Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 20 november 2014[1]

Mål C-170/13

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

(begäran om förhandsavgörande från Landgericht Düsseldorf (Tyskland))

”Konkurrens — Artikel 102 FEUF — Missbruk av dominerande ställning — Talan om patentintrång som väckts av innehavaren av ett patent som är nödvändigt för en standard, vilken har tagits fram av en standardiseringsorganisation — Åtagande att bevilja tredje man licens på FRAND-villkor (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms), det vill säga på skäliga, rimliga och icke-diskriminerande villkor”

I – **Inledning**

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande, vilken ingavs av Landgericht Düsseldorf (Tyskland) till domstolens kansli den 5 april 2013, rör tolkningen av artikel 102 FEUF.

2. Målet avser ett patent ”som är nödvändigt för en standard som har tagits fram av en standardiseringsorganisation” (nedan kallat ett nödvändigt patent) och för första gången ska domstolen bedöma huruvida, och i förekommande fall på vilka villkor, en talan om patentintrång som väcks av innehavaren av ett nödvändigt patent mot ett företag som tillverkar produkter enligt denna standard utgör missbruk av dominerande ställning.

3. Begäran har framställts i ett mål mellan Huawei Technologies Co. Ltd (nedan kallat Huawei), ett globalt företag inom telekommunikationssektorn med säte i Shenzhen (Kina), å ena sidan, och ZTE Corp., med säte i Shenzhen, och ZTE Deutschland GmbH (nedan kallat ZTE), med säte i Düsseldorf, å andra sidan, vilka tillhör en företagskoncern som också är global och som är verksam inom samma sektor. Huawei har genom sin talan om patentintrång framställt yrkande om förbudsföreläggande, krav på redovisning, återkallande av varor och fastställande av skadestånd.

1 — Originalspråk: franska.

4. Talan om patentintrång avser ett europeiskt patent som innehas av Huawei och som registrerats under nummer EP 2 090 050 B 1 (nedan kallat det omtvistade patentet). Förbundsrepubliken Tyskland är en av de avtalsslutande medlemsstater som anges i detta patent, vilket utgör ett patent som är ”nödvändigt” för standarden [2] ”Long Term Evolution” (LTE) som tagits fram av Europeiska institutet för telekommunikationsstandarder (European Telecommunications Standards Institute, Etsi) [3]. Detta innebär att alla som tillämpar LTE-standarden med nödvändighet måste använda patentets tekniska lösning.

5. Det omtvistade patentet anmäldes till Etsi av Huawei, som den 4 mars 2009 åtog sig gentemot Etsi att bevilja tredje man licens på skäliga, rimliga och icke-diskriminerande villkor, vanligen kallade ”FRAND” (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) (nedan kallade FRAND-villkor). [4]

6. Efter det att förhandlingarna om ingående av ett licensavtal på FRAND-villkor hade ”strandat” [5] väckte Huawei talan vid den hänskjutande domstolen om patentintrång mot ZTE, med yrkanden om förbudsföreläggande, föreläggande att förete redovisning, föreläggande om återkallande av varor och fastställande av skadestånd. Enligt ZTE utgör talan om förbudsföreläggande missbruk av dominerande ställning, eftersom företaget är berett att förhandla om en licens.

7. Beteendet hos en innehavare av ett nödvändigt patent, vilken har åtagit sig att bevilja tredje man licens på FRAND-villkor, har gett upphov till en uppsjö av mål vid domstolarna i flera medlemsstater och tredje länder. Dessa olika mål, vilka grundar sig inte bara på konkurrensrätt utan även på civilrätt, har gett upphov till en mängd olika juridiska lösningar och följaktligen en betydande osäkerhet avseende lagenligheten av vissa beteenden hos en innehavare av ett nödvändigt patent och andra företag som, genom att tillämpa en standard som har tagits fram av en europeisk standardiseringsorganisation, använder den tekniska lösningen för ett nödvändigt patent.

8. Med hänsyn till de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt, kommer jag att inskränka detta förslag till avgörande till att enbart avse konkurrensrätt och i synnerhet frågan om missbruk av dominerande ställning.

9. Det betyder dock inte att den aktuella frågeställningen i det nationella målet, vilken enligt min mening huvudsakligen har sin grund i bristen på tydlighet i själva begreppet FRAND-villkor och innehållet i dessa, inte skulle kunna avgöras på ett lämpligt, eller rent av bättre, sätt inom ramen för andra rättsområden eller genom andra mekanismer än de i konkurrensrätten.

