

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

fremsat den 2. oktober 2003¹

1. Landgericht Frankfurt am Main (Tyskland) (herefter »Landgericht«) har ved kendelse af 12. juli 2001 forelagt Domstolen tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 82 EF². Landgericht ønsker i det væsentlige oplyst, om en virksomhed på visse betingelser gør sig skyldig i misbrug af en dominerende stilling, hvis den nægter at give sine egne konkurrenter tilladelse til (mod betaling) at anvende en databasestruktur, som den påberåber sig ophavsretten til.

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

De faktiske omstændigheder i hovedsagen

2. Hovedsagen vedrører en tvist mellem selskabet IMS Health GmbH & Co. OHG (herefter »IMS«) og selskabet NDC Health GmbH & Co. KG (herefter »NDC«), der i august 2000 overtog selskabet Pharma Intranet Information AG (herefter »PII«).

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — Denne artikel har følgende ordlyd:

»En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser
b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne
c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontraahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.«

3. Begge parter arbejder med indsamling, bearbejdning og fortolkning af oplysninger vedrørende det regionale salg af lægemidler i Tyskland. Det er i den foreliggende sag vigtigt at gøre opmærksom på, at disse selskaber tilrettelægger deres undersøgelser ud fra et geografisk kriterium, idet disse oplysninger er samlet i et antal »geografiske segmenter«, som Tyskland er opdelt i.

4. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at IMS tilbage i 1970'erne opdelte Tyskland i 418 segmenter, der i vidt omfang svarede til den administrative opdeling i by- og landdistrikter. Da denne struktur var for grov for de pågældende lægemiddelproducenter, foretog IMS i 1989 en opdeling i 1 000 segmenter, der bl.a. tog hensyn til forskellige markedsforhold og salgsstrukturer. I anledning af indførelsen af femcifrede postnumre den 1. juni 1993 foretog IMS en ny markedssegmentering, hvor der blev udviklet en struktur med 1 845 segmenter. IMS har siden januar 2000 foretaget sine undersøgelser på basis af en opdeling af Tyskland i 1 860 segmenter eller på basis af en yderligere opdeling, som er afledt heraf, og som består af 2 847 segmenter (herefter henholdsvis »1 860-blokstrukturen« og »2 847-blokstrukturen«).

5. Disse strukturer er fastlagt under hensyn til forskellige kriterier, hvoraf de vigtigste har været de administrative kommunegrænser og postdistrikterne. Grænsedragningen mellem segmenterne er også baseret på andre faktorer, f.eks. områdets art (by- eller landområde), de eksisterende transportforbindelser og antallet af apoteker og læger i lokalområdet.

6. For at inddrage medicinalindustrien i arbejdet med at opstille strukturer for denne industri nedsatte IMS for nogle år

siden den såkaldte »RPM«-arbejdsgruppe (»Regionaler Pharmazeutischer Markt«, arbejdsgruppen for det regionale lægemiddelmarked). Arbejdsgruppen, der indkaldes to gange årligt, består af repræsentanter for de lægemiddelvirksomheder, der er IMS' kunder. Her kan de fremsætte forslag til, hvordan segmenteringen af det tyske marked kan forbedres og tilpasses bedre til deres behov. Efter IMS' oplysninger blev arbejdsgruppens forslag kun i undtagelsestilfælde taget i betragtning, og den beskæftigede sig med mindre end 10% af segmenterne i de to strukturer. Den var i første række et markedsføringsinstrument, der skulle binde kunderne til produkterne. NDC påstår heroverfor, at arbejdsgruppen havde afgørende indflydelse på fastlæggelsen af de enkelte segmenter.

7. IMS benyttede ikke kun 1 860- og 2 847-blokstrukturerne, når selskabet skulle udarbejde de markedsundersøgelser, der blev solgt til lægemiddelvirksomhederne, men uddelte dem også gratis til apotekernes edb-centre og til foreninger af sygekasselæger. Det bevirkede ifølge den nationale ret, at disse strukturer blev en »velkendt standard« for udarbejdelse af regionale analyser af det tyske lægemiddelmarked. Medicinalindustrien afstemte sine egne it- og distributionsstrukturer herefter.

8. PII, der blev grundlagt af en tidligere direktør i IMS, baserede først sine undersøgelser på en opdeling af Tyskland i 2 201 segmenter. Kontakter med potentielle kunder gjorde det imidlertid klart, at under-

søgelser, der var tilrettelagt på en sådan måde, var vanskelige at afsætte, fordi de byggede på en anden struktur end den, lægemiddelvirksomhederne var vant til. PII besluttede derfor at arbejde med strukturer bestående af 1 860 og 3 000 segmenter, idet disse strukturer i vidt omfang svarede til de strukturer, IMS anvendte³.

De nationale retsinstitutters tidligere afgørelser

9. For at forhindre anvendelsen af sådanne strukturer, som efter IMS' mening krænkede dets ophavsret, anlagde IMS sag ved Landgericht med begæring om, at der blev afsagt kendelse om et øjeblikkeligt forbud. Landgericht tog denne begæring til følge og forbød ved kendelse om foreløbige forholdsregler af 27. oktober 2000 PII at benytte strukturen bestående af 3 000 segmenter og enhver anden struktur, der var afledt af IMS' 1 860-blokstruktur. Den 19. juni 2001 afviste Oberlandesgericht Frankfurt am Main PII's anke af denne afgørelse, der som følge heraf opnåede formel retskraft. Efter at NDC havde opkøbt PII, blev der afsagt en tilsvarende kendelse om foreløbige forholdsregler over for NDC. Den pågældende kendelse blev stadfæstet af Landgericht ved en dom af

12. juli 2001. Denne dom havde imidlertid ikke opnået retskraft på tidspunktet for afsigelsen af den forelæggelseskendelse, der ligger til grund for den foreliggende sag.

10. Den tyske ret baserede navnlig sine afgørelser på, at IMS' strukturer var databaser (eller dele af databaser), der var beskyttet af de tyske regler om ophavsret. Retten tog ikke stilling til, i hvilket omfang RPM-arbejdsgruppen havde medvirket til at udarbejde disse strukturer, og mente desuden, at IMS i det mindste måtte betragtes som medindehaver af den pågældende ophavsret og derfor kunne modsætte sig, at de nævnte strukturer blev anvendt uden dets samtykke.

Europa-Kommissionens foreløbige beslutning og kendelserne fra Rettens præsident og Domstolens præsident

11. Samtidig med at disse tvister verserede, var anvendelsen af IMS' strukturer som anført i forelæggelseskendelsen også genstand for en konkurrencesag ved Europa-Kommissionen.

12. Kort før Landgericht udstedte sin første kendelse om foreløbige forholdsregler, anmodede NDC IMS om licens til mod betaling at anvende IMS' 1 860-blokstruk-

3 — Strukturen med 1 860 segmenter indeholdt kun 30 segmenter, der ikke gik igen i IMS' struktur, og strukturen med 3 000 segmenter byggede på IMS' struktur med 2 847 segmenter, men indeholdt yderligere ca. 150 underopdelte segmenter.

tur. Det blev afvist af IMS, som erklærede, at der ikke ville blive indledt forhandlinger om meddelelse af licens, hvorefter NDC indgav klage til Kommissionen under påberåbelse af, at IMS havde misbrugt sin dominerende stilling, og anmodede Kommissionen om at træffe hasteforanstaltninger.

13. På NDC's begæring vedtog Kommissionen den 3. juli 2001 i overensstemmelse med Domstolens afgørelse i sagen *Camera Care* mod Kommissionen⁴ en foreløbig foranstaltning i form af beslutning 2002/165/EF af 3. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82⁵. I denne beslutning: i) pålagde Kommissionen IMS »ufortøvet at meddele alle virksomheder, som på nuværende tidspunkt er til stede på markedet for tyske regionale salgsdatatjenester, efter anmodning og på ikke-diskriminerende vilkår, en licens til anvendelsen af 1 860-blokstrukturen for at gøre det muligt for disse virksomheder at anvende og sælge regionale salgsdata, der er formateret i overensstemmelse med denne struktur« (artikel 1), ii) opstillede Kommissionen metoder til beregning af afgifterne i forbindelse hermed (artikel 2), og iii) bestemte Kommissionen, at IMS skulle betale en tvangsbøde (artikel 3).

14. I den del af beslutningen, der omhandler *fumus boni juris*, dvs. IMS' umiddelbare overtrædelse af artikel 82 EF, lagde Kommissionen til grund, at dette selskab havde

en dominerende stilling på markedet for levering af tyske regionale salgsdata (et marked, der strækker sig over Tyskland og udgør en væsentlig del af fællesmarkedet)⁶.

