Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 20. november 2014[1]

Sag C-170/13

Huawei Technologies Co. Ltd
mod
ZTE Corp.,
ZTE Deutschland GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landgericht Düsseldorf (Tyskland))

»Konkurrence — artikel 102 TEUF — misbrug af dominerende stilling — søgsmål om krænkelse anlagt af en indehaver af et essentielt patent for en standard fastsat af et standardiseringsorgan — forpligtelse til at give enhver tredjemand licens på »FRAND«-vilkår (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms), dvs. retfærdige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår«

I – **Indledning**

1. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse indgivet af Landgericht Düsseldorf (Tyskland) til Domstolens Justitskontor den 5. april 2013 vedrører fortolkningen af artikel 102 TEUF.

2. Centralt i sagen er et patent, der er »essentielt for en standard fastsat af et standardiseringsorgan« (herefter »et standard-essentielt patent«), og Domstolen anmodes for første gang om at vurdere, om og i givet fald på hvilke vilkår et patentkrænkelsessøgsmål anlagt af indehaveren af et standard-essentielt patent mod en virksomhed, der fremstiller produkter i henhold til denne standard, er et udtryk for misbrug af dominerende stilling.

3. Denne anmodning er fremsendt i forbindelse med en tvist mellem Huawei Technologies Co. Ltd (herefter »Huawei«), en verdensomspændende virksomhed inden for telekommunikationssektoren, og ZTE Corp., Shenzhen, og ZTE Deutschland GmbH, Düsseldorf (Tyskland) (herefter »ZTE«), som ligeledes tilhører en verdensomspændende koncern inden for den samme sektor. Med sit patentkrænkelsessøgsmål kræver Huawei, at patentkrænkelsen bringes til ophør, samt fremlæggelse af regnskabsoplysninger, tilbagekaldelse af produkter og fastsættelse af skadeserstatning.

1 — Originalsprog: fransk.

4. Patentkrænkelsessøgsmålet vedrører et europæisk patent, som Huawei er indehaver af, og som er registreret under nr. EP 2 090 050 B 1 (herefter »det omtvistede patent«). Forbundsrepublikken Tyskland er en af de kontraherende medlemsstater, som er udpeget i dette patent, der er et »essentielt« patent for »Long Term Evolution« (LTE)-standarden [2] udarbejdet af Det Europæiske Standardiseringsinstitut for Telekommunikation (herefter »ETSI«) [3], hvilket betyder, at enhver, der anvender LTE-standarden, nødvendigvis vil benytte sig af den tekniske lære, der ligger til grund for patentet.

5. Huawei meddelte det omtvistede patent til ETSI og forpligtede sig den 4. marts 2009 over for ETSI til at udstede licenser til tredjeparter på retfærdige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår, normalt kaldet FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) (herefter »FRAND-vilkår«) [4].

6. Efter de »fejlslagne« [5] forhandlinger om indgåelse af en licensaftale på FRAND-vilkår anlagde Huawei ved den forelæggende ret et patentkrænkelsessøgsmål mod ZTE med påstand om, at krænkelsen bringes til ophør, om fremlæggelse af regnskabsoplysninger, tilbagekaldelse af produkter og fastsættelse af skadeserstatning. Ifølge ZTE udgør dette søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud misbrug af dominerende stilling, da ZTE var parat til at forhandle om en licensaftale.

7. Den adfærd, som en indehaver af et standard-essentielt patent, der har forpligtet sig til at udstede licenser på FRAND-vilkår, udviser, har givet anledning til en lang række søgsmål ved domstolene i flere medlemsstater og tredjelande. Disse mange søgsmål, der ikke blot er baseret på konkurrenceretten, men ligeledes på civilretten, har givet anledning til en lang række divergerende juridiske løsninger og dermed en betydelig grad af usikkerhed om lovligheden af visse former for adfærd, som udvises af indehaveren af et standard-essentielt patent og virksomheder, som ved at anvende en standard fastsat af et europæisk standardiseringsorgan anvender den tekniske lære, der ligger til grund for et standard-essentielt patent.

8. Henset til de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, vil jeg i dette forslag til afgørelse kun fokusere på konkurrenceretten og navnlig på spørgsmålet om misbrug af dominerende stilling.

9. Det betyder dog ikke, at den problematik, som er omhandlet i tvisten i hovedsagen, og som efter min mening hovedsageligt skyldes manglende klarhed omkring selve begrebet og indholdet af FRAND-vilkårene, ikke kan løses på en passende måde eller endog bedre inden for andre retsområder eller ved hjælp af andre mekanismer end konkurrencerettens.

10. I denne forbindelse skal det blot fremhæves, at en forpligtelse til at tildele licenser på FRAND-vilkår ikke er det samme som en licens på FRAND-vilkår og heller ikke siger noget som helst om FRAND-vilkårene, der i princippet skal aftales mellem de berørte parter.

2 — I henhold til artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1025/2012 af 25.10.2012 om europæisk standardisering, om ændring af Rådets direktiv 89/686/EØF og 93/15/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/9/EF, 94/25/EF, 95/16/EF, 97/23/EF, 98/34/EF, 2004/22/EF, 2007/23/EF, 2009/23/EF og 2009/105/EF og om ophævelse af Rådets beslutning 87/95/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1673/2006/EF (EUT L 316, s. 12) forstås ved »standard« »en teknisk specifikation, der er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan, til gentagen eller konstant anvendelse, men hvis overholdelse ikke er obligatorisk [...]«. Et af hovedformålene med standardiseringen er den størst mulige mulighed for at anvende standarden. Imidlertid kan denne mulighed begrænses af de enerettigheder, som indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder har.

3 — ETSI er et af de europæiske standardiseringsorganer, der optræder i bilag I til forordning nr. 1025/2012, og som Huawei og ZTE er medlemmer af. En af de tekster, som medlemmerne er bundet af, har titlen »ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret«, som i artikel 14 bestemmer, at den er obligatorisk for medlemmerne af ETSI, og i artikel 15, stk. 6, definerer et patents »essentielle« karakter. ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret findes i bilag 6 til ETSI's procedureregler. Jf. ligeledes punkt 24 i dette forslag til afgørelse.

4 — Jf. artikel 6, stk. 1, i ETSI's politik om intellektuelle ejendomsrettigheder. Jf. ligeledes punkt 23 i dette forslag til afgørelse.

5 — Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

11. Mens FRAND-vilkårene for licenser udelukkende henhører under parternes kompetence og eventuelt de civile retter eller voldgiftsretterne, mener jeg, at det er indlysende, at risikoen for, at de berørte parter er i ond tro, eller for et sammenbrud i forhandlingerne på dette område i det mindste delvist kan undgås eller afbødes, hvis standardiseringsorganerne fastsætter minimumsvilkår eller en ramme eller »regler for god praksis« i forbindelse med forhandlingerne om FRAND-vilkårene for licenser. Sker dette ikke, vil søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud og reglerne om misbrug af dominerende stilling, der kun burde fungere som løsninger i sidste instans, blive brugt som forhandlingsargument eller pressionsmiddel af indehaveren af et standard-essentielt patent eller af den virksomhed, som anvender standarden, og som anvender den tekniske lære, der ligger til grund for dette standard-essentielle patent.

II – **Retsforskrifter**

A – *Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder*

12. Artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) med overskriften »Frihed til at oprette og drive egen virksomhed« bestemmer følgende:

»Friheden til at oprette og drive egen virksomhed anerkendes i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis.«

13. Chartrets artikel 17 med overskriften »Ejendomsret« fastsætter:

»1. Enhver har ret til at besidde lovligt erhvervet ejendom, at anvende den, at træffe dispositioner hermed og at lade den gå i arv. Ingen må berøves sin ejendom, medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet. Anvendelsen af ejendommen kan reguleres ved lov, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til almenvellet.

2. Intellektuel ejendomsret er beskyttet.«

14. Følgende fremgår af chartrets artikel 47 med overskriften »Adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol«:

»Enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

[…]«

15. Chartrets artikel 52 med overskriften »Rækkevidde og fortolkning af rettigheder og principper« bestemmer i stk. 1:

»Enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.«

B – *Direktiv 2004/48/EF*

16. Artikel 9 med titlen »Foreløbige og retsbevarende foranstaltninger« i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder[6] bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af rekvirenten kan

a) udstede et foreløbigt påbud til en påstået krænkende part med henblik på at forhindre en nært forestående krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed […]

[…]«

17. Direktivets artikel 10 med overskriften »Korrigerende foranstaltninger« har følgende ordlyd:

»1. Uden at det berører den erstatning, der skal udredes til rettighedshaveren som følge af krænkelsen, og uden nogen form for godtgørelse sikrer medlemsstaterne, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af rekvirenten kan kræve, at der træffes passende foranstaltninger over for varer, som de har fastslået krænker en intellektuel ejendomsrettighed, og i påkommende tilfælde over for de materialer og redskaber, der primært har været anvendt til at skabe eller fremstille de pågældende varer. Disse foranstaltninger omfatter:

a) tilbagekaldelse fra handelen

b) endelig fjernelse fra handelen

c) tilintetgørelse.

[…]

3. Når en begæring om korrigerende foranstaltninger behandles, tages der hensyn til, at der skal være et forholdsmæssigt forhold mellem krænkelsens omfang og de beordrede retsmidler samt tredjemands interesser.«

18. Direktivets artikel 11 med overskriften »Påbud« fastsætter:

»Medlemsstaterne sikrer, at de retslige myndigheder, når der er truffet en retsafgørelse, som fastslår en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, kan udstede et påbud til den krænkende part med henblik på at forhindre fortsat krænkelse. […]«

19. Artikel 12 i direktiv 2004/48 med overskriften »Alternative foranstaltninger« har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne kan bestemme, at de kompetente retslige myndigheder, når det er hensigtsmæssigt, og på begæring af den, der kan pålægges de i denne afdeling nævnte foranstaltninger, kan beordre betaling til den forurettede af en kontant godtgørelse i stedet for anvendelse af foranstaltningerne i denne afdeling, hvis denne person har handlet uforsætligt og ikke har udvist uagtsomhed, hvis gennemførelsen af de pågældende foranstaltninger ville skade ham uforholdsmæssigt meget, og hvis en kontant godtgørelse til den forurettede forekommer rimeligt tilfredsstillende.«

6 — EUT L 157, s. 45.

20. Artikel 13 i direktiv 2004/48 med overskriften »Erstatning« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af den forurettede pålægger den krænkende part, der vidste eller med rimelighed burde vide, at hans aktiviteter medførte en sådan krænkelse, at betale rettighedshaveren en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, denne har lidt som følge af krænkelsen.