10. Det räcker i det avseendet att framhålla att ett åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor inte är likvärdigt med en licens på FRAND-villkor och ett sådant åtagande ger inte heller någon som helst indikation om innehållet i FRAND-villkoren, vilka de aktuella parterna i princip ska komma överens om.

2 — Enligt artikel 2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1025/2012 av den 25 oktober 2012 om europeisk standardisering och om ändring av rådets direktiv 89/686/EEG och 93/15/EEG samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG och 2009/105/EG samt om upphävande av rådets beslut 87/95/EEG och Europaparlamentets och rådets beslut 1673/2006/EG (EUT L 316, s. 12) avses med *standard* ”en teknisk specifikation som antagits av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller fortlöpande tillämpning, som inte är tvingande …”. Ett av de huvudsakliga målen med standardisering är att i största möjliga utsträckning möjliggöra en tillämpning av standarden. Denna möjlighet kan emellertid strida mot de exklusiva rättigheter som tillkommer innehavarna av immateriella rättigheter.

3 — Etsi är en av de europeiska standardiseringsorganisationer som anges i bilaga I till förordning nr 1025/2012 och som Huawei och ZTE är medlemmar i. Ett av de dokument som är bindande för medlemmarna har rubriken ”Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter”. I artikel 14 i nämnda dokument fastställs att dokumentet är bindande för Etsis medlemmar och i artikel 15.6 definieras den ”nödvändiga” karaktären på ett patent. Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter finns i bilaga 6 till Etsis förfaranderegler. Se även punkt 24 i detta förslag till avgörande.

4 — Se artikel 6.1 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter. Se även punkt 23 i detta förslag till avgörande.

5 — Se punkt 27 i detta förslag till avgörande.

11. Även om FRAND-villkoren för licenser uteslutande omfattas av parternas och i förekommande fall tvistemålsdomstolars eller skiljedomstolars behörighet, är det enligt min mening uppenbart att risken för bristande vilja hos de berörda parterna eller risken för att förhandlingarna på detta område avbryts skulle, åtminstone delvis, kunna undvikas eller minska om standardiseringsorganisationerna fastställde minimivillkor, en förhandlingsram eller ”uppföranderegler” för förhandlingarna om FRAND-villkor för licenser. I avsaknad härav används talan om förbudsföreläggande och reglerna om missbruk av dominerande ställning, vilka endast borde utgöra en sista utväg, som förhandlingsargument eller påtryckningsmedel av innehavaren av ett nödvändigt patent eller av det företag som tillämpar standarden och använder den tekniska lösningen för detta nödvändiga patent.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*

12. I artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), som har rubriken ”Näringsfrihet”, föreskrivs följande:

”Näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.”

13. I artikel 17 i stadgan, som har rubriken ”Rätt till egendom”, föreskrivs följande:

”1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.

2. Immateriell egendom ska vara skyddad.”

14. I artikel 47 i stadgan, som har rubriken ”Rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol”, föreskrivs följande:

”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel.

…”

15. Artikel 52 i stadgan har rubriken ”Rättigheternas och principernas räckvidd och tolkning”, och i artikel 52.1 föreskrivs följande:

”Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.”

B – *Direktiv 2004/48/EG*

16. I artikel 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48 av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter,[6] som har rubriken ”Interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna på sökandens begäran får

a) utfärda ett interimistiskt föreläggande mot den påstådda intrångsgöraren i syfte att hindra ett omedelbart förestående immaterialrättsintrång …

…”

17. I artikel 10 i direktiv 2004/48, som har rubriken ”Korrigeringsåtgärder”, föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar det skadestånd som kan utgå till rättighetshavaren på grund av intrånget och utan att någon form av ersättning utgår, skall medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna på sökandens begäran får besluta att lämpliga åtgärder skall vidtas med de varor som har konstaterats göra intrång i en immateriell rättighet och, där så är lämpligt, med material och verktyg som huvudsakligen har använts för att skapa eller tillverka dessa varor. Sådana åtgärder skall inbegripa

a) återkallande från marknaden,

b) slutgiltigt avlägsnande från marknaden, eller

c) förstöring.

…

3. Vid prövningen av en begäran om korrigeringsåtgärder skall beaktas dels att de beslutade åtgärderna skall stå i rimlig proportion till intrånget, dels tredje mans intressen.”

