avtalen ville originalprodusenten med en viss sannsynlighet kunne oppnådd det samme resultat ved å gå til domstolene, og under en virkningsvurdering vil den kontrafaktiske situasjonen måtte analyseres grundig for å vurdere om potensiell konkurranse er begrenset.³³⁵ Betragtningen må her være at den rettslige konteksten (patentretten) skaper tvil ved om begrensningen på handlefriheten overhodet vil begrense potensiell konkurranse, fordi den skaper *usikkerhet* vedrørende generikaprodusentens evne til å etablere seg på markedet.³³⁶ Ser man hen til hensynene bak formålskategorien kan det argumenteres for at faren for en «falsk positiv» ved slike begrensninger er så stor at avtalen bør underkastes en virkningsvurdering.³³⁷

På den annen side, hvorvidt patentet faktisk vil hindre etablering avhenger av gyldigheten og omfanget av patentretten, et spørsmål det normalt hefter usikkerhet ved. Utgangspunktet må være at avtaler mellom en aktør i og en aktør utenfor markedet også kan ha til formål å begrense konkurransen, og at det da ikke er *relevant* å vurdere om avtalen faktisk begrenser potensiell konkurranse som ville eksistert foruten avtalen. Vurderingstema som går igjen er som nevnt om avtalen er «egnet» til å begrense konkurransen, jf. «capable in an individual case».³³⁸ Det legges her tradisjonelt opp til en streng vurdering. I Montecatini-saken³³⁹ var det anført at samarbeidet ikke kunne sies å ha til formål å begrense konkurransen, tatt i betraktning den økonomiske konteksten til avtalen. Domstolen uttalte: “[...]even if well founded, Monte's claims are not such as to prove that the economic context excluded *any possibility* of effective competition.»³⁴⁰

³³⁵ Se for eksempel sak T-328/03 O2 [2006] avsnitt 68.

³³⁶ Se over om vurderingstemaene for den fremtidige og nåværende effekten av potensiell konkurranse, og at vurderingstemaene delvis blir overlappende i praksis.

³³⁷ Se Schmid (2012) s. 373.

³³⁸ Se for eksempel sak C-8/08 T-Mobile [2009], avsnitt 31.

³³⁹ Sak C-235/92 P [1999].

³⁴⁰ Ibid. avsnitt 127.

Dette kan belyses med et eksempel. A og B selger bildekk i hhv. Tyskland og Frankrike, men etterspørselen stiger og A vurderer å ekspandere til Frankrike. B får kunnskap om planene, og etter forhandlinger finner de det lønnsomt å inngå en avtale der de forplikter seg til å kun operere i sine hjemmemarkeder. På denne måten slipper de kostnadene og usikkerheten ved å erobre nye markeder, og oppnår samtidig en gjensidig trygghet om at partene ikke vil bli utsatt for konkurranse fra hverandre. Avtalen *kan* begrense potensiell konkurranse. En slik geografisk markedsdelingsavtale vil mest sannsynlig ha til formål å begrense konkurransen under art. 101(1), selv om det på ingen måte er sikkert at partene ville klart å entre markedet i hverandres hjemland. Som ved patentforlik er det elimineringen av konkurranserisikoen som er det sentrale ved avtalen. Det er i denne situasjon heller ikke nødvendig å vurdere om partene faktisk kunne ha entret markedet i hhv. Frankrike og Tyskland, når det ville skjedd, og om markedsinntreden ville økt konkurransen. Tilsvarende er det heller ikke nødvendig å vurdere om og i hvilken grad partene faktisk utgjorde en konkurransetrussel mot hverandre som forhindret dem i å utøve markedsrett.³⁴¹ En slik vurdering under formålskategorien ville bidra til å utvane skillet mellom formål/virkning som leses ut i fra ordlyden i art. 101(1), og stride i mot utgangspunktet i praksis om at det under formålskategorien ikke er nødvendig å vurdere *om* og *i hvilken grad* en avtale faktisk begrenser konkurransen.³⁴²

Fra dette eksempelet kan det trekkes en analogi til patentforlik og reverse payments: Partene enes om at generikaprodusenten ikke skal entre markedet. Hvorvidt generikaprodusenten faktisk ville klart å overvinne patentrettigheten som en etableringshinder er ikke et spørsmål som hører under formålskategorien, avgjørende er at begrensningen på handlefriheten eliminerer risikoen for at dette ville skje.

³⁴¹ Eksempelet er inspirert av Areeda (1978, Supl. 2013) under avsnitt 2030b, som omtaler anvendelsen av den amerikanske *per se*-regelen på markedsdelingsavtaler mellom potensielle konkurrenter. *Per se*-regelen har som nevnt store likheter, men også forskjeller fra EU-rettens formålskategori. Blant annet legges det ikke opp til en kontekstvurdering, og regelen er i større grad forbeholdt avtaletyper som er mye behandlet i rettspraksis enn den europeiske reglen. Se Kolstad (2006) s. 6-8. Selv om grunnidéen om at man ikke må prøve partenes evne og vilje til å entre markedet er den samme, vil kontekstvurderingen under formålskategorien kunne åpne for en bredere vurdering.

³⁴² Se f.eks. sak C-8/08 T-Mobile [2009], avsnitt 31.

Avgjørelsen fra Retten i *E.ON Rhurgas mot Kommisjonen*³⁴³ bekrefter etter min mening det utgangspunkt som er presentert over, men må tas til inntekt for at det finnes en grense for anvendelsen av formålskategorien der partene nærmest åpenbart ikke kunne konkurrert med hverandre.

To gassleverandører i hhv. Frankrike og Tyskland hadde i en langvarig avtale forpliktet seg til ikke å selge gass fra deres felles rørledning fra Russland inn i hverandres hjemmemarkeder. Kommisjonen fant at avtalen hadde til formål å begrense konkurransen.³⁴⁴ Et av spørsmålene for Retten var om avgjørelsen delvis måtte settes til side fordi det foruten avtalen ikke eksisterte noe potensiell konkurranse mellom partene på det franske og tyske markedet i perioden 1980 til hhv. 2000 og 2002. Bakgrunnen var de særlige nasjonale regler som medførte at det nærmest var umulig å entre markedet før liberaliseringen av gassmarkedet gjennom EUs gassdirektiver som trådte i kraft på 2000-tallet. Retten la til grunn at art. 101(1) kun fikk anvendelse på «sectors open to competition»³⁴⁵, og satte kommisjonsavgjørelsen delvis til side når det gjaldt det tyske markedet. Nasjonale regler gjorde det mulig for foretakene å lovlig oppstille høye etableringshindre, slik at det kun var en hypotetisk mulighet for at andre gassleverandører kunne entre det tyske markedet før liberaliseringen av gassmarkedet. Ellers ble avgjørelsen om at avtalen hadde til formål å begrense konkurransen opprettholdt.

Avgjørelsen viser at mulige begrensninger av potensiell konkurranse ikke faller innenfor formålskategorien der det nærmest er utelukket at den potensielle konkurrent kunne entret markedet. Dette synes å være i overensstemmelse med spørsmålsstillingen i den ovennevnte Montecatini-saken: Om «the economic context excluded *any possibility* of effective competition.»³⁴⁶

I sine generelle formuleringer legger Retten nærmest opp til at Kommisjonen måtte anlegge en alminnelig vurdering av om potensiell konkurranse som eksisterte foruten avtalen var begrenset, eventuelt at man må foreta en innledende prøving av om partene er «potensielle konkurrenter) og deretter vurdere om avtalen har

³⁴³ Sak T-360/09 [2012]

³⁴⁴ Ibid. avsnitt 37

³⁴⁵ Ibid. avsnitt 84.

³⁴⁶ Sak C-235/92 P Montecatini v Commission [1999] avsnitt 127. Min kursivering.

til formål å begrense konkurransen.³⁴⁷ Andre forhold taler imidlertid for at dette var å regne som et ekstremtilfelle. For det første fordi Retten innledet drøftelsen med å påpeke at art. 101(1) kun får anvendelse på sektorer «åpne for konkurranse». Også den konkrete rettsanvendelsen støtter etter min mening at også en slik forståelse. Retten kom til at partene var å regne som potensielle konkurrenter i Frankrike allerede fra 10. august 2000, på datoen for ikrafttredelsen av det første gassdirektivet. Dette selv om de nasjonale reglene som etablerte monopolet først ble opphevet i 2003.³⁴⁸ Vedrørende det tyske markedet ble kommisjonsavgjørelsen opphevet med hensyn til overtredelsen av art. 101(1) i perioden 1980-1998. Vedrørende perioden 1998-2000 fremhevet Retten at det ikke lenger forelå et unntak i Tysk rett som gjorde at partene kunne opprettholde etableringshindringene i det tyske gassmarkedet, og uttalte «As regards the structure of the German market, whilst it was also capable of constituting a barrier to entry during the period from 24 April 1998 to 10 August 2000, the fact remains that there is no evidence to permit the inference that, during that period, [GDF] was on its own capable of *totally precluding any potential competition* on the German market.»³⁴⁹ Kommisjonsavgjørelsen ble derfor opprettholdt på dette punkt. Saken skaper imidlertid noe tvil om hva som må vurderes for at en avtale mellom aktører i og utenfor markedet kan sies å ha til formål å begrense konkurransen.

Det kan hevdes at patentretten nettopp er en slik nasjonal regel som totalt utelukker konkurransen mellom partene vedrørende produkter som omfattes av patentet. Før «monopolet» etter nasjonale patentrettigheter oppheves er det ikke noe konkurranse mellom partene som kan begrenses.

En vesensforskjell ved patentrettigheter er imidlertid at det ofte er stor usikkerhet ved om patentet er gyldig eller omfatter produktet det tvistes om. Særlig må det gjelde der forliket bærer preg av å være et kompromiss mellom partene. Som generaladvokat Darmon uttalte i *Bayer v Süllhöfer*; «If the patentee agrees to an amicable settlement, thereby accepting in part his adversary's claims, his right is generally unlikely to be of the unchallengeable

³⁴⁷ Ibid. avsnitt 85-87, hvor det henvises til f.eks. sak C-234/89 *Delimitis* (1991) og forente saker T-394, etc./94. ENS [1998], som begge gjaldt en virkningsvurdering. Tilsvarende formuleringer også angående virkningsvurderingen i sak T-328/03 O2 [2006].

³⁴⁸ Sak T-360/09 E.ON. Ruhrgas (2012) avsnitt 84,89-93

³⁴⁹ Ibid. avsnitt 123. Min kursivering.

nature required by the hypothesis.»³⁵⁰ Statistikk over utfallet av patenttvister i legemiddelbransjen underbygger også denne forståelsen.³⁵¹

På bakgrunn av resonnementet i E.ON Ruhrgas-saken må det imidlertid kunne hevdes at det gjelder et krav om at det må foreligge en reell usikkerhet ved om partene er i en blokkeringssituasjon dersom begrensningen i patentforliket ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale. Til illustrasjon har Kommisjonen også uttalt at det i varemerkerettslige avgrensningsavtaler ikke vil foreligge en konkurransebegrensning dersom rettighetshaver *åpenbart* kunne ekskludert motparten fra markedet og oppnådd den avtalte begrensning ved å håndheve de varemerkerettslige reglene for domstolen. Argumentet synes så bygge på at en slik avtale ikke vil kunne ha virkninger på konkurransen.³⁵² Dette harmonerer også med Domstolens praksis. Skulle det være noen realitet i Domstolens uttalelse om at avtalen må være «capable» til å begrense konkurransen må et slikt krav kunne legges til grunn.

Visse patentforlik kan således tenkes å falle utenfor formålsalternativet under en betraktning om at det ikke er noen konkurranse å begrense. Eksempelvis kan det tenkes at originalprodusenten har oppnådd en midlertidig forføyning og generikaprodusenten ikke oppnår andre fordeler ved avtalen enn å slippe kostnadene ved en rettsak. Forutsetningen må være at begrensningen i markedsadgangen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale. Det kan antas at generikaprodusenten sjelden ville inngått en slik avtale med mindre det var rimelig sikkert at han ikke ville klart å etablere seg på markedet.³⁵³ Situasjonen blir forskjellig der avtalen bærer preg av å være et kompromiss, hvor også generikaprodusenten blir tilgodesett. Det vil trolig i seg selv være tilstrekkelig til å fastslå

³⁵⁰ Generaladvokatens uttalelse i sak 65/86 Bayer v Sülhhofer [1988], avsnitt 11. Uttalelsen retter seg til Kommisjonens forslag om å tillate ikke-angrepsklausuler i forliksavtaler bl.a. på det vilkår at patentet «is manifestly unlikely to be revoked.»

³⁵¹ Jf. over i avsnitt 2.2.1, se sektorrapporten s. 224.

³⁵² Syntex/Synthelabo [1990]: «The Commission is more often likely to intervene in cases where available evidence points to the inability of a party to legally enforce its claim of invalidity of the other party's trade mark. If it is evident that through such actions one party may legally exclude the other from selling in certain Member States, an agreement between the two companies having the same effect would not restrict competition.» Min understreking.

³⁵³ Dette kan være en forklaring på at kommisjonen ikke anser kategori BI-forlik som problematiske, der avtalen innebærer total utelukkelse fra markedet uten en «verdioverføring» fra originalprodusenten.

at det foreligger en usikkerhet ved om det foreligger en blokkeringssituasjon, slik at patentretten ikke ekskluderte enhver mulighet for konkurranse. Dette gjelder enten kompromisset består i forhandlinger på lisensavgift, inntredelsesdato eller pengeoverføringer fra originalprodusenten.

At patentet fungerer som en etableringshindring kan trolig ikke begrunne at reverse payment settlements må underlegges en «scope of the patent»-test under formålskategorien. En argumentasjon om at avtalen ikke har til formål å begrense konkurransen fordi patentet medfører at markedet ikke er «åpent» for konkurranse eller at patentet «excluded *any possibility of effective competition*»³⁵⁴ vil trolig ikke føre frem ved reverse payment settlements. En annen sak er at patentretten som etableringshindring på andre måter kan få betydning i vurderingen av om reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen, avhengig av hvilke rettslige vurderinger det legges opp til.³⁵⁵

5.5.4 Hensynet til innovasjon og patentrettighetens særlige karakter

Problemstilling

Problemstillingen her er om finnes særegne prinsipper for vurdering av avtaler om utnyttelsen av immaterielle rettigheter som kan begrunne at reverse payment settlements underlegges en «scope of the patent»-test under formålsalternativet.

Holdepunkter for en «scope of the patent»-test

EU-domstolen har tradisjonelt operert med en doktrine om at patentets eller immaterialrettens «eksistens» ikke rammes av konkurransereglene, mens utøvelsen av immaterialretten kan rammes.³⁵⁶ Teorien indikerer at visse former for utnyttelse av immaterielle rettigheter ligger iboende i rettighetene, og derfor ikke er i strid med

³⁵⁴ Jf formuleringen i Sak C-235/92 P Montecatini v Comission [1999] avsnitt 127. Min kursivering.

³⁵⁵ Se særlig nedenfor i pkt. 5.6 om RPS som markedsåpning og kap. 7 om en forenklet virkningsvurdering.

³⁵⁶ Sak 262/81 Coditel II [1982] avsnitt 17-20, sak 15/74 Centrafarm [1974] avsnitt 39. Se Kolstad (2008) s 11, Ørstavik (2010) s. 86.

konkurranseretten.³⁵⁷ Noen ganger refereres det til begreper som immaterialrettens «kjerne» eller «særlige gjenstand» for å vurdere om beføyelsene rammes av konkurransereglene.³⁵⁸ Det kan anføres at å anlegge en «scope of the patent»-test på reverse payment settlements passer utmerket inn i en slik lære. Avtalen statuerer under omstendighetene kun patenthavers «right to oppose infringements»,³⁵⁹ og vedrører derfor patentets eksistens eller særlige gjenstand.