Når de retslige myndigheder fastsætter erstatningen

a) skal de tage hensyn til alle relevante aspekter, såsom negative økonomiske konsekvenser, herunder tabt fortjeneste, som den forurettede har lidt, den krænkende parts uberettigede fortjeneste, og, når det er hensigtsmæssigt, andre elementer end de økonomiske, f.eks. den ikke-økonomiske skade, rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen

b) eller de kan, som et alternativ til litra a), når det er hensigtsmæssigt, fastsætte erstatningen til et fast beløb på grundlag af elementer, der som minimum svarer til størrelsen af de gebyrer eller afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis han havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed.

2. I sager, hvor den krænkede part har krænket intellektuelle ejendomsrettigheder uden at vide det eller uden at have rimelig grund til at vide det, kan medlemsstaterne bestemme, at de retslige myndigheder kan træffe beslutning om tilbagebetaling af et overskud eller om betaling af en erstatning, der kan være fastsat på forhånd.«

C – *ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret*

21. Det fremgår af artikel 3, stk. 1, i ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret, at dette standardiseringsorgan har til formål at fastsætte standarder, der er tilpasset den europæiske telekommunikationssektors tekniske mål, og at nedbringe risikoen for, at investeringerne i forberedelse, vedtagelse og anvendelse af standarderne foretaget af ETSI, dens medlemmer og tredjeparter, der anvender ETSI's standarder, går tabt på grund af manglende tilgængelighed af intellektuel ejendomsret, der er essentiel for anvendelsen af disse standarder. Med henblik herpå har ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret til formål at skabe ligevægt mellem behovene for standardisering med henblik på offentlig anvendelse på telekommunikationsområdet og de rettigheder, som indehavere af intellektuelle ejendomsrettigheder har. Artikel 3, stk. 2, i ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret bestemmer, at indehaverne af intellektuelle ejendomsrettigheder ved gennemførelsen af standarderne skal modtage passende og ligelig betaling, hvis deres intellektuelle ejendomsrettigheder udnyttes.

22. I artikel 4, stk. 1, i ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret bestemmes det, at alle dens medlemmer, navnlig under udarbejdelsen af en standard, hvis udvikling vedkommende deltager i, træffer de nødvendige foranstaltninger til hurtigst muligt at informere ETSI om sine intellektuelle ejendomsrettigheder, der er essentielle for standarden. Et medlem, som fremsætter et teknisk forslag vedrørende en standard, skal således underrette ETSI om enhver intellektuel ejendomsret, som denne er i besiddelse af, og som kan vise sig at være essentiel for standarden, hvis forslaget vedtages.

23. I artikel 6, stk. 1, i ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret bestemmes det, at ETSI's generaldirektør, når ETSI underrettes om en intellektuel ejendomsret, der er essentiel for en standard, straks opfordrer indehaveren af denne ret til inden for en frist på tre måneder at indgå en *uigenkaldelig* forpligtelse til at indrømme licenser på FRAND-vilkår i tilknytning til den pågældende intellektuelle ejendomsret. Såfremt der ikke indgås en FRAND-forpligtelse, undersøger ETSI, om arbejdet på de berørte dele af standarden skal indstilles, indtil sagen er bragt i orden, og/eller om der skal

fremlægges en relevant standard til godkendelse[7]. Hvis indehaveren af intellektuelle ejendomsrettigheder nægter at indgå en FRAND-forpligtelse i henhold til artikel 6, stk. 1, i denne politik, undersøger ETSI, om der findes en alternativ teknologi, og hvis dette ikke er tilfældet, indstilles arbejdet på den pågældende standard[8]. I medfør af artikel 14 i ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret udgør et medlems tilsidesættelse af denne politik en tilsidesættelse af medlemmets forpligtelser over for ETSI.

24. I henhold til artikel 15, stk. 6, i ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret betragtes intellektuel ejendomsret navnlig som essentiel, når det af tekniske årsager ikke er muligt at fremstille produkter, der er i overensstemmelse med standarden, uden at overtræde denne ejendomsret. ETSI efterprøver imidlertid hverken gyldigheden eller den essentielle karakter af den intellektuelle ejendomsret, som den underrettes om af sine medlemmer.

25. ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret definerer ikke præcist, hvad der forstås ved licens på FRAND-vilkår. Det er op til indehaveren og brugeren af patentet at forhandle sig frem til retningslinjerne og vilkårene for brugen af et standard-essentielt patent[9]. ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret indeholder heller ingen regler eller bestemmelser om, hvordan tvister skal løses, hvis parterne ikke når frem til en aftale om de konkrete FRAND-vilkår[10].

III – **Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

26. ZTE udbyder og markedsfører basisstationer med LTE-software (herefter »de omtvistede udformninger«) i bl.a. Tyskland. Ifølge den forelæggende ret er de omtvistede udformninger, der udbydes og markedsføres af ZTE, ubestrideligt tilpasset LTE-software, og de fungerer på grundlag af LTE-standarden. Da det omtvistede patent, som Huawei er indehaver af, er essentielt for LTE-standarden, udnytter ZTE automatisk dette patent.

27. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Huawei og ZTE mellem november 2010 og udgangen af marts 2011 navnlig drøftede krænkelse af patentet og muligheden for at indgå en licensaftale. Huawei »angav den licensafgift, der efter selskabets opfattelse ville være rimelig«. ZTE »ønskede en gensidig licens«. Det fremgår ligeledes af forelæggelsesafgørelsen, at ZTE den 30. januar 2013 fremsatte et tilbud om en gensidig licensaftale og foreslog en licensafgift, som skulle betales til Huawei (50 EUR), men ZTE har dog ikke betalt dette beløb. Den forelæggende ret anfører endvidere, at »[p]artnerne dengang ikke udvekslede konkrete tilbud om indgåelse af licensaftaler«. Huawei anlagde den 28. april 2011 det søgsmål ved den forelæggende ret, der har givet anledning til denne præjudicielle sag.

28. ZTE modsatte sig over for Den Europæiske Patentmyndighed (herefter »EPO«) udstedelsen af det omtvistede patent med den begrundelse, at patentet ikke var blevet valideret. Med afgørelse af 25. januar 2013 bekræftede EPO patentets gyldighed og forkastede dermed ZTE's anmodning. En appel iværksat til prøvelse af denne afgørelse verserer i øjeblikket.

7 — Jf. artikel 6, stk. 3, i ETSI's politik om intellektuelle ejendomsrettigheder. Godkendelsesproceduren for en ETSI-standard varierer alt efter, hvilken type standard der er tale om, og er fastlagt i ETSI's direktiver. Jeg skal i denne forbindelse nævne, at ETSI navnlig fastsætter European Standards (EN) (europæiske standarder), ETSI Standards (ES) (ETSI-standarder) og ETSI Technical Specifications (TS) (ETSI's tekniske specifikationer), og godkendelsesproceduren for disse varierer betydeligt.

8 — Jf. artikel 8 i ETSI's politik om intellektuelle ejendomsrettigheder.

9 — I henhold til artikel 4, stk. 1, i ETSI's vejledning om intellektuel ejendomsret af 19.9.2013 (herefter »vejledningen«) er de specifikke vilkår for tildeling af licenser og forhandlingerne i tilknytning hertil kommercielle anliggender mellem virksomhederne. Det følger heraf, at ETSI ikke har kompetence til at fastsætte regler herfor. I modsætning til ETSI's politik vedrørende intellektuel ejendomsret, der er bindende for ETSI's medlemmer, er vejledningen udelukkende forklarende.

10 — Det fremgår således af vejledningens artikel 4, stk. 3, at ETSI's medlemmer skal bestræbe sig på at løse enhver tvist om anvendelsen af politikken vedrørende intellektuel ejendomsret på et bilateralt grundlag og i mindelighed. Ifølge vejledningens artikel 4, stk. 4, skal ETSI's medlemmer gennemføre en upartisk og oprigtig forhandlingsproces med henblik på indgåelse af licensaftaler på FRAND-vilkår om deres intellektuelle ejendomsrettigheder.

29. Den forelæggende ret har anført, at ZTE's udnyttelse af det omtvistede patent er ulovlig. Den mener dog, at det er muligt at gøre licensens obligatoriske karakter gældende med henblik på forkastelse af søgsmålet med påstand om nedlæggelse af forbud navnlig på grundlag af artikel 102 TEUF, hvis det kan fastslås, at Huawei ved at anlægge et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud misbruger »*den dominerende stilling, som selskabet uomtvisteligt har*« [11].

30. Ifølge den forelæggende ret gør to tilgange det muligt at afgøre, hvornår indehaveren af et standard-essentielt patent tilsidesætter artikel 102 TEUF ved at misbruge sin dominerende stilling over for en patentkrænker.

31. For det første gør den forelæggende ret gældende, at Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) i sin dom af 6. maj 2009, »Orange-Book-Standard« (KZR 39/06) (herefter »Orange Book-standarden«) [12], fastslog, at en patentindehaver, der anlægger søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud, når sagsøgte kan anmode om licens til dette patent, kun misbruger sin dominerende stilling, hvis følgende betingelser er opfyldt:

»For det første skal sagsøgte have givet sagsøgeren et ubetinget tilbud om indgåelse af en licensaftale (idet et sådant tilbud navnlig ikke må indeholde en bestemmelse, der begrænser licensen alene til tilfælde af krænkelse), som sagsøgte anser sig for bundet af, og som sagsøgeren ikke kan afslå uden utilbørligt at lægge hindringer i vejen for sagsøgte eller at overtræde forbuddet mod diskriminering.

Såfremt sagsøgte anser sagsøgerens licenskrav for at være urimeligt høje, eller nægter sagsøgeren at sætte tal på licensafgiften, betragtes et tilbud om indgåelse af en licensaftale som ubetinget, hvis det bestemmer, at sagsøgeren fastsætter licensafgiftens størrelse efter et retfærdigt skøn.

Desuden skal sagsøgte, når den pågældende allerede gør brug af genstanden for patentet, før sagsøgeren har accepteret sagsøgtes tilbud, overholde de forpligtelser, som den licensaftale, der skal indgås, knytter til brugen af patentet. Dette betyder navnlig, at sagsøgte på grundlag af betingelserne i en ikke-diskriminerende aftale skal opgøre omfanget af den af ham foretagne brug og skal opfylde den deraf følgende betalingsforpligtelse.

I forbindelse med opfyldelsen af denne betalingsforpligtelse er sagsøgte ikke forpligtet til at betale licensafgiften direkte til sagsøgeren. Han har således mulighed for at deponere et beløb ved en Amtsgericht.«

11 — På tysk »unstreitig gegebenen marktbeherrschenden Stellung«.

12 — Bundesgerichthofs ræsonnement støttes på artikel 82 EF (nu artikel 102 TEUF), artikel 20, stk. 1, i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lov om forbud mod konkurrencebegrænsninger) og artikel 242 i den tyske civillovbog offentliggjort den 2.1.2002 (BGBl. I, s. 42, 2909; 2003 I, s. 738) og ændret ved artikel 4 i lov af 26.6.2013 (BGBl. I, s. 1805). Sidstnævnte bestemmelse med overskriften »Gennemførelse i god tro« bestemmer, at »[d]ebitoren er forpligtet til at levere ydelsen i overensstemmelse med god tro, henset til handelssædvane«.