18. I artikel 11 i direktivet, som har rubriken ”Förelägganden”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, när de har fastställt att ett intrång har begåtts i en immateriell rättighet, får utfärda ett föreläggande mot intrångsgöraren med förbud att fortsätta intrånget. …”

19. I artikel 12 i direktiv 2004/48, som har rubriken ”Alternativa åtgärder”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får föreskriva att de behöriga rättsliga myndigheterna, när detta är lämpligt och på begäran av den person som kan bli föremål för sådana åtgärder som föreskrivs i detta avsnitt, får besluta att ekonomisk ersättning istället skall utgå till den skadelidande parten, om personen i fråga varken har handlat uppsåtligt eller oaktsamt, om ett verkställande av åtgärderna i fråga skulle orsaka denne oproportionerligt stor skada och om ekonomisk ersättning till den skadelidande parten framstår som rimligt tillfredsställande.”

6 — EUT L 157, s. 45, och rättelse i EUT L 195, 2004, s. 16.

20. I artikel 13 i direktiv 2004/48, som har rubriken ”Skadestånd”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, efter ansökan från den skadelidande parten, förpliktar den som har begått immaterialrättsintrång och som visste eller rimligen borde ha vetat att han eller hon ägnade sig åt intrångsgörande verksamhet, att betala ett skadestånd till rättighetshavaren som är lämpligt i förhållande till den faktiska skada som denne har orsakats till följd av intrånget.

När de rättsliga myndigheterna fastställer skadeståndet

a) skall de beakta alla relevanta omständigheter, såsom de negativa ekonomiska konsekvenserna, däribland utebliven vinst, för den skadelidande parten, den otillbörliga vinst som intrångsgöraren har gjort och, där så är lämpligt, omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse, såsom ideell skada som rättighetshavaren har förorsakats genom intrånget,

eller

b) kan de, som ett alternativ till a där så är lämpligt, fastställa skadeståndet till ett engångsbelopp på grundval av sådana faktorer som åtminstone det belopp som skulle ha betalats i royalty eller avgift om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att nyttja den immateriella rättigheten i fråga.

2. För de fall då en intrångsgörare har begått ett immaterialrättsintrång utan att ha vetat eller rimligen borde ha vetat om det, får medlemsstaterna föreskriva att de rättsliga myndigheterna får förordna om återbetalning av vinst eller betalning av skadestånd som kan vara fastställt i förväg.”

C – *Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter*

21. Enligt artikel 3.1 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter, är syftet med denna standardiseringsorganisation att skapa standarder som är anpassade till de tekniska målen för den europeiska telekommunikationssektorn och minska risken för Etsi, dess medlemmar och tredje man som tillämpar Etsis standarder att investeringar i utarbetande, antagande och tillämpning av standarder går förlorade på grund av att de immateriella rättigheter som är nödvändiga för tillämpningen av dessa standarder inte är tillgängliga. För att göra detta strävar Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter efter att uppnå en balans mellan behoven av standardisering för offentlig användning på telekommunikationsområdet och rättigheterna för innehavare av immateriella rättigheter. I artikel 3.2 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter föreskrivs att vid genomförandet av standarderna ska innehavarna av immateriella rättigheter erhålla lämplig och skälig ersättning om deras immateriella rättigheter används.

22. I artikel 4.1 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter föreskrivs att varje enskild medlem, i synnerhet under förfarandet för att utarbeta en standard i vars utveckling medlemmen deltar, ska vidta nödvändiga åtgärder för att snarast möjligt underrätta Etsi om de immateriella rättigheter som är nödvändiga för standarden och som medlemmen innehar. En medlem som inger ett tekniskt förslag avseende en standard ska således underrätta Etsi om alla immateriella rättigheter som medlemmen innehar och som skulle kunna visa sig vara nödvändiga för standarden för det fall förslaget antas.

23. I artikel 6.1 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter föreskrivs att när Etsi underrättas om en immateriell rättighet som är nödvändig för en teknisk standard, ska Etsis generaldirektör omedelbart anmoda innehavaren av nämnda rättighet att inom tre månader göra ett *oåterkalleligt* åtagande om att vara beredd att bevilja licenser på FRAND-villkor avseende denna immateriella rättighet. Om det inte görs något FRAND-åtagande, ska Etsi undersöka huruvida arbetet avseende de berörda delarna av standarden ska avbrytas till dess att ärendet har avgjorts och/eller lägga fram en

relevant standard för godkännande.[7] Om innehavaren av immateriella rättigheter vägrar att göra ett FRAND-åtagande i enlighet med artikel 6.1 i nämnda policy, ska Etsi undersöka huruvida det finns en alternativ teknik, och om så inte är fallet ska arbetet med den aktuella standarden avbrytas.[8] Enligt artikel 14 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter utgör ett åsidosättande av detta dokument av en medlem ett åsidosättande av medlemmens skyldigheter gentemot Etsi.