15. Kommissionen mente på den baggrund, at det ved afgørelsen af, om nægtelsen af at give en licens til IMS' struktur kunne udgøre et misbrug af en dominerende stilling, skulle vurderes, »om 1 860-blokstrukturen eller en kompatibel struktur [var] absolut nødvendig for konkurrencen på det relevante marked, dvs. om virksomheder, som [ønskede] at tilbyde regionale salgsdatatjenester i Tyskland, [havde] en realistisk mulighed for — i stedet for 1 860-blokstrukturen eller en kompatibel struktur — at anvende en anden struktur, som ikke [ville] krænke IMS' ophavsret«⁷. Kommissionen tilføjede videre, at »[s]varet på dette spørgsmål [klart] [afhæng] [...] af, om kunder til regionale salgsdata [havde] en reel mulighed for at købe data, der [var] formateret i en anden struktur«⁸.

16. Dette spørgsmål besvarede Kommissionen bekræftende med støtte i resultaterne af sine undersøgelser og navnlig de oplysninger, som en række adspurgte lægemiddelvirksomheder havde givet.

4 — Domstolens kendelse af 17.1.1980, sag 792/79 R, Sml. s. 119.

5 — EFT L 59, s. 18.

6 — Betragtning 45-62.

7 — Betragtning 71.

8 — Betragtning 72.

17. Kommissionen nævnte i den forbindelse en række forhold, som betød, at kunderne (dvs. lægemiddelvirksomhederne) var afhængige af IMS' 1 860-blokstruktur, bl.a.:

— at »arbejdsgruppen [havde spillet] en særdeles betydelig rolle i forbindelse med udformningen af den nuværende struktur« med 1 860 segmenter, og at »medicinalindustrien i Tyskland [havde investeret] betydelige ressourcer i at sikre, at blokstrukturen fuldt ud imødekom dens behov«. Det forklarede til dels lægemiddelvirksomhederne »afhængighed — opbygget gennem en lang periode — af denne struktur, det særdeles ringe incitament til at gå over til en ny struktur og således det forhold, at det [var] umuligt for en regional salgsdatatjeneste, der [var] formateret i en anden struktur, at tage konkurrencen op«⁹

— at »1 860-blokstrukturen [fungerede] som en industristandard, til dels på grund af den rolle, som virksomhederne inden for denne industri [havde] spillet med hensyn til udviklingen heraf«, og at »[l]ægemiddelvirksomhederne [var] blevet »fastlåst« til denne standard i den forstand, at selv om det [var] teoretisk muligt, [ville] det ikke

være økonomisk muligt at skifte til salgsdata, der [var] formateret i en ikke-kompatibel struktur«¹⁰

— at »[d]ata for forskellige tidsrum [skulle] [...] være kompatible, og data i enhver ny struktur [ville] skulle omregnes til 1 860-strukturen (eller omvendt) for at muliggøre denne sammenlignelighed, hvilket [var] forbundet med betydelige omkostninger«¹¹

— at »[h]vis de regionale salgsdata blev leveret i en struktur, der ikke [var] kompatibel med 1 860-strukturen, [ville] dette nødvendiggøre betydelige ændringer af de områder, som lægemiddelvirksomhederne tildeler deres lægemiddelkonsulenter«, og resultere i »tab af relationer mellem lægemiddelkonsulenter og læger«. Dette tab, som ville være »det uundgåelige resultat af en ændring af en blokstruktur, som ikke er kompatibel med 1 860-blokstrukturen, [ville] i vidt omfang afholde visse lægemiddelvirksomheder fra at foretage en sådan ændring«¹²

10 — Betragtning 86 og 92.

11 — Betragtning 93.

12 — Betragtning 114. Med hensyn til relationerne mellem læger og lægemiddelkonsulenter gjorde Kommissionen bl.a. opmærksom på, at »lægemiddelvirksomhederne [lægger] stor vægt på forholdet mellem læge og konsulent, da det er en af de få måder, hvorpå salget af et lægemiddel kan fremmes« (betragtning 113).

9 — Betragtning 72.

— at salgsområdet, der var defineret som aggregeringen af en række blokke, kunne »være fastlagt i arbejdskontrakten mellem virksomheden og lægemiddelkonsulenten, i hvilket tilfælde en ændring af strukturen [ville] kræve en ændring af arbejdskontrakten. Dette [var] en anden grund til ikke at gå over til en anden blokstruktur«¹³

— at »omkostningerne ved at ændre interne applikationer, som på [daværende] tidspunkt [var] fuldstændigt afhængige af 1 860-blokstrukturen, [var] betydelige og i vidt omfang [afholdt] virksomhederne fra at skifte blokstrukturer«¹⁴.

18. Kommissionen henviste dernæst til »tekniske og juridiske begrænsninger, som i det mindste [gjorde] det uforholdsmæssigt vanskeligt for andre virksomheder at opbygge en anden struktur, hvori regionale datatjenester kunne formateres og markedsføres i Tyskland«¹⁵. I den forbindelse påpegede den bl.a., at »[d]e fleste af de parametre, der [anvendtes] til at opbygge strukturen, [...] som nævnt [var] offentligt tilgængelige og fastlagte (postnummerområde, apotekers og lægers beliggenhed, sociodemografiske data, topologi, områder,

der kan dækkes af lægemiddelkonsulenter på en dag osv.). Valget af grænser mellem blokkene [afhang] i vidt omfang af disse objektive parametre og [begrænsede] således de valgmuligheder, der [var] til rådighed ved opbygningen af en ny struktur«¹⁶.

19. Kommissionen nævnte desuden en række andre omstændigheder, som gjorde, at det ikke var sandsynligt, at IMS' konkurrenter ville udvikle en alternativ struktur, navnlig at der herskede retsikkerhed i forbindelse med salg af data i en ny struktur¹⁷, at forsøgene på at opbygge nye strukturer var slået fejl¹⁸, og at det ikke var muligt at drage lære af de øvrige landes erfaringer med udvikling af andre strukturer¹⁹.

20. Kommissionen fastslog på grundlag af de nævnte omstændigheder, at det var absolut nødvendigt at anvende 1 860-blokstrukturen eller andre kompatible strukturer for at konkurrere på det relevante marked. Kommissionen mente, at der ikke

13 — Betragtning 115.

14 — Betragtning 122.

15 — Betragtning 124.

16 — Betragtning 131. Kommissionen understregede herefter mere specifikt, at »den klare betydning af at anvende postnummerområder [begrænsede] valgmulighederne for potentielle ophavsmænd til nye blokstrukturer« (betragtning 132), at vægtige argumenter talte for, at »det [var] nødvendigt, at blokstrukturer [tog] hensyn til grænserne i forbindelse med de 440 tyske distrikter (Kreise)« (betragtning 137), og at det var »sandsynligt, at den tyske databeskyttelseslovgivning faktisk i et vist omfang [begrænsede] muligheden for at opbygge endnu en struktur i Tyskland« (betragtning 142).

17 — Betragtning 143-145.

18 — Betragtning 146-152.

19 — Betragtning 153-166.

forelå nogen objektiv begrundelse for at nægte at meddele licens²⁰, og at denne nægtelse derfor umiddelbart måtte betragtes som et misbrug af en dominerende stilling.

grund af de ovennævnte tekniske, juridiske og økonomiske begrænsninger ikke [kunne] duplikeres ved hjælp af en ikke-krænkende parallel frembringelse«²³. Kommissionen tilføjede ligeledes med henvisning til Fællesskabets retspraksis, at »det ikke [var] nødvendigt, at en nægtelse af at levere [hindrede], at et nyt produkt [kom] ind på markedet, for at der [kunne] være tale om et misbrug«²⁴.