32. Den forelæggende ret har for det andet anført, at Europa-Kommissionen i en pressemeddelelse [13] vedrørende en meddelelse af klagepunkter til Samsung Electronics m.fl. (COMP/C-3/39 939) i en patentkrænkelsessag på markedet for mobiltelefoner indledningsvis hævdede, at anlæggelsen af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud var ulovlig i henhold til artikel 102 TEUF, når sagen vedrørte et standard-essentielt patent, når patentindehaveren havde meddelt et standardiseringsorgan, at denne var parat til at udstede licenser på FRAND-vilkår, og når patentkrænkeren selv var parat til at forhandle om en sådan licens.

33. Som den forelæggende ret har anført, forklarede Kommissionen dog ikke i pressemeddelelsen, hvordan det er muligt at afgøre, om en patentkrænker er parat til at forhandle. Den berørte heller ikke de kriterier, som Bundesgerichtshof havde opstillet i sin dom i sagen »Orange-Book-Standard«.

34. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at ZTE, hvis de af Bundesgerichtshof fastsatte kriterier anvendes på den foreliggende sag, ikke ville kunne gøre licensens obligatoriske karakter gældende, således at patentkrænkelsessøgsmålet måtte tages til følge. Den mener, at Huawei i dette tilfælde ikke var forpligtet til at acceptere et af de tilbud, som ZTE havde fremsat skriftligt med henblik på indgåelse af en licensaftale, og den forelæggende ret har gjort to grunde hertil gældende.

35. For det første måtte ZTE's tilbud om aftaler anses for at være utilstrækkelige, da der ikke var tale om »ubetingede« tilbud i henhold til Bundesgerichtshofs retspraksis, eftersom de var begrænset til kun at omfatte de produkter, der gav anledning til krænkelsen.

36. For det andet har ZTE uanset spørgsmålet om, hvorvidt licensafgiftsbeløbet er korrekt fastsat, ikke betalt det licensafgiftsbeløb, selskabet selv havde beregnet (50 EUR), og intet tyder på, at Amtsgericht skulle have beordret dette beløb opkrævet med henblik på deponering. Den forelæggende ret anfører endvidere, at ZTE ikke hverken behørigt eller udtømmende har fremlagt regnskabsoplysninger for brugen af patentet.

37. Den forelæggende ret er derimod af den opfattelse, at Huaweis søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud bør forkastes som misbrug, såfremt man anlægger det synspunkt, som Kommissionen har anført i pressemeddelelsen. Da Huawei støtter sit søgsmål på et standard-essentielt patent, er ZTE tvunget til at anvende dette for at kunne markedsføre de omtvistede udformninger tilpasset til LTE. Den forelæggende ret har anført, at Huawei har oplyst over for ETSI, at selskabet var parat til at tildele licenser til tredjeparter, og har bemærket, at ZTE i det mindste på den relevante dato (de mundtlige forhandlingers ophør) var »villig til at forhandle« i henhold til Kommissionens synspunkt. Denne villighed til at forhandle kom under alle omstændigheder til udtryk i de skriftlige kontraktforslag, som ZTE fremlagde (i disse forslag overtages Huaweis forslag delvist). Den forelæggende ret er af den opfattelse, at villigheden til at forhandle i henhold til Kommissionens tese berøres af den omstændighed, at parterne ikke kan nå til enighed om indholdet af visse aftalebestemmelser og navnlig ikke om det licensafgiftsbeløb, der skal betales.

13 — Jf. Europa-Kommissionens pressemeddelelse IP/12/1448 af 21.12.2012 og Kommissionens memorandum 12/1021 af samme dato (herefter »pressemeddelelsen«). Kommissionen vedtog med afgørelse af 29.4.2014 en beslutning på grundlag af artikel 9 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel [101 TEUF og 102 TEUF] (EUT L 1, s. 1) om Samsung Electronics m.fl. i forlængelse af de forpligtelser, som disse havde indgået. Denne bestemmelse med overskriften »Forpligtelser« bestemmer i stk. 1, at »[n]år Kommissionen agter at træffe en afgørelse, hvorefter en overtrædelse kræves bragt til ophør, og de deltagende virksomheder tilbyder at afgive tilsagn, der imødekommer de betænkeligheder, som Kommissionen har, og som den har underrettet de pågældende virksomheder om i sin foreløbige vurdering, kan Kommissionen ved afgørelse gøre disse tilsagn bindende for virksomhederne. […]«. Med afgørelsen af 29.4.2014 traf Kommissionen en beslutning på grundlag af artikel 7 i forordning nr. 1/2003 over for Motorola Mobility LLC (herefter »Motorola«), hvori den navnlig konstaterede en overtrædelse af artikel 102 TEUF med Motorolas anlæggelse af et søgsmål ved en tysk retsinstans med påstand om nedlæggelse af forbud mod Apple vedrørende et standard-essentielt patent, i forbindelse med hvilket Motorola havde forpligtet sig til at udstede licenser på FRAND-vilkår (sag AT.39985).

38. Derfor har Landgericht Düsseldorf besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Misbruger indehaveren af et standard-essentielt patent, som over for standardiseringsorganet har erklæret at ville give enhver tredjemand licens på [»FRAND»-]vilkår, sin dominerende stilling på markedet, når han anlægger søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud mod en patentkrænker, selv om patentkrænkeren har erklæret sig villig til at indlede forhandlinger om en sådan licens,

eller

kan der først antages at foreligge et misbrug af den dominerende stilling på markedet, når patentkrænkeren har forelagt indehaveren af det standard-essentielle patent et klart, ubetinget tilbud om at indgå en licensaftale, som patentindehaveren ikke kan afslå uden utilbørligt at lægge hindringer i vejen for patentkrænkeren eller at overtræde forbuddet mod diskriminering, og patentkrænkeren – under foregribelse af den licens, der skal tildeles, til den brug, han allerede har gjort – opfylder de kontraktlige forpligtelser, der vedrører ham?

2) Såfremt der allerede skal antages at foreligge misbrug af en dominerende stilling på markedet som følge af den af patentkrænkeren udviste forhandlingsvilje:

Stilles der i henhold til artikel 102 TEUF særlige kvalitative og/eller tidsmæssige krav til forhandlingsvilligheden? Kan en sådan navnlig antages allerede at foreligge, når patentkrænkeren kun på generel vis (mundtligt) har erklæret sig villig til at indlede forhandlinger, eller skal patentkrænkeren allerede være indtrådt i forhandlinger og eksempelvis have angivet konkrete betingelser, hvorunder han er villig til at indgå en licensaftale?

3) Såfremt afgivelsen af et klart, ubetinget tilbud om at indgå en licensaftale er en forudsætning for, at der foreligger misbrug af den dominerende stilling på markedet:

Stilles der i henhold til artikel 102 TEUF særlige kvalitative og/eller tidsmæssige krav til dette tilbud? Skal tilbuddet indeholde samtlige bestemmelser, som sædvanligvis er indeholdt i licensaftaler på det pågældende tekniske område? Kan tilbuddet navnlig gives på den betingelse, at det standard-essentielle patent faktisk bruges og/eller er retsgyldigt?

4) Såfremt patentkrænkerens opfyldelse af forpligtelserne i henhold til den licens, der skal tildeles, er en forudsætning for, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling på markedet:

Stilles der i henhold til artikel 102 TEUF særlige krav med hensyn til disse opfyldelseshandlinger? Er patentkrænkeren navnlig forpligtet til at fremlægge regnskab om hidtidig brug og/eller at betale licensafgift? Kan en pligt til at betale licensafgift i givet fald også opfyldes ved hjælp af sikkerhedsstillelse?

5) Gælder betingelserne for, hvornår indehaveren af et standard-essentielt patent må anses for at have udøvet misbrug af dominerende stilling, også for fremsættelsen af de øvrige krav, der er forbundet med en patentkrænkelse ([fremlæggelse af regnskabsoplysninger], tilbagekaldelse, skadeserstatning)?«

IV – **Retsforhandlingerne ved Domstolen**

39. Huawei, ZTE, den nederlandske og den portugisiske regering samt Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Huawei, ZTE, den nederlandske og den finske regering samt Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, som blev afholdt den 11. september 2014.

V – **Bedømmelse**

A – *Indledende bemærkninger*

40. Domstolen anmodes om at præcisere, om og eventuelt på hvilke vilkår et søgsmål om patentkrænkelse anlagt af en indehaver af et standard-essentielt patent, som har forpligtet sig til at tildele licenser på FRAND-vilkår, udgør misbrug af den dominerende stilling. De spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, vedrører ikke de særlige betingelser for en FRAND-licens, idet dette henhører under parternes og eventuelt de civile retters eller voldgiftsretternes kompetence, men snarere fastlæggelse inden for konkurrenceretten af den ramme, inden for hvilken licenser på FRAND-vilkår til et standard-essentielt patent skal forhandles.

41. Ifølge den forelæggende ret befinder indehaveren af et standard-essentielt patent sig i en stærk position i forbindelse med forhandlingerne af licenser på grund af dennes ret til at anlægge et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud. Det er derfor nødvendigt at sikre, at indehaveren af et standard-essentielt patent ikke f.eks. kan gennemtvinge alt for høje licensafgifter i strid med sin forpligtelse til at tildele licenser på FRAND-vilkår, hvilket er en adfærd, der betegnes som »patent hold-up« [14].

42. Den forelæggende ret har imidlertid ligeledes bemærket, at en begrænsning af retten til at anlægge søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud i væsentlig grad begrænser forhandlingsmargenen for en indehaver af et standard-essentielt patent, da denne måske ikke er i besiddelse af tilstrækkelige pressionsmidler til at kunne gennemføre disse forhandlinger på lige fod med patentkrænkeren. Den tilføjer, at indehaveren af et standard-essentielt patent må tolerere en ulovlig udnyttelse af sit patent, uanset om og hvornår der rent faktisk indgås en licensaftale, og at det først er efterfølgende på en dato, som er ukendt, at denne vil kunne opnå en skadeserstatning, hvis anvendelighed og beløb er usikre, også selv om forhandlingerne af licensen trækker ud, og det udelukkende er patentkrænkeren, som har ansvaret herfor. Denne adfærd betegnes som »patent hold-out« eller »reverse patent hold-up«.

43. Den forelæggende ret ønsker med sit første præjudicielle spørgsmål oplyst, om indehaveren af et standard-essentielt patent, som over for standardiseringsorganet, i dette tilfælde ETSI, har erklæret at ville tildele tredjemand licens på FRAND-vilkår, misbruger sin dominerende stilling på markedet, når han anlægger søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud mod en patentkrænker, selv om patentkrænkeren har erklæret sig »villig til at forhandle« om en sådan licens.