24. Enligt artikel 15.6 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter ska en immateriell rättighet anses som ”nödvändig” särskilt om det av tekniska skäl inte är möjligt att framställa produkter som överensstämmer med standarden utan att göra intrång i nämnda rättighet. Etsi kontrollerar dock inte om den immateriella rättighet som en av dess medlemmar har underrättat den om är giltig och inte heller om den är eller nödvändig.

25. I Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter fastställs inte exakt vad som avses med FRAND-villkor för licenser. Det ankommer på patenthavaren och den som använder patentet att förhandla om villkoren för att använda ett nödvändigt patent.[9] Vidare innehåller inte heller Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter några regler eller bestämmelser om tvistlösning för det fall parterna inte kan enas om konkreta FRAND-villkor.[10]

III – **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

26. ZTE erbjuder och saluför bland annat basstationer utrustade med LTE-programvara (nedan kallade de omtvistade utförandeformerna) i Tyskland. Enligt den hänskjutande domstolen är de omtvistade utförandeformer som erbjuds och saluförs av ZTE obestridligen anpassade till LTE-programvaran och fungerar på grundval av LTE-standarden. Eftersom det omtvistade patent som innehas av Huawei är nödvändigt för LTE-standarden, utnyttjar ZTE automatiskt detta patent.

27. Det framgår av beslutet om hänskjutande att mellan november 2010 och slutet av mars 2011 diskuterade Huawei och ZTE Deutschland GmbH bland annat patentintrånget och möjligheten att ingå ett licensavtal. Huawei ”angav en licensavgift som den ansåg var rimlig”. ZTE Deutschland GmbH ”förespråkade en korslicensiering”. Det framgår även av beslutet om hänskjutande att ZTE den 30 januari 2013 erbjöd ett avtal om korslicenser och föreslog, men betalade inte, en licensavgift som skulle erläggas till Huawei (nämligen 50 euro). Vidare har den hänskjutande domstolen angett att ”[p]arterna inte utväxlade några konkreta anbud avseende ett licensavtal”. Den 28 april 2011 väckte Huawei talan vid den hänskjutande domstolen, vilken har gett upphov till detta mål om förhandsavgörande.

28. ZTE framställde vid Europeiska patentverket en invändning mot det omtvistade patentet på den grunden att patentet inte var giltigt. Genom beslut av den 25 januari 2013 bekräftade Europeiska patentverket patentets giltighet, genom att avslå ZTE:s invändning. Ett överklagande av detta beslut är för närvarande anhängigt.

7 — Se artikel 6.3 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter. Förfarandet för att godkänna en Etsi-standard varierar beroende på vilken typ av standard som är i fråga och det fastställs i Etsis föreskrifter. I det avseendet ska det påpekas att Etsi fastställer bland annat European Standards (EN) (Europastandarder), ETSI Standards (ES) (Etsis standarder) och ETSI Technical Specifications (TS) (Etsis tekniska specifikationer), och förfarandet för att godkänna dessa varierar avsevärt.

8 — Se artikel 8 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter.

9 — Enligt artikel 4.1 i Etsis handledning om immateriella rättigheter av den 19 september 2013 (nedan kallad handledningen), utgör de särskilda villkoren för beviljande av licenser, och förhandlingarna om dessa, frågor som rör det kommersiella förhållandet mellan företagen. Härav följer att Etsi inte är behörig att reglera dessa. Till skillnad från Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter, som är bindande för Etsis medlemmar, är handledningen endast av förklarande karaktär.

10 — Enligt artikel 4.3 i handledningen ska nämligen medlemmarna i Etsi anstränga sig för att lösa varje tvist rörande tillämpningen av policyn i fråga om immateriella rättigheter bilateralt och i godo. Enligt artikel 4.4 i handledningen ska medlemmarna i Etsi genomföra en opartisk och uppriktig förhandlingsprocess för att ingå licensavtal på FRAND-villkor avseende deras immateriella rättigheter.

29. Den hänskjutande domstolen har påpekat att ZTE:s användning av det omtvistade patentet är rättsstridig. Nämnda domstol anser dock att det skulle vara möjligt att, på grundval särskilt av artikel 102 FEUF, ogilla talan om förbudsföreläggande på den grunden att licensen är obligatorisk, om det kunde anses att Huawei, genom att väcka talan om förbudsföreläggande, har missbrukat *”den dominerande ställning som det onekligen har”* [11].

30. Enligt den hänskjutande domstolen finns det två tillvägagångssätt som gör det möjligt att fastställa från vilken tidpunkt innehavaren av ett nödvändigt patent åsidosätter artikel 102 FEUF genom att missbruka sin dominerande ställning gentemot en intrångsgörare.