21. Som svar til IMS, der på baggrund af Fællesskabets retspraksis på området mente at have »ret til at nægte at meddele konkurrenter licens til sin ophavsret for det marked, som ophavsretten [vedrørte]«²¹, anførte Kommissionen, at »den omstændighed, at de af Domstolen og Retten behandlede sager, som IMS [henviste] til, [omfattede] to markeder, ikke [udelukkede] muligheden for, at en nægtelse af at meddele licens til en intellektuel ejendomsret [kunne] være i strid med artikel 82«²². Denne bestemmelse var efter Kommissionens opfattelse overtrådt i den foreliggende sag, eftersom: i) »1 860-blokstrukturen [var] en nødvendig forudsætning for, at virksomheder [kunne] konkurrere på markedet for regionale salgsdatatjenester i Tyskland«, ii) der var »en væsentlig forskel mellem det produkt, som [var] en regional salgsdatatjeneste, og den blokstruktur, hvori de data, der [anvendes] til at skabe disse tjenester, [blev formateret]«, og iii) »[det pågældende værk] [u]nder de specifikke og særlige omstændigheder, hvorunder »1 860-blokstrukturen« blev udviklet, og ophavsretten blev gjort gældende og bekræftet, [...] i dette tilfælde på

22. IMS anlagde den 6. august 2001 sag ved Retten med påstand om annullation af Kommissionens beslutning i henhold til artikel 230 EF og om udsættelse af gennemførelsen af denne beslutning i henhold til artikel 243 EF. Ved kendelse af 26. oktober 2001 tog Rettens præsident begæringen om udsættelse af beslutningens gennemførelse til følge²⁵. I den foreliggende sag er det bl.a. vigtigt at understrege, at Rettens præsident i den del af kendelsen, der omhandlede fumus boni juris, umiddelbart erklærede sig enig (eller i hvert fald ikke fuldstændig uenig) i IMS' argumenter om, at Kommissionen afveg fra Fællesskabets praksis, når den antog, at en nægtelse af at indrømme licens udgør en tilsidesættelse af artikel 82 EF, selv om den ikke forhindrer »skabelsen af et nyt produkt på et særskilt marked, der adskiller sig fra det marked, hvor den pågældende virksomhed er dominerende«²⁶.

20 — Betragtning 167-174.

21 — Betragtning 182.

22 — Betragtning 184.

23 — Betragtning 184.

24 — Betragtning 180.

25 — Kendelse afsagt af Rettens præsident den 26.10.2001, sag T-184/01 R, IMS Health mod Kommissionen, Sml. II, s. 3193.

26 — Præmis 105.

23. NDC's appel af denne kendelse om foreløbige forholdsregler blev forkastet ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11. april 2002²⁷.

misbrug af en dominerende stilling ved at nægte at meddele licens, har Landgericht imidlertid valgt at stille Domstolen følgende spørgsmål:

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

24. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at IMS i hovedsagen fastholder sin påstand om, at det forbydes NDC at udnytte 1 860-blokstrukturen og enhver anden blokstruktur, der er afledt heraf. Landgericht mener imidlertid, at de tyske regler om ophavsret i princippet giver IMS ret til at forbyde udnyttelsen af selskabets produkt, men at denne ret ikke vil kunne gøres gældende i den foreliggende sag, såfremt det måtte fastslås, at IMS ved at afvise at indgå en licensaftale med NDC på rimelige vilkår har handlet retsstridigt i artikel 82 EF's forstand.

25. På dette punkt har den nationale retsinstans tilsluttet sig Kommissionens konklusioner vedrørende afgrænsningen af det relevante marked og IMS' dominerende stilling²⁸. For at afgøre, om IMS har udøvet

»1) Skal artikel 82 EF fortolkes således, at en virksomhed med en dominerende stilling på markedet udøver misbrug, når virksomheden nægter at indgå en licensaftale om udnyttelse af en ophavsretligt beskyttet database med en virksomhed, der ønsker at få adgang til det samme geografiske marked og produktmarked, hvis markedsmodpartens kunde, altså den potentielle efterspørger, afslår ethvert produkt, der ikke gør brug af den ophavsretligt beskyttede database, fordi kunden har indstillet sig på at anvende produkter på grundlag af den ophavsretligt beskyttede database?

2) Er det af relevans for spørgsmålet, om en virksomhed med en dominerende stilling på markedet udøver misbrug, i hvilket omfang markedsmodpartens medarbejder har været inddraget i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede database?

3) Er det af relevans for spørgsmålet, om en virksomhed med en dominerende stilling på markedet udøver misbrug, hvilke omlægningsudgifter (navnlig

27 — Kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11.4.2002 i sag C-481/01 P(R), NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, Sml. I, s. 3401.

28 — Landgericht har navnlig henvist til betragtning 45-55, 59 og 60 i Kommissionens beslutning om foreløbige forholdsregler.

omkostninger) den efterspørger, der hidtil har anvendt produktet fra den markedsdominerende virksomhed, får, hvis han for fremtiden anvender produktet fra en konkurrerende virksomhed, der ikke gør brug af den ophavsretligt beskyttede database?»

Kommissionen, Rettens præsident og Domstolens præsident har beskæftiget sig med ved flere lejligheder. For at kunne besvare den nationale rets spørgsmål fyldestgørende og henset til indholdet af Kommissionens beslutning og til de kendelser om foreløbige forholdsregler, der er afsagt af Fællesskabets retsinstanser, vil jeg derfor fremsætte en række indledende bemærkninger vedrørende spørgsmålenes rækkevidde og de centrale problemer, de rejser.

Retsforhandlingerne for Domstolen og den for Retten verserende sag

26. Parterne i hovedsagen og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg i den sag, der er anlagt ved Domstolen. Disse parter afgav også mundtlige indlæg under retsmødet den 6. marts 2003.

27. I den sag, IMS har anlagt ved Retten med påstand om annullation af Kommissionens beslutning, blev det ved kendelse af 26. september 2002 besluttet at udsætte sagen, indtil Domstolen har truffet afgørelse i den foreliggende sag.

Retlig vurdering

Indledende bemærkninger

28. De præjudicielle spørgsmål indgår som nævnt i en vanskelig problemstilling, som

29. Jeg vil gerne understrege, at det første spørgsmål øjensynligt bygger på følgende to forudsætninger: a) anvendelsen af en særlig ophavsretligt beskyttet blokstruktur er *nødvendig* for at kunne afsætte undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler i et givet land og dermed også for at kunne operere på det relevante marked, eftersom potentielle kunder (lægemiddelvirksomheder) *ikke er interesseret i at købe undersøgelser, der ikke er baseret på denne struktur* ²⁹, og b) den virksomhed, der er indehaver af ophavsretten til den pågældende struktur, indtager en dominerende stilling på markedet for regionale salgsdatatjenester for lægemidler i det pågældende land. Den tyske ret ønsker med baggrund heri oplyst, om artikel 82 EF skal fortolkes således, at en virksomhed, som er indehaver af ophavsretten, i en sådan situation misbruger sin dominerende stilling, når den nægter at meddele licens til

29 — Lægemiddelvirksomhedernes manglende interesse, der ikke bestrides i dette spørgsmål, skyldes organisatoriske problemer.

anvendelse (mod betaling) af sin struktur til virksomheder, der har til hensigt at anvende den *på samme* (produktmarked eller geografiske) *marked* som det, hvorpå den indtager en dominerende stilling og anvender den pågældende struktur.

at Kommissionen havde uret i, at nægtelsen af at indrømme licens udgjorde en tilsidesættelse af artikel 82 EF, selv om den ikke forhindrede »skabelsen af et nyt produkt på et særskilt marked, der [adskilte] sig fra det marked, hvor den pågældende virksomhed [var] dominerende«³¹.

30. Hensigten med den nationale rets første spørgsmål er med andre ord at få oplyst, om nægtelsen af at meddele licens i en situation som den her omhandlede kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling, selv om den ikke begrænser eller forhindrer konkurrencen på et andet marked end det, hvorpå indehaveren af ophavsretten udøver sin ret og indtager en dominerende stilling, men blot forhindrer potentielle konkurrenter i at operere på det samme marked som den dominerende virksomhed.

31. IMS havde som nævnt taget afstand fra Kommissionens holdning til netop dette aspekt og påpeget, at IMS havde »ret til at nægte at meddele konkurrenter licens til sin ophavsret for det marked, som ophavsretten [vedrørte]«³⁰. Det er som nævnt netop dette aspekt, Rettens præsident fokuserede på i sin kendelse om foreløbige forholdsregler, hvori han umiddelbart erklærede sig enig (eller i hvert fald ikke fuldstændig uenig) i IMS' argumenter om,

32. Set i lyset af Kommissionens beslutning og kendelserne om foreløbige forholdsregler synes de to efterfølgende præjudicielle spørgsmål til gengæld at være centreret om en af de forudsætninger, der danner grundlag for det første spørgsmål, eftersom de i det væsentlige tilsigter at få kendskab til, i hvilke tilfælde en særlig blokstruktur må anses for *nødvendig* for at afsætte undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler i et givet land. Den tyske ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om der ved vurderingen af dette spørgsmål skal tages hensyn til: i) i hvilket omfang repræsentanter for lægemiddelvirksomheder har deltaget i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede struktur, og ii) hvilke (især økonomiske) udgifter lægemiddelvirksomhederne skal præstere for at kunne erhverve undersøgelser, der bygger på en anden struktur end den ophavsretligt beskyttede struktur.

33. Efter denne præcisering af spørgsmåle-nes rækkevidde vil jeg nu tage fat på det første spørgsmål og dernæst gennemgå det

30 — Betragtning 182 i Kommissionens beslutning om foreløbige forholdsregler.