Windsurfing-saken er et eksempel hvor Domstolen synes å foreta konkrete slutninger fra doktrinen.³⁶⁰ Spørsmålet var blant annet om en rekke klausuler i en patentlisensavtale hadde til formål eller virkning å begrense konkurransen. Patentet gjaldt en rigg til seilbrett. I avtalene var det lisensierte produkt beskrevet som et komplett brett, og avtalen omfattet bl.a. klausuler om at riggen bare kunne selges sammen med brett godkjent av patenthaveren. Det var imidlertid usikkert om patentet omfattet brettet. Kommisjonen og Domstolen så da hen til det patentrettslige spørsmålet, og kom til at patentet kun omfattet riggen. Domstolens vurdering var deretter gjennomgående om begrensningene i handlefriheten overfor lisenstaker kunne sies å falle innenfor patentets «særlige gjenstand.»³⁶¹ Begrensningen i handlefriheten overfor lisenstaker som klart relaterte seg til brettet ble derfor etter kort vurdering antatt å ha til «formål eller virkning» å begrense konkurransen. Tilsvarende med den tilknyttede ikke-angrepsklausulen.³⁶² Vurderingen av patentets omfang synes heller ikke å være spesifikt knyttet til en virkningsvurdering eller en formålsvurdering, men snarere en overordnet vurdering av om begrensningene på handlefriheten kunne «forsvares» av hensyn til patentretten.³⁶³

I saken Kai Ottung mot Klee³⁶⁴ uttalte Domstolen i en prejudisiell avgjørelse:

«Restrictions which are imposed by the proprietor of a patent upon the reproduction, use or exploitation of a patented invention otherwise than under a licence granted for that purpose and which derive from the application of national legislation intended to protect industrial property rights cannot in themselves be regarded as

³⁵⁷ Kolstad (2008) s. 11.

³⁵⁸ Sak 238/87 Volvo v. Veng [1982] avsnitt 8.

³⁵⁹ Jf. Domstolens definisjon av patentets særlige gjenstand i sak 15/74 Centrafarm v Sterling Drug Inc. [1974] avsnitt 9.

³⁶⁰ Sak 193/83 [1986]

³⁶¹ Ibid., se eksempelvis avsnitt 45.

³⁶² Ibid avsnitt 89-93.

³⁶³ Se nærmere om avgjørelsen i Tritton (2008) s. 815-819.

³⁶⁴ Sak 320/87 [1989].

preventing, restricting or distorting competition within the common market within the meaning of Article [101(1)].»³⁶⁵

Domstolen fant imidlertid at begrensninger i bruken av patentert teknologi etter patentets utløp kunne rammes av art. 101(1).³⁶⁶ Domstolen gir ingen uttrykkelig begrunnelse for sitt utsagn. Lest isolert kan utsagnet tilsi det at art. 101(1) ikke får anvendelse på patentforlik der begrensningen på handlefriheten ligger innenfor det patenthaver (potensielt) kunne oppnådd gjennom å håndheve patentet for domstolene. Enn mer kan uttalelsen indikere at en slik forpliktelse ikke kan ha til formål å begrense konkurransen, jf. bemerkningen «in themselves». Ser man derimot hen til det underliggende samarbeidet og de hensyn som gjør seg gjeldende, kan det argumenteres for at løsningen ikke nødvendigvis bør være slik.

Den omtvistede avtalen i Kai Ottung-saken var en vertikal patentlisensavtale, hvor forpliktelsen til å betale lisensavgift løp utover patentets varighet. Skadepotensialet lå i at lisenstaker ble stilt dårligere enn sine konkurrenter.³⁶⁷ Spørsmålet om patentet var gyldig eller omfattet de lisensierte produktene var ikke et tema, verken for avtalepartene eller for Domstolen. Etter en tradisjonell tilnærming er det naturlig å si at uttalelsen kan begrunnes i at slike restriksjoner ligger innenfor kjernen av patentretten, eller patentrettens *særlige gjenstand*. I saker som definerer patentets særlige gjenstand henvises det til formålet bak patentretten; «to allow [the patentee] to obtain the reward for his creative effort».³⁶⁸ Etter en økonomisk tilnærming kan uttalelsen kanskje forklares i at slike begrensninger i handlefriheten viderefører og forsterker patentets insentivfunksjon, og således fremmer konkurransen over tid.³⁶⁹ Dette oppveier at avtalen kan ha negative virkninger på konkurransen på kort sikt.

³⁶⁵ Ibid, avsnitt 10.

³⁶⁶ Ibid. avsnitt 17-19.

³⁶⁷ Ibid avsnitt 18.

³⁶⁸ Se f.eks. sak 15/74 Centrafarm [1974] avsnitt 9, tilsvarende i Sak 19/84 Pharmon BV [1985] avsnitt 26.

Også generaladvokaten i Kai Ottung refererte eksplisitt til hensynet om å belønne patenthaver for å begrunne at lisensavgifter utover patentets levetid kan være lovlig, men at forbud mot å selge de lisensierte produktene etter patentets utløp utgjør en konkurransebegrensning. Se generaladvokatens uttalelse i sak 320/87 [1989]avsnitt 4-7.

³⁶⁹ Se nærmere i Ørstavik (2010), eksempelvis s. 84-89 og s. 211-215.

Det kan imidlertid argumenteres for at hensynet bak rettssetningen ikke gjør seg gjeldende med samme styrke ved reverse payment settlements, der avtalens funksjon er å fastlegge en tvist om patentets gyldighet og/eller omfang. Her er det som regel usikkert om patentet gir rett til å ekskludere, og en rett til å oppnå en «reward». Dette tilsier at det ikke bør anlegges en formalistisk test, basert på patentets ekskluderende potensiale.

Disse formålsbetraktningene synes også å være i harmoni med den komplementærteorien som Kommisjonen legger opp til,³⁷⁰ og som har vid oppslutning i konkurranserettslig litteratur.³⁷¹ En slik teori innebærer at konkurransen på utnyttelsen av eksisterende teknologi anses å utfylle immaterialrettens ekskluderende funksjon som virkemiddel for å fremme konkurransen i et dynamisk perspektiv.³⁷² Dersom avtaler som eliminerer konkurranse om patenters eksistens og beskyttelsesomfang gis et *fritt spillerom* innenfor patentets ekskluderende potensiale, kan det argumenteres for at konkurranseretten mister en del av sin funksjon som «sikkerhetsvakt» for at konkurransepresset i markedet sikrer innovasjon. Slike formålsbetraktninger tilsier i det minste at det ikke bør opereres med en absolutt «scope of the patent»-test, der slike begrensninger verken har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Dette besvarer imidlertid ikke spørsmålet om de særlige hensynene bak patentretten tilsier at reverse payment settlements bør underlegges en «scope of the patent»-test under *formålsalternativet*.

Øvrig praksis

Flere avgjørelser fra EU-domstolen taler også for at teorien om patentets eksistens/utnyttelse ikke gir grunnlag for å oppstille en klar grense for hvilke beføyelser som er vernet fra konkurransereglene. Samtidig viser praksis at hensynet til en reell beskyttelse av immaterielle rettigheter påvirker den konkurranserettslige vurderingen.

Domstolen har måttet møte doktrinen om patentets særlige gjenstand ved spørsmålet om lisensnektelse kan utgjøre misbruk av dominerende stilling under TEUV art. 102.³⁷³

³⁷⁰ Se retningslinjene for teknologioverføringsavtaler avsnitt 7.

³⁷¹ Se Drexl (2008) s. 44, med videre henvisninger.

³⁷² Se f.eks. Ørstavik (2010) 84 flg. med videre henvisninger.

³⁷³ Se Magill-saken, forente saker C-241/91 P og C-242/91 Radio Telefis Eireann [1995], der det eksplisitt var anført at eneretten til eksemplarframstilling tilhørte opphavsrettens «særlige gjenstand», og at

Lisensnektelse kan under «exceptional circumstances» utgjøre misbruk av dominerende stilling i strid med art. 102.³⁷⁴ I *Microsoft*³⁷⁵ begrunnet Retten dette kravet med at «[...] the Community judicature considers that the fact that the holder of an intellectual property right can exploit that right solely for his own benefit constitutes *the very substance* of his exclusive right.» Dette bekrefter at Domstolen ikke opererer med en «hellig grense» av rettslige beføyelser som ikke kan utgjøre en konkurransebegrensning. Samtidig gir praksisen liten veiledning for grensedragningen ved patentforlik.³⁷⁶

I flere avgjørelser vedrørende eksportforbud i lisensavtaler har Domstolen funnet at begrensninger i konkurransefriheten faller utenfor formålskategorien og art 101(1) i sin helhet, og hvor betydningen av immaterielle rettigheter har vært sentral i begrunnelsen.³⁷⁷ Samtidig anlegger Domstolen en ancillary-vurdering, hvor spørsmålet er om begrensningen i avtalen er nødvendig for å oppnå et legitimt formål.³⁷⁸

*Coditel II*³⁷⁹ er her illustrerende. Domstolen fremhever at en lisensavtale som gir eksklusiv rett til filmfremvisning i et medlemsland ikke «as such» er i strid med art 101.³⁸⁰ Det må undersøkes i den enkelte sak om «the manner in which the exclusive right conferred by that contract is *exercised* is subject to a situation in the economic or legal sphere the *object or effect* of which is to prevent or restrict the distribution of films or to distort competition within the cinematographic market[...].»³⁸¹ Utnyttelsen av rettigheten *kan* således ha til formål å begrense konkurransen. I denne vurderingen må det legges vekt på om den eksklusive rettigheten «creates barriers which are artificial and unjustifiable in terms of the

kommisjonsvedtaket som fant at lisensnektelsen utgjorde et misbruk av dominerende stilling måtte oppheves. Argumentet ble ikke tatt til følge. Se Rognstad (1999) s. 413 flg.

³⁷⁴ Se f.eks. *Magill-saken*, C-241/91 P og C-242/91 *Radio Telefis Eireann v Commission* [1995] og Rettens avgjørelse i sak T-201/04 *Microsoft Corp.* [2007].

³⁷⁵ *Ibid.* avsnitt 691. Min kursivering. Se henvisning til tidligere saker vedrørende lisensnektelse som grunnlag for å statuere misbruk av dominerende stilling i avsnitt 321 flg.

³⁷⁶ Se *Priddis* (2011) s. 251, som synes å legge til grunn at EU-domstolen på generelt grunnlag fastholder at utnyttelse av immaterialrettigheter kun kan være i strid med konkurranseretten i «exceptional circumstances».

³⁷⁷ Se *Kolstad* (2006) s. 47-49.

³⁷⁸ *Ibid.* Se her for eksempel sak 27/87 *Erauw-Jacquery* [1988]. Her argumenterte generaladvokaten med at begrensningen måtte godtas fordi den lå innenfor eksistensen av rettigheten, se uttalelsens avsnitt 10. Domstolen fant derimot at begrensningen falt utenfor art. 101(1) «[...] in so far as it is necessary in order to enable the breeder to select growers who are to be licensees.» Min utheving.

³⁷⁹ Sak 262/81 [1982].

³⁸⁰ *Ibid.* avsnitt 20.

³⁸¹ *Ibid.* Min kursivering.

needs of the cinematographic industry, or the possibility of charging fees which exceed a fair return on investment».³⁸² Det legges også opp til en proporsjonalitetsvurdering.³⁸³

Domstolen ser hen til kunstige og «unjustifiable» begrensninger, og muligheten til å kreve avgifter som går utover en «fair return on investment». Avgjørelsene viser at hensynet til å sikre beskyttelsen av immaterielle rettigheter tas i betraktning under art. 101(1), men viser samtidig at det ikke må foretas et formalistisk skille mellom ulike beføyelser som er tillat og ikke tillat. Avgjørelsene gir imidlertid ikke konkret veiledning for spørsmålet om når formålskategorien får anvendelse ved reverse payment settlements.

Særlig om varemerkerettslige avgrensingsavtaler

Saken BAT mot Kommisjonen³⁸⁴ gjaldt spørsmålet om en såkalt varemerkerettslig avgrensingsavtale hadde til formål eller virkning å begrense konkurransen under art. 101(1). Avtalen søkte å avslutte en varemerketvist mellom BAT og Segers, hvor BAT motsatte seg registreringen av Segers' varemerke med den begrunnelse at det forelå forvekslingsfare med BATs tidligere registrerte, varemerke.³⁸⁵ Avtalen innebar at Segers ikke kunne selge en viss type tobakk under sitt varemerke i Tyskland.³⁸⁶ Kommisjonen fant i sin avgjørelse at avtalen hadde til formål og virkning å begrense konkurransen.³⁸⁷

Kommisjonen aksepterte at restriksjoner på handlefriheten som manifesterer immaterialrettens ekskluderende funksjon som utgangspunkt ikke faller inn under art. 101(1), «for in accordance with the case law of the Court of Justice the right to prevent marketing relates to the existence of the prior mark.»³⁸⁸ Kommisjonen fremhevet imidlertid at det i tilfeller hvor det er usikkert om det foreligger en blokkeringssituasjon og avtalen søker å løse dette må partene «[...] adopt that [solution] which least restricts the use of both marks throughout the whole of the common market.» Kommisjonen legger således opp til en slags nødvendighetstest, der styrken av den immaterielle rettigheten (sannsynligheten for om det foreligger en blokkeringssituasjon) er et viktig moment i vurderingen. Også Generaladvokaten fremhevet at vurderingen må bero på om det forelå en

³⁸² Ibid avsnitt 19

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Sak 35/83 [1985].

³⁸⁵ Avgjørende var trolig at det kunne foreligge en forvekslingsfare på grunn av likheten i uttalen av merkene; Toltec/Dorcet. Ibid. avsnitt 28.

³⁸⁶ Se Kommisjonsavgjørelsen i IV/C-30.128, Toltecs-Dorcet [1982], avsnitt II, 3. I tillegg innebar avtalen en ikke-angrepsklausul og restriksjoner på Segers adgang til å reklamere for sine produkter.

³⁸⁷ Se Kommisjonsavgjørelsen i sak IV/C-30.128, Toltecs-Dorcet [1982], avsnitt II, 3.

³⁸⁸ Ibid. avsnitt II, 3, d)

«genuine dispute» og om begrensningene som pålegges er «reasonable in the light of the nature of the dispute and the extent to which the trade mark right could reasonably be expected to have been upheld».³⁸⁹

Domstolen opprettholdt kommisjonsavgjørelsen, men anerkjente innledningsvis at såkalte avgrensingsavtaler som «i partenes felles interesse har til formål å unngå forveksling eller konflikter» både kan være «lovlige og nyttige». Domstolen slo imidlertid fast at art. 101 kan få anvendelse der avtalen også «have the aim of dividing up the markets or *restricting competition* in other ways».³⁹⁰ Domstolen henviste til Consten and Grundig-saken, og fremhevet at EU-konkurranseretten «does not allow *improper use* of rights under national trade mark law in order to frustrate Community's law on cartels.»³⁹¹

Det gis ingen generelle bemerkninger om hva som er «improper use» av et varemerke. I den konkrete vurderingen la Domstolen vekt på at varemerket i alle tilfeller kunne kreves avregistrert som følge av ikke-bruk. Omstendigheten i saken viste også at BAT kun hadde til hensikt å begrense Segers' evne til å produsere på det tyske markedet.³⁹² Avtalen ble karakterisert som et «abuse» - misbruk – av varemerkeretten.³⁹³ Ut fra Domstolens formuleringer må det legges til grunn at Domstolen fant at avtalen hadde til formål å begrense konkurransen.³⁹⁴

Avgjørelsen er interessant ved vurderingen av patentforlik fordi den gjelder selve forpliktelsen til ikke å lansere produkter i strid med den immaterielle rettigheten. Den tilknyttede ikke-angrepsklausulen var ikke spesielt fremhevet i begrunnelsen og syntes ikke å være nødvendig for resultatet. I denne saken var det imidlertid ytterst tvilsomt om det forelå en reell blokkeringssituasjon mellom partene, samt at Domstolen la betydelig vekt på partenes hensikt ikke synes å være å løse det immaterielle spørsmålet, men heller bar preg av at BAT utnyttet sin sterke posisjon på det tyske markedet.³⁹⁵ Avgjørelsen gir således

³⁸⁹ Generaladvokatens uttalelse i sak 35/83 BAT [1985], s. 369.

³⁹⁰ Sak 35/83 BAT [1985] avsnitt 33. Min kursivering.

³⁹¹ Ibid. Min kursivering.

³⁹² Ibid. avsnitt 35.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ Ibid. avsnitt 35-37.

³⁹⁵ Odudu, *object as subjective intention* (2001). Mahtini (2012) s. 30, som synes å legge til grunn at Domstolen etablerte et konkurransebegrensende formål alene på grunn av partenes hensikt.

liten veiledning for den konkrete vurderingen av reverse payment settlements hvor det foreligger en reell usikkerhet ved om patentet kan forhindre generisk inntreden.