31. För det första har den hänskjutande domstolen påpekat att Bundesgerichtshof (Tyskland), i sin dom av den 6 maj 2009 i målet ”standard Orange Book” (nedan kallat Orange-Book-Standard) (KZR 39/06), [12] slog fast att en patenthavare som framställer yrkande om förbudsföreläggande när motparten kan göra anspråk på att beviljas en licens till patentet missbrukar sin dominerande ställning endast om följande villkor är uppfyllda:

”Motparten ska ha lämnat klaganden ett ovillkorligt anbud om ingående av ett licensavtal (ett sådant anbud får bland annat inte innehålla någon klausul som begränsar licensen till att endast avse intrång), varvid motparten är bunden av sitt anbud och klaganden är skyldig att godta det, eftersom ett avslag på anbudet otillbörligen skulle hindra motparten eller strida mot förbudet mot diskriminering.

Om motparten anser att den licensavgift som klaganden kräver är orimligt hög eller om klaganden vägrar att uppge licensavgiften, ska anbudet att ingå avtal betraktas som ovillkorligt om det däri föreskrivs att klaganden ska fastställa licensavgiften på ett rättvist sätt.

Om motparten använder patentföremålet innan klaganden har godtagit anbudet, ska motparten iaktta de skyldigheter som vid användningen av patentet kommer att åligga vederbörande enligt det framtida licensavtalet. Det innebär särskilt att motparten ska redovisa omfattningen av sin användning i enlighet med villkoren i ett icke diskriminerande avtal och ska uppfylla sin därav följande betalningsskyldighet.

Vid fullgörande av denna betalningsskyldighet är motparten inte skyldig att betala avgiften direkt till klaganden. Det är nämligen tillåtet för motparten att deponera avgiften vid en Amtsgericht (distriktsdomstol).”

11 — På tyska ”unstreitig gegebenen marktbeherrschenden Stellung”.

12 — Bundesgerichtshofs resonemang grundar sig på artikel 82 EG (nu artikel 102 FEUF), artikel 20.1 i den tyska lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (nedan kallad GWB) och artikel 242 i den tyska civillagen, i den lydelse som offentliggjordes den 2 januari 2002 (BGBl. I, s. 42, 2909; 2003 I, s. 738) och ändrades genom artikel 4 i lag av den 26 juni 2013 (BGBl. I, s. 1805) (Bürgerliches Gesetzbuch) (nedan kallad BGB). I sistnämnda bestämmelse, som har rubriken ”Fullgörande i enlighet med principen om tro och heder”, föreskrivs att ”[g]äldenären är skyldig att tillhandahålla prestationen på det sätt som principen om tro och heder kräver med beaktande av handelsbruk”.

32. För det andra har den hänskjutande domstolen påpekat att i ett pressmeddelande [13] avseende ett meddelande om invändningar riktat till Samsung Electronics m.fl. i ett intrångsärende (COMP/C-3/39.939) avseende marknaden för mobiltelefoner, hävdade Europeiska kommissionen inledningsvis att det var otillåtet att väcka talan om förbudsföreläggande med hänsyn till artikel 102 FEUF, eftersom ärendet rörde ett nödvändigt patent, att patenthavaren hade uppgett till en standardiseringsorganisation att vederbörande var beredd att bevilja licenser på FRAND-villkor och att intrångsgöraren själv var beredd att förhandla om en sådan licens.

33. Som den hänskjutande domstolen har påpekat förklarar dock inte kommissionen i sitt pressmeddelande under vilka omständigheter det kan anses att en intrångsgörare är beredd att förhandla. Kommissionen upprepar inte heller de kriterier som Bundesgerichtshof uppställde i sin dom Orange-Book-Standard.

34. Den hänskjutande domstolen anser att om man i det nu aktuella fallet tillämpade de kriterier som Bundesgerichtshof uppställt, skulle ZTE inte med fog kunna åberopa att licensen är obligatorisk, med följden att talan om patentintrång skulle bifallas. Nämnda domstol anser att i så fall skulle Huawei inte vara tvunget att godta ett av de anbud som ZTE skriftligen lagt fram i syfte att ingå licensavtal. Den hänskjutande domstolen grundar detta påstående på två skäl.

35. För det första ska ZTE:s anbud att ingå avtal anses vara otillräckliga, på grund av att det inte rörde sig om ”ovillkorliga” anbud i den mening som avses i Bundesgerichtshofs praxis. Anbuden var nämligen begränsade till enbart de produkter som ger upphov till intrång.