44. Inden for rammerne af det samme spørgsmål har den forelæggende ret overvejet et andet alternativ, hvorefter der først antages at foreligge misbrug af den dominerende stilling på markedet, når patentkrænkeren har forelagt indehaveren af det standard-essentielle patent et klart, ubetinget tilbud, som patentindehaveren ikke kan afslå uden utilbørligt at lægge hindringer i vejen for patentkrænkeren eller uden at overtræde forbuddet mod diskriminering, og patentkrænkeren, i afventning af tildeling af en licens, allerede opfylder de kontraktlige forpligtelser for så vidt angår den tidligere brug.

45. For at give et nyttigt og fuldstændigt svar på den forelæggende rets første spørgsmål mener jeg, at det er nødvendigt at vurdere de to alternativer, den nævner, samlet.

14 — Ifølge Kommissionen »forværres et hold-up, når et stort antal standard-essentielle patenter, omfattende flere standarder, indgår i et enkelt produkt. I dette tilfælde kan antallet af potentielle licensgivere medføre, at de kumulerede betalinger af afgifter til de forskellige indehavere af standard-essentielle patenter bliver for høje. Dette fænomen kaldes »royalty stacking««.

46. Det andet, tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål vedrører retningslinjerne for patentkrænkerens villighed til at forhandle, retningslinjerne for dennes tilbud samt opfyldelsen af de forpligtelser, der påhviler denne i henhold til den licens, der skal tildeles. Besvarelsen af disse spørgsmål afhænger i høj grad af besvarelsen af det første spørgsmål. Det femte spørgsmål vedrører de øvrige muligheder ud over søgsmålet med påstand om nedlæggelse af forbud, som indehaveren af et standard-essentielt patent har for at beskytte sin intellektuelle ejendomsret. Da de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, hovedsageligt vedrører lovligheden af søgsmålet med påstand om nedlæggelse af forbud, vil jeg koncentrere mit forslag til afgørelse om dette søgsmål.

B – *Retspraksis i henhold til Bundesgerichtshofs dom i sagen Orange-Book-Standard og Kommissionens pressemeddelelse i sagen Samsung Electronics m.fl.*

47. Det er indlysende, at de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, i væsentlig grad er inspireret af Bundesgerichtshofs dom i sagen Orange-Book-Standard og Kommissionens pressemeddelelse i sagen Samsung Electronics m.fl..

48. Hvad angår dommen er det hensigtsmæssigt at redegøre for de store faktuelle forskelle mellem denne sag og hovedsagen. Det omtvistede patent er et essentielt patent for LTE-standarden, som følger af en aftale indgået mellem de virksomheder (herunder Huawei og ZTE), som deltager i standardiseringsprocessen i ETSI, mens den standard, der var omhandlet i sagen Orange-Book-Standard ved Bundesgerichtshof, var en de facto-standard [15]. Det følger heraf, at indehaveren af patentet i den pågældende sag ikke havde forpligtet sig til at tildele licenser på FRAND-vilkår. Det er normalt, at indehaveren af patentet i dette tilfælde har en stærkere forhandlingsposition, end når der er tale om et standard-essentielt patent, hvis indehaver er medlem af et europæisk standardiseringsorgan ligesom den, der anmoder om licens, og at et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud i sidste ende kun betragtes som misbrug, hvis den licensafgift, der kræves, tydeligvis er for høj.

49. Henset til den store faktuelle forskel mellem denne sag og hovedsagen mener jeg, at den pågældende dom ikke kan overføres analogt på den foreliggende sag.

50. Selv om pressemeddelelsen i sagen Samsung Electronics m.fl. ganske vist vedrører et standard-essentielt patent, hvis indehaver over for standardiseringsorganet har indgået et forpligtelse til at meddele licenser på FRAND-vilkår, er jeg dog ikke af den opfattelse, at patentkrænkerens villighed til at forhandle [16], som er yderst vag og ikke-bindende, på nogen måde alene er tilstrækkelig [17] til at begrænse den ret, som indehaveren af et standard-essentielt patent har til at anlægge søgsmål [18] med påstand om nedlæggelse af forbud.

15 — En de facto-standard er en specifikation, der er anerkendt på markedet, normalt som følge af en omfattende accept af denne specifikation. Jf. i denne retning artikel 1, stk. 2, i Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om Europas indfaldsvinkel til standardisering og det globale informationssamfund« (KOM(1996) 359 endelig.

16 — Fremsat mundtligt eller endog skriftligt.

17 — Pressemeddelelsen, der kun er på nogle sider, har ingen juridisk bindende værdi. Den er ikke bindende for Kommissionen og berører ikke den procedure, den henviser til. Den har udelukkende til formål at informere offentligheden om, at der er indledt en procedure over for Samsung Electronics m.fl. i medfør af forordning nr. 1/2003. Det er endvidere indlysende, navnlig henset til Kommissionens bemærkninger i den foreliggende sag, der er langt mere detaljerede, at Kommissionen selv er af den opfattelse, at patentkrænkeren bør pålægges langt større krav.

18 — Som den forelæggende ret har anført, kan »[e]n sådan erklæring […] afgives uden besvær, er næppe bebyrdende og kan til enhver tid ændres, tilbagetrækkes og i givet fald derefter afgives på ny. En sådan erklæring nævner desuden ikke nogen præcise vilkår, mens det er nødvendigt at kende licensvilkårene for at kunne afgøre, om de er retfærdige, rimelige og ikke-diskriminerende. Selv når der i en erklæring nævnes konkrete licensvilkår, kan der herske tvivl om, hvorvidt den er seriøs. Patentkrænkeren kan således på et hvilket som helst tidspunkt ændre eller tilbagetrække disse vilkår eller foreslå vilkår, der ved første øjekast synes urimelige«.

51. Efter min opfattelse vil en anvendelse af Bundesgerichtshofs retspraksis i sagen Orange-Book-Standard eller af pressemeddelelsen på den foreliggende sag medføre over- eller underbeskyttelse af henholdsvis indehaveren af et standard-essentielt patent, brugerne af den tekniske lære, der ligger til grund for patentet, eller forbrugerne [19].

52. Det synes derfor nødvendigt at finde en mellemvej.

C – *Formodningen for, at der er tale om en dominerende stilling*

53. Det skal, som Kommissionen understreger, anføres, at den forelæggende ret går ud fra, at Huawei indtager en dominerende stilling [20], og den har ikke spurgt Domstolen om hverken kriterierne for afgrænsning af det relevante marked [21], eller konstateringen af en dominerende stilling [22].

54. Den portugisiske regering og Kommissionen har begrænset deres bemærkninger til indehaveren af et standard-essentielt patents eventuelle misbrug af dominerende stilling, mens Huawei [23], ZTE [24] og den nederlandske regering i deres indlæg kun i ringe grad har berørt spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en dominerende stilling.

55. Ifølge fast retspraksis har Domstolen således alene kompetence til at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen og gyldigheden af en EU-retlig forskrift på grundlag af de faktiske omstændigheder, sådan som de er beskrevet af den nationale ret. Desuden vil en ændring af de præjudicielle spørgsmåls indhold være uforenelig med Domstolens opgaver i henhold til artikel 267 TEUF og med dens forpligtelse til at give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 23 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, når henses til, at det i henhold til denne bestemmelse kun er forelæggelsesafgørelserne, der meddeles de pågældende parter [25].

56. Da den forelæggende ret i den foreliggende sag ikke mener, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en dominerende stilling, er hverken nødvendigt eller relevant, kan Domstolen ikke foretage en sådan vurdering.

19 — Som ZTE har anført i sit indlæg, når man, hvis man udelukkende baserer sig på den formodede patentkrænkers »villighed til at forhandle«, frem til en prisdannelse, der ligger langt under den økonomiske værdi af det standard-essentielle patent. Hvis man derimod baserer sig på Bundesgerichtshofs retspraksis i sagen Orange-Book-Standard, støder man på det modsatte problem, idet der vil blive opkrævet meget høje licensafgifter (uden at der er tale om nægtelse af at indgå en aftale, som er i strid med artikel 102 TEUF).

20 — I forelæggelsesafgørelsen fastslår den forelæggende ret, at Huawei »ubestrideligt« indtager en dominerende stilling, uden at denne konstatering forklares eller præciseres yderligere.

21 — Det fremgår af fast retspraksis, at afgrænsningen af det omhandlede marked er af væsentlig betydning for vurderingen af den dominerende stilling. Jf. dom Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, EU:C:1973:22, præmis 32).

22 — Jf. domme United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen (27/76, EU:C:1978:22, præmis 65 og 66), Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, præmis 38 og 39), og senest AstraZeneca mod Kommissionen (C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 175), hvori en dominerende stilling defineres som »en økonomisk magtposition, som en virksomhed har, og som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne«.

23 — Ifølge Huawei giver standard-essentielle patenter indehaveren heraf den nøgle, der gør det muligt at få adgang til den teknologi, der ligger til grund for standarden, idet brugen af disse patenter pr. definition er uomgængelig. Selskabet mener, at indehaverne af standard-essentielle patenter på denne måde i princippet kan kontrollere adgangen til brugen af standarden. Huawei anfører, at der dog ikke nødvendigvis heraf følger en dominerende stilling, navnlig når det pågældende marked omfatter produkter, der ikke anvender en standard, eller som anvender konkurrerende standarder. Ifølge Huawei kan brugere af standarden, der selv er indehavere af standard-essentielle patenter, opnå en vis modvægt med disse patenter. Selskabet mener, at dette under visse omstændigheder kan relativisere den stilling, som indehaveren af et standard-essentielt patent indtager på markedet, således at denne ikke indtager en dominerende stilling.

24 — Ifølge ZTE omfatter beskyttelsesområdet for et standard-essentielt patent en produktkonfiguration, hvis anvendelse nødvendigvis er forudset i standarden, således at ethvert produkt, der er i overensstemmelse med standarden, nødvendigvis krænker patentet. Selskabet har gjort gældende, at det standard-essentielle patent, når der ikke efterspørges produkter, der er uforenelige med standarden, giver indehaveren retlig kompetence til at afgøre, om erhvervsdrivende skal have adgang til eller fortsat være på markedet. Selskabet mener endvidere, at et standard-essentielt patent giver indehaveren en dominerende stilling på det efterfølgende marked for tjenesteydelser. ZTE mener ligeledes, at indehaveren af et (første) standard-essentielt patent, for så vidt som der for hver standard-essentielt patent fastsættes et specifikt teknologi- eller licensmarked, befinder sig i en monopolsituation og dermed indtager en dominerende stilling på markedet. Ifølge ZTE ser man, selv hvis det antages, at der findes et globalt marked, som omfatter alle patenter, der er essentielle for en standard, en situation med en dominerende stilling på markedet.