Foreløpig sammenfatning

Det synes rimelig klart at det ikke er rettslig grunnlag for en «scope of the patent»-test i den forstand at begrensninger som faller innenfor patentets ekskluderende potensiale faller utenfor art. 101(1) *i sin helhet*. Hvorvidt en «scope of the patent»-test kan legges til grunn under *formålsalternativet* er mer uklart. På den ene siden gir rettspraksis holdepunkter for at ikke ethvert patentforlik som forsinker generisk inntreden vil ha til formål å begrense konkurransen. På den andre siden vil de såkalte sham-tilfellene rimelig klart ha til formål å begrense konkurransen, her er analogien til BAT-saken nærliggende. Det sentrale spørsmålet er imidlertid om reverse payment settlements normalt vil falle utenfor formålsalternativet der begrensningen i avtalen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale. Her gir ikke rettspraksis vedrørende avtaler om utnyttelsen av immaterielle rettigheter noe klart svar.

Betydningen av en reverse payment

Et viktig spørsmål synes å være hvilken betydning en reverse payment kan ha i denne sammenheng. Kan betalingen indikere at avtalen innebærer en «improper use»³⁹⁶ av patentretten? Indikerer betalingen at patenthaver oppnår større beskyttelse mot konkurranse på imitasjon enn det som er forutsatt i patentretten? I så fall kan det argumenteres for at det er liten grunn for at reverse payment settlements skal falle utenfor formålsalternativet av hensyn til patentrettens særlige karakter og ønske om en dynamisk konkurranse som fremmer innovasjon. Her er det imidlertid stor uenighet i litteraturen.

Enkelte argumenterer for at patentforlik kan være ønskelige i et konkurranserettslig perspektiv dersom man anlegger et «dynamic view that is mindful of the longer-term implications for R&D spend, patient health, and competitiveness.»³⁹⁷ Det fremheves at reverse payments kan være nødvendig for å inngå slike ønskelige forlik. For å understøtte dette påpekes det særlig at patentsystemet i Europa er fragmentert og gjør håndhevingen av

³⁹⁶ Jf. her formuleringen til Domstolen i BAT-saken.

³⁹⁷ Batchelor (2013) s. 456.

patentrettigheter ineffektiv. Et eksempel er at adgangen til å oppnå midlertidig forføyning er svært forskjellig mellom medlemslandene. Det trekkes også frem at generisk inntreden «at risk» kan medføre uoprettelig skade selv om originalprodusenten skulle vinne rettsaken, ettersom nasjonale prisreguleringer og refusjonsordninger ikke vil sikre at prisen kommer opp på det samme nivå som før.³⁹⁸ Det kan derfor anføres at adgangen til å inngå reverse payment settlements i legemiddelbransjen kan være nødvendige for å sikre patenthaver en reell beskyttelse av hans enerett. Under denne synsvinkelen kan man derfor argumentere for at en virkningsvurdering bør anlegges der begrensningene i avtalen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale.

Andre mener reverse payment settlements normalt eller nesten alltid gir beskyttelse mot konkurranse utover det som kan forsvares i patentretten. Dette bygger på det grunnsyn at usikkerheten ved om det foreligger en krenkelse av patentrettigheten må tas i betraktning når man vurderer hvilken beskyttelse mot konkurranse ved imitasjon som kan begrunnes i patentretten. Som Elhauge fremhever kan den «fortjente» patentbeskyttelsen beskrives som produktet av den resterende beskyttelsesperioden og sannsynligheten for at generikaproduktet krenker patentretten.³⁹⁹ I reverse payment settlements der betalingen overstiger originalprodusentens forventede fremtidige sakskostnader vil avtalen normalt forsinke generisk inntreden utover «the optimal patent exclusion period».⁴⁰⁰ Selv om betalingen kan være nødvendig for å inngå forlik er den ikke nødvendig for å inngå *ønskelige* forlik. Dette gjelder uavhengig av om det er stor eller liten sannsynlighet for at det foreligger patentinngrep. Under en slik synsvinkel kan det argumenteres for at det kan være forsvarlig å anvende formålsalternativet også der begrensningen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale. Avtalen kan ikke legitimeres i patentretten.

Også den tilnærmingen Kommisjonen og FTC har argumentert for kan støtte et slikt syn. Det fremheves at reverse payments kan indikerer at forhandlingsprosessen er drevet vekk

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Elhauge (2013) s. 295.

⁴⁰⁰ Ibid. Se også Leffler (2004) s. 486 flg., som fremhever at også retten til å kreve erstatning for patentkrenkelser og prosessuelle regler må tas i betraktning. At originalprodusenten for eksempel frafaller erstatningskrav er derfor ingen problematisk «verdioverføring» i en forliksavtale.

fra en forhandling på patentets styrke.⁴⁰¹ Det kan da argumenteres for at en betydelig betaling kan indikere at patenthaver har oppnådd mer beskyttelse mot konkurranse enn det patentretten tilsier. Det er her betalingens evne til å insentivere generikaprosumenten til en aksept av forsinket inntreden som står i fokus. Under en slik synsvinkel kan det argumenteres for at reverse payment settlements vil kunne innebærer en «improper use» av patentretten, også der begrensningen i avtalen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale. Det virker da lite meningsfylt å oppstille en «scope of the patent»-test under formålsalternativet av hensynet til en reell beskyttelse av eneretten. Overvåkningsrapportene til Kommisjonen viser også at antall patentforlik i legemiddelbransjen har gått opp etter at Kommisjonen satte fokus på reverse payment settlements som mulige konkurranseskadelige avtaler. Dette vil kunne fungere som et støtteargument for at adgangen til å inngå reverse payment settlements ikke er nødvendig for å sikre patenthaver muligheten for å inngå forlik.

Etter min mening vil en analogi fra rettspraksis vedrørende avtaler om utnyttelsen av immaterielle rettigheter trolig ikke gi grunnlag for å behandle reverse payment settlements under en «scope of the patent»-test under formålskategorien. Løsningen er imidlertid ikke åpenbar.

5.5.5 Kommentar

Fremstillingen over har vist at patentretten kan skape tvil ved om reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen. Essensen ligger i at den underliggende patentretten ville kunne hindret generisk inntreden og at det er bred enighet i konkurransepolitikken om at patentrettigheter generelt sett er ønskelige for markedet i EU. Konklusjonen er likevel at det trolig ikke er grunnlag for en «scope of the patent»-test under formålskategorien.

I den konkrete vurderingen av om reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen bør imidlertid de ulike aspektene ved patentretten i sammenheng. Økonomisk teori tilsier at det kan være ønskelig å tillate *patentforlik* som et substitutt for en rettsak.

⁴⁰¹Jf. forslag til nye retningslinjer for teknologioverføringsavtaler [2013], avsnitt 223. Se også *FTC v. Actavis: Reply brief for the petitioner*, Mar 18, 2013, s. 4. Se over i avsnitt 2.3.5.

Særlig kan det begrunnes i at partene normalt vil la usikkerheten i patentet reflekteres i generikaprodusentens adgang til å konkurrere i markedet.⁴⁰² Dette har en side til økonomiske vurderinger i et rent statisk perspektiv, ved at det er tvilsomt om det forventede markedsresultatet uten avtalen ville gitt mer konkurranse. Dette har også en side til at patenthaver gjennom å kunne forlike patenttvister sikres en reell beskyttelse av sine immaterielle rettigheter, hvilket antas å tjene økonomien på sikt.⁴⁰³ Diskusjonen gjelder særlig spørsmålet om og eventuelt hvorfor reverse payment settlements skiller seg fra andre patentforlik. Den videre fremstillingen vil fortsatt søke etter holdepunkter for hvordan patentrettens ekskluderende funksjon og betalingen kan få betydning i den rettslige vurderingen av reverse payment settlements under formålsalternativet.

5.6 Patentforlik som en markedsåpning?

I flere reverse payment settlements gis generikaprodusenten adgang til markedet før patentets utløp. Problemstillingen her er om reverse payment settlements undertiden kan falle utenfor formålskategorien ut fra en betraktning om at avtalen også har til formål å styrke konkurransen, og at virkningene på konkurransen derfor er for usikre.

Det er hevdet at den rettslige konteksten til en avtale kan tilbakevise at begrensningen har til formål å begrense konkurransen dersom avtalen for eksempel medfører at en ny konkurrent kan entre markedet, og begrensningen synes nødvendig for å gjennomføre avtalen.⁴⁰⁴ Oppfatningen synes bl.a. å bygge på rettspraksis hvor det fremheves at det særlig er tvilsomt om avtalen *har til virkning* å begrense konkurransen dersom avtalen «seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking.»⁴⁰⁵ En forståelse er at den mer eller mindre grundige økonomiske nødvendighetsvurderingen ikke er vurderingstema under formålsalternativet. Det legges derimot opp til en overordnet

⁴⁰² Leffler (2004) 490-491.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Se generaladvokatens uttalelse i sak C-209/07 BIDS [2008] avsnitt 53, som oppstiller dette som en egen kategori under kontekstvurderingen under formålskategorien. Se også Bellamy&Child (2008) s. 165-166, Mahtani (2012) s. 37.

⁴⁰⁵ Sak 56/65 STM [1966] avsnitt 249-250.

vurdering av om avtalen er «ambivalent in terms of its effect on competition», når «matters are viewed as a whole».⁴⁰⁶

Konseptet er unektelig noe vagt, og har ikke uttrykkelig tilslutning fra Domstolens praksis. Denne «utveien» fra formålskategorien kan tenkes å omfatte avtale typer hvor begrensningen ikke er av en slik underordnet karakter at avtalen faller inn under doktrinen om aksessoriske begrensninger, samtidig som markedsforholdene heller ikke er av en slik karakter at man kan si at markedet ikke er åpent for konkurranse.⁴⁰⁷ Avtalen har imidlertid noen positive virkninger, og det er omstendigheter som sår tvil om begrensningen vil ha til virkning å begrense konkurransen. Faren for falske positiver er her stor, og det er virker unaturlig å anse avtalen som konkurransebegrensende «i sin natur». På denne måten kan det argumenteres for at denne «utveien» er forskjellig fra en teori om en «hovedformåls lære», som ble presentert over. Kun aspekter ved avtalens formål og dens kontekst som kaster tvil over om avtalen har til virkning å begrense konkurransen tas med, ikke formål om å skape effektivitetsgevinster generelt.⁴⁰⁸

Dersom generikaprodusenten gis adgang til markedet før patentets utløp, kan man anføre at slike patentforlik kan sies å «åpne» et nytt marked for generikaprodusenten *før* han ellers kunne, dersom patentet er gyldig og omfatter produktet. Enigheten om ikke å konkurrere vil kunne være et nødvendig middel for å nå dette målet.⁴⁰⁹ Partene står for eksempel fastlåst i en rettsprosess. Generikaprodusenten tør ikke entre markedet «at risk» i frykt for høyt erstatningsansvar dersom han taper saken,⁴¹⁰ og det må antas at det kan ta flere år før en endelig dom faller. Partene enes om at generikaprodusenten får entre etter 3 av de 5 resterende år. En slik avtale vil kunne ha mange fordeler, og det er ikke åpenbart at man under en virkningsvurdering ville funnet at avtalen hadde til virkning å begrense potensiell konkurranse.

⁴⁰⁶ Se González Díaz (1995) s. 957 og generaladvokatens uttalelse i sak C-209/07 BIDS [2008] avsnitt 53, sml. kategori to og tre.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Sml. her Bellamy&Child (2008) s. 165.

⁴⁰⁹ Se Schmid (2012) s. 373 som argumenterer over lignende linjer vedrørende reverse payment settlements.

⁴¹⁰ Denne situasjonen er trolig ikke upraktisk i legemiddelbransjen. Pga. sterkt prisfall etter generisk inntreden vil generikaprodusenten kunne forvente en lavere profitt i perioden inntil rettskraftig dom faller dersom han entrer «at risk», enn det originalprodusentens motsvarende tap vil være i denne perioden. Er forskjellen mellom forventet profitt og tap i denne perioden stor nok kan det tenkes at generikaprodusenten ikke vil finne det lønnsomt å entre markedet *at risk*. Dette selv om generikaprodusenten anser det som mest sannsynlig at han vinner saken og ikke vil måtte betale erstatning.

Vurderingen må i alle tilfeller gjøres konkret for hver avtale. Det er særlig tre forhold som taler mot at reverse payment settlements vil falle utenfor formålskategorien under en slik vurdering. *For det første* er reverse payment settlements horisontale avtaler, mens det i stor grad er ved vertikale avtaler det er lagt vekt på om begrensningen er nødvendig for å penetrere et nytt marked. Likevel gjenfinnes konseptet i Rettens avgjørelse i O2-saken,⁴¹¹ hvor spørsmålet var om en *horisontal* avtale mellom potensielle konkurrenter hadde *til virkning* å begrense konkurransen. Kommisjonen hadde tatt for gitt at avtalen ikke hadde til formål å begrense konkurransen. Retten understreket viktigheten av å undersøke situasjonen uten avtalen, og fant at Kommisjonen hadde begått en feil ved å konstatere brudd på art. 101(1), særlig fordi det var tatt for gitt at O2 kunne entret markedet uten avtalen. Det interessante er imidlertid at Retten gjentar utgangspunktet i STM om at det er spesielt tvilsomt om konkurransen er begrenset der avtalen «seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking».⁴¹² Det kan anføres at Retten la vekt på at avtalens positive virkninger ved at en ny aktør etablerer seg på markedet, og at spørsmålet ikke bare var om potensiell konkurranse overhodet var begrenset.⁴¹³

For det andre innebærer reverse payment settlement en total utelukkelse fra markedet, også der generikaprodusenten gis adgang til markedet før patentets utløp. Dette skiller avtaletypen fra samarbeidsformen i O2-saken, som gjaldt deling av infrastruktur. Tanken om at avtalen åpner markedet for en ny konkurrent er mer naturlig i sistnevnte tilfelle. Ved reverse payment settlements må det i alle tilfeller vurderes om generikaprodusenten gis markedsadgang på en måte som skaper mer konkurranse mellom partene. Det kan for eksempel tenkes at det gis en geografisk avgrenset eksklusiv lisens, som i realiteten medfører to teknologimonopoler. Muligheten for at avtalen skaper «mer» konkurranse er her mindre fremtredende.

For det tredje fordrer konseptet om at avtalen har til formål å bringe en ny konkurrent inn på markedet at begrensningen synes å kunne være et nødvendig og proporsjonalt

⁴¹¹ Sak T-328/03 O2 [2006] avsnitt 68. Se tilsvarende i sak 56/65 STM [1966] avsnitt 249-250 som gjaldt vertikale avtaler. Avgjørelsen er omdiskutert, se Faull&Nikpay (2007) s. 245.

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ Ibid.

virkemiddel for å oppnå dette.⁴¹⁴ I patentforlik hvor det foreligger en reverse payment virker det da vanskeligere å nå frem med en slik argumentasjon, i alle fall der betalingen er egnet til å insentivere generikaproduzenten til å godta mer restriktive vilkår under forhandlingsprosessen enn han ellers ville gjort.

Her kan det trekkes en parallell til fremstillingen over i avsnitt 2.3.5, og diskusjonen om reverse payment settlements kan fremme konkurransen fra en økonomisk synsvinkel. Enkelte vil argumentere for at betalingen kan være nødvendig for at partene kommer til enighet om en inntredelsesdato før patentets utløp. Dette sikrer mer konkurranse enn om partene gikk til rettsak og originalproduzenten vant. På den andre siden kan det argumenteres for betalingen indikerer at markedsresultatet med avtalen som regel vil gi mindre konkurranse enn det *forventede* markedsresultatet dersom partene gikk til rettsak. En betaling vil derfor stort sett bare være nødvendig for å inngå et forlik som bringer mindre konkurranse enn om partene gikk til rettsak. Under en slik økonomisk tilnærming vil man vanskeligere si at avtalen er «ambivalent in terms of its effect on competition». I det minste der betalingen er av en betydelig størrelse.

Konseptet om at avtalen åpner markedet for konkurranse kan tenkes å begrunne at enkelte patentforlik som forsinker generisk inntreden ikke har til formål å begrense konkurransen. Det er mer usikkert om denne «utveien» er aktuell for reverse payment settlements.