31 — Præmis 105 i Rettens præsidents kendelse.

andet og det tredje spørgsmål under ét. Jeg vil afslutte min gennemgang med et par korte bemærkninger til de problemer, der er forbundet med den nationale rets og Kommissionens samtidige anvendelse af artikel 82 EF.

Det første spørgsmål

Parternes argumenter

34. IMS har hvad det første spørgsmål angår indledningsvis påpeget, at eneretten til at udnytte en intellektuel ejendomsret, hvilket indbefatter indehaverens særlige ret til at nægte at meddele andre licens til at udnytte denne, udgør et vigtigt element i denne ret. Det bevirker ifølge retspraksis, at en nægtelse af at give en licens, selv om der er tale om en virksomhed i en dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug i henhold til artikel 82 EF. Denne bestemmelse vil kun være tilsidesat, hvis nægtelsen af at give en licens er relateret til en anden omstændighed, som bevirker, at der foreligger et misbrug³². Hvis man fortolkede reglerne anderledes og anså en nægtelse af at meddele licens for et misbrug i sig selv, ville det i øvrigt få alvorlige og

uheldige konsekvenser for markedskonomen. Det ville nemlig afskære indehaverne af intellektuelle ejendomsrettigheder fra at opnå en rimelig kompensation for deres kreative indsats og gøre dem mindre motiverede til at investere i innovation og forskning.

35. IMS har desuden anført, at nægtelsen af at meddele licens i en sag som den her omhandlede heller ikke ud fra princippet om de såkaldte »essential facilities« (væsentlige faciliteter), som Kommissionens foreløbige beslutning primært tager udgangspunkt i, kan anses for et misbrug af en dominerende stilling. Hvis dette princip skal anvendes, kræver det nemlig, at den dominerende virksomhed på et (forudliggende) marked udbyder produkter eller tjenesteydelser, som er nødvendige for, at andre kan konkurrere med den på et andet (efterfølgende) marked. Når den dominerende virksomhed under disse betingelser uberettiget nægter at give adgang til sine produkter eller tjenesteydelser, fører det til urimelig begrænsning af konkurrencen på det efterfølgende marked³³. Princippet om væsentlige faciliteter kan derfor ikke lægges til grund for et krav om, at den dominerende virksomhed deler en af sine intellektuelle ejendomsrettigheder med andre virksomheder med det ene formål at gøre det

32 — IMS har i den forbindelse henvist til domme af 5.10.1988, sag 53/87, CICRA og Maxicar, Sml. s. 6039, og sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211, samt dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 49, herefter »Magill-dommen«.

33 — Dette understøttes efter IMS' opfattelse af hele Fællesskabets retspraksis og alle Kommissionens beslutninger i sager om nægtelse af at indgå aftale vedrørende væsentlige faciliteter. IMS har i den forbindelse navnlig henvist til Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, og af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 5941, Magill-dommen, dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, Rettens dom af 12.6.1997, sag T-504/93, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 923, samt Kommissionens beslutning 98/190/EF af 14.1.1998 om en procedure efter EF-traktatens artikel 86, sag IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG, EFT L 72, s. 30.

muligt for disse virksomheder at konkurrere mere effektivt på samme marked som det, hvor den førstnævnte virksomhed udøver sin ret.

heder, og b) visse af Fællesskabets internationale forpligtelser i medfør af dels WTO-aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, dels Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker.

36. IMS har endvidere påpeget, at Magilldommen i den foreliggende sag ikke understøtter påstanden om, at nægtelsen af at meddele licens udgør et misbrug af en dominerende stilling. I denne sag fastslog Domstolen nemlig, at en nægtelse af at give en licens kun udgør et misbrug under »særlige omstændigheder«, hvor denne nægtelse: i) forhindrer, at der skabes et nyt produkt, som den dominerende virksomhed, der er indehaver af den intellektuelle ejendomsret, ikke udbyder til salg, og som der er en potentiel efterspørgsel efter, ii) ikke er begrundet, og iii) betyder, at den dominerende virksomhed forbeholder et afledt marked for sig selv. Den første og tredje betingelse er imidlertid ikke opfyldt her, for så vidt som NDC ikke søgte at indføre et nyt produkt på et afledt marked, men havde til hensigt at anvende den struktur, IMS havde udviklet, til at bringe et produkt på markedet, der næsten var identisk med IMS'.

37. IMS har endelig gjort gældende, at hvis artikel 82 EF fortolkes således, at en dominerende virksomhed tilsidesætter denne artikel blot ved at nægte at meddele licens, ville det være i strid med: a) ejendomsretten, der sikres ved den europæiske konvention om beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettig-

38. NDC mener naturligvis, at det forholder sig stik modsat.

39. Selskabet har navnlig gjort gældende, at omstændighederne i hovedsagen på mange punkter svarer til omstændighederne i Magill-sagen, hvori Domstolen fastslog, at indehaveren af ophavsretten handlede retsstridigt ved at nægte at meddele licens. Der er bl.a. følgende lighedspunkter:

- Det ophavsretligt beskyttede immaterielle aktiv er ikke resultatet af en større kreativ indsats eller af omfattende investeringer (den her omhandlede struktur er hovedsagelig baseret på de tyske postdistrikter og udviklet med betydelig hjælp fra medicinalindustrien).

- Aktivet stilles til rådighed for virksomheder, der ikke har til hensigt at konkurrere med indehaveren af ophavsretten (i den foreliggende sag bl.a. til kartografiske formål).

— Den virksomhed, der har anmodet om licensen, vil i flere henseender kunne tilbyde et bedre produkt end det, indehaveren af ophavsretten har udviklet (den her omhandlede database vil eksempelvis kunne behandle et bredere spektrum af data, kunderne vil få online-adgang til disse data, de vil være af højere kvalitet, og de vil blive præsenteret på en mere brugervenlig måde for kunden).

— Monopolet på den primære aktivitet (i den foreliggende sag blokstrukturen) vil også gælde for den afledte aktivitet (i den foreliggende sag afsætningen af undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler).

40. NDC mener også, at det taler for den angivne løsning, at selskabet ikke har til hensigt kun at gengive de data, IMS indsamler, men også ønsker at indsamle og behandle regionale salgsdata særskilt for dernæst at overføre dem til sit eget produkt. NDC har desuden understreget, at det her omhandlede ophavsretligt beskyttede immaterielle aktiv er blevet en industriel standard, som ifølge Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler³⁴ sigter mod at skabe den bredest mulige adgang.

41. NDC har endelig anført, at det ikke er nødvendigt for, at en nægtelse af at meddele licens betragtes som misbrug, at der findes to særskilte markeder (et forudliggende og et efterfølgende)³⁵. Som det fremgår af Magill-dommen, er det tilstrækkeligt til, at artikel 82 EF finder anvendelse, at den virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et givet marked, har monopol på de oplysninger, der er nødvendige for, at andre kan konkurrere med den. At disse oplysninger ikke udbydes til salg af den dominerende virksomhed, er uden betydning.

42. Kommissionen har gjort gældende, at det ikke er nødvendigt, at en væsentlig facilitet befinder sig på et andet marked end det, hvorpå en dominerende virksomheds konkurrenter har til hensigt at operere, for at denne virksomhed kan anses for at udøve misbrug ved at nægte at give sine konkurrenter adgang til denne facilitet. Det er i den henseende tilstrækkeligt, at denne facilitet befinder sig på et forudliggende produktionstrin og udgør et helt særskilt »input« ved frembringelsen af en konkret afledt vare eller tjenesteydelse.

43. Kommissionen har nærmere præciseret, at en bestemt vare eller tjenesteydelse skal adskille sig fra afledte varer eller tjenesteydelser, og at der skal skabes en merværdi mellem denne vare eller tjenesteydelse og afledte varer eller tjenesteydelser, for at den kan betragtes som en væsentlig

35 — NDC har i den forbindelse bl.a. påpeget, at Domstolen i præmis 47 i Magill-dommen ikke kom ind på, om det i den foreliggende sag var teknisk muligt at sondre mellem to markeder.

34 — EFT 2001 C 3, s. 2.

facilitet eller et væsentligt input. Denne tilgang, der i højere grad bygger på sontringen mellem de forskellige produktionsstrin end på forekomsten af særskilte markeder, bekræftes af Domstolens vurdering i Magill- og Bronner-dommene og af Rettens vurdering i Ladbroke-dommen.

afgørende funktion, fordi den forbeholder markedet for afledte varer eller tjenesteydelser for sig selv. Hertil har Kommissionen i øvrigt anført, at ophavsretten er en form for ejendomsret, hvilket betyder, at indehaveren har fri rådighed over det ophavsretligt beskyttede (materielle eller immaterielle) aktiv, men samtidig er bundet af de begrænsninger, som konkurrencereglerne opstiller for denne ret.