25 — Jf. dom Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

57. Det skal dog nævnes, at den forelæggende ret ikke i sin forelæggelsesafgørelse har præciseret, at den først fastslog, at indehaveren af et standard-essentielt patent ubestrideligt indtog en dominerende stilling, efter at den havde undersøgt alle omstændighederne og den særlige situation i den foreliggende sag. Jeg mener ligesom den nederlandske regering, at den omstændighed, at en virksomhed er indehaver af et standard-essentielt patent, ikke nødvendigvis indebærer, at den indtager en dominerende stilling i medfør af artikel 102 TEUF [26], og at det tilkommer den nationale ret i hvert enkelt tilfælde at undersøge, om det faktisk er tilfældet [27].

58. Da konstateringen af, at der er tale om en dominerende stilling, pålægger den pågældende virksomhed en særlig forpligtelse [28] til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv konkurrence, kan en sådan konstatering ikke baseres på hypoteser. Da den omstændighed, at enhver, som anvender en standard fastsat af et standardiseringsorgan, obligatorisk skal benytte den lære, der ligger til grund for et standard-essentielt patent, således at der kræves en licens fra indehaveren af dette patent, vil kunne give anledning til en formodning om, at der er tale om, at indehaveren af dette patent indtager en dominerende stilling, mener jeg, at det skal være muligt at omvende denne formodning ved hjælp af konkrete og velunderbyggede beviser.

D – *Misbrug af dominerende stilling eller misbrug af den teknologiske afhængighed*

59. Det skal bemærkes, at en besvarelse af de af den forelæggende ret stillede spørgsmål i lyset af konkurrenceretten kræver, at der skabes ligevægt mellem dels indehaveren af et standard-essentielt patents (Huawei) intellektuelle ejendomsret og adgang til retlig prøvelse, dels den erhvervsfrihed, som de økonomiske aktører, f.eks. de virksomheder, der anvender LTE-standarden (ZTE), har i henhold til chartrets artikel 16. Vedtagelsen af et påbud, der er genstanden for et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud, begrænser denne frihed væsentligt [29] og kan derfor fordreje konkurrencen [30].

1. Intellektuel ejendomsret

60. Det fremgår af de sagsakter, der er forelagt for Domstolen, at Huawei til trods for sin forpligtelse over for ETSI til at meddele licenser på FRAND-vilkår ikke har givet afkald på sin ret til at anlægge søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud mod personer, der udnytter den lære, der ligger til grund for det omtvistede patent, uden selskabets tilladelse. Det følger derimod utvetydigt af denne

26 — I præmis 186 i dom AstraZeneca mod Kommissionen (EU:C:2012:770) kender Domstolen for ret, at »selv om den blotte besiddelse af intellektuelle ejendomsrettigheder ikke kan anses for at bibringe en sådan stilling, kan besiddelsen af disse under visse omstændigheder ikke desto mindre skabe en dominerende stilling, navnlig ved at gøre det muligt for virksomheden at forhindre effektiv konkurrence på markedet«.

27 — Kommissionen bekræfter i »Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (EUT 2011 C 11, s. 1, punkt 269)«, at »[s]elv om etablering af en standard kan give indehavere af IPR, som er væsentlige for standarden, markedsstyrke eller øge den markedsstyrke, de har i forvejen, kan det dog ikke antages, at det faktum, at en virksomhed er indehaver af eller udøver IPR, som er væsentlige for en standard, er ensbetydende med, at den også har eller udøver markedsstyrke. Spørgsmålet om markedsstyrke kan kun vurderes fra sag til sag«.

28 — Det skal understreges, at en dominerende stilling ikke i sig selv er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF. Jf. domme Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 57) og Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 21-23).

29 — Jf. analogt hermed dom UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, præmis 47 og 48). I henhold til artikel 11 i direktiv 2004/48 sikrer medlemsstaterne, at de nationale retslige myndigheder, når der er truffet en retsafgørelse, som fastslår en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, kan udstede et påbud til den krænkende part med henblik på at forhindre fortsat krænkelse. Jf. ligeledes dette direktivs artikel 9 om foreløbige og retsbevarende foranstaltninger. Fremstilling og markedsføring af varer og tjenesteydelser, der er i overensstemmelse med en standard, som krænker indehaveren af et standard-essentielt patents enerettigheder, er forbudt, når der er vedtaget et påbud. Søgsmålet med påstand om nedlæggelse af forbud er derfor en meget magtfuld klageadgang, da udstedelse af et påbud vedrørende krænkelse af et standard-essentielt patent medfører udelukkelse af patentkrænkerens varer og tjenesteydelser fra de markeder, der er omfattet af standarden. Det skal ligeledes anføres, at selv truslen om anlæggelse af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud kan ændre licensforhandlingernes forløb og resultere i licensvilkår, der ikke er FRAND-vilkår. Disse betragtninger finder anvendelse mutatis mutandis på de korrigerende foranstaltninger, der er fastsat i artikel 10 i direktiv 2004/48.

30 — Det indre marked som defineret i artikel 3 TEU er et af Unionens hovedformål og omfatter en ordning, som sikrer, at konkurrencen ikke fordrejes. Jf. protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrencen, der er optaget som bilag til EU-traktaten og EUF-traktaten.

forpligtelse, at Huawei accepterer [31] at gøre det omtvistede patent rentabelt ikke blot ved at udnytte det selv, men også ved at meddele licenser. Endvidere accepterer Huawei, at en licensafgift fastsat på FRAND-vilkår udgør en passende og ligelig kompensation for andres udnyttelse af det pågældende patent.

61. Som Huawei, ZTE, den nederlandske og den portugisiske regering samt Kommissionen er jeg af den opfattelse, at udøvelsen af en eneret i tilknytning til intellektuel ejendomsret, det vil i den foreliggende sag sige retten til at anlægge søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud, i henhold til fast retspraksis ikke i sig selv kan udgøre misbrug af en dominerende stilling [32]. Denne ret er for indehaveren af et patent det vigtigste middel [33] til at gøre sin intellektuelle ejendomsret gældende, idet beskyttelsen heraf er specifikt anerkendt i chartrets artikel 17, stk. 2 [34].

62. Det følger heraf, at enhver restriktion af retten til at anlægge søgsmål nødvendigvis udgør en væsentlig begrænsning af den intellektuelle ejendomsret og derfor kun kan tillades under særlige og nøje afgrænsede omstændigheder.

63. Den intellektuelle ejendomsret er imidlertid ikke en absolut ret. Uden at tale om misbrug af retten præciseres det i 12. betragtning til direktiv 2004/48, at »[d]ette direktiv [ikke] bør […] berøre anvendelsen af konkurrencereglerne, særlig traktatens artikel [101 [TEUF] og 102 TEUF]. Foranstaltningerne i dette direktiv bør ikke anvendes til uretmæssigt at begrænse konkurrencen på en måde, der er i strid med traktaten«. Det følger heraf, at retten til at anlægge søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud for at beskytte den intellektuelle ejendomsret ikke er en absolut og immateriel ret, og at den af hensyn til almenvellet skal bringes i overensstemmelse med konkurrencereglerne i navnlig artikel 101 TEUF og 102 TEUF [35]. I dette direktivs artikel 12 bestemmes det f.eks., at de kompetente retslige myndigheder under visse omstændigheder og på begæring af den person, der kan pålægges et påbud, kan beordre betaling til indehaveren af en intellektuel ejendomsret af en kontant godtgørelse. Begrænsninger i retten til at anlægge søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud og erstatning af denne ret med en kontant godtgørelse er således en klar mulighed i dette direktiv [36].

64. Indehaveren af en intellektuel ejendomsret kan endvidere selv begrænse brugen af den.

31 — Som Kommissionen har anført i sine indlæg.

32 — Jf. analogt domme Volvo (238/87, EU:C:1988:477, præmis 8), RTE og ITP mod Kommissionen (C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, præmis 33) og IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, præmis 34).

33 — Ifølge fast retspraksis er det væsentligste mål med et patent at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderen for hans kreative indsats – med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som *retten til at modsætte sig enhver form for efterligning* (jf. domme Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 9, og Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 107).

34 — Denne mulighed udgør ligeledes en generel forebyggende foranstaltning, idet den afskrækker patentkrænkelser.

35 — Jf. analogt hermed punkt 105 i generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sag Masterfoods og HB (C-344/98, EU:C:2000:249), hvori denne anfører, at »[j]eg bestrider ikke, at […] artikel [102 TEUF og 102 TEUF] indtager en væsentlig plads i fællesskabsrettens systematik, og at artiklerne tjener almenhedens interesse i, at der sikres en ikke-forvredet konkurrence. Det er der derfor fuldstændig forståeligt, at ejendomsretten er undergivet begrænsninger i henhold til artikel [101 TEUF] og [102 TEUF], i den udstrækning sådanne er nødvendige for at beskytte konkurrencen«.

36 — Jf. ligeledes artikel 3, stk. 2, i direktiv 2004/48, hvori det bestemmes, at »[f]oranstaltningerne og retsmidlerne skal ligeledes være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning, og de skal anvendes på en sådan måde, at der ikke opstår hindringer for lovlig samhandel, og at der ydes garanti mod misbrug af dem«. Begrebet »misbrug« er ikke defineret i direktiv 2004/48. Jeg mener dog, at dette begreb nødvendigvis, men ikke udelukkende, omfatter tilsidesættelse af artikel 102 TEUF og 102 TEUF. Jf. ligeledes artikel 8, stk. 2, i aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, hvori det bestemmes, at hensigtsmæssige foranstaltninger, såfremt de er forenelige med bestemmelserne i denne aftale, kan være nødvendige for at undgå, at indehavere af rettigheder misbruger deres intellektuelle ejendomsrettigheder eller benytter sig af en praksis, der begrænser handelen urimeligt eller skader den internationale teknologioverførsel.

65. I denne henseende mener jeg, at Huaweis forpligtelse i hovedsagen til at meddele tredjeparter licenser på FRAND-vilkår delvist svarer til en »licensrettighed« [37]. I modsætning til tvangslicenser, der er lovbestemte [38], kan indehaveren af et patent af egen drift på visse vilkår tillade, at tredjeparter anvender den lære, der ligger til grund for dennes patent. Jeg skal i denne forbindelse nævne, at licenstageren, når der er tale om en lovbestemt licens, i princippet ikke kan pålægges et påbud [39].

2. Retten til domstolsprøvelse

66. Retten til domstolsprøvelse og muligheden for at gøre sine rettigheder gældende ved en domstol anerkendes i chartrets artikel 47. Domstolen fastslog imidlertid i præmis 51 i dom ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363), at chartrets artikel 52, stk. 1, indeholder begrænsninger i udøvelsen af de rettigheder, der anerkendes i chartrets artikel 47, og understregede, at det navnlig bør tages i betragtning, at chartrets artikel 52, stk. 1, kræver, at enhver begrænsning [40] navnlig skal respektere hovedindholdet i den omhandlede grundlæggende rettighed, og desuden at den under iagttagelse af proportionalitetsprincippet skal være nødvendig og reelt svare til de målsætninger af almen interesse, der er anerkendt af Unionen [41].