5.7 Andre regulatoriske forhold i legemiddelbransjen

Problemstilling

Fremstillingen over har konsentrert seg mye om patentretten som en del av den rettslige konteksten til avtalen, og på hvilken måte den kan begrunne at reverse payment settlements ikke har til formål å begrense konkurransen. Også øvrige regulatoriske forhold i legemiddelmarkedet kan kaste tvil over avtalens virkninger på konkurransen i markedet. Spørsmålet her er om andre særegne regulatoriske forhold i legemiddelbransjen kan begrunne at reverse payment settlements ikke har til formål å begrense konkurransen.

Prisreguleringer og helseforsikringer

Som vist i Kommisjonens sektorrappport er hovedtrekket i Europa at generisk inntreden har betydning for prisnivået i markedet.⁴¹⁵ I midlertid ble det også konstatert at prisreguleringer

⁴¹⁴ Retningslinjene til art. 101(3), avsnitt 18(2). Faull&Nikpay (2007) s. 244.

⁴¹⁵ Jf. over i avsnitt 2.2.2.

og helseforsikringsordninger varierer fra land til land. Dette gjør at markedsmekanismen i varierende grad fungerer, at generisk inntreden i varierende grad påvirker prisen i markedet, og at konsumentene i varierende grad er påvirket av konkurransen mellom generikaprodusenter og originalprodusenter. Ved vurderingene om prisreguleringer og helseforsikringsordninger kan ha betydning for den rettslige vurderingen må det skilles mellom spørsmålet om de regulatoriske forholdene påvirker konkurransen mellom produsentene, og spørsmålet om konkurransen har virkning overfor konsumentene.

Sett isolert er det sistnevnte spørsmål av liten relevans under formålskategorien. Regulatoriske forhold kan f.eks. legge til rette for en sterk, men regulert, priskonkurranse mellom originalpreparater og generikapreparater.⁴¹⁶ Samtidig kan konsumentene være fullstendig upåvirket ved at helseforsikringsordningen ikke skiller mellom generika- og originalpreparater. Å hindre generisk inntreden vil her kunne få stor innvirkning på konkurransen, at konsumentene ikke er berørt synes ikke å ha betydning under formålskategorien. Rettspraksis synes å støtte et slikt syn, og det er ingen holdepunkter i ordlyden i art. 101(1) for at konsumentene må kunne lide skade av samarbeidet. I GSK fremholdt Domstolen: «[...] for a finding that an agreement has an anti-competitive object, it is not necessary that final consumers be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply and demand».⁴¹⁷ Som nevnt har også Domstolen gjentatte ganger fremholdt at art. 101 ikke bare beskytter konsumenter og konkurrenters interesser, men «competition as such».⁴¹⁸ I tilfellene der helseforsikringene dekker prisforskjellen kan man også se det som at konsumentene indirekte kan bli fratatt fordelene av konkurranse, ved at staten taper penger.

Spørsmålet er et annet dersom nasjonale prisreguleringer utelukker enhver mulighet for konkurranse mellom produsentene. Som fremholdt i E.ON. Ruhrgas⁴¹⁹ får art. 101(1) kun

⁴¹⁶ Et eksempel er den norske trinnprismodellen, se over i avsnitt 2.2.2.

⁴¹⁷ Forente saker C-501 etc./06, GlaxoSmithKline [2009] avsnitt 63. Tilsvarende også i Sak C-8/08 T-Mobile [2009]. Om konkurransebegrensningskriteriet og forbrukerhensyn generelt, se Kolstad (2005) s. 33-40.

⁴¹⁸ Se for eksempel sak C-68/12 Protimonopolný v. Slovenská sporiteľňa [2013] avsnitt 18.

⁴¹⁹ Sak T-360/09 [2012] avsnitt 84.

anvendelse på markeder som er åpne for konkurranse, dette selv om avtalen er av en slik art som normalt har til formål å begrense konkurransen.⁴²⁰

Her kan det være nyttig å dra en parallell til skadehypotesen som fremstilt ovenfor i avsnitt 2.3. Med hensyn til spørsmålet om den fremtidige virkningen av potensiell konkurranse er begrenset, vil dette i hovedsak relatere seg til spørsmålet om generikaprodusenten overhodet kan bli en effektiv konkurrent. Også for spørsmålet om sannsynligheten for inntreden kan dette ha betydning, fordi prisreguleringer kan gjøre det mindre attraktivt å etablere seg. Under den nåværende virkningen vil prisreguleringer undertiden kunne tilsi at det er utelukket at generikaprodusenten kan disiplinere originalprodusentens markedsadferd, i alle fall vedrørende prissettingen.⁴²¹

En slik vurdering må gjøres konkret. En annen sak er at det virker lite praktisk at reverse payment settlements inngås i tilfeller der muligheten for konkurranse mellom partene faktisk er utelukket pga. de konkrete markedsforholdene.

Markedsføringstillatelse

Et annet forhold som kan påvirke generikaprodusentens evne til å konkurrere med originalprodusenten er kravene til markedsføringstillatelse. Utgangspunktet må her være det samme som presentert over i avsnitt 5.5.3 om patentet som etableringshinder. Under formålskategorien er det ikke nødvendig å ta stilling til om avtalen faktisk begrenser potensiell konkurranse mellom partene. Det er ikke tilstrekkelig at det knytter seg en viss usikkerhet til hvorvidt generikaprodusenten vil oppnå markedsføringstillatelse.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at det finnes tilfeller der kravene til markedsføringstillatelse nærmest gjør det åpenbart at generikaprodusenten ikke kunne entret markedet foruten avtalen. Avtalen begrenser f.eks. kun inntreden til utløpet av dokumentbeskyttelsen. Dokumentbeskyttelse kan være et «sterkere» etableringshinder enn et patent. Patentet kan kjennes ugyldig, men for generikaprodusenten kan det være så kostnadskrevenende å utføre egne tester for å oppnå markedsføringstillatelse at det er helt usannsynlig at han faktisk ville entre markedet. Markedet er *de facto* ikke åpent for generisk konkurranse.⁴²² Selv om begrensningens art tilsier at avtalen har til formål å

⁴²⁰ Jf. Implisitt også i sak C-235/92 P Montecatini SpA [1999], avsnitt 127.

⁴²¹ Se over i avsnitt 2.3.4, note 101. Se Bergman&Rudholm (2003) s. 456.

⁴²² Se sektorrapporten, s. 115 flg.

begrense konkurransen, kan en her anføre at markedsforholdene tilsier at avtalen ikke er «egnet» til å påvirke konkurransen.

Konklusjonen er at øvrige regulatoriske forhold i markedet for legemidler i enkelte tilfeller kan utelukke at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvor praktisk det er at slike forhold ligger foreligger der det inngås et reverse payment settlement.

6 Reverse payment settlements under en forenklet virkningsvurdering?

6.1 Problemstilling

Fremstillingen over har sett hen til forhold som kan utelukke at reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen, både forhold ved avtalens innhold dens kontekst. Fremstillingen har tatt utgangspunkt i den mer tradisjonelle oppfatningen av formålskategorien. Fokuset ligger der mest på samarbeidsformen; kontekstvurderingen fungerer mer som en snever tilbakeviser enn som en viktig forutsetning for å etablere at avtalen har til formål å begrense konkurransen. Det er imidlertid visse holdepunkter for at man utenfor etablerte avtaletyper kan og må gå inn i en bredere kontekstvurdering for å etablere et konkurransebegrensende formål. Dette kan omtales som en forenklet virkningsvurdering under formålskategorien. I det følgende vil det undersøkes hva det nærmere innholdet i en slik test er, og om testen eventuelt kan anlegges på reverse payment settlements. Deretter vil fremstillingen forsøke å oppstille enkelte retningslinjer for operasjonaliseringen av en slik test på reverse payment settlements.

6.2 Konseptet om en forenklet virkningsvurdering

Bakgrunn

Som nevnt over i avsnitt 3.3 er det ikke en ny oppfatning at det er rom for en «abridged competitive analysis» under formålskategorien. Generaladvokaten i GSK fremhevet at konkurransebegrensende formål kan etableres utenfor etablerte avtaletyper dersom «a sufficiently delitorious effect on competition may be presumed on the basis of economic analysis». Til forskjell fra en virkningsvurdering er en «detailed market analysis» ikke nødvendig.⁴²³ Det kan anføres at en slik test harmonerer dårlig med det uttrykkelige skillet mellom formål og virkning i ordlyden i art. 101(1), og grunnlaget i rettspraksis for en slik tests har vært tynt.⁴²⁴ Samtidig foreligger det kun et fåtall avgjørelser fra EUs domstoler av

⁴²³ Generaladvokatens uttalelse i forente saker C-501 etc./06, GSK [2009] avsnitt 92. Domstolens avgjørelse i saken bekrefter at det normalt ikke er nødvendig med en slik analyse der avtalen faller innenfor en etablert kategori. Avtalen søkte å hindre parallellimport av legemidler. Se nærmere om avgjørelsen i denne sammenheng i Bailey (2012) s. 585-586 og Mahtani (2012) s. 38.

⁴²⁴ Se Bailey (2012) s. 583.

nyere dato hvor etableres et konkurransebegrensende formål utenfor anerkjente avtaletyper. Dette gir rom for en mer fleksibel tolkning.

Allianz-saken

I Allianz-saken⁴²⁵ fremhevet Domstolen imidlertid at man ved kontekstvurderingen under formålskategorien må ta i betraktning arten av de pågjeldende produkter eller tjenester, og «the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question».⁴²⁶ Det legges her opp til en bred kontekstvurdering, slike formuleringer har ikke vært vanlig å fremheve på generelt grunnlag under en presentasjon av vurderingskriteriene under formålskategorien.⁴²⁷

Spørsmålet for Domstolen var bl.a. om et sett vertikale bilaterale avtaler mellom bilforsikringsselskaper og bilforretninger/repairatører kunne ha til formål å begrense konkurransen. Avtalen koblet vederlaget som ble betalt til bilrepairatørene med antall forsikringer de solgte for forsikringsselskapet. Domstolen fremhevet at denne sammenknytningen av de to aktiviteter - den umiddelbare virkningen - ikke automatisk medførte at avtalen hadde til formål å begrense konkurransen.⁴²⁸ Domstolen uttalte senere at avtalen kunne ha til formål å begrense konkurransen dersom den nasjonale domstolen fant det *sannsynlig*, etter å ha tatt i betraktning den *den rettslige og økonomiske konteksten*, at:

«[...] competition on that market would be *eliminated or seriously weakened* following the conclusion of those agreements. In order to determine *the likelihood of such a result*, that court should in particular take into consideration the *structure*

⁴²⁵ Sak C-32/11 Allianz [2013]. Avgjørelsen reiser en rekke interessante spørsmål som ikke drøftes her. For en svært kritisk kommentar til avgjørelsen, se Vedder (2013).

⁴²⁶ Ibid. avsnitt 36

⁴²⁷ Se også Bailey (2012) 583. En interessant observasjon er her at Domstolen i viser til de lignende betraktningene i sak C-226/11 Expedia [2012] avsnitt 21 og den rettspraksis som der fremkommer. Domstolen i Expedia viser der til uttallelsene i sak C-238/05 Asnef-Equifax [2006] avsnitt 48-49, og som relaterer seg til en virkningsvurdering.

⁴²⁸ Sak C-32/11 Allianz [2013] avsnitt 40-41. Domstolen synes imidlertid å vektlegge at de særlige rettslige og økonomiske forholdene gjorde at det var spesielt viktig at disse aktivitetene ikke var sammenknyttet. Se også ibid. avsnitt 47.

*of that market, the existence of alternative distribution channels and their respective importance and the market power of the companies concerned.»*⁴²⁹

Vurderingstema synes å være om det er sannsynlig⁴³⁰ at den umiddelbare virkningen vil kunne medføre at konkurransen i markedet vil bli «eliminated or seriously weakened», etter en vurdering av de konkrete forhold i markedet. Det er særlig interessant at Domstolen her eksplisitt viser til en vurdering av markedsstrukturen og partenes markedsrett. Avgjørelsen må kunne tas til inntekt for at det i enkelte tilfeller er grunnlag for å foreta en slags forenklet virkningsvurdering når man er utenfor etablerte kategorier.

Uttalelsene er imidlertid rimelig enestående, og er noe motstridene med de generelle uttalelsene som ellers fremheves i rettspraksis (også gjengitt i Allianz-saken). Utgangspunktet er at dersom en analyse av avtalens innhold ikke med tilstrekkelig klarhet viser at konkurransen vil lide skade, må avtalens virkninger undersøkes.⁴³¹ Videre gjaldt saken *vertikale avtaler*, disse har normalt ikke et like stort skadepotensiale som horisontale avtaler.⁴³² Domstolen fremhevet også at dersom det forelå bindinger horisontalt mellom forsikringsselskapene ville avtalen klart ha til formål å begrense konkurransen.⁴³³ Det kan således ikke sluttes fra avgjørelsen at man under formålskategorien alltid må foreta en forenklet virkningsvurdering *i samme omfang* som Domstolen la opp til i Allianz-saken. Dette selv om avtalen faller utenfor etablerte kategorier.

Reverse payment settlements kan karakteriseres som horisontale avtaler hvor skadepotensialet ligger i at konkurranserisikoen mellom partene begrenses. Det kan således argumenteres for at det ikke vil være *nødvendig* å gå like langt i en kontekstvurdering for å sannsynliggjøre at avtalen er «capable» til å begrense konkurransen i disse tilfellene. Presumsjonen ut i fra en vurdering av avtalens «content and objectives» er under omstendighetene i seg selv tilstrekkelig.

⁴²⁹ Ibid. avsnitt 48. Min kursivering.

⁴³⁰ Jf. «likely», Ibid.

⁴³¹ Se f.eks. sak C-8/08 T-Mobile [2009] avsnitt 28.

⁴³² Se sak C-32/11 [2013] avsnitt 43.

⁴³³ Ibid. avsnitt 45.

Teorien om en glideskala-tilnærming

En forståelse av praksis kan være at kravene til en vurdering av de konkrete markedsforholdene under formålsalternativet vil variere fra avtale til avtale langs en glidende skala.⁴³⁴ Konseptet kan forankres i kravet om at avtalen er «capable» - egnet - til å begrense konkurransen.⁴³⁵ Kravet innebærer at samarbeidet må representere en sannsynlig mulighet for begrenset konkurranse i det konkrete markedet. Konseptet om en glideskala-tilnærming innebærer at kravene til å gå inn i en konkret kontekstvurdering for å sannsynliggjøre at konkurransen vil bli begrenset varierer. Jo sterkere presumsjon ut i fra avtalens innhold og formål, jo mindre inngående er kontekstvurderingen, og omvendt.⁴³⁶

På den ene siden har man de klare og veletablerte formålsrestriksjonene, hvor det er lite rom for at en kontekstvurdering kan tilsi at samarbeidet ikke har til formål å begrense konkurransen.⁴³⁷ På den andre siden har man vertikale avtaler som i Allianz-saken, hvor det var nødvendig å gå langt i en kontekstvurdering for å sannsynliggjøre at samarbeidet ville medføre en begrenset konkurranse. Der i mellom finnes andre horisontale avtaler som ikke er klassiske kartellavtaler, men hvor skadepotensialet er rimelig klart. Her er vil det under omstendighetene være påkrevd å gjøre en noe inngående vurdering av konteksten for å sannsynliggjøre at avtalen vil kunne begrense konkurransen. På denne måten kan det argumenteres for at det kan legges opp til en bredere kontekstvurdering for reverse payment settlements enn det som er lagt til grunn i fremstillingen over, samtidig som man ikke behøver å foreta en like inngående vurdering som Allianz-saken foreskriver.

Oppsummering

Det er gode argumenter for at Domstolen er i ferd med å utvikle en glideskala-tilnærming under formålskategorien. Dette åpner i så fall for en slags forenklet virkningsvurdering under formålskategorien i visse tilfeller. Intensiteten av prøvingen av de konkrete markedsforholdene vil imidlertid variere, avhengig av avtaletypen og de konkrete

⁴³⁴ Se Italianer (2013) s. 5-6, som benytter begrepet «sliding scale».