36. För det andra, och oberoende av frågan huruvida storleken på avgiften har fastställts på ett korrekt sätt, har ZTE inte betalat den avgift som det självt har beräknat (nämligen 50 euro) och det finns inte någon uppgift som tyder på att Amtsgericht har beslutat att detta belopp ska krävas in för att deponeras. Vidare har den hänskjutande domstolen påpekat att ZTE varken i vederbörlig ordning eller på ett uttömmande sätt har redogjort för den användning som skett.

37. Den hänskjutande domstolen anser däremot att om man tillämpar det resonemang som kommissionen förespråkade i pressmeddelandet, ska Huaweis talan om förbudsföreläggande ogillas på grund av att den utgör missbruk. Eftersom Huawei grundar sin talan på ett nödvändigt patent är ZTE tvunget att använda detta för att kunna marknadsintroducera de omtvistade utförandeformerna som är anpassade till LTE. Den hänskjutande domstolen har erinrat om att Huawei meddelade Etsi att det var berett att bevilja tredje man licenser och har påpekat att ZTE var, åtminstone vid det relevanta datumet (när de muntliga förhandlingarna avslutades), ”berett att förhandla” i den mening som avses i kommissionens resonemang. Denna beredskap att förhandla tog sig under alla omständigheter uttryck i de skriftliga anbud att ingå avtal som ZTE lade fram (i dessa anbud återges delvis förslagen från Huawei). Den hänskjutande domstolen anser att inom ramen för kommissionens resonemang påverkas inte förhandlingsberedskapen av den omständigheten att parterna inte lyckas komma överens om innehållet i vissa avtalsklausuler eller, i synnerhet, storleken på den avgift som ska betalas.

13 — Se kommissionens pressmeddelande IP/12/1448 av den 21 december 2012 och kommissionens memorandum 12/1021 av samma dag (nedan kallat pressmeddelandet). Genom beslut av den 29 april 2014 antog kommissionen ett beslut på grundval av artikel 9 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 FEUF och 102 FEUF] (EUT L 1, s. 1), avseende Samsung Electronics m.fl. till följd av de åtaganden som nämnda företag erbjöd. Denna bestämmelse har rubriken ”Åtaganden” och i artikel 9.1 i föreskrivs att ”[n]är kommissionen avser att fatta ett beslut om att en överträdelse skall upphöra och de berörda företagen erbjuder åtaganden för att undanröja de betänkligheter som kommissionen har delgivit dem i sin preliminära bedömning, får kommissionen genom beslut göra dessa åtaganden bindande för företagen. …”. Genom beslut av den 29 april 2014 antog kommissionen ett beslut på grundval av artikel 7 i förordning nr 1/2003 gentemot Motorola Mobility LLC (nedan kallat Motorola), i vilket det bland annat fastställdes en överträdelse av artikel 102 FEUF till följd av att Motorola väckte talan om förbudsföreläggande vid en tysk domstol gentemot Apple Inc., m.fl. (nedan kallat Apple) avseende ett nödvändigt patent till vilket Motorola hade åtagit sig att bevilja licenser på FRAND-villkor (ärende AT.39985).

38. Mot denna bakgrund beslutade Landgericht Düsseldorf att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska innehavaren av ett patent som är nödvändigt för en standard, vilken gentemot en standardiseringsorganisation har åtagit sig att bevilja tredje man licens på [FRAND-]villkor, anses missbruka sin dominerande ställning på marknaden om denne väcker talan om förbudsföreläggande gentemot någon som begått ett patentintrång, fastän den sistnämnda har förklarat sig vara beredd att förhandla om en sådan licens

eller

ska ett missbruk av en dominerande ställning antas föreligga först om den som har begått ett patentintrång till patenthavaren har lämnat ett godtagbart ovillkorligt anbud om ingående av ett licensavtal, vilket patenthavaren inte kan avslå utan att otillbörligen hindra intrångsgöraren eller åsidosätta förbudet mot diskriminering, och intrångsgöraren i väntan på beviljandet av en licens uppfyller de avtalsförpliktelser som åligger denne för tidigare användning?

2) För det fall att redan den omständigheten att intrångsgöraren är beredd att förhandla medför att det kan antas föreligga ett missbruk av en dominerande ställning:

Uppställs det särskilda kvalitativa och/eller tidsmässiga krav i artikel 102 FEUF vad gäller beredskapen att förhandla? Kan det anses föreligga en sådan beredskap när intrångsgöraren enbart i allmänna ordalag (muntligt) har förklarat sig vara beredd att inleda förhandlingar, eller måste denne redan ha inlett förhandlingar genom att exempelvis nämna konkreta villkor på vilka vederbörande är beredd att ingå ett licensavtal?