44. Den omstændighed, at den dominerende virksomhed ikke markedsfører det input, der er nødvendigt for at frembringe den afledte vare eller tjenesteydelse, som en selvstændig ydelse, udelukker i øvrigt ikke i sig selv, at den udøver misbrug ved uberettiget at nægte at give adgang til dette input. Nægtelsen af at give adgang resulterer nemlig også i dette tilfælde i en væsentlig indskrænkning af konkurrencen på markedet for afledte varer eller tjenesteydelser, hvilket er i strid med artikel 82 EF. Konkurrencen indskrænkes endnu mere, hvis det nødvendige input ikke markedsføres, fordi de virksomheder, der ønsker at frembringe de afledte varer eller tjenesteydelser, ikke længere vil kunne skaffe dette input indirekte ved at henvende sig til en tredje mand, der har erhvervet det fra den dominerende virksomhed.

Stillingtagen

46. Dette spørgsmål rejser som nævnt et vigtigt og vanskeligt problem med hensyn til fortolkningen af artikel 82 EF i relation til en dominerende virksomheds pligt til (mod betaling) at indrømme sine konkurrenter ret til at anvende et ophavsretligt beskyttet immaterielt aktiv, når dette aktiv er nødvendigt for at operere på det samme marked som det, hvor virksomheden udøver sin ophavsret og indtager en dominerende stilling.

45. Kommissionen har tilføjet, at det samme gør sig gældende, hvis det væsentlige input består af et ophavsretligt beskyttet immaterielt aktiv. Hvis dette immaterielle aktiv nemlig adskiller sig fra de afledte varer eller tjenesteydelser, som det er en nødvendig bestanddel af, vil den dominerende virksomhed, der er indehaver af ophavsretten, ved at nægte at meddele licens handle i strid med denne rets

a) Den relevante retspraksis

47. For at kunne besvare dette spørgsmål vil jeg først gennemgå de sager, hvor Domstolen har taget stilling til, om en nægtelse af at indgå aftale kan betragtes

som et misbrug af en dominerende stilling, eftersom disse domme (eller i hvert fald nogle af dem) formentlig kan give et fingerpeg om, hvordan princippet om væsentlige faciliteter, som parterne flere gange har henvist til, skal anvendes³⁶.

48. Jeg vil lægge ud med et citat fra dommen i sagen Commercial Solvents mod Kommissionen, hvori dette problem blev belyst i forbindelse med et leveringsstop for råmaterialer. Domstolen tilsluttede sig den anfægtede kommissionsbeslutning og udtalte, at »indehaveren af en dominerende stilling på markedet for råmaterialer, der med henblik på at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter nægter at levere til en kunde, der også producerer disse følgeprodukter, med fare for at eliminere enhver konkurrence fra denne kunde, [vil] misbruge sin dominerende stilling i artikel 86's forstand«³⁷.

49. I CBEM-dommen benyttede Domstolen lejligheden til at præcisere, at dette »ligeledes [gælder] for en virksomhed, som har en dominerende stilling på markedet for en tjenesteydelse, der er absolut nødvendig for en anden virksomheds aktiviteter på et andet marked«³⁸. I denne sag fastslog Domstolen, at det var i strid med EF-traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF), at en virksomhed, som havde en dominerende stilling på markedet for fjernsynsudsendel-

ser, uden at det var objektivt begrundet, nægtede at stille antenntid til rådighed for uafhængige tv-markedsføringsvirksomheder og dermed forbeholdt en virksomhed i sin egen koncern opgaver på dette område med fare for at udelukke enhver konkurrence på det pågældende marked. I dette tilfælde henviste Domstolen bl.a. til princippet om, at »det er misbrug af en dominerende stilling, jf. artikel 86, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked — uden at det er objektivt nødvendigt — forbeholder sig selv [...] forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket«³⁹.

50. Hvad nærmere angår intellektuelle ejendomsrettigheder kan Volvo-sagen fremhæves. I denne sag blev Domstolen i det væsentlige spurgt, om denne bilproducent misbrugte sin dominerende stilling på det (formodede) marked for originale reservedele ved at nægte at give fremstillingen af disse reservedele i licens til andre. Som svar på dette spørgsmål bekræftede Domstolen, at »den ret, indehaveren af et beskyttet mønster har til at forhindre, at andre uden hans tilladelse fremstiller, sælger eller indfører produkter, der er omfattet af mønsterretten, udgør enerettens egentlige indhold. Heraf følger dels, at en forpligtelse for indehaveren af et beskyttet mønster til —

36 — Dette princip og dets anvendelse i såvel USA som Europa er bl.a. beskrevet i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Bronner-sagen, punkt 45-53.

37 — Præmis 25.

38 — Præmis 26.

39 — Præmis 27. Domstolen lagde under lidt andre omstændigheder samme princip til grund i GB-Inno-BM-dommen, præmis 18.

selv mod betaling af en rimelig licensafgift — at give andre licens til levering af produkter, der er omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold, dels, at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling»⁴⁰. Domstolen tilføjede dog, at »indehaverens udøvelse af eneretten til et mønster for karrosseridele til automobiler kan være omfattet af forbuddet i artikel 86, hvis den fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f. eks. hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele til uafhængige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt bilmodel, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model, forudsat at en sådan adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater«⁴¹.

51. I en appelsag vedrørende de to domme, Retten traf i den velkendte Magill-sag, beskæftigede Domstolen sig endnu en gang med spørgsmålet om nægtelse af at indrømme licens til anvendelse af en intellektuel ejendomsret. I de appellerede domme havde Retten bl.a. stadfæstet en beslutning, hvori Kommissionen fastslog, at visse tv-stationer havde misbrugt den dominerende stilling, de besad på markedet for deres tv-

programmer, ved med støtte i deres ophavsret til disse programmer at forbyde andre at offentliggøre komplette ugentlige oversigter over programmerne på de forskellige kanaler.

52. I den forbindelse bemærkede Domstolen især, at det fremgår af Volvo-dommen, at selv om en nægtelse af at give licens til en intellektuel ejendomsret ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling, »kan indehaverens udøvelse af eneretten ikke desto mindre under særlige omstændigheder føre til, at der foreligger et misbrug«⁴². Domstolen fandt, at der i den pågældende sag rent faktisk forelå omstændigheder, som betød, at de sagsøgende tv-stationers adfærd måtte betegnes som misbrug. Det var der følgende årsager til:

- For det første gav »[a]ppellanterne — som ifølge sagens natur var de eneste kilder til de oplysninger om programlægningen, der udgør det nødvendige basismateriale for et ugentligt tv-programblad — [...] ikke de tv-seere, der ønskede at skaffe sig oplysninger om programudbuddet for den kommende uge, nogen anden mulighed end at købe de ugentlige programblade for hver enkelt kanal og selv samle oplysningerne heri med henblik på at foretage sammenligninger. Appellanternes nægtelse af at stille de pågældende

40 — Volvo-dommen, præmis 8.

41 — Præmis 9. Domstolen fastslog i det væsentlige det samme i CICRA og Maxicar-dommen.

42 — Præmis 50.

oplysninger til rådighed under henvisning til de nationale regler om ophavsret forhindrede således, at der blev skabt et nyt produkt — et komplet ugentligt tv-program — som appellanterne ikke udbød til salg, og som der var en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, hvilket udgør et misbrug i henhold til traktatens artikel 86, stk. 2, litra b)«⁴³.

- For det andet »var nægtelsen af at stille de pågældende oplysninger til rådighed ikke begrundet i særlige forhold for radio- og tv-spredningsvirksomheden eller virksomheden med udgivelse af tv-blade«⁴⁴.

- For det tredje »betød appellanternes adfærd [...], at de forbeholdt et afledt marked, nemlig markedet for ugentlige tv-programblade, for sig selv og dermed udelukkede enhver konkurrence på dette marked [...], idet appellanterne nægtede at give adgang til de oplysninger, der er det nødvendige basismateriale for et sådant blad«⁴⁵.

53. Endelig havde Domstolen lejlighed til at beskæftige sig med spørgsmålet om nægtelse af at indgå aftale i den velkendte Bronner-sag. I denne sag, hvor Domstolen

antog, at der fandtes et selvstændigt marked for landsdækkende ordninger for udbringning af dagblade, udtalte den sig bl.a. »om den omstændighed, at den, der ejer den eneste landsdækkende udbringningsordning på en medlemsstats område, og som anvender ordningen med henblik på udbringning af sine egne dagblade, nægter at optage udgiveren af et konkurrerende dagblad i ordningen, udgør et misbrug af dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86, idet en sådan nægtelse afskærer den pågældende konkurrent fra at benytte en form for distribution, der er væsentlig for dennes salg«⁴⁶.