67. Selv om chartret ikke opstiller et hierarki mellem de grundlæggende rettigheder, som anerkendes heri, med undtagelse af den menneskelige værdighed, som er ukrænkelig [42] uden undtagelse, kan anlæggelsen af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud kun udgøre misbrug af en dominerende stilling under særlige omstændigheder, henset til betydningen af retten til domstolsprøvelse.

3. Erhvervsfrihed og ufordrejet konkurrence

68. Det følger af fast retspraksis, at begrebet »misbrug af en dominerende stilling« er objektivt og omfatter en adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, som kan påvirke strukturen af et marked, hvor konkurrencen, netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse, allerede er begrænset, og som ved at anvende midler, der er anderledes end dem, der regulerer en normal konkurrence på produkter og tjenesteydelser på grundlag af erhvervsdrivendes tjenesteydelser, skaber en hindring for at opretholde den bestående konkurrence på markedet eller for udviklingen af denne konkurrence [43].

37 — Jf. analogt artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1257/2012 af 17.12.2012 om gennemførelse af et forstærket samarbejde om indførelse af enhedspatentbeskyttelse (EUT L 361, s. 1) med overskriften »Licensrettigheder«, der bestemmer:
»1. Indehaveren af et europæisk patent med ensartet retsvirkning kan indlevere en skriftlig erklæring til [Den Europæiske Patentmyndighed] om, at vedkommende er villig til at tillade enhver at udnytte opfindelsen som licenshaver mod passende vederlag.
2. En licens, der opnås i henhold til denne forordning, behandles som en aftalt licens.«
Jf. ligeledes artikel 23 i den tyske Patentgesetz (lov om patenter) og Section 46 i UK Patent Act 1977 (Det Forenede Kongeriges lov af 1977 om patenter).

38 — Jf. f.eks. artikel 24 i Patentgesetz.

39 — Jf. i denne retning dom Allen & Hanburys (434/85, EU:C:1988:109, præmis 4), hvori redegøres for anvendelsesområdet for Section 46 i UK Patent Act 1977.

40 — Jeg skal ligeledes nævne, at de enkelte medlemsstaters procedureregler danner grundlaget for retten til domstolsprøvelse. Her skal blot nævnes reglerne om fristerne for anlæggelse af søgsmålene (præklusionsreglerne), reglerne om retlig interesse (locus standi) og reglerne om sagsøgere i ond tro.

41 — Chartrets artikel 52, stk. 1, finder ligeledes anvendelse på den intellektuelle ejendomsret, hvis beskyttelse er omhandlet i chartrets artikel 17, stk. 2. Jf. analogt dom Hauer (44/79, EU:C:1979:290, præmis 17-30).

42 — Jf. chartrets artikel 1.

43 — Dom AstraZeneca mod Kommissionen (EU:C:2012:770, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).

69. Huawei, ZTE, den nederlandske og den portugisiske regering samt Kommissionen er af den opfattelse, at konstateringen af misbrug af en dominerende stilling, efter anlæggelsen af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud, i henhold til fast retspraksis forudsætter, at der foreligger »særlige omstændigheder« [44]. Det skal nævnes, at »[d]et fremgår af denne retspraksis, at det, for at der foreligger misbrug, når en virksomhed, der er indehaver af en ophavsret, nægter at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, er tilstrækkeligt, at tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked« [45].

70. Som Huawei har anført, er denne retspraksis dog baseret på faktiske omstændigheder, der ikke er direkte sammenlignelige med de i hovedsagen omhandlede omstændigheder. Som i de sager, der gav anledning til denne retspraksis, står det klart, at en licens til det omtvistede patent på fremstilling af produkter og tjenesteydelser, der er i overensstemmelse med LTE-standarden, er absolut nødvendig. Til forskel fra disse sager, der vedrører afslag på at meddele licenser til at udnytte intellektuelle ejendomsrettigheder, har Huawei imidlertid indberettet [46] det omtvistede patent til ETSI og har frivilligt forpligtet sig til at meddele tredjeparter licenser til dette patent på FRAND-vilkår, hvilket ved første øjekast ikke kan sidestilles med et afslag svarende til de afslag, der er omhandlet i den i fodnote 44 i dette forslag til afgørelse omhandlede retspraksis. Denne retspraksis finder derfor kun delvis anvendelse på hovedsagen, hvor alt afhænger af, hvordan Huawei har overholdt sin forpligtelse over for ETSI til at meddele licenser på FRAND-vilkår i tilknytning til det omtvistede patent.

71. Jeg skal i denne forbindelse nævne, at Huaweis indberetning af dette patent til ETSI og dets forpligtelse har påvirket gennemførelsen af standardiseringsproceduren og selve indholdet af LTE-standarden [47]. Indarbejdelsen af den lære, der ligger til grund for det omtvistede patent, i LTE-standarden og det uomgængelige behov for en licens, der følger heraf, skaber et afhængighedsforhold mellem indehaveren af et standard-essentielt patent og de virksomheder, der fremstiller produkter og tjenesteydelser, der er i overensstemmelse med denne standard. Denne afhængighed af teknologisk art medfører en økonomisk afhængighed.

72. Domstolen fastslog i præmis 9 i dom Volvo (EU:C:1988:477), at »indehaverens udøvelse af eneretten til et mønster for karrosseridele til automobiler kan være omfattet af forbuddet i artikel [102 TEUF], 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«.

73. Jeg mener, at de indikatorer, som Domstolen opstillede i denne dom vedrørende adfærd, der kan udgøre misbrug af en dominerende stilling, er kendetegnet dels ved et afhængighedsforhold mellem indehaveren af en intellektuel ejendomsret, som indtager en dominerende stilling, og andre virksomheder, dels ved denne indehavers misbrug af sin stilling på andre vilkår end normale konkurrencevilkår [48].

44 — Domme RTE og ITP mod Kommissionen (EU:C:1995:98, præmis 50 og 53-56) (afslag på at meddele licens til ophavsrettigheder), og IMS Health (EU:C:2004:257, præmis 35 og 36) (afslag på at meddele licens til brug af en blokstruktur beskyttet af en intellektuel ejendomsret). Jf. ligeledes dom Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 39 og 40) (afslag på at optage et konkurrerende dagblad, der udgives af en anden virksomhed, i sin egen ordning med udbringning af aviser).

45 — Dom IMS Health (EU:C:2004:257, præmis 38).

46 — Jf. artikel 4, stk. 1, i ETSI's politik om intellektuelle ejendomsrettigheder.

47 — Jf. navnlig artikel 3, 4, 6 og 8 i ETSI's politik om intellektuelle ejendomsrettigheder.

48 — Jf. ligeledes dom United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen (EU:C:1978:22, præmis 182 og 183).

74. Under disse omstændigheder – der er kendetegnet dels ved patentkrænkerens teknologiske afhængighed efter indarbejdelsen i en standard af den lære, der ligger til grund for et patent, dels ved indehaveren af et standard-essentielt patents illoyale eller urimelige adfærd [49] i strid med dennes forpligtelse til at meddele licenser på FRAND-vilkår, når en patentkrænker rent objektivt har vist sig parat, villig og i stand til at indgå en sådan licensaftale – er anlæggelse af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud ikke et normalt konkurrencevilkår, og det påvirker konkurrencesituationen [50] til skade for navnlig forbrugerne og de virksomheder, der har investeret i forberedelse, vedtagelse og anvendelse af standarden [51], og bør anses for at udgøre misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF.

75. Det er indlysende, at misbrug af en dominerende stilling i forbindelse med standardiseringen og forpligtelsen til at meddele licenser til et standard-essentielt patent på FRAND-vilkår først kan konstateres, når indehaveren af et standard-essentielt patents og patentkrænkerens adfærd er blevet undersøgt.

E – *Anvendelse på den foreliggende sag*

1. Om det første spørgsmål

76. Selv om Domstolen i medfør af artikel 267 TEUF ikke har kompetence til at anvende artikel 102 TEUF på den konkrete sag, kan den dog, som led i det ved denne artikel indførte retslige samarbejde, på grundlag af oplysningerne i sagens akter forsyne den nationale domstol med de fortolkningselementer i tilknytning til artikel 102 TEUF, som kan være hensigtsmæssige for den ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, den har fået forelagt [52].

77. Det siger sig selv, at udnyttelse af et patent uden licens i princippet udgør en krænkelse af indehaverens intellektuelle ejendomsret, og at denne i medfør af artikel 2004/48 har flere muligheder for at sikre overholdelse af sine rettigheder, herunder søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud. I et sådant tilfælde skal patentkrænkeren, inden denne begår en overtrædelse, indlede forhandlinger med patentindehaveren med henblik på indgåelse af en licensaftale.

78. Hovedsagen adskiller sig fra det ovenstående derved, at indehaveren over for et standardiseringsorgan (som denne og den formodede patentkrænker er medlemmer af) har forpligtet sig til at meddele tredjeparter licenser på FRAND-vilkår.

79. Følgende retningslinjer finder efter min opfattelse anvendelse i sådanne tilfælde.

49 — Det er vigtigt at understrege, at denne adfærd fra indehaveren af et standard-essentielt patents side ikke kan betragtes som illoyal eller urimelig, hvis den er objektivt begrundet. I denne henseende er jeg af den opfattelse, at såfremt indehaveren af et standard-essentielt patent ikke modtager en rimelig afgift, efter at denne har forpligtet sig til at meddele licenser på FRAND-vilkår, reduceres dennes mulighed for at gøre sine investeringer rentable og dennes incitament til at investere i andre teknologier, ligesom denne bliver mindre villig til at meddele licenser til et standard-essentielt patent på FRAND-vilkår og deltage i standardiseringsprocessen.

50 — En sådan adfærd kan nedbringe investeringerne i teknologier i tilknytning til LTE-standarden og tilgængeligheden af produkter og tjenesteydelser, der er i overensstemmelse med denne standard. Hvis licenser til et standard-essentielt patent ikke var tilgængelige på FRAND-vilkår, ville virksomhederne være utilbøjelige til at gennemføre denne standard, hvilket ville ødelægge standardiseringsprocessen. Når indehaveren af et standard-essentielt patents anlæggelse af søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud endvidere anvendes som et pressionsmiddel til at øge licensafgiften i strid med forpligtelsen til at indgå aftaler på FRAND-vilkår, påvirkes priserne på varer og tjenesteydelser, der er i overensstemmelse med LTE-standarden, indirekte på en urimelig måde, der er til skade for forbrugerne af disse varer og tjenesteydelser.

51 — Jf. artikel 3, stk. 1, i ETSI's politik om intellektuelle ejendomsrettigheder.