⁴³⁵ Se f.eks. sak C-8/08 T-Mobile [2009] avsnitt 31, jf. også over i avsnitt 3.3.

⁴³⁶ Se van der Vijver (2013) s. 1141. Det kan stilles spørsmål ved om ikke effekten også kan være motsatt: De særegne markedsforholdene gjør at en avtaletype som normalt ikke har til formål å begrense konkurransen kan falle innenfor formålskategorien. Allianz kan kanskje til dels forklares på denne måten, sak C-32/11 [2013], særlig avsnitt 41 og 47.

⁴³⁷ Se for eksempel forente saker C-501 etc./06 P GSK [2009].

kontekstuelle forhold. Rettstilstanden er imidlertid usikker. I det følgende vil det gis en oversikt over ulike faktorer som kan være av betydning under en forenklet virkningsvurdering av reverse payment settlements.

6.3 Retningslinjer i en konkret vurdering

6.3.1 Utgangspunktet for vurderingen

Hvorvidt reverse payment settlements har til formål å begrense konkurransen under en forenklet virkningsvurdering må bero på en konkret vurdering av innholdet i avtalen holdt opp mot den rettslige og økonomiske konteksten. Strukturen for vurderingen må legges opp som i en virkningsvurdering. Forskjellen synes å ligge i hvor langt det er nødvendig å gå i den konkrete undersøkelsen av markedet.

I fremstillingens del II ble det konkludert med at det sentrale skadepotensialet ved reverse payment settlements ligger i at potensiell konkurranse fra generikaproduzenten blir begrenset. En sentral retningslinje for vurderingen vil være å se etter forhold som kan tilsi at originalproduzenten oppnår, opprettholder eller styrker sin markedsrett som følge av avtalen.⁴³⁸ Det ble også konkludert med at i forlik hvor begrensningen i markedsadgangen ligger innenfor patentets ekskluderende potensiale vil den mest sentrale effekten være at markedet går glipp av muligheten for en etablering som ville medført lavere priser. Fremstillingen i det følgende fokuserer på denne effekten. Det skilles mellom vurderingen av om en etablering fra generikaproduzenten ville medført økt konkurranse, og vurderingen av om en etablering ville vært sannsynlig foruten avtalen.⁴³⁹

6.3.2 Effekten av en hypotetisk etablering

Aktørene på produksjonssiden

Antall tilbydere i markedet vil kunne indikere hvor høyt konkurransenivået er. Konkurransen vil normalt være mindre intensiv i et marked med færre konkurrenter enn i et marked med flere konkurrenter. Motsvarende vil inntreden i et marked normalt ha større

⁴³⁸ Se retningslinjene til art. 101(1) avsnitt 21, implisitt også i i C-32/11 Allianz [2013] avsnitt 31 og 48.

⁴³⁹ Momentene vil i vurderingene vil være noe overlappende, men skillet synes likevel fruktbart.

slagkraft i et marked med få konkurrenter enn i et marked med mange.⁴⁴⁰ Hvilken type konkurranse som foreligger, og originalprodusentens markedsandeler, vil kunne indikere hvilken virkning en markedsinntreden ville hatt. Originalprodusenten konkurrerer f.eks. bare med substituerbare originalprodukter, men klarer å holde en relativt høy markedsandel ved at det er enkelte kvalitetsforskjeller mellom produktene. Originalprodusentens markedsandeler vil kunne indikere om originalprodusenten innehar markedsrett. Priskonkurranse fra et generisk legemiddel kan da tenkes å få stor virkning, selv om det er en rimelig høy grad av konkurranse fra før.

Prisreguleringer

Strengt prisreguleringer og liten evne til påvirkning i forhandlinger med myndighetene tilsier stor grad av «buyer power» og at originalprodusenten i liten grad har mulighet til å sette prisen høyere enn i et konkurranseutsatt marked.⁴⁴¹ En etablering vil her i liten grad påvirke prisen. At markedet er underlagt prisreguleringer tilsier imidlertid ikke nødvendigvis at originalprodusenten i liten grad har markedsrett. Interessant er her å se hen til Rettens og Domstolens avgjørelse i AstraZeneca-saken,⁴⁴² som gjaldt misbruk av dominerende stilling i legemiddelmarkedet. Under spørsmålet om foretaket hadde en dominerende stilling var det anført at foretaket ikke hadde tilstrekkelig markedsrett pga. nasjonale prisreguleringer. Kommisjonen og Retten hadde begått en feil ved ikke å ha tatt dette i betraktning. Anførselen ble ikke tatt til følge, Retten og Domstolen viste blant annet til at AstraZeneca kunne påvirke prisene i markedet gjennom forhandlinger med nasjonale myndigheter.⁴⁴³ Saken illustrerer at betydningen av prisreguleringer for graden av markedsrett må vurderes for hver sak. Det kan også tenkes at prisreguleringer gir en god indikasjon på hvordan prisutviklingen ville vært ved generisk inntreden.

Potensielle konkurrenter

Også aktørene utenfor markedet har relevans i vurderingen. Det er f.eks. en rekke andre generikaprodusenter som kan entre markedet, kanskje rettssaker allerede er innledet, eller

⁴⁴⁰ Se f.eks. sak T-461/07 Visa Europe [2011] avsnitt 121-131.

⁴⁴¹ Se retningslinjene for horisontale samarbeidsavtaler, avsnitt 45.

⁴⁴² Sak T-321/05 [2010] og sak C-457/10/P AstraZeneca [2012].

⁴⁴³ T-321/05 [2010] avsnitt 255-269, opprettholdt av Domstolen i sak C-457/10/P [2012] avsnitt 170-182.

de har annen substituerbar teknologi. En tapt mulighet for inntreden vil ikke nødvendigvis ha stor slagkraft dersom det finnes mange andre potensielle konkurrenter.⁴⁴⁴ Motsatt vil virkningene være store dersom det er få mulige utfordrere, eller det er forhold som tilsier at generikaprodusent(e) som er ekskludert fra avtalen har særlige forutsetninger for å entre markedet. Legemiddelet er f.eks. så vanskelig og kostbart å produsere at bare få generikaprodusenter er i stand til å lage et kopiprodukt. Et annet eksempel er der generikaprodusenten har et eget patent på en gunstig fremstillingsmetode for legemiddelet, mens originalprodusenten har et produktpatent.⁴⁴⁵ Generikaprodusenten betales så for å holde seg ute av markedet, og gir en eksklusiv lisens til originalprodusenten. I dette tilfellet oppnår originalprodusenten også en viss beskyttelse overfor tredjemenn. Incentivene for å betale generikaprodusenten kan her være større, og de mulige virkningene av tapt etablering er store.⁴⁴⁶

Reverse payments som indikasjon på markedsrett

Videre kan det argumenteres for at *størrelsen på betalingen* til generikaprodusenten kan indikere at originalprodusenten har markedsrett. Antakelsen bygger på at en som priser til nær grensekostnaden ikke har mulighet til å betale store beløp for at en aktør ikke skal entre markedet, og har ingen interesse i det, siden han ikke har kontroll over prisen.⁴⁴⁷ Til illustrasjon fremhevet flertallet i *FTC v. Actavis*⁴⁴⁸: «At least, the “size of the payment from a branded drug manufacturer to a prospective generic is itself a strong indicator of power” - namely, the power to charge prices higher than the competitive level».⁴⁴⁹

Det kan innvendes at man i alle tilfeller må ha i mente at prissetting over marginalkostnaden ikke nødvendigvis indikerer at konkurransen ikke er intensiv. Originalprodusenten kan ha store kostnader til utviklingen av legemiddelet, og konkurrerer

⁴⁴⁴ Se Areeda (1978, Supl. 2013), 2046c4. Se også over i avsnitt 5.3, om betydningen av om avtalen er skjult eller offentlig kjent, samt teorien om betalingen som «blood in the water».

⁴⁴⁵ En tendens i markedet er at generikaprodusenter også selv oppnår patenter, f.eks. på fremstillingsmetoder av kjente produkter. Se sektorrapporten s. 36.

⁴⁴⁶ Eksempelet inspirert av Areeda (1978, Supl. 2013), avsnitt 2046c4.

⁴⁴⁷ Areeda (1978, Supl. 2013) 2046 c3. Elhauge (2012) s. 310-311, Hovenkamp (2013) s. 15, som presiserer at en definering av det relevante markedet derfor ikke synes nødvendig.

⁴⁴⁸ *FTC v. Actavis* 570 U.S. [2013]

⁴⁴⁹ *Ibid.* s. 18

med substituerbare produkter.⁴⁵⁰ Det kan derfor argumenteres for at man kan se hen til om forliket kommer sent i det patenterte produktets liv, hvilket kan være en indikator for om originalprodsenten har kunnet «innhente» kostnadene.⁴⁵¹ Dette vil typisk være tilfellet der tvisten gjelder et «sekundært» patent.

I rettspraksis har også patentet i seg selv vært å regne som et moment som kan tale for at foretaket har markedsrett.⁴⁵² Det kan anføres at denne antakelsen er særlig begrunnet i legemiddelbransjen, der erfaring viser at prisen faller etter utløpet av de eksklusive rettighetene.⁴⁵³

Faktiske observasjoner

Det kan også tenkes at det finnes faktiske observasjoner som kan indikere at en inntreden ville hatt virkninger på prisen i markedet. Avtalen varer for eksempel til utløpet av patentets beskyttelsesperiode, og generikaprodusenten har entret markedet etter dette tidspunkt. Dette *kan* gi en indikasjon på hvordan prisutviklingen ville vært dersom generikaprodusenten hadde entret tidligere.

6.3.3 Sannsynligheten for etablering

Utgangspunkt

Ved en vurdering av om reverse payment settlements har *til virkning* å begrense potensiell konkurranse under art. 101(1) er det et krav om at det må foreligge «real concrete possibilities» for at aktøren utenfor markedet ville ha etablert seg på markedet foruten avtalen.⁴⁵⁴ Dersom målet er å foreta en forenklet vurdering av om det er sannsynlig at reverse payment settlements vil begrense konkurransen i markedet synes det derfor nødvendig å ta stilling til om det er sannsynlig at generikaprodusenten ville ha etablert seg på markedet foruten avtalen.

Generelt om vurderingen

En rekke faktorer kan være relevante i vurderingen av sannsynligheten for at generikaprodusenten ville entret markedet foruten avtalen. Her kan det være nyttig å skille

⁴⁵⁰ Se retningslinjene til art. 101(3) avsnitt 25.

⁴⁵¹ Se Areeda (1978, Supl. 2013) avsnitt 2046 c3.

⁴⁵² Sak C-457/10/P AstraZeneca [2012] avsnitt 183-190.

⁴⁵³ Jf. kap. 2.2.3. over. Se også Stenvik (2000) s. 667.

⁴⁵⁴ Sak T-461/07 Visa Europe [2011] avsnitt 166-168, jf. kap. 3.2.2 over.

mellom bevis for at generikaprodusenten hadde en *intensjon* om å entre markedet, og objektive bevis for at inntreden ville skjedd.⁴⁵⁵ At generikaprodusenten har tatt steget om å utfordre patentet er i seg selv noe som indikerer at foretaket hadde en intensjon om å entre markedet.⁴⁵⁶

Det vil imidlertid være mer sentralt å se hen til spørsmålet om hvor *attraktivt* det er å entre markedet objektivt sett, og særlig om generikaprodusenten ville hatt *evnen* til å entre markedet.⁴⁵⁷ Det faktiske profittnivået hos produsentene i markedet kan gi en indikasjon på hvor *attraktiv* en inntreden ville vært for generikaprodusenten. Også den forventede utviklingen vil måtte tas i betraktning. Fokuset må imidlertid være på hvordan utsiktene til profitt ville vært dersom generikaprodusenten *hadde entret* markedet. Strengt nasjonale prisreguleringer overfor generikaprodukter vil for eksempel kunne dempe utsiktene til profitt, og gjøre inntreden mindre attraktiv. Vurderingen her er til dels overlappende med vurderingen av virkningene av en etablering.

Under vurderingen av *evnen* til å entre markedet kan det være relevant å ta i betraktning om generikaprodusenten har den kapital, markedsføringskanaler og tekniske og menneskelige ressurser som kreves for å kunne konkurrere på markedet. Nærheten til markedet hvor generikaprodusenten allerede opererer vil også kunne indikere noe om hvor lett det vil være å etablere seg på det nye markedet.

Særlig om patentretten

Foruten avtalen ville originalprodusenten med en viss sannsynlighet kunne hindret generikaprodusenten i å etablere seg på markedet ved å håndheve patentretten for domstolene. Dette gjelder i det minste i der avtalen forsinker inntreden inntil patentet løper ut. Generikaprodusentens evne til å etablere seg vil således avhenge av om patentets beskyttelsesomfang dekker generikaproduktet eller fremgangsmåten generikaprodusenten vil benytte, og om patentretten vil kunne kjennes ugyldig. Et spørsmål er derfor om man

⁴⁵⁵ Se Areeda (1978, Supl. 2013) om vurderingen av om et foretak utenfor markedet er en «probable future entrant» i forbindelse med fusjoner mellom potensielle konkurrenter. Avsnitt 1128.

⁴⁵⁶ Ibid. 1128 b5

⁴⁵⁷ Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 87. Vurderingene er imidlertid overlappende. Se Areeda (1978, Supl. 2013) 1128c.

må foreta en vurdering av de patentrettslige spørsmålene i den konkurranserettslige vurderingen.

Windsurfing-saken⁴⁵⁸ taler for at Kommisjonen og Domstolen har adgang til å foreta en slik vurdering. Spørsmålet var om en rekke klausuler i en patentlisensavtale var i strid med art. 101(1), og Kommisjonen hadde foretatt en vurdering av beskyttelsesomfanget til det tyske patentet som lå til grunn for avtalen for å ta stilling til det konkurranserettslige spørsmålet. Det var anført at kommisjonen ikke hadde adgang til å foreta en slik prøving. Domstolen slo fast at selv om Kommisjonen ikke har kompetanse til å fastlegge beskyttelsesomfanget av et patent, « [...] it may not refrain from all action when the scope of the patent is relevant for the purposes of determining whether there has been an infringement of Article [101] or [102] of the Treaty.»⁴⁵⁹ Domstolen fremhevet også at en slik prøving ikke vil ha betydning overfor nasjonale domstoler i sin prøving av de samme spørsmål, og at EUs domstoler i alle tilfeller kan overprøve kommisjonens beslutning.⁴⁶⁰

Utgangspunkter

Hvorvidt man må ta stiling til de patentrettslige spørsmålene synes å avhenge av hvilke krav det stilles til *sannsynligheten* for etablering, og hvilke andre konkrete faktiske omstendigheter som kan gi en indikasjon på generikaprodusentens evne til å etablere seg på markedet.

Her kan det først bemerkes at sannsynlighetskravet som oppstilles i praksis er noe vagt. Retten bruker som nevnt formuleringen «real concrete possibilities», Kommisjonen bruker undertiden «likely».⁴⁶¹ En rimelig slutning er at simpel sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig. Ordlyden gir imidlertid ikke holdepunkter på at det er en betingelse for inngrep at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at aktøren utenfor markedet ville etablert seg. Til dette er uttrykksmåtene for vage.⁴⁶² Dette gir rom for fleksibilitet i argumentasjonen.

For det andre kan det være tilfeller der det ikke nødvendigvis er påkrevd å utnytte den patenterte teknologi for å lansere generikaproduktet. Patenttvisten gjaldt for eksempel spørsmålet om generikaprodusenten gjorde inngrep i fremgangsmåtepatentet til

⁴⁵⁸ Sak 193/83 [1986]

⁴⁵⁹ Ibid. avsnitt 26.

⁴⁶⁰ Ibid. avsnitt 27.

⁴⁶¹ Sak T-461/07 Visa Europe [2011] avsnitt 167 flg.

⁴⁶² Se her Tritton (2008) s. 903, note 659.

originalprodusenten. Her vil det kunne være relevant å se hen til om det er kommersielt forsvarlig å benytte andre fremgangsmåter for å lansere generikaproduktet.