54. Domstolen bemærkede efter en henvisning til Magill-dommen, at »[s]elv om det antages, at den nævnte afgørelse vedrørende udøvelsen af en intellektuel ejendomsret kan anvendes på udøvelsen af en hvilken som helst ejendomsret«, var det en betingelse for at kunne fastslå, at nægtelsen af at indgå aftale i den pågældende sag udgjorde et misbrug af en dominerende stilling, at »nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medfører, at enhver konkurrence på dagbladsmarkedet fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, udelukkes og ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, men også, at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning«⁴⁷.

43 — Præmis 53 og 54.

44 — Præmis 55.

45 — Præmis 56.

46 — Præmis 37.

47 — Præmis 41.

b) Virkning

55. Denne korte gennemgang af retspraksis viser faktisk, som IMS har understreget, at Domstolen i alle de sager, hvor den har fastslået, at nægtelsen af at levere eller stille visse (materielle eller immaterielle) varer eller tjenesteydelser til rådighed kunne udgøre et misbrug af en dominerende stilling, har konstateret, at der findes et (forudliggende) marked for sådanne varer eller tjenesteydelser og et afledt (efterfølgende) marked, på hvilket den pågældende vare eller tjenesteydelse anvendes som input til frembringelse af en anden vare eller tjenesteydelse. De overtrædelser af artikel 82 EF, som var begået eller formodedes at være begået i disse sager, vedrørte nemlig vertikalt integrerede virksomheder, der (i hvert fald i teorien) ved at nægte at indgå en aftale misbrugte deres dominerende stilling på et forudliggende marked for at begrænse eller forhindre konkurrencen på et efterfølgende marked.

56. Som NDC og Kommissionen imidlertid med rette har påpeget, har Domstolen ikke vurderet, at det er nødvendigt for at kunne identificere et (forudliggende) marked for input, at den dominerende virksomhed markedsfører disse input som selvstændige varer eller tjenesteydelser. I Magill-dommen fastslog Domstolen nemlig, at der fandtes et marked for tv-programoversigter, selv om disse oversigter ikke blev markedsført som selvstændige varer af tv-kanalerne, men blot blev stillet gratis til rådighed for visse dagblade. I Bronner-dommen gjorde Domstolen det efterfølgende klart, at det var

muligt at skelne et marked for landsdækkende udbringningsordninger for dagblade, selv om den virksomhed, der havde et monopol på dette (hypotetiske) marked, ikke udbød udbringningsordningen som en selvstændig ydelse⁴⁸.

57. Med henblik på anvendelsen af den nævnte retspraksis vedrørende nægtelse af at indgå aftaler finder jeg det derfor tilstrækkeligt, at der *kan identificeres* et forudliggende marked for de pågældende input. Det gælder, uanset om der kun er tale om et »potentielt« marked i den forstand, at den monopolvirksomhed, der opererer herpå, beslutter sig til selv at udnytte de pågældende input på et afledt marked i stedet for at markedsføre dem som selvstændige tjenesteydelser (selv om der findes en reel efterspørgsel efter dem), hvorved den begrænser eller helt fjerner konkurrencen på dette marked.

58. Et klassisk eksempel på princippet om væsentlige faciliteter er den situation, hvor det er absolut nødvendigt at have adgang til en havn for at kunne levere søtransport-tjenester på et bestemt geografisk marked. Lad os antage, at havneejeren har eneret til at udnytte denne infrastruktur og på den måde sikrer sig et monopol på markedet for søtransport ved uden objektiv grund at

48 — Domstolen tog ved identificeringen af det relevante marked antageligt ikke hensyn til, at indehaveren af udbringningsordningen leverede forskellige tjenesteydelser til en uafhængig bladudgiver, heriblandt udbringning af et af udgiverens dagblade. Hvorom alting er, blev udbringningsordningen altså ikke solgt som en selvstændig ydelse, men som del af en »pakke«, der også omfattede trykning og salg af det pågældende dagblad i kiosker.

nægte at imødekomme andre virksomheders anmodninger om at benytte de nødvendige havnetjenester. I en sådan situation vil den retspraksis, der gælder for nægtelse af at indgå aftaler, efter min opfattelse være gældende, uanset at havnetjenesterne ikke udbydes på markedet. Dette er nemlig ikke til hinder for, at der identificeres et marked for de havnetjenester, som rederierne har anmodet om, eftersom der findes en reel efterspørgsel efter disse tjenester, og der ikke foreligger nogen teknisk begrundelse for ikke at markedsføre dem. Ser man på den retspraksis, der gælder for nægtelse af at indgå aftaler, kan ejeren af havneinfrastrukturen, såfremt han uden grund nægter at give adgang til denne infrastruktur, anses for at misbruge sin dominerende stilling (monopol) på markedet for havnetjenester, for så vidt som han derved forhindrer enhver konkurrence på det afledte marked for søtransporttjenester.

59. Da der ikke kan være tvivl om, at det ikke er nødvendigt for at kunne identificere et efterfølgende marked for input, at disse input markedsføres som selvstændige ydelser af den virksomhed, der kontrollerer dem, er det efter min opfattelse indlysende, at der pr. definition må formodes at eksistere et sådant marked, forudsat at: a) de pågældende input er nødvendige (de kan ikke erstattes eller reproducere) for at kunne handle på et bestemt marked, og b) der er en reel efterspørgsel efter disse input

fra virksomheder, som påtænker at operere på det marked, hvor disse input er nødvendige.

60. Hvis den situation, der er genstand for det første spørgsmål, sammenholdes med det foregående, må det erkendes, at det i den foreliggende sag ikke kan udelukkes, at den retspraksis, der gælder for nægtelse af at indgå aftaler, finder anvendelse, blot fordi den virksomhed, der har anmodet om en licens for at kunne anvende blokstrukturen, har til hensigt at operere på samme marked som indehaveren af ophavsretten. Det præjudicielle spørgsmål bygger nemlig på en antagelse om, at den blokstruktur, der er søgt om licens til, er nødvendig for at kunne sælge undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler i et givet land, hvilket betyder, at der med sikkerhed kan identificeres et forudliggende marked med hensyn til adgangen til blokstrukturen (som indehaveren af ophavsretten har monopol på) og et afledt marked med hensyn til salget af undersøgelser.

61. Det bør dog indskydes, at Domstolens afgørelser vedrørende nægtelse af at meddele licens til en intellektuel ejendomsret peger i retning af, at det ikke er tilstrækkeligt til at betegne en ubegrundet nægtelse som misbrug, at det ophavsretligt beskyttede immaterielle aktiv er nødvendigt for at operere på et bestemt marked, og at rettighedshaveren følgelig ved at nægte at meddele licens er i stand til at forhindre enhver konkurrence på det afledte marked.

62. Selv under disse omstændigheder mener jeg kun, at der ved afvejningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedshaverens frie næringsret og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence kan lægges afgørende vægt på sidstnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at meddele licens er til hinder for udviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne. Jeg mener nærmere bestemt, at det kun kan betragtes som misbrug at nægte at meddele licens, hvis den virksomhed, der har anmodet om licens, ikke har til hensigt at begrænse sig til i det væsentlige at reproducere varer eller tjenesteydelser, der allerede tilbydes på det afledte marked af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, men har til hensigt at frembringe varer eller tjenesteydelser med andre karakteristika, som — selv om de måtte konkurrere med de varer eller tjenesteydelser, indehaveren af den intellektuelle ejendomsret tilbyder — modsvarer særlige behov hos forbrugerne, som ikke opfyldes af eksisterende varer og tjenesteydelser.

63. Det understøttes efter min mening af Magill-dommen, hvori Domstolen som bekendt fastslog, at en ubegrundet nægtelse af at meddele licens måtte anses for misbrug, eftersom: a) denne nægtelse »forhindrede [...], at der blev skabt et nyt produkt — et komplet ugentligt tv-program — som appellanterne ikke udbød til salg, og som der var en potentiel efterspørgsel på fra

forbrugernes side«, og b) appellanterne på denne måde »forbeholdt et afledt marked, nemlig markedet for ugentlige tv-programblade, for sig selv og dermed udelukkede enhver konkurrence på dette marked«⁴⁹.