52 — Jf. i denne retning dom Ioannis Katsivardas – Nikolaos Tsitsikas (C-160/09, EU:C:2010:293, præmis 24).

80. For så vidt som patentkrænkeren fortsat er »i stand til« at indgå og overholde en licensaftale på FRAND-vilkår og navnlig betale en passende afgift, skal indehaveren af et standard-essentielt patent, henset til den vigtige indsats, der står på spil, tage visse konkrete skridt, inden denne anlægger søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud, for at overholde sin forpligtelse og opfylde sit særlige ansvar i henhold til artikel 102 TEUF.

81. Dette er endnu mere nødvendigt, eftersom krænkeren af et standard-essentielt patent ikke nødvendigvis er klar over, at denne udnytter den lære, der ligger til grund for et patent, som er både gyldigt og essentielt for en standard. Hvad angår LTE-standarden ser det ud til, at over 4 700 patenter er blevet meddelt som essentielle til ETSI, og at en stor del af disse patenter muligvis ikke er gyldige eller essentielle for standarden [53].

82. Det er således muligt, at selv en stor telekommunikationsvirksomhed som ZTE ikke forinden har kunnet efterprøve den essentielle karakter og gyldigheden af alle patenter i tilknytning til LTE-standarden, som er blevet indberettet til ETSI. Der skal ligeledes tages hensyn til den omstændighed, at telekommunikationssektoren er i konstant udvikling, og at virksomhederne (og dermed potentielle patentkrænkere) skal reagere hurtigt for at markedsføre deres produkter og tjenesteydelser. Jeg mener således ikke, at det er urimeligt, at licenser til et standard-essentielt patent på FRAND-vilkår forhandles og indgås efterfølgende, dvs. efter påbegyndelsen af udnyttelsen af den lære, der ligger til grund for patentet.

83. Hvilke skridt skal indehaveren af et standard-essentielt patent tage på dette grundlag, inden der anlægges et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud [54] med risiko for at misbruge sin dominerende stilling?

84. Medmindre det godtgøres, at den formodede patentkrænker er fuldt informeret herom, skal patentindehaveren skriftligt underrette patentkrænkeren og give denne en begrundelse for den pågældende krænkelse med angivelse af det relevante standard-essentielle patent, og hvordan patentkrænkeren har krænket det. Et sådant skridt pålægger ikke indehaveren en uforholdsmæssig byrde, da det under alle omstændigheder er nødvendigt som led i et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud.

85. Endvidere skal indehaveren under alle omstændigheder sende den formodede krænker et skriftligt tilbud om en licensaftale på FRAND-vilkår, som skal indeholde alle de betingelser, der normalt indgår i en licensaftale inden for den pågældende aktivitetssektor, særlig den præcise licensafgift og den måde, hvorpå den er blevet beregnet.

86. Et sådant krav er heller ikke uforholdsmæssigt, fordi indehaveren af et standard-essentielt patent frivilligt har forpligtet sig til at udnytte sin intellektuelle ejendomsret på en rentabel måde og således frivilligt har begrænset sin ret til at gøre sin eneret gældende. Det er endog rimeligt at forvente, at indehaveren forbereder og udarbejder et sådant tilbud, allerede når denne opnår patentet og indgår en

53 — Huawei har selv påpeget, at »brugeren af et essentielt patent skal handle inden for rimelige frister, når denne fremsætter et tilbud om en licensaftale på FRAND-vilkår eller forpligter sig til at acceptere, at en dommer eller en mægler fastsætter vilkårene. Nogle gør endog gældende, at brugeren skal have fremsat et tilbud om en licensaftale på FRAND-vilkår på eget initiativ, inden denne begynder at anvende standarden. Det forekommer dog ikke realistisk inden for telekommunikationsindustrien på grund af det store antal essentielle patenter og indehavere af sådanne patenter og usikkerheden omkring gyldigheden og krænkelsen af (påstået) essentielle patenter. At kræve af en bruger af en standard, at denne indleder forhandlinger med henblik på at opnå licens til ethvert patent, der er erklæret essentielt, inden der gøres nogen som helst brug af standarden, er heller ikke realistisk. Det kan ikke forventes, at brugeren af en standard inden for telekommunikationsindustrien (og det er i øvrigt ikke sædvane inden for denne sektor) evaluerer hvert enkelt patent, der er erklæret essentielt, indleder forhandlinger med henblik på at opnå en licens til dette patent og udsteder en retligt bindende erklæring for hvert essentielt patent og over for hver enkelt indehaver af et sådant patent, inden denne begynder at bruge standarden. Der ville være tale om en meget tung administrativ og økonomisk byrde og en enorm tidsinvestering, så brugen af standarden i princippet ville være umulig«.

54 — Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål vedrører specifikt søgsmålet med påstand om nedlæggelse af forbud.

forpligtelse til at meddele licenser på FRAND-vilkår. Da denne forpligtelse fra indehaveren af et standard-essentielt patents side endvidere omfatter en forpligtelse til ikke-diskrimination mellem licenstagerne, er kun indehaveren i besiddelse af de oplysninger, der er nødvendige for at kunne overholde denne forpligtelse, navnlig hvis der allerede er indgået andre licensaftaler.

87. Hvilke forpligtelser påhviler der den formodede patentkrænker, når disse skridt er taget?

88. Han skal reagere hurtigt og seriøst på tilbuddet fra indehaveren af det standard-essentielle patent. Hvis tilbuddet ikke accepteres, skal den formodede patentkrænker snarest fremsende et rimeligt skriftligt modtilbud til indehaveren af et standard-essentielt patent vedrørende de vilkår, som denne ikke er enig i. Som den forelæggende ret har anført, udgør anlæggelsen af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud ikke misbrug af en dominerende stilling, hvis patentkrænkerens adfærd udelukkende var taktisk og/eller havde opsættende virkning og/eller ikke var seriøs.

89. Fristen for udveksling af tilbud og modtilbud samt forhandlingernes varighed [55] skal vurderes i lyset af det »kommercielle vindue«, som indehaveren af et standard-essentielt patent har til at udnytte sit patent inden for den pågældende sektor.

90. Det påhviler den forelæggende ret at kontrollere, om og under hvilke omstændigheder Huaweis og ZTE's adfærd er i overensstemmelse med ovenstående retningslinjer. Jeg vil tilføje et par bemærkninger, idet afviklingen og det nøjagtige indhold af kontakterne mellem Huawei og ZTE ikke fremgår klart af forelæggelsesafgørelsen. Desuden er Huawei [56] og ZTE [57] i deres indlæg for Domstolen fremkommet med meget divergerende eller endog modstridende forklaringer.

91. Under alle omstændigheder fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at Huawei i forbindelse med drøftelserne med ZTE mellem november 2010 og udgangen af marts 2011 [58] oplyste det beløb, som selskabet fandt var en rimelig licensafgift. Det påhviler den forelæggende ret at vurdere indholdet af dette »tilbud« [59] fra Huawei, og om det er i overensstemmelse med de betingelser og antagelser, der er opstillet i punkt 84 og 85 i dette forslag til afgørelse.

55 — Som skal indledes (og afsluttes) hurtigt, når patentkrænkeren (uden at betale) udnytter den lære, der ligger til grund for et standard-essentielt patent.

56 — Huawei påstår, at selskabet i november 2010 informerede ZTE om, at »det anvendte forskellige LTE-patenter, som Huawei var indehaver af, og foreslog, at der blev indgået en licensaftale på [FRAND-]vilkår. ZTE svarede, at Huawei selv krænkede ZTE's patenter, og krævede, at der blev indgået en gensidig licensaftale uden licensafgift. I realiteten var ZTE ikke i besiddelse af noget gyldigt udstedt patent på det tekniske område, som kunne være af interesse for Huawei. […] I december 2010 stillede Huawei […] en liste over sine mest relevante patenter til rådighed for ZTE og foreslog en licensaftale om denne patentportefølje. ZTE fremsendte senere end aftalt en liste over sine egne patenter, der angiveligt var berørt. I løbet af forskellige kontakter mellem parterne meddelte ZTE sin principholdning, hvorefter kun en gensidig licensaftale uden licensafgift var acceptabel. […] I marts 2011 sendte Huawei ZTE et nyt tilbud om en licensaftale. ZTE stod fast på sin holdning og afviste også dette tilbud. ZTE har ikke fremsat noget modforslag med henblik på indgåelse af en licensaftale på retfærdige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår for så vidt angår Huaweis patenter. […] I april 2011, efter fem måneders resultatløse drøftelser, besluttede Huawei at indbringe sagen for domstolene«.

57 — Ifølge ZTE »fremsatte [Huawei] mellem november 2010 og marts 2011 generelle krav til den betalte licensafgift. Selskabet fremsatte ikke noget konkret forslag til aftale og underbyggede ikke sine krav. I løbet af disse kontakter forelagde [Huawei] [ZTE] en liste med 450 patenter (vedrørende 130 patentgrupper), der blev præsenteret som essentielle for forskellige standarder […]. Til trods for at der blev fremsat adskillige anmodninger herom, nægtede [Huawei] at fremlægge de »tabeller« til støtte for denne påstand, der normalt anvendes i tvister om patenter, hvoraf fremgår overensstemmelsen mellem rettighederne og specifikationerne, og at fremlægge et grundlag for vurdering af [Huaweis] påstande«. ZTE har tilføjet, at »[Huawei] i forbindelse med kontakterne i perioden mellem november 2010 og marts 2011 [havde] anmodet om en gensidig licens, i forbindelse med hvilken [ZTE] skulle have betalt [Huawei] en nettolicensafgift på 1,8% som kompensation for forskellen i værdien af disse porteføljer. Dette krav er tydeligvis en for høj licensafgift«. ZTE har endvidere påstået at have »foreslået [Huawei] at betale det [en licensafgift på 0,0022% i tilknytning til det omtvistede patent beregnet] på grundlag af en generelt anerkendt metode [...]«. ZTE har tilføjet, at »[Huawei] ikke på noget tidspunkt under hele proceduren har fremlagt et konkret modforslag. Det har blot kritiseret [ZTE's] tilbud som værende utilstrækkeligt. [Huawei] har navnlig ikke på noget tidspunkt angivet værdien af det omtvistede patent«. »[ZTE har] beregnet skadeserstatningens beløb på grundlag af en takst på 0,0022% […], idet det har taget udgangspunkt i den tidligere omsætning i tilknytning til basisstationer, der er forenelige med LTE-standarden. Da der på den relevante dato kun var solgt 35 forsøgsstationer, havde man beregnet sig frem til et beløb på 50 EUR. Hvis antallet af solgte stationer stiger, vil skadeserstatningen også blive højere.«

58 — Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

59 — Jeg minder i denne forbindelse om, at den forelæggende ret har anført, at Huawei og ZTE »har udvekslet konkrete tilbud om indgåelse af licensaftaler«. Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

92. Den forelæggende ret skal endvidere på grundlag af den licensafgift, som Huawei havde foreslået, og ZTE's svar herpå efterprøve, om muligheden for at forhandle FRAND-vilkår reelt forelå. I denne forbindelse skal den forelæggende ret vurdere, om ZTE's forslag om en gensidig licensaftale [60] og betaling af en licensafgift på 50 EUR var passende i den foreliggende sag og var i overensstemmelse med betingelserne og antagelserne i punkt 88 i dette forslag til afgørelse.