For det tredje vil bevis for partenes oppfattelse av generikaprodusentens evne til å entre markedet kunne være relevant. En begrunnelse for å legge vekt på partenes oppfattelse er at de ofte er godt stilt til å vurdere de patentrettslige spørsmålene. Interne dokumenter fra tiden før det konkurranserettslige spørsmål kom for dagen kan for eksempel avsløre partenes oppfattelse av sannsynligheten for om det foreligger en patentkrenkelse.⁴⁶³ Et sentralt spørsmål er også om man kan vektlegge betalingen som indikasjon på partenes oppfattelse av sannsynligheten for at patentet hindret generisk inntreden.⁴⁶⁴

Betalingen som indikasjon på patentets styrke

Argumentet for at betalingen indikerer et svakt patent bygger på tanken om at originalprodusenten ikke ville betalt betydelige summer for forsinket markedsinntreden dersom han var rimelig sikker på at han kunne oppnådd det samme ved å håndheve patent for nasjonale domstoler. Til illustrasjon fremhevet flertallet i *FTC v. Actavis*: «An unexplained large reverse payment itself would normally suggest that the patentee has serious doubts about the patent's survival.»⁴⁶⁵ U.S. Supreme Court på denne bakgrunn for at det normalt ikke var nødvendig å ta stilling til de patentrettslige spørsmålene i en konkurranserettslig vurdering av reverse payment settlements.⁴⁶⁶

Argumentet mot at betalingen indikerer et svakt patent er som nevnt at originalprodusenten kan ha insentiver for å betale store summer til generikaprodusenten også når han anser patentet som sterkt.⁴⁶⁷ For at betalingen skal gi en god indikasjon på at originalprodusenten oppfattet patentet som svakt, bør trolig betalingens størrelse sammenholdes med den

⁴⁶³ Her vil det kunne oppstå spørsmål vedrørende det EU-reglene om beskyttelsen av advokat-klient-korrespondanse. Et spørsmål synes her å kunne være om beskyttelsens saklige avgrensning gjør at Kommisjonen ikke er hindret i å benytte korrespondanse med advokater i den underliggende patenttvisten. Se *Treacy* (2011) s. 297. Disse spørsmål behandles ikke her.

⁴⁶⁴ Her er det ulik oppfatning juridisk litteratur, sml. *Drexl*. (2009) s.753 og *Schmid* (2012) s. 373, som hevder at en verdioverføring «[...] is of no relevance as neither the existence nor the value of a reverse payment is suggesting that an agreement is anti-competitive.»

⁴⁶⁵ *FTC v. Actavis*, 570 U.S. [2013] s. 18.

⁴⁶⁶ *Ibid.* s. 19.

⁴⁶⁷ Se *Edlin* (2013) s. 3 *Cotter* (2003), særlig s. 1806-07, *Hovenkamp* (2003) s. 46, *Crane* (2002) s. 788. Se også *FTC v. Actavis*, 570 U.S. [2013] s.19.

merprofitten originalprodusenten forventet som følge av patentet.⁴⁶⁸ En slik vurdering er ikke nødvendigvis enkel å foreta. I mange reverse payment settlements vil trolig også patentet *være* «sterkt», i den forstand at det er høy sannsynlighet for at håndheving av patentet faktisk ville hindret generisk inntreden.

Relevansen av patentets styrke

Det sentrale spørsmålet er imidlertid om man under en forenklet virkningsvurdering faktisk må bevise at patentet er svakt i absolutt forstand for å sannsynliggjøre konkurransebegrensende virkninger i markedet. Og kan en bevisføring for at det er stor sannsynlighet for at patentet faktisk ville hindret generisk inntreden avkrefte at avtalen er «capable» til å begrense konkurransen?

Grunnlaget for en slik oppfatning er at man under en virkningsvurdering i TEUV art. 101(1) må vurdere hvordan konkurransesituasjonen ville vært uten avtalen.⁴⁶⁹ Dersom patentet er sterkt, ville generikaprodusenten høyst sannsynlig blitt ekskludert fra markedet, og det kan argumenteres for at konkurransesituasjonen uten avtalen ville gitt mindre eller like lite konkurranse som situasjonen med avtalen. Det argumenteres derfor for at avtalen i slike tilfeller ikke kan ha til virkning å begrense konkurransen.⁴⁷⁰ Også under en forenklet virkningsvurdering bør man da se hen til om patentet er sterkt.

Motsatt vil det kunne argumenteres for at en reverse payment som overstiger originalprodusentens forventede fremtidige sakskostnader vil være en god indikasjon på at avtalen bringer mindre konkurranse sammenlignet med det *forventede* markedsresultat uten avtalen.⁴⁷¹ Dette gjelder også der det er høy sannsynlighet for at det forelå en patentkrenkelse. Under en slik tilnærming vil en reverse payment kunne være en langt bedre indikasjon på at avtalen er egnet til å begrense konkurransen, også under en forenklet

⁴⁶⁸ Se Crane (2002) s. 788.

⁴⁶⁹ Sak 56/65 STM [1966], s. 250.

⁴⁷⁰ Se Treacy (2011) 295 flg. og Schmid (2012) 373 flg.

⁴⁷¹ Se her fremstillingen i avsnitt 2.3.5.

virkningsvurdering.⁴⁷² Er det med andre ord tilstrekkelig under en forenklet virkningsvurdering å bevise at selv en liten risiko for økt konkurranse er eliminert?

Til illustrasjon er det gode argumenter for at flertallet i *FTC v Actavis* la seg på en slik linje under den amerikanske *rule of reason*. Flertallet uttalte:

«The owner of a particularly valuable patent might contend, of course, that even a small risk of invalidity justifies a large payment. But, be that as it may, the payment (if otherwise unexplained) *likely seeks to prevent the risk of competition*. And, as we have said, *that consequence* constitutes the relevant anticompetitive harm. In a word, the size of the unexplained reverse payment can provide a workable surrogate for a patent's weakness, all without forcing a court to conduct a detailed exploration of the validity of the patent itself.»⁴⁷³

Mange tar til orde for at flertallet avfeier at en vurdering av de patentrettslige spørsmålene kan avkrefte at et reverse payment settlement er ulovlig under den amerikanske «rule of reason».⁴⁷⁴ Spørsmålet er imidlertid om det er grunnlag for en slik tilnærming under TEUV art. 101(1), og her som en vurdering under formålsalternativet.

I *BIDS* fremhevet Domstolen som nevnt at artikkel 101(1) «is intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition.»⁴⁷⁵ Selv under en virkningsvurdering er det ikke nødvendig å identifisere faktisk påviste virkninger i markedet, artikkel 101(1) rammer også «potential effects on competition.»⁴⁷⁶ Sett i sammenheng med de fleksible kriteriene som oppstilles for vurderingen av potensiell konkurranse, er det gode argumenter for at man selv under en forenklet virkningsvurdering ikke trenger å ta stilling til de patentrettslige spørsmålene for å konstatere overtredelse. Dersom en slik vurdering foretas under formålsalternativet, synes det da også å være gode argumenter for at resultatet ikke blir forskjellig selv om det skulle føres bevis for at patentet faktisk var gyldig og omfattet

⁴⁷² Jf. også Edlin (2013) s. 9.

⁴⁷³ Ibid. s. 19, jf. også uttalelsene på side 18.

⁴⁷⁴ Edlin (2013) s.9. Løsningen er imidlertid ikke klar. Sml. Wright (2013) s. 15.

⁴⁷⁵ Sak C-209/07 *BIDS* [2008] avsnitt 34.

⁴⁷⁶ Sak C-7/95 P *John Deere* [1998] avsnitt 77.

produktet. Det er tilstrekkelig å bevise at avtalen eliminerer en reell risiko for konkurranse mellom partene. Hvilken vei EUs domstoler vil følge er i midlertid høyst usikkert.

6.4 Kommentar

På den ene siden kan det hevdes at det er uheldig om det legges opp til en forenklet virkningsvurdering under formålskategorien. En slik test vil gjøre skillet mellom formålskategorien og virkningsvurderingen mindre tydelig, og er fjern fra ordlyden i art. 101(1). Til dette kan det innvendes at det ofte kan være praktisk å foreta en «quick-look»-vurdering når avtalen ikke faller innenfor en etablert kategori, men hvor skadepotensialet er så tydelig at en full virkningsvurdering synes å være unødvendig. Det kan imidlertid argumenteres for at man da heller burde senke kravene til sannsynliggjøring av konkurransebegrensende virkninger under virkningsalternativet.

I vurderingen av reverse payment settlements blir det særlig relevant å se hen til hvilken betydning betalingen kan ha som indikasjon på at avtalen er egnet til å begrense konkurransen. Hvis det aksepteres at en vurdering av avtalens innhold og betalingens egenskaper kan indikere at avtalen normalt vil begrense konkurransen, kan det hevdes at det ikke er nødvendig å foreta en inngående undersøkelse av markedsforholdene. Teorien om en glideskala-tilnærming gir her en forklaringsmodell. I så fall vil reverse payment settlements kunne rammes av formålsalternativet uten at man nødvendigvis vil utvanne skille mellom formål/virkning.

7 Reverse payment settlements som «ancillary restraints»?

7.1 Problemstilling

Problemstillingen her er om reverse payment settlements kan underlegges en ancillary-betraktning og falle utenfor formålskategorien og art. 101(1) i sin helhet fordi begrensningen i handlefriheten anses nødvendig for å oppnå et annet legitimt formål. Dette fordrer for det første en vurdering av om det er grunnlag for å vurdere reverse payment settlements under en slik test. Dernest må det eventuelt gis en oversikt over hvilke aspekter ved avtaletypen som vil kunne være relevante og utslagsgivende ved en anvendelse av nødvendighetstesten i den konkrete sak.

7.2 Nærmere om det rettslige grunnlaget

I vurderingen av om reverse payment settlements kan underlegges en ancillary-betraktning under art. 101(1) er det naturlig å ta utgangspunkt i kriteriene for anvendelsen av doktrinen om aksessoriske begrensninger som følger av praksis fra Retten. Utgangspunktet er at begrensningen på handlefriheten må være *direkte tilknyttet* implementeringen av en «hovedtransaksjon». ⁴⁷⁷ I E.ON Ruhrgas-saken ⁴⁷⁸ og Métropole télévision ⁴⁷⁹ var dette opprettelsen av et joint venture. I Remia, ⁴⁸⁰ som sakene uttrykkelig bygger på, var spørsmålet om en konkurranseklausul kunne godtas ved en avtale om salg av en virksomhet. Retten fremhever også at for å være «direkte tilknyttet» må begrensningen være *underordnet* implementeringen av, og ha en *åpenbar sammenheng* med hovedtransaksjonen. ⁴⁸¹ I patentforlik som innebærer en forsinket lansering av et generikaprodukt synes imidlertid begrensningen ikke å være *underordnet* implementeringen av en «hovedtransaksjon». Enigheten om forsinket inntreden er typisk selve hovedelementet i avtalen. Doktrinen om aksessoriske begrensninger slik den uttrykkelig formuleres av Retten synes derfor ikke å få direkte anvendelse på reverse payment settlements.

Beskyttelsen av immaterielle rettigheter

⁴⁷⁷ Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 63 med videre henvisninger.

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ Sak T-112/99 [2001].

⁴⁸⁰ Sak 42/84 Remia [1985].

⁴⁸¹ Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 63.

Det kan reises spørsmål ved om hensynet til beskyttelsen av originalprodusentens patentrett kan tilsi at begrensningen kan fritas under en ancillary-betraktning. Domstolen har i enkelte saker gått langt i å godta begrensninger i partenes kommersielle frihet som er nødvendige for å beskytte immaterielle rettigheter i teknologioverføringsavtaler.⁴⁸² Dette også i tilfeller hvor begrensningen er av en slik art som normalt har til formål å begrense konkurransen. I *Erauw-Jaquary*⁴⁸³ fant Domstolen at en lisensavtale som forbød lisenstaker å eksportere såfrø som var beskyttet av lisensgivers immaterielle rettigheter til andre land ikke utgjorde en konkurransebegrensning under art. 101(1). Vilkåret var at begrensningen var «[...] *necessary* in order to enable the breeder to select growers who are to be licensees».

Rasjonalet bak å godta nødvendige begrensninger i teknologioverføringsavtaler kan forklares ved at man ønsker å beskytte overføringen av en verdi, og som er hovedformålet med avtalen.⁴⁸⁴ Dette i liket med avtaler om overføring av virksomheter og opprettelsen av joint ventures. Således skiller avtalene om teknologioverføring seg fra reverse payment settlements, hvor begrensningen er selve hovedelementet i avtalen. Det rene formål om å beskytte rettighetshaver mot patentinngrep synes heller ikke å være en farbar vei som et utgangspunkt for en nødvendighetstest. Det kan argumenteres for at en forpliktelse til å ikke utnytte patentet sjelden vil være «objektivt nødvendig», ettersom patenthaver vil kunne hindre inngrep gjennom å håndheve sin rett i nasjonale domstoler.

Tvisteløsning som overordnet formål

En alternativ innfallsvinkel er å rendyrke formålet om å løse patenttvisten gjennom *avtale* som grunnlag for nødvendighetsvurderingen. Spørsmålet vil da være om en ensidig forpliktelse til ikke å utnytte en patentrettighet kan falle utenfor art. 101(1) dersom den er nødvendig for løse patenttvisten mellom partene. Dette til tross for at avtalen eliminerer konkurranserisikoen mellom partene. En forutsetning er selvsagt at avtalens hovedformål faktisk er å løse patenttvisten, og ikke begrense konkurransen. Det må således foreligge en reell patenttvist mellom partene.

⁴⁸² González Díaz (1995) s. 995.

⁴⁸³ Sak 27/87 [1988] avsnitt 8-11.

⁴⁸⁴ González Díaz (1995) s. 983.

Et utgangspunkt er at også mer abstrakte, overordnede formål *kan* være målestokk for en nødvendighetsvurdering under art. 101(1).⁴⁸⁵ I OTOC⁴⁸⁶ åpnet Domstolen for at en beslutning av en sammenslutning om innføring av et obligatorisk utdanningsprogram for revisorer kunne fritas dersom det var nødvendig for å bedre kvaliteten på revisortjenester. Generaladvokaten i BIDS⁴⁸⁷ har uttrykt det som at den rettslige konteksten under formålskategorien kan avkrefte at en avtale har til formål å begrense konkurransen, og falle utenfor art. 101(1) i sin helhet, dersom den er «[...] necessary in order to pursue a primary objective.»⁴⁸⁸ Det må imidlertid antas at det er lite rom for å anlegge en *ancillary*-betraktning utenfor tilfellene som faller innenfor kriteriene oppstilt av Retten.

Hensynet bak å anlegge en *ancillary*-betraktning på reverse payment settlements må være at det å avslutte patenttvister gjennom forliksavtaler kan være positivt for konkurransesituasjonen på markedet. Det kan særlig anføres at patentforlik kan være et godt substitutt for det å la en nasjonal domstol foreta en enten/eller-avgjørelse. Begrunnelsen er antakelsen om at partene normalt vil la graden av usikkerhet vedrørende patentets gyldighet og omfang reflekteres i graden av frihet til å utnytte patentrettigheten som generikaprodusenten får gjennom forliksavtalen⁴⁸⁹ Dersom flere former for patentforlik tillates under art. 101(1), vil det også måtte antas at det blir mer attraktivt for generikaprodusenter å utfordre tvilsomme patenter rettslig.⁴⁹⁰

Det er imidlertid ingen entydig praksis fra EU-domstolen som tilsier at formålet om å ende en tvist om immaterielle rettigheter ved å inngå en forliksavtale er et legitimt formål av betydning under art. 101(1). På den ene siden har EU-domstolen anerkjent at varemerkerettslige avgrensingsavtaler er lovlige og nyttige, selv om de også kan rammes av art. 101(1).⁴⁹¹ Det er også gode argumenter for å hevde at begrensninger i bruk av immaterielle rettigheter i disse avtalene behandles under en nødvendighetstest under art. 101(1). Det antas at slike begrensninger godtas dersom det foreligger en «genuine dispute»,

⁴⁸⁵ Se Bellamy&Child (2008) s. 176, pkt. 2.116.

⁴⁸⁶ Sak C-1/12 [2013] avsnitt 93 flg.

⁴⁸⁷ Generaladvokatens uttalelse i sak C-209/07 [2008].

⁴⁸⁸ Ibid. avsnitt 54.

⁴⁸⁹ Jf. avsnitt 2.2.3 over, se Leffler (2004) s. 491.

⁴⁹⁰ Se her Gratz (2011) s. 23 flg., Dickey and Rubinfeld (2012).