3) För det fall att det, för att det ska föreligga missbruk av en dominerande ställning, krävs att det har lämnats ett godtagbart och ovillkorligt anbud att ingå ett licensavtal:

Föreskrivs det särskilda kvalitativa och/eller tidsmässiga krav i artikel 102 FEUF vad gäller detta anbud? Måste anbudet omfatta samtliga bestämmelser som licensavtal inom det aktuella tekniska området normalt innehåller? Får det i anbudet särskilt uppställas som villkor att patentet faktiskt kommer att användas eller visar sig äga giltighet?

4) För det fall att det, för att det ska föreligga missbruk av en dominerande ställning, krävs att intrångsgöraren uppfyller sina skyldigheter enligt den licens som ska beviljas:

Föreskrivs det i artikel 102 FEUF särskilda krav vad gäller uppfyllelsen av dessa skyldigheter? Är intrångsgöraren skyldig att redovisa tidigare användning och/eller betala licensavgifter? Kan en skyldighet att betala licensavgifter i förekommande fall uppfyllas genom att säkerhet ställs?

5) Är villkoren för att innehavaren av ett patent som är nödvändigt för en standard ska anses missbruka sin dominerande ställning även tillämpliga när patenthavaren vid domstol gör gällande andra rättigheter som kan härledas ur ett patentintrång (exempelvis krav på redovisning, återkallande av varor, skadestånd)?”

IV – **Förfarandet vid domstolen**

39. Huawei, ZTE, den nederländska och den portugisiska regeringen samt kommissionen har kommit in med skriftliga yttranden. Huawei, ZTE, den nederländska och den finländska regeringen samt kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 11 september 2014.

V – **Bedömning**

A – *Inledande synpunkter*

40. Domstolen har ombetts att klargöra huruvida, och i förekommande fall på vilka villkor, en talan om patentintrång som väckts av innehavaren av ett nödvändigt patent, vilken har åtagit sig att bevilja licenser på FRAND-villkor, utgör missbruk av dominerande ställning. De frågor som den hänskjutande domstolen har ställt avser inte de särskilda villkoren för en FRAND-licens, något som omfattas av parternas och i förekommande fall tvistemålsdomstolars och skiljedomstolars behörighet, utan syftar snarare till att, med beaktande av konkurrensrätten, fastställa ramen för förhandlingarna om licenser, på FRAND-villkor, till ett nödvändigt patent.

41. Enligt den hänskjutande domstolen har innehavaren av ett nödvändigt patent en stark ställning i förhandlingen om licenser på grund av sin rätt att väcka talan om förbudsföreläggande. Följaktligen ska det säkerställas att innehavaren av ett nödvändigt patent inte kan ta ut exempelvis orimligt höga avgifter i strid med sitt åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor, ett beteende som har betecknats som *patent hold-up*[14].

42. Den hänskjutande domstolen har dock även påpekat att en inskränkning av rätten att väcka talan om förbudsföreläggande avsevärt minskar förhandlingsutrymmet för innehavaren av ett nödvändigt patent, eftersom vederbörande inte skulle kunna förfoga över tillräckliga påtryckningsmedel för att genomföra dessa förhandlingar på jämställd fot med intrångsgöraren. Nämnda domstol har tillagt att innehavaren av ett nödvändigt patent måste tolerera den rättsstridiga användningen av patentet, oberoende av frågan om och när ett licensavtal faktiskt kommer att ingås. Det är först i efterhand, vid ett datum som inte går att förutse, som patenthavaren kan komma att erhålla skadestånd. Det är härvid oklart hur stor ersättningen kommer att bli och om den ens kan verkställas. Så är fallet även om förhandlingarna avseende licensen drar ut på tiden av skäl som enbart beror på intrångsgöraren. Detta beteende har betecknats som *patent hold-out* eller *reverse patent hold-up*.

43. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida innehavaren av ett nödvändigt patent, vilken gentemot en standardiseringsorganisation, i förevarande fall Etsi, har åtagit sig att bevilja tredje man licens på FRAND-villkor, ska anses missbruka sin dominerande ställning på marknaden om denne väcker talan om förbudsföreläggande gentemot någon som begått ett patentintrång trots att intrångsgöraren var ”beredd att förhandla om” en sådan licens.

44. Inom ramen för samma fråga har den hänskjutande domstolen även kommit med ett annat antagande, nämligen att det föreligger ett missbruk av en dominerande ställning först om den som begått ett patentintrång till innehavaren av det nödvändiga patentet har lämnat ett godtagbart ovillkorlig anbud, vilket patenthavaren inte kunde avslå utan att otillbörligen hindra intrångsgöraren eller åsidosätta förbudet mot diskriminering, och intrångsgöraren i väntan på beviljandet av en licens har uppfyllt de avtalsförpliktelser som åligger denne när det gäller tidigare användning.