93. Hvis forhandlingerne ikke bliver indledt eller forbliver resultatløse, kan den formodede patentkrænkers adfærd endvidere ikke betragtes som opsættende og useriøs, hvis denne anmoder om, at disse betingelser fastsættes enten af en domstol eller af en voldgiftsret. I dette tilfælde er det legitimt, at indehaveren af et standard-essentielt patent anmoder patentkrænkeren om enten at stille en bankgaranti for betaling af licensafgifterne [61] eller at deponere et foreløbigt beløb [62] ved en domstol eller en voldgiftsret for den tidligere og kommende udnyttelse af det standard-essentielle patent.

94. Det samme gør sig gældende, hvis patentkrænkeren under forhandlingerne har forbeholdt sig retten til efter indgåelsen af en licensaftale at bestride dels gyldigheden af dette patent, dels den uregelmæssige karakter eller endog selve eksistensen af den brug, patentkrænkeren har gjort eller vil gøre af den lære, der ligger til grund for patentet, ved en domstol eller en voldgiftsret.

95. Hvad angår gyldigheden af det standard-essentielle patent er jeg af samme opfattelse som den forelæggende ret, Huawei, ZTE og Kommissionen, nemlig at det er i offentlighedens interesse, at en formodet patentkrænker har mulighed for efter indgåelsen af en licensaftale at bestride gyldigheden af et standard-essentielt patent (hvilket ZTE har gjort). Som Kommissionen har påpeget, kan en fejlagtig udstedelse af et patent udgøre en hindring for den lovlige udøvelse af en økonomisk aktivitet. Hvis de virksomheder, der fremstiller varer og tjenesteydelser, der er i overensstemmelse med en standard, endvidere ikke kan sætte spørgsmålstegn ved gyldigheden af et patent, der anses for at være essentielt for denne standard, kan det de facto vise sig umuligt at efterprøve gyldigheden af dette patent, for de øvrige virksomheder har ikke interesse i at handle i denne forbindelse [63].

96. Hvad angår udnyttelsen af den lære, der ligger til grund for et patent, skal de virksomheder, der anvender en standard, naturligvis ikke betale for den intellektuelle ejendomsret, som de ikke udnytter [64]. Det følger heraf, at den formodede patentkrænker efterfølgende kan sætte spørgsmålstegn ved sin udnyttelse af den lære, der ligger til grund for et patent, og patentets essentielle karakter for den pågældende standard.

97. Henset til min besvarelse af det første spørgsmål mener jeg, at en besvarelse af andet og tredje spørgsmål er unødvendig.

2. Om det fjerde spørgsmål

98. Det fjerde spørgsmål er baseret på en forudsætning, der følger af Bundesgerichtshofs dom i sagen Orange-Book-Standard, hvorefter patentkrænkeren, inden der overhovedet indgås en licensaftale, skal opfylde de forpligtelser, der påhviler ham i henhold til den fremtidige kontrakt. Jeg mener ikke, at et sådant krav kan gøres gældende i forbindelse med udnyttelsen af et standard-essentielt patent, når indehaveren af patentet har forpligtet sig til at meddele licenser på FRAND-vilkår. Som det imidlertid

60 — Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

61 — Som fastsættes af domstolen eller voldgiftsretten.

62 — Som fastsættes af domstolen eller voldgiftsretten.

63 — Det er dyrt at bestride gyldigheden af et patent. Jeg mener således, at kun de virksomheder, der udnytter den lære, der ligger til grund for et patent, har interesse i at bestride patentets gyldighed for navnlig ikke at skulle betale en licensafgift. Hvis de virksomheder, der anvender en standard og dermed udnytter den lære, der ligger til grund for et standard-essentielt patent, ikke har ret til at bestride patentets gyldighed, risikerer de ikke blot at betale en uretmæssig licensafgift, men som den forelæggende ret har anført i forelæggelsesafgørelsen, vil det »kunne vise sig umuligt at efterprøve gyldigheden af standard-essentielle patenter (patenter, som alle de berørte markedsaktører er tvunget til at udnytte)«.

64 — Jf. analogt dom Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mod Kommissionen (C-385/07 P, EU:C:2009:456, præmis 141-147).

fremgår af min besvarelse af det første spørgsmål, skal patentkrænkeren rent objektivt være parat, villig og i stand til at indgå en sådan licensaftale. Under disse omstændigheder kan indehaveren kræve, at der stilles en bankgaranti for fremtidig betaling af licensafgifter eller deponeres et foreløbigt beløb for den tidligere eller fremtidige udnyttelse af dennes patent.

3. Om det femte spørgsmål

99. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om indehaveren af et standard-essentielt patent misbruger en dominerende stilling, når denne gør andre rettigheder i tilknytning til krænkelsen gældende ved domstolene, nemlig fremlæggelse af regnskabsoplysninger, tilbagekaldelse og skadeserstatning.

100. Da de korrigerende foranstaltninger, der er fastsat i artikel 10 i direktiv 2004/48[65], kan bestå i en udelukkelse af varer og tjenesteydelser fra en krænker af et standard-essentielt patent fra de markeder, der er omfattet af standarden, finder betragtningerne i punkt 77-89 og punkt 93-96 vedrørende søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud anvendelse mutatis mutandis på de korrigerende foranstaltninger, der er fastsat i direktivets artikel 10.

101. Derimod ser jeg i henhold til artikel 102 TEUF intet til hinder for, at der anlægges søgsmål med påstand om fremlæggelse af regnskabsoplysninger med henblik på at efterprøve patentkrænkerens anvendelse af den lære, der ligger til grund for et standard-essentielt patent, for at opnå en licensafgift på FRAND-vilkår fra dette patent. Det påhviler den pågældende ret at sikre, at foranstaltningen er rimelig og forholdsmæssig.

102. Endelig er jeg af den opfattelse, at krav om skadeserstatning for tidligere udnyttelse, der udgør en krænkelse af det standard-essentielle patent, ikke er noget problem i medfør af artikel 102 TEUF. Da et sådant krav ikke har til formål at yde indehaveren af et standard-essentielt patent erstatning for tidligere krænkelser af dennes patent, fører det, som Kommissionen har anført, »hverken til udelukkelse fra markedet af varer, der er i overensstemmelse med en standard, eller til en potentiel licenstagers accept af ugunstige licensvilkår i forbindelse med den fremtidige udnyttelse af et standard-essentielt patent«.

VI – **Forslag til afgørelse**

103. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Landgericht Düsseldorf forelagte spørgsmål således:

»1) Når indehaveren af et standard-essentielt patent, der over for et standardiseringsorgan har forpligtet til at meddele tredjeparter licenser på FRAND-vilkår (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms), dvs. på retfærdige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår, fremsætter et krav om korrigerende foranstaltninger eller anlægger et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud over for en patentkrænker i medfør af henholdsvis artikel 10 og artikel 11 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, der kan føre til udelukkelse fra de markeder, der er omfattet af standarden, af varer og tjenesteydelser fra en krænker af et standard-essentielt patent, udgør det misbrug af en dominerende stilling i medfør af artikel 102 TEUF, hvis det påvises, at indehaveren af et standard-essentielt patent ikke har overholdt sin forpligtelse, mens patentkrænkeren har vist sig objektivt parat, villig og i stand til at indgå en sådan licensaftale.

65 — Disse foranstaltninger omfatter tilbagetrækning af varer fra handelen.

2) Overholdelse af en sådan forpligtelse indebærer, at indehaveren af et standard-essentielt patent, inden denne fremsætter et krav om korrigerende foranstaltninger eller anlægger et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud, skriftligt skal meddele patentkrænkeren begrundelsen for den pågældende krænkelse, idet det relevante standard-essentielle patent præciseres, og der redegøres for, hvordan patentkrænkeren har krænket det, medmindre det er godtgjort, at den formodede patentkrænker er fuldt ud informeret herom. Indehaveren af et standard-essentielt patent skal under alle omstændigheder meddele den formodede patentkrænker et skriftligt tilbud om en licensaftale på FRAND-vilkår, som skal indeholde alle de vilkår, der normalt indgår i en licensaftale inden for den pågældende aktivitetssektor, navnlig det nøjagtige licensafgiftsbeløb, og hvordan det er blevet beregnet.

3) Patentkrænkeren skal reagere hurtigt og seriøst på dette tilbud. Såfremt indehaveren af det standard-essentielle patents tilbud ikke accepteres, skal den formodede patentkrænker snarest fremsende denne et rimeligt skriftligt modtilbud vedrørende de vilkår, som patentkrænkeren er uenig i. Fremsættelsen af et krav om korrigerende foranstaltninger eller anlæggelse af et søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud udgør ikke misbrug af en dominerende stilling, hvis patentkrænkerens adfærd er rent taktisk og/eller har opsættende virkning og/eller ikke er seriøs.

4) Hvis forhandlingerne ikke bliver indledt eller forbliver resultatløse, kan den formodede patentkrænkers adfærd endvidere ikke betragtes som opsættende eller useriøs, hvis denne anmoder om, at FRAND-vilkårene fastsættes enten af en domstol eller af en voldgiftsret. I dette tilfælde kan indehaveren af et standard-essentielt patent med rette anmode patentkrænkeren om enten at stille en bankgaranti for betaling af licensafgifterne eller at deponere et foreløbigt beløb ved en domstol eller en voldgiftsret for den tidligere og fremtidige udnyttelse af dennes patent.

5) En patentkrænkers adfærd kan heller ikke betragtes som opsættende eller useriøs under forhandlingerne af en licensaftale på FRAND-vilkår, hvis denne forbeholder sig retten til efter indgåelsen af en licensaftale at bestride dels gyldigheden af dette patent, dennes udnyttelse af den lære, der ligger til grund for patentet, og patentets essentielle karakter i forbindelse med den pågældende standard.

6) Indehaveren af et standard-essentielt patents anlæggelse af søgsmål med påstand om fremlæggelse af regnskabsoplysninger udgør ikke misbrug af en dominerende stilling. Det påhviler den pågældende ret at sikre, at foranstaltningen er rimelig og forholdsmæssig.

7) Indehaveren af et standard-essentielt patents fremsættelse af et krav om skadeserstatning for tidligere udnyttelse, som udelukkende har til formål at holde denne skadesløs for tidligere krænkelser af patentet, udgør ikke misbrug af en dominerende stilling.«