64. I denne sag mente Domstolen derfor, at nægtelsen af at meddele licens måtte betragtes som et misbrug, eftersom den virksomhed, der havde anmodet om licensen, havde til hensigt at lancere et ugentligt tv-programblad, der adskilte sig fra dem, indehaveren af ophavsretten udgav (det skulle bestå af en samlet oversigt i stedet for kun at beskrive programmerne på en enkelt kanal), og som opfyldte forbrugernes særlige behov. Man havde således forhindret, at der blev skabt et »nyt« produkt, som ville have konkurreret med de produkter, der blev udbudt af indehaveren af ophavsretten på det almindelige marked for ugentlige tv-programblade.

65. Det samme kan måske udledes af Volvo-dommen, hvori Domstolen præciserede, at »nægtelse af at indrømme en [...] licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling«⁵⁰. Selv om det registrerede mønster for forskellige karrosseridele i denne sag kunne betragtes som et input, der var nødvendigt for at operere på det (formodede) marked for originale reserverdele, valgte Domstolen ikke at betegne nægtelsen af at indrømme den omhandlede

49 — Præmis 54 og 56.

50 — Præmis 8.

licens som et misbrug. Årsagen var formentlig, at det selskab, der havde anmodet om licensen, udelukkende ville benytte den til efterligning af mønsterhaverens produkter, dvs. til fremstilling af originale Volvo-reservedele.

Det andet og det tredje spørgsmål

66. I lyset af de anførte betragtninger mener jeg derfor, at det første præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at artikel 82 EF skal fortolkes således, at en nægtelse af at meddele licens til anvendelse af et ophavsretligt beskyttet immaterielt aktiv udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i denne bestemmelse, hvis: a) denne nægtelse ikke er begrundet i objektive hensyn, og b) anvendelsen af det immaterielle aktiv er nødvendig for at operere på et afledt marked, hvilket betyder, at rettighedshaveren som følge af denne nægtelse vil kunne forhindre enhver konkurrence på det nævnte marked. Det forudsætter imidlertid, at den virksomhed, der anmoder om licens, ikke har til hensigt at begrænse sig til i det væsentlige at reproducere varer eller tjenesteydelser, der allerede tilbydes på det afledte marked af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, men har til hensigt at frembringe varer eller tjenesteydelser med andre karakteristika, som — selv om de måtte konkurrere med rettighedshaverens varer eller tjenesteydelser — modsvarer særlige behov hos forbrugerne, som ikke opfyldes af eksisterende varer eller tjenesteydelser.

67. Med sit andet og tredje spørgsmål ønsker den nationale ret som nævnt i det væsentlige oplyst, i hvilke tilfælde en ophavsretligt beskyttet blokstruktur må anses for nødvendig for at afsætte undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler i et givet land. Den forelæggende ret har nærmere bestemt spurgt, om der ved en sådan vurdering skal tages hensyn til: i) i hvilket omfang repræsentanter for lægemiddelvirksomheder har deltaget i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede struktur, og ii) hvilke (især økonomiske) udgifter lægemiddelvirksomhederne skal præstere for at kunne erhverve undersøgelser, der bygger på en anden struktur end den ophavsretligt beskyttede struktur.

Parternes argumenter

68. IMS har til de problemer, der rejses ved disse spørgsmål, generelt anført, at kundernes præferencer ikke kan begrunde, at 1 860-blokstrukturen betegnes som en væsentlig facilitet. Afgørelsen af, om en blokstruktur er nødvendig for afsætningen af undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler, kan nemlig ikke baseres

på, om kunderne subjektivt set er villige til at acceptere undersøgelser, der bygger på en anden struktur. Her er det mere afgørende, om det er objektivt muligt for en konkurrent af tilsvarende størrelse at udvikle en alternativ struktur.

praksis i branchen og til kundernes forventninger, eftersom disse forhold under visse omstændigheder kan betyde, at det er nødvendigt at have adgang til en infrastruktur, selv om det sædvanligvis ikke er tilfældet.

69. Hvad angår lægemiddelvirksomhedernes rolle i forbindelse med udformningen af blokstrukturen har IMS endvidere påpeget, at det er almindelig praksis at inddrage kunderne i udviklingen af produkter eller tjenesteydelser for at tilpasse dem bedst muligt til de behov, kunderne har. Hvis virksomhederne havde pligt til at meddele licens, ville det set i dette perspektiv få alvorlige konsekvenser, fordi de så ville være tvunget til at undgå enhver kontakt med kunderne under udviklingen af deres produkter.

72. NDC har endvidere i overensstemmelse med Bronner-dommen understreget, at adgangen til en bestemt infrastruktur kan anses for nødvendig, når det ikke vil være rentabelt at opbygge en alternativ infrastruktur. I den foreliggende sag ville overgangen til en anden blokstruktur medføre så store omlægningsudgifter for lægemiddelvirkomhederne, at det ikke bare ville være urentabelt at indføre en konkurrerende struktur. Det ville også være fuldstændig umuligt set ud fra et økonomisk synspunkt.

70. Hvad angår de omlægningsudgifter, kunderne må afholde for at kunne benytte undersøgelser baseret på andre strukturer, har IMS endelig anført, at kunderne er vant til, at det koster noget at skifte til et andet produkt, og at det ikke har betydning for afgørelsen af, om en nægtelse af at meddele licens udgør et misbrug af en dominerende stilling.

73. Kommissionen har henvist til, at den i sin beslutning henviste til en lang række omstændigheder, som gav grundlag for at konkludere, at IMS' 1 860-blokstruktur er nødvendig for afsætningen af undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler i Tyskland. De omstændigheder, den nationale retsinstans har påberåbt sig, er følgelig ikke de eneste omstændigheder, der skal tages i betragtning ved en sådan vurdering.

71. NDC mener derimod, at der ved afgørelsen af, om en infrastruktur udgør en væsentlig facilitet, skal tages hensyn til

74. Kommissionen har herefter understreget, at kundernes betydelige bidrag til udviklingen af IMS' blokstruktur har medvirket til at binde lægemiddelvirkomhe-

derne til denne struktur. Kommissionen mener, at det meget regelmæssige og intense samarbejde, der blev iværksat for at udvikle en fælles struktur til levering af en række sammenlignelige tjenesteydelser, kan sammenlignes med den proces, hvorved der skabes en de facto-standard.

Stillingtagen

75. Kommissionen har desuden anført, at det for at kunne vurdere, om en infrastruktur er nødvendig eller ej, må undersøges, om der findes en konkurrent af tilsvarende størrelse, som er i stand til at skabe et reelt alternativ. Med henblik på denne vurdering kan der imidlertid også være behov for en nærmere undersøgelse af de relevante omstændigheder med hensyn til efterspørgslen og navnlig af de omlægningsudgifter, kunderne må afholde for at overgå til en anden struktur. Det vil navnlig være hensigtsmæssigt at analysere situationen med hensyn til såvel udbud som efterspørgsel for at fastslå, om det er økonomisk rentabelt at opbygge en alternativ infrastruktur.

76. Endelig har Kommissionen med henvisning til den vurdering, den anlagde i sin beslutning, peget på de hindringer, der i den foreliggende sag er skyld i, at lægemiddelvirksomhederne afholder sig fra at skifte til en blokstruktur, der ikke er kompatibel med IMS' struktur, og på de betydelige udgifter af økonomisk og anden art, som et sådant skift vil indebære.

77. Det aktuelle spørgsmål bør først og fremmest afgøres ud fra Bronner-dommen, hvori Domstolen gav en række nyttige anvisninger på, hvordan det afgøres, hvornår et (materielt eller immaterielt) aktiv eller en tjenesteydelse kan anses for nødvendig for at operere på et bestemt marked.

78. I denne sag udelukkede Domstolen bl. a., at den eneste landsdækkende udbringningsordning, der fandtes på en medlemsstats område, var nødvendig for at kunne sælge dagblade, samtidig med at den understregede, dels at »det [var] ubestridt, at der [fandtes] andre former for distribution af dagblade, som f.eks. udbringning via postvæsenet og salg i forretninger og kiosker. Selv om de nævnte former måtte være mindre fordelagtige i relation til distributionen af visse dagblade, [anvendtes] de af bladudgivere«, dels at »der ifølge det oplyste hverken [var] tekniske, retlige eller endog økonomiske forhold, der [kunne] medføre, at det for enhver anden udgiver af dagblade [ville] være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt, alene eller i samarbejde med andre udgivere, at opbygge sin egen landsdækkende udbringningsordning og anvende den ved distributionen af sine egne dagblade«⁵¹.

51 — Præmis 43-44.

79. Domstolen præciserede i øvrigt, at »til støtte for, at opbygningen af en sådan ordning ikke er en realistisk alternativ mulighed, og at det derfor er absolut nødvendigt at blive optaget i den eksisterende ordning, er det ikke tilstrækkeligt at anføre, at en sådan opbygning ikke er økonomisk rentabel som følge af det beskedne oplag for det eller de dagblade, der skal distribueres. For at en sådan optagelse i givet fald kan anses for absolut nødvendig, må det [...] i det mindste godtgøres, at det ikke er økonomisk rentabelt at opbygge endnu en udbringningsordning med henblik på distribution af dagblade, hvis oplag svarer til oplaget for de dagblade, der bringes ud gennem den eksisterende ordning«⁵².

80. Det fremgår følgelig af denne dom, at det ved afgørelsen af, om et input er nødvendigt for at operere på et bestemt marked, må undersøges: a) om der findes input, som kan udgøre alternative løsninger, og som gør det muligt at operere (mere eller mindre effektivt) på det pågældende marked, og b) om der foreligger hindringer af teknisk, retlig eller økonomisk art, der kan gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for en virksomhed, der påtænker at operere på det nævnte marked, at skabe alternative input, eventuelt i samarbejde med andre virksomheder. For at det kan antages, at der foreligger hindringer af økonomisk art for skabelsen af alternative input, må det ifølge Domstolen i det

mindste godtgøres, at det ikke er økonomisk rentabelt at opbygge en produktion, hvis størrelse svarer til produktionen hos rettighedshaveren til de eksisterende input.

81. Som tidligere nævnt skal det i den foreliggende sag undersøges, hvor meget hensyn der i den forbindelse skal tages til: i) i hvilket omfang lægemiddelvirksomhederne har deltaget i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede struktur, og ii) hvilke (især økonomiske) udgifter lægemiddelvirksomhederne skal præstere for at kunne erhverve undersøgelser, der bygger på en anden struktur end den ophavsretligt beskyttede struktur.

82. Disse aspekter bør efter min opfattelse behandles under ét, eftersom de begge dybest set må siges at være hindringer af økonomisk art for opbygningen af en alternativ struktur.

83. NDC's og Kommissionens argumenter går på, at lægemiddelvirksomhedernes omfattende deltagelse i udviklingen af IMS' struktur ikke har udgjort nogen absolut teknisk eller retlig hindring for overgangen til en anden struktur, men at den har medvirket til at gøre lægemiddelvirksomhederne afhængige af den eksisterende struktur. Men hvis det er tilfældet,

forklarer lægemiddelvirksomhedernes deltagelse i udviklingen af IMS' struktur blot, hvorfor disse virksomheder skal yde en overordentlig stor indsats for at kunne købe undersøgelser, der er baseret på en anden struktur.

84. Det er imidlertid klart, at det, hvis lægemiddelvirksomhederne skal yde en overordentlig stor (økonomisk og organisatorisk) indsats for at skifte til en anden struktur, vil blive dyrere eller — afhængigt af, hvordan man anskuer det — mindre rentabelt for en konkurrent til IMS at opbygge en sådan struktur. IMS' konkurrent ville nemlig skulle tilbyde potentielle kunder særligt fordelagtige vilkår for at anspore dem til at købe undersøgelser, der bygger på den alternative struktur, og ville derfor risikere ikke at kunne afskrive sine investeringer.

85. Det må derfor konkluderes, at omfanget af lægemiddelvirksomhedernes deltagelse i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede struktur og de udgifter, som virksomhederne skal præstere for at kunne erhverve undersøgelser, der bygger på en anden struktur end den ophavsretligt beskyttede struktur, er omstændigheder, som skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om der foreligger hindringer af økonomisk art, som kan gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for en virksomhed, der påtænker at operere på det pågældende marked, at opbygge en sådan

alternativ struktur, eventuelt i samarbejde med andre virksomheder.

86. I lyset af det ovenfor anførte mener jeg derfor, at det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at omfanget af lægemiddelvirksomhedernes deltagelse i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede struktur og de udgifter, som disse virksomheder skal afholde for at kunne erhverve undersøgelser, der bygger på en anden struktur end den ophavsretligt beskyttede struktur, er omstændigheder, som skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om den sidstnævnte struktur er nødvendig for afsætningen af undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler.

Den nationale rets og Kommissionens samtidige anvendelse af artikel 82 EF

87. Afslutningsvis vil jeg som nævnt gerne fremsætte et par korte bemærkninger til de problemer, der er forbundet med den nationale rets og Kommissionens samtidige anvendelse af artikel 82 EF i den foreliggende sag. Problemerne skyldes, at den dom, Domstolen afsiger i den foreliggende præjudicielle sag, ganske vist vil indeholde en fortolkning af artikel 82 EF set i forhold til de spørgsmål, den nationale ret har

stillet, men at Domstolen formentlig vil overlade denne ret et vist skøn ved afgørelsen af, om IMS udøvede misbrug af en dominerende stilling ved at nægte at meddele licens. Den nationale ret vil derfor i teorien kunne afsige en dom, som ikke stemmer overens med den foreløbige beslutning, hvori Kommissionen umiddelbart fastslog, at den pågældende nægtelse var uforenelig med artikel 82 EF.

en foreløbig beslutning, eftersom en sådan beslutning selvfølgelig har bindende virkning og indebærer den nævnte samarbejdsforpligtelse, selv om den er foreløbig. Som Domstolen fastslog, gælder forbuddet mod at træffe afgørelser, der strider mod Kommissionens beslutninger, også i tilfælde, hvor Rettens præsident har udsat gennemførelsen af disse beslutninger⁵⁵.

88. Under sådanne omstændigheder bør det efter min opfattelse påpeges, at Domstolen tidligere har præciseret, at »[s]åfremt de nationale retter [...] træffer afgørelse vedrørende aftaler eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning [i medfør af artikel 81 eller 82 EF], påhviler det dem så meget desto mere ikke at træffe afgørelser, der er i strid med Kommissionens beslutning«⁵³. Dette forbud, der er baseret på forpligtelsen til loyalt samarbejde i artikel 10 EF og på den omstændighed, at de beslutninger, Kommissionen vedtager i henhold til artikel 81 eller 82 EF, har bindende virkning⁵⁴, gælder efter min opfattelse også i tilfælde, hvor denne institution har vedtaget

89. Det siger sig selv, at den nationale ret, såfremt den — ved udøvelsen af den skønsbeføjelse, som Domstolen formentlig vil tillægge den — er i tvivl om gyldigheden af Kommissionens beslutning, vil kunne forelægge et nyt præjudicielt spørgsmål herom⁵⁶. Hvis den finder det hensigtsmæssigt, kan den også udsætte sagen, indtil Retten har truffet en endelig afgørelse vedrørende Kommissionens foreløbige beslutning⁵⁷, eller afvente Kommissionens endelige beslutning, eventuelt efter at have rådført sig med Kommissionen selv. Som Domstolen endelig har påpeget, skal den nationale ret, hvis den beslutter at udsætte sagen, undersøge, om det er nødvendigt at fastsætte foreløbige forholdsregler for at sikre parternes interesser, indtil den træffer den endelige afgørelse⁵⁸.

55 — Præmis 53.

56 — Præmis 57.

57 — Præmis 57.

58 — Præmis 58.

53 — Dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods, Sml. I, s. 11369, præmis 52.

54 — Præmis 49 og 50.

Forslag til afgørelse

90. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor, at Domstolen besvarer Landgericht Frankfurt am Mains spørgsmål således:

- »1) Artikel 82 EF skal fortolkes således, at en nægtelse af at meddele licens til anvendelse af et ophavsretligt beskyttet immaterielt aktiv udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i denne bestemmelse, hvis: a) denne nægtelse ikke er begrundet i objektive hensyn, og b) anvendelsen af det immaterielle aktiv er nødvendig for at operere på et afledt marked, hvilket betyder, at rettighedshaveren som følge af denne nægtelse vil kunne forhindre enhver konkurrence på det nævnte marked. Det forudsætter imidlertid, at den virksomhed, der anmoder om licens, ikke har til hensigt at begrænse sig til i det væsentlige at reproducere varer eller tjenesteydelser, der allerede tilbydes på det afledte marked af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, men har til hensigt at frembringe varer eller tjenesteydelser med andre karakteristika, som — selv om de måtte konkurrere med rettighedshaverens varer eller tjenesteydelser — modsvarer særlige behov hos forbrugerne, som ikke opfyldes af eksisterende varer og tjenesteydelser.

- 2) Omfanget af lægemiddelvirksomhedernes deltagelse i udviklingen af den ophavsretligt beskyttede struktur og de udgifter, som disse virksomheder skal præstere for at kunne erhverve undersøgelser, der bygger på en anden struktur end den ophavsretligt beskyttede struktur, er omstændigheder, som skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om den sidstnævnte struktur er nødvendig for afsætningen af undersøgelser vedrørende det regionale salg af lægemidler.«