⁴⁹¹ Sak 35/83 BAT [1985] avsnitt 33. Se nærmere i avsnitt 5.5.4 over.

og begresningene må ikke gå lenger enn nødvendig for å løse problemet om forvekslingsfare.⁴⁹² Det kan argumenteres for at tilsvarende test bør legges til grunn for patentforlik.⁴⁹³

På den andre siden kan det argumenteres for at avgjørelser vedrørende *ikke-angrepsklausuler* i patentlisensavtaler taler i mot å anlegge en ancillary-betraktning på reverse payment settlements. Bayer v. Süllhöfer⁴⁹⁴ gjaldt en patentlisensavtale inngått i forbindelse med et patentforlik, og spørsmålet var om den tilknyttede ikke-angrepsklausulen var i strid med art. 101(1). Domstolen uttalte at art. 101(1) «makes no distinction between agreements whose purpose is to put an end to litigation and those concluded with other aims in mind.»⁴⁹⁵ Uttalelsen synes å tilsi at hensynet til å ende en *rettsak* i seg selv ikke har betydning i vurderingen under art. 101(1), og må kunne tas til inntekt for at en ancillary-betraktning ikke kan legges til grunn. Uttalelsen gjaldt imidlertid en ikke-angrepsklausul, en begrensning i handlefrihetens som ikke skriver seg fra patentbeskyttelsen. Dette taler mot å legge vekt på avgjørelsen i vurderingen av reverse payment settlements der det ikke er avtalt noen ikke-angrepsklausul. Likevel, i Windsurfing-saken⁴⁹⁶ fant Domstolen at en ikke-angrepsklausul i en lisensavtale hadde til formål å begrense konkurransen, og la vekt på den offentlige interessen i å eliminere ugyldige patenter som uønskede etableringshindringer. Ikke-angrepsklausuler eliminerer en fremtidig mulighet til å fjerne patentet som et etableringshinder. Dette hensynet gjør seg gjeldende også ved reverse payment settlements der det ikke er avtalt noen ikke-angrepsklausul. I en gyldighetstvist kan avtalen sies å eliminere en aktuell mulighet til å fjerne et uønsket etableringshinder.

Konklusjonen er at det trolig ikke er grunnlag for å vurdere reverse payment settlements som en ancillary restraint.

⁴⁹² Se Whish s. 796 og Se Alexander (1985).

⁴⁹³ Se van der Woude (2009) s. 192 flg.

⁴⁹⁴ Sak 65/86 [1988].

⁴⁹⁵ Ibid. avsnitt 15.

⁴⁹⁶ Sak 193/83 [1983] avsnitt 92.

7.3 Kommentar

På bakgrunn av konklusjonen over vil det ikke bli foretatt en selvstendig fremstilling av hvilke aspekter ved reverse payment settlements som vil være relevante og utslagsgivende i en konkret operasjonalisering av en nødvendighetstest.

Det kan imidlertid argumenteres for at en abstrakt *ancillary*-betraktning vil kunne tilby en retts teknisk god løsning under art. 101(1), ettersom en proporsjonalitetstest gir Domstolen fleksibilitet og rom for å skape forutberegnelighet gjennom praksis. Dersom det legitime formålet er å løse patenttvisten gjennom en avtale, kan det argumenteres for at en nødvendighetstest vil være godt egnet til å ramme de patentforlikene Kommisjonen finner problematiske.

Forutsatt at begrensningen er objektivt nødvendig, ville problemstillingen være om begrensningens «varighet» og dens «materielle» og «geografiske» nedslagsfelt går ut over det som er nødvendig for å løse tvisten.⁴⁹⁷ Dersom begrensningen strekker seg utover patentets varighet eller beskyttelsesomfang, vil avtalen trolig ikke være proporsjonal. Kommisjonen og FTC synes også å ville ramme patentforlik hvor originalprodusenten gir «[...] an evident incentive for the generic to accept a later entry date than the strength of its bargaining position would otherwise allow it to obtain[...].»⁴⁹⁸ Dersom avtalen innebærer en slik insentivmekanisme, kan det argumenteres for at det er en indikasjon på at avtalen ikke utgjør den den minst inngripende løsningen etter en objektiv vurdering.

⁴⁹⁷ Sak T-360/09 E.ON Ruhrgas [2012] avsnitt 68.

⁴⁹⁸ FTC v. Actavis: Reply brief for the petitioner, Mar 18 2013 s. 11. Jf. også Kommisjonens forslag til nye retningslinjer for teknologioverføringsavtaler, avsnitt 223.

8 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har behandlet forholdet mellom reverse payment settlements og formålskategorien i TEUV art. 101(1). Selve «pay-for-delay»-mekanismen - at generikaproduzenten betales mot ikke å konkurrere – tilsier i seg selv at reverse payment settlements kan ha til formål å begrense konkurransen. Den særegne konteksten disse avtalene inngås i gjør imidlertid at det er usikkert om formålskategorien får anvendelse.

En innfallsvinkel er at «pay-for-delay» mekanismen presumerer konkurransebegrensende formål. Dersom man anlegger den samme snevre standarden for kontekstvurderingen som man finner i rettspraksis vedrørende klassiske kartellavtaler, vil reverse payment settlements kunne ha til formål å begrense konkurransen uten en mer inngående vurdering. Det kan imidlertid anføres at en slik løsning vil medføre en stor fare for å ramme forlik som ikke er konkurransebegrensende, og til og med ramme forlik som fremmer konkurransen. I det minste gjør dette argumentet seg gjeldende der den reelle betalingen er av en ubetydelig størrelse.

En alternativ innfallsvinkel er å foreta en forenklet «quick-look»-vurdering av om avtalen begrenser konkurransen i det konkrete markedet. En slik vurdering har den fordel at man på en mer presis måte kan ramme avtaler med et stort skadepotensiale, og hvor en full virkningsvurdering ikke synes nødvendig. Ulempen er at man bidrar til å utvanne skillet mellom formål/virkning, og det kan hevdes at man heller bør operere med fleksible krav til å etablere overtredelse under virkningsvurderingen. Ved vurderingen av reverse payment settlements blir spørsmålet hvilken betydning de patentrettslige spørsmålene har, og hvilke presumsjoner som kan oppstilles basert på betalingen fra originalproduzenten. Betalingens størrelse er her sentral. Fremstillingen har forsøkt å illustrere at betydningen av betalingen som indikasjon på konkurransebegrensende effekter vil avhenge av hva som er målestokken i konkurranseanalysen. Her er det rom for uenighet.

Etter min mening vil reverse payment settlements som innebærer en betydelig betaling til generikaproduzenten trolig kunne ha til formål å begrense konkurransen. Dette gjelder også der begrensningene i avtalen ligger innenfor patentets «ekskluderende potensiale», selv om konklusjonen her er langt mer usikker. Hver avtale må imidlertid vurderes konkret. Fra et

teoretisk ståsted ligger kanskje den største spenningen i hvordan vurderingen legges opp under formålsalternativet. Forhåpentligvis vil sakene som er innledet av Kommisjonen bidra til å avklare disse spørsmålene.

9 Referanseliste

9.1 Litteratur

Bøker

- Areeda (1978, Supl. 2013) Areeda, Philip E. Hovenkamp, Herbert. *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Supplement 2013*. Kluwer, Alphen aan den Rijn 2013 (e-bok).
- Bellamy&Child (2008) Bellamy, Christoffer and Child, Graham D. *European Community Law on Competition*, sixth edition, edited by Peter Roth and and Vivien Rose, Oxford 2008
- Bellamy&Child (2013) Bellamy, Christoffer and Child, Graham D. *European Community Law on Competition*, seventh edition, edited by Peter Roth and and Vivien Rose, Oxford 2013
- Domeij (1998) Domeij, Bengt *Läkemedelspatent*, Stockholm, 1998
- Domeij (2010) Domeij, Bengt *Patentavtalsrätt : licenser, överlåtelse och samägande av patent*, Stockholm 2010
- Eide (2008) Eide, Erling og Stavang, Endre *Rettsøkonomi, Oslo* 2008
- Faull&Nikpay (2007) Faull, Jonathan and Nikpay, Ali *The Law of Competition*, 2. Utg. Oxford 2007
- Gölstam (2007) Gölstam, Carl Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Uppsala, 2007
- Knoph (1936) Knoph, Ragnar (1936) *Åndsretten*. Oslo, 1936.

- Kolstad (1998) Kolstad, Olav *Fra Konkurranspolitik til Konkurranserett*. Oslo, 1999
- Korah (2006) Korah, Valentine. *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford 2006
- Korah (2007) Korah, Valentine. *An Introductory Guide To EC Competition Law And Practice*, 9. Utg. Oxford, 2007
- Lindsay (2009) Lindsay, Allistair and Berridge, Alison *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 3 Utg. London 2009
- Merges&Duffy (2011) Merges, Robert Patrick and Duffy, John Titzgerald. *Patent Law and Policy, Cases and Materials*, 5. Utg. LexisNexis, 2011
- Rognstad (1999) Rognstad, Ole-Andreas. *Spredning av verkseksemplar*. Oslo, 1999
- Ryssdal (1995) A.C. Stray ryssdal. *An economic Analysis of Civil Suits and Appeals*. Oslo, 1995.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik; Arnesen, Finn; Rognstad, Ole Andreas; Foyen, Sten og Kolstad, Olav. *EØS-rett*, 3. utg. Oslo, 2011.
- Stenvik (2006) Stenvik, Are. *Patentrett*. Oslo, 2006
- Shorthose (2012) Shorthose, Sally, *EU Pharmaceutical Regulatory Law* 3. Utg. Alphen Aan den Rijn, 2012
- Tritton (2008) Tritton, Guy [et. al.] *Intellectual Property In Europe*, 3. Utg. London, 2008
- Whish (2011) Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, 7. Utg. Oxford, 2011

- Ørstavik (2010) Ørstavik, Inger Berg *Innovasjonsspiralen, Patentrettslige, kontraktsrettslige og konkurranserettslige spørsmål ved forbedring av patenterte oppfinnelser*. Oslo, 2010.
- Østerud (2010) Østerud, Eirik, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law*, Alphen Aan den Rijn, 2010.

Artikler

- Alexander (1985) Alexander, Willy. *Case 35/83, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Commission of the European Communities, Judgment of 30 January 1985.* (1985) 22 (4) Common Market Law Review, s. 709–718.
- Batchelor (2013) Batchelor, Bill and Carlin, Fiona. Turducken on the menu: initial reflections on the implications of the European Commission's Lundbeck decision, *European Competition Law Review* 2013, 34(9), 454-456
- Bergmann (2002) Bergman, Mats. *Potential Competition: Theory, empirical evidence and legal practice*, Utredning for Konkurrentverket, Stockholm (2002). Tilgjengelig på (04/10/2013) http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdra_gsforskning/rap_potential_competition.pdf
- Bergman&Rudholm (2003) Bergman Mats A. og Rudholm Niklas. *The Relative Importance of Actual and Potential Competition: Empirical Evidence From the Pharmaceuticals Market.*, *The Journal of*

industrial economics. - Vol. 51, 2003, 4, p. 455-467 Oxford, 2003

- Brankin (2010) Brankin, Sean-Paul. *Patent settlements and competition law: where is the European Commission going?* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2010, Vol. 5, No. 1
- Bush (2004) Bush, Darren and Massa, Salvatore. *Rethinking the Potential Competition Doctrine.* Wisconsin Law Review, 1035, 2004
- Cotter (2003) Thomas F. Cotter. *Refining the "Presumptive Illegality" Approach to Settlements of Patent Disputes Involving Reverse Payments: A Commentary on Hovenkamp, Janis & (and) Lemley,* Minnesota Law Review, 87 Minn. L. Rev. 1789, 2002-2003
- Cotter (2013) Cotter, Thomas F. *FTC v Actavis, Inc: When is the Rule of Reason Not the Rule of Reason?* (June 18, 2013). 15 Minnesota Journal of Law, Science and Technology, 2013, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-20. Tilgjengelig på http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2281291
- Crane (2002) Crane, Daniel A. *Exit Payments in Settlement of Patent Infringement Lawsuits: Antitrust Rules and Economic Implications.* Florida Law Review, 54 Fla. L. Rev. 747 (2002)
- Dickey and Rubinfeld (2012) Bret M. Dickey* and Daniel L. Rubinfeld: *Would the per se illegal treatment of reverse payment settlements inhibit generic drug investment?* Journal of Competition Law & Economics, 2012, 8(3): 615-625

- Drexl (2008) Drexl, Josef. *Is there a “more economic approach” to intellectual property and competition law*. I: Research Handbook on Intellectual Property and Competition law, Josef Drexl (red.) 2008
- Drexl (2009): Drexl, Josef. “*Pay-for-delay” and blocking patents – targeting pharmaceutical companies under European competition law*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 40, No. 7/2009, p. 751-880
- Drexl, *Real Knowledge*
(2009): Drexl, Josef. *Real Knowledge is to know the Extent of One’s Own Ignorance: On the Consumer Harm Approach in Innovation-related Competition Cases*, Antitrust Law Journal, 76 Antitrust L.J. 677 (2009-2010)
- Drexl (2012) Drexl, Josef. *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry: When Do Patent Filings Violate Competition Law?* (January 31, 2012). Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-02
- Edlin m.fl. (2013) Edlin, Aaron S. and Hemphill, C. Scott and Hovenkamp, Herbert J. and Shapiro, Carl. *Activating Actavis* (August 26, 2013). Antitrust Magazine, Forthcoming; Columbia Law and Economics Working Paper No. 457. Tilgjengelig på (10/10/2013): http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317241
- Elhauge (2012) Elhauge, Einer and Krueger, Alex. *Solving the Patent Settlement Puzzle*, Texas Law Review 2012, Vol. 91 s. 283
- Geradin (2011) Geradin, Damien and Girgenson, Ianis, *The Counterfactual Method in EU Competition Law: T*

he Cornerstone of the Effects-Based Approach, 2011.

Tilgjengelig på SSRN (04/10/2013):

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970917

- González (2013) González, Angela Ortega. *Restrictions by object and the appreciability test: the Expedia case, a surprising judgment or a simple clarification?* European Competition Law Review, 34(9), 2013.
- González Diaz (1995) González Diaz, F. Enrique. *The Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*. Fordham International Law Journal, Vol. 19, Issue 3, 1995
- Gratz (2011) Gratz, Linda *Three essays on industrial Organization: Pay-for-delay Settlements, exclusive Contracts, and Price Discrimination*. Dissertation, LMU München: Faculty of Economics 2011. Tilgjengelig på <http://edoc.ub.uni-muenchen.de/14361/>
- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling Johan. *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2003 s 648
- Hjelmeng (2011) Hjelmeng, Erling Johan. *Villedning av patentmyndigheter som misbruk av dominerende stilling – Rettens dom i sak T-321/05 AstraZeneca*. Nytt i privatretten nr. 1 2011 s. 20-23
- Hovenkamp (2003) Herbert Hovenkamp, Mark Janis & Mark A. Lemley, *Anticompetitive settlements of Intellectual Property Disputes*. U Minnesota Law Review, Vol. 87, p. 1719, 2003; UC Berkeley, Public Law and Legal Theory Research Paper No.