45. För att ge ett användbart och fullständigt svar på den hänskjutande domstolens första fråga anser jag att dessa två antaganden ska prövas tillsammans.

46. Den andra, den tredje och den fjärde tolkningsfrågan avser villkoren för intrångsgörarens förhandlingsberedskap, villkoren för dennes anbud respektive villkoren för uppfyllande av de skyldigheter som åligger vederbörande enligt den licens som ska beviljas. Svaret på dessa frågor är i stor utsträckning avhängigt av svaret på den första frågan. Den femte frågan avser andra rättsmedel än

14 — Kommissionen anser att ”[e]tt *patent hold-up* förvärras när ett stort antal patent som är nödvändiga för en teknisk standard, vilka omfattar flera standarder, används i en enda produkt. I ett sådant scenario kan antalet potentiella licensgivare leda till att de sammanlagda betalningarna av avgifter till olika innehavare av nödvändiga patent blir orimliga. Detta fenomen kallas för *royalty stacking*.”

talan om förbudsföreläggande som innehavaren av ett nödvändigt patent har tillgång till för att skydda sin immateriella rättighet. Eftersom de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt huvudsakligen avser lagenligheten av talan om förbudsföreläggande, kommer jag att inrikta mitt förslag till avgörande på denna talan.

B – *Den rättspraxis som bygger på Bundesgerichtshofs dom Orange-Book-Standard och kommissionens pressmeddelande i ärendet Samsung Electronics m.fl.*

47. Det är uppenbart att den hänskjutande domstolens frågor till stor del har inspirerats av Bundesgerichtshofs dom Orange-Book-Standard och av kommissionens pressmeddelande i ärendet Samsung Electronics m.fl.

48. Beträffande nämnda dom ska det påpekas att det finns viktiga faktiska skillnader mellan det målet och det här aktuella nationella. Det omtvistade patentet utgör ett patent som är nödvändigt för LTE-standarden, vilken följer av ett avtal som ingåtts mellan de företag (däribland Huawei och ZTE) som deltar i standardiseringsprocessen inom Etsi, medan den standard som var i fråga i Bundesgerichtshofs mål Orange-Book-Standard var en de facto-standard.[15] Härav följer att i det målet hade inte den aktuella patenthavaren gjort något åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor. Det är normalt att patenthavaren i ett sådant fall har ett större förhandlingsutrymme än när det är fråga om ett nödvändigt patent, vars innehavare är medlem i en europeisk standardiseringsorganisation, liksom den som ansöker om en licens, och att en talan om förbudsföreläggande som väcks av en sådan patenthavare slutligen anses utgöra missbruk endast om den avgift som vederbörande tar ut är klart orimlig.

49. Med hänsyn till denna viktiga faktiska skillnad jämfört med det här aktuella nationella målet, anser jag att nämnda dom inte kan, per analogi, överföras på det här aktuella målet.

50. Pressmeddelandet i ärendet Samsung Electronics m.fl avser däremot visserligen ett nödvändigt patent, och innehavaren av detta patent har inför en standardiseringsorganisation åtagit sig att bevilja licenser på FRAND-villkor. Jag anser dock att enbart den omständigheten att den som har begått ett patentintrång är beredd att förhandla,[16] vilken förhandlingsberedskap till sin art är extremt vag och inte är bindande, inte i något fall räcker[17] för att begränsa rätten för innehavaren av det nödvändiga patentet att väcka talan[18] om förbudsföreläggande.

15 — En de facto-standard är en specifikation som erkänns på marknaden, oftast genom att denna specifikation röner allmänt erkännande. Se, för ett liknande resonemang, artikel 1.2 i yttrandet från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om meddelandet från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om ”den europeiska strategin för standardisering och det globala informationssamhället” (KOM(1996) 359 slutlig).

16 — Vilket har uttryckts muntligen, eller rent av skriftligen.

17 — Pressmeddelandet, som enbart består av några sidor, har inte någon rättslig status. Det är inte bindande för kommissionen och föregriper inte det förfarande som kommissionen syftar på. Syftet med pressmeddelandet är endast att underrätta allmänheten om att det har inletts ett förfarande mot Samsung Electronics m.fl med tillämpning av förordning nr 1/2003. För övrigt framgår det klart, särskilt just mot bakgrund av kommissionens yttranden i förevarande fall, vilka är mycket mer detaljerade, att kommissionen själv anser att betydligt större krav bör ställas på den