- 113, 2003. Tilgjengelig på (30/10/2013):
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380841
- Hovenkamp (2004) Hovenkamp, Herbert "*Sensible Antitrust Rules for Pharmaceutical Competition*" University of San Francisco of Law Review, 39 U.S.F. L. Rev. 11, 2004
- Hovenkamp (2013) Hovenkamp, Herbert J., *Anticompetitive Patent Settlements and the Supreme Court's Actavis Decision* (September 15, 2013). Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Forthcoming; U Iowa Legal Studies Research Paper No. 13-35. Tilgjengelig på (10/10/2013):
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2286255
- Kolstad (2003) Kolstad, Olav. *Avtaler om eksklusiv kjøpsplikt og nettverkseffekt etter EØS-avtalens artikkel 53*. Lov og Rett 2003 s 257
- Kolstad (2005) Kolstad, Olav. *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme «forbrukernes interesser»*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 s 1.
- Kolstad (2006) Kolstad, Olav. *Object contra effect in Swedish and European competition law*, En rapport skrevet for Konkurrencesverket, tilgjengelig på (04/10/2013)
http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdra_gsforskning/forsk_rap_2009-3_object_contra_effect.pdf
- Kolstad (2008) Kolstad, Olav. *Competition Law and Intellectual Property rights – outline of an economics-based approach*. I: Research Handbook on Intellectual Property and Competition law, Josef Drexl (red.) 2008

- Korah (1988) Korah, Valentine *No duty to license independent repairers to make spare parts: the Renault, Volvo and Bayer & Hennecke cases* European Intellectual Property Review, 10(12), 381-386, 1988
- Kwoka (2008) John Kwoka, *Eliminating Potential Competition, I: Issues in competition Law and Policies*, s. 1437, Wayne Dale Collins (red.) 2008
- Leffler (2004) Leffler, Christoffer and Leffler, Keith. *Settling the Controversy Over Patent Aettlements: Payments by the Patent Holder Should be Per Se Illegal. I: Research In Law and Economics*, vol. 21, John B Kirkwood (red.) Oxford 2004
- Lemley and Shapiro (2004) Lemley, Mark A. and Shapiro, Carl. *Probabilistic Patents*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 19, p. 75, 2005; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 288. Tilgjengelig på (10/10/2013): http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=567883
- Leslie (2006) Leslie, Christopher R. *The anticompetitive effects of unenforced patents*. Minnesota Law Review 2006 s. 101.
- Mahtani (2012) Mahtani, Munesh Ram. Thinking outside the object box: An EU and UK perspective. European Competition Journal 2012 Vol. 8 nr. 1
- Odudu (2001) Odudu, Okeoghene. *Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect*. European Law Review 26(3), 2001 s. 261-274
- Odudu (2001) Odudu, Okeoghene. *Interpreting Article 81(1): object as subjective intention*. European Law Review 26(1), s. 60-75

- Odudu (2001) Odudu, Okeoghene. *The Object Requirement Revisited*. 26, 2001. *European Law Review* s. 327-339
- Odudu (2008) Odudu, Okeoghene. *Restrictions by Object – what’s the beef?* 9(1) *Competition Law Journal* s. 11-17
- Pimlot (2012) Pimlot, Nick *Post-term non-compete and confidentiality clauses - the Areva - Siemens case*. Tilgjengelig på (04/10/2013)
<http://www.ffw.com/publications/all/articles/areva-siemens-new-guidance.aspx>
- Priddis (2011) Simon Priddis and Simon Constantine, *The Pharmaceutical Sector, Intellectual property rights, and competition law in Europe*, I: Intellectual property rights and competition law: New Frontiers. Steven Andermann and Ariel Ezrachi (red.) Oxford, 2011
- Schildkraut (2004) Schildkraut, Marc G. *Patent-splitting settlements and the Reverse Payment Fallacy*, *Antitrust Law Journal* 2004, Vol. 71, No. 3 s. 1033-1068.
- Schmid (2012) Schmid, Marcus, *Pharmaceutical Reverse Payment Settlements: A European Perspective in the Wake of the Sector Inquiry*. *European Competition Law Review*, Vol. 33: Issue 8, 2008.
- Shapiro (2003) Shapiro, Carl. *Antitrust Limits to Patent Settlements*. *The RAND Journal of Economics* Summer 2003, Vol. 34, No. 2, pp. 391-411.
- Shapiro (summer 2003) Shapiro, Carl. *Antitrust Analysis of Patent Settlements Between rivals*, 17 *Antitrust* 70 (2002-2003).

- Stenvik (2000) Stenvik, Are. *Patentrett og rettsøkonomi*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2000, s. 657.
- Treacy (2011) Treacy, Pat and Lawrance, Sophie. *Intellectual property rights and out of court settlements*, I: Intellectual property rights and competition law: New Frontiers. Steven Andermann and Ariel Ezrachi (red.) Oxford 2011
- Van der Vijver van der Vijver, Tjarda og Vollering, Stefan. *Understanding appreciability : the European Court of Justice reviews its journey in Expedia*. Common Market Law Review, Vol. 50 nr. 4, 2013.
- van der Woude (2009) van der Woude, Marc *Patent Settlements and Reverse Payments Under EU Law*, Competition Policy International, vol. 5 s. 183, 2009
- Werden and Limarzi (2010) Werden, Gregory J. og Limarzi, Kirsten C. *Forward looking merger analysis and the superflous potential competition doctrine*, Antitrust Law Journal. Vil. 77, s 109, 2010-2011.
- Westin (2011) Westin J, 'Defining the relevant market in the pharmaceutical sector in light of the Loseccase – just how different is the pharmaceutical market?', 32(2) European Competition Law Review 57, 2011.
- Ørstavik (2005) Ørstavik, Inger Berg. *Technology Transfer Agreements: Grant-Backs and No-Challenge clauses in the new EC Technology Transfer Regulation*. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2005 s. 83

Foredrag og Blogginnlegg

- Hjelmeng (2012) Hjelmeng, Erling Johan. *Konkurransbegrensende formål vs. virkning*. Fordrag sandefjord, 7. September 2012.
- Italianer (2013) Italianer, Alexander. *Competitor agreements under EU competition law*. 40th. Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute New York, 26. september 2013. Manuskript tilgjengelig på (08/10/2013)
http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf
- Vedder (2013) Vedder, Hans. *Allianz and the Object-Effect Dichotomy in Article 101(1) TFEU: A Practical Solution Meets Not So Practical Competition Law*. Tilgjengelig på (31/10/2013):
<http://europeanlawblog.eu/?p=1664>
- Wright (2013) Wright, Joshua D. *FTC v. Actavis and the Future of Reverse Payment Cases*. Remarks of Commissioner, Federal Trade Commission at the Concurrences Journal Annual Dinner New York, NY September 26, 2013. Tilgjengelig på (10/10/2013):
<http://www.ftc.gov/speeches/wright/130926actavis.pdf>

9.2 Dommer og forvaltningsavgjørelser

Avgjørelser fra Domstolen

STM	Sak 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, [1966], s. 248
Consten Ggrundig	Forente saker 56/64 og 58/64 Consten and Grundig v Commission [1966]
Völk	Sak 5/69 Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke [1969]
Cadillon	Sak 1/71 Société anonyme Cadillon v Firma Höss, Maschinenbau KG [1971]
Suiker Unie	Forente saker 40 etc./73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities [1975]
Hoffmann-La Roche	Sak 85/79 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities [1979]
Nungesser	Sak 258/78 Nungesser v Commission, [1982]
Coditel II	Sak 262/81 Coditel v Ciné Vog [1982]
IAZ	Forente saker 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 IAZ v Commission [1983]
AEG-Telefunken	Sak 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities AEG-Telefunken mot Kommisjonen [1983]
Michelin I	Sak 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities [1983]
CRAM	Forente saker 29-30/83 CRAM and Rheinzink v. Commission [1984]

Pharmon	Sak 19/84 Pharmon BV v Hoechst AG. [1985]
Remia	Sak 42/84 Remia BV and others v Commission [1985]
BAT	Sak 35/83 BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v Commission of the European Communities [1985]
Windsurfing	Sak 193/83 Windsurfing International Inc. v Commission of the European Communities [1986]
Volvo v. Veng	Sak 238/87 AB Volvo v. ErikVeng (UK) Ltd [1982]
Bayer v Süllhöfer	Sak 65/86 Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH v Heinz Süllhöfer [1988]
Erauw Jacqery	Sak 27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery v Lriaa Hesbignonne SC [1988]
Kai Ottung	Sak 320/87 Kai Ottung v Klee & Weilbach A/S and Thomas Schmidt A/S [1989]
Delimitis	C-234/89 Stergios Delimitis v Henniger Bräu [1991]
Gøttrup-Klim	C-250/92 Gøttrup-Klim Grovwareforretning and others v Dansk Landbrugs Gorvvareselskap Amba (DLG) [1994]
Bayerische	C-70/93 Bayerische Motorenwerke AG v ALD Auto-Leasing D GmbH. [1995]
John Deere	C-7/95 John Deere Ltd v Commission of the European Communities [1998]
Carlo Bagnasco	Forente saker C-215/96 og C-216/96 Carlo Bagnasco and Others v Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP)) and Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)). [1999]

General Motors	C-551/03 P General Motors BV v Commission of the European Communities [2006]
BIDS	C-209/07 Competition Authority v BIDS and Barry Brothers (“BIDS”) [2008]
Pedro IV Servicios	C-260/07 Pedro IV Servicios SL v Total España SA [2009]
GSK	Forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P GlaxoSmithKlineServices Unlimited v Commission [2009]
T-Mobile	C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009]
Premier League	Forente saker C-403/08 Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others og C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Ltd [2011]
Pierre Fabre	C-439/09 Dermo-Cosmétique SAS v Président de l’Autorité de la concurrence and Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi [2011]
Expedia	C-226/11 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others [2012]
AstraZeneca	C-457/10 P AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission [2012]
Allianz	C-32/11 Allianz Hungária Biztosító Zrt. and Others v Gazdasági Versenyhivatal [2013]
OTOC	C-1/12 Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v Autoridade da Concorrência [2013]

Avgjørelser fra Retten

Matra Hachette	T-17/93 Matra Hachette SA v Commission [1994]
Métropole télévision	T-112/99 Métropole télévision (M6) mot Kommissjonen [2001]
Michelin II	T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission of the European Communities [2003]
JFE Engineering	T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00 JFE Engineering Corp v. Commission of the European Communities [2004]
ENS	Forente saker T-394, etc./94. European Night Services mot Kommissjonen [1998]
O2	T-328/03 O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v Commission [2006]
GSK	T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission of the European Communities [2006].
Visa Europe	T-461/07 Visa Europe Ltd mot Kommissjonen [2011]
Ziegler SA	T-199/08 Ziegler SA v European Commission [2011]
AstraZeneca	T-321/05 AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission [2010]
E.ON Ruhrgas	T-360/09 E.ON Ruhrgas AG and E.ON AG v European Commission [2012]

Avgjørelser fra Kommisjonen

Penney's	IV/29.246 – Penneys [1977] OJ L 60, 2.3.1978, p. 19–27
Toltecs-Dorcet	IV/C-30.128, Toltecs-Dorcet [1982] OJ L 379, 31.12.1982, s. 19–29
Syntex/Synthelabo	Commission Press Release, February 23, 1989; the Community v Synthex and Synthelabo [1990], 19 th Report on Competition Policy, s. 75
Intel	COMP/37.990 Intel [2009].
Siemens/Areva	Case COMP/39.736 — Siemens/Areva (2012)

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Lenz av 14. mai 1985 i sak 42/84 Remia BV m.fl. mot Kommisjonen [1985]

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Sir. Gordon Slynn av 16. oktober 1984 i sak 35/83 BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v Commission of the European Communities [1985]

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Darmon av 7. juli 1987 i sak 65/86 Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH v Heinz Süllhöfer [1988]

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Tesauo av 25. januar 1989 i sak 320/87 Kai Ottung v Klee & Weilbach A/S and Thomas Schmidt A/S [1989]

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trtstenjak av 4. september 2008 i sak C-209/07 Competition Authority v BIDS and Barry Brothers (“BIDS”) [2008]

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trtstenjak av 30. juni 2009 i forente saker C-501 etc./06 P GlaxoSmithKlineServices Unlimited v Commission [2009]

Rettspraksis fra USA

United States v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526 (1973)

Valley Drug Co. v. Geneva Pharmaceuticals, Inc 334 F.3d 1294 (11th Cir. 2003)

In re Cardizem CD Antitrust Litig., 332 F.3d 896 (6th Cir. 2003)

In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig., 466 F.3d 187 (2d Cir. 2006)

In re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig., 544 F.3d 1323 (Fed. Cir. 2008)

In re K-Dur Antitrust Litigation 686 F.3d 197 (3d Cir. 2012)

Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., et al, No. 12-416, 570 U.S. [2013].

Tilgjengelig på (31/10/2013):

http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416_m5n0.pdf

Avgjørelser fra norske domstoler

Kjennelse fra Asker og Bærum tingrett av 5. feb. 2003, sak nr. 02-2662 0/01 og 02-2663 0/01, H. Lundbeck AS (Danmark) H. og Lundbeck AS (Norge) mot ratlophann AS (02-2662D) og Desltin Pharma AS (02-2663 D) (upublisert).

9.3 Traktater, lovgivning og retningslinjer

Traktater

Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012) (Traktaten om den Europæiske Unions Virkemåte - TEUV), OJ C 326, 26.10.2012.

Treaty on European Union (Consolidated version 2012) (TEU), OJ C 326, 26.10.2012.

Direktiver og direktivforslag

Directive 2001/83/EC of the European Parliament and the Council on the Community code relating to medicinal products for human use. OJ L 311/67 28/11/2001

Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use, OJ L 136/34

Council Directive 89/105/EEC of 21 December 1988 relating to the transparency of measures regulating the prices of medicinal products for human use and their inclusion in the scope of national health insurance systems, OJ L 040 , 11/02/1989

Forslag til endring av direktiv 89/105/EEC, 2012/0035(COD) Medicinal products for human use: transparency of measures regulating the prices and their inclusion in the scope of public health insurance systems, tilgjengelig på), tilgjengelig på (08/10/2013):
[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=COM\(2013\)0168](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=COM(2013)0168)

Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM (2013) 404 final. Tilgjengelig på (10/10/2013):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>

Forordninger

Regulation (EC) No 469/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products (Codified version), OJ L 152/1, 16 Jun. 2009.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24, 29.1.2004, p. 1–22.

Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27. April 2004 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements OJ L 123, 27.4.2004, p. 11–17

Kunngjøringer fra Kommisjonen

Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97–118

Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ C 101, 27.4.2004

Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, 14.1.2011

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings OJ C 31, 5.2.2004, p. 5–18

Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), OJ C 368, 22.12.2001, p. 13–15

Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty. 101 , 27/04/2004 P. 81-96

Forslag til kunngjøringer fra Kommisjonen

DRAFT COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements. C (2013) 924 draft. Tilgjengelig på (08/10/2013)
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_technology_transfer/guidelines_en.pdf

Draft Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (de minimis) , Tilgjengelig på (08/10/2013):

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/de_minimis_notice_en.pdf

Nasjonal lovgivning

Lov 2. juni 2000 nr. 39 om apotek (Apotekloven)

Forskrift 18. desember 2008 nr. 1839 om legemidler (Legemiddelforskriften)

Amerikansk rett

Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984 (“Hatch-Waxman Act”)
Pub. L. No. 98-417, 98 Stat. 1585.

9.4 Diverse

Rapporter

Pharmaceutical sector Inquiry – Final Report (2009)

3rd Report on the Monitoring of Patent Settlements (2012)

2nd Report on the Monitoring of Patent Settlements (2011)

1st Report on the Monitoring of Patent Settlements (2010)

Samtlige rapporter er tilgjengelig på (10/10/2013):

<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/>

Forarbeider til norske lover

Ot.prp.nr.29 (1998-1999). Om lov om apotek (apotekloven)

NU 1963:3 Betenkning angående nordisk patentlovgivning, avgitt av samarbeidende danske, finske, norske og svenske komiteer, Nordisk utredningsserie 1963:6, Oslo 1964.

Pressemeldinger fra Kommisjonen

IP/12/835 Servier—perindopril. *Commission sends Statement of Objections on perindopril to Servier and others* (2012).

IP/13/81, Johnson & Johnson—Fentanyl. *Commission sends Statement of Objections to J&J and Novartis on delayed entry of generic pain-killer* (2013).

IP/13/563 Lundbeck: *Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines.*

SPEECH/13/553 Lundbeck: *Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines: statement by Vice-President Almunia.*

Øvrig

OFT 1254: Merger Assessment Guidelines: A Joint Publication of the Competition Commission and the Office of Fair Trading (September 2010)

FTC v. Actavis: *Reply brief for the petitioner*, Mar 18 2013, No. 12-416, s. 4. Tilgjengelig på <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/03/12-416-FTC-v-Actavis-Reply-Brief.pdf>

Utskrift fra rettsboken i saken Federal Trade Commission v. Actavis Inc., s. 20.

Tilgjengelig på (31/10/2013)

http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/12-416.pdf

Legemiddelverkets hjemmesider, besparelser ved trinnpris og generisk bytte (31/10/2013):

http://www.legemiddelverket.no/Blaa_resept_og_pris/pris-paa-legemidler/trinnpris/Sider/default.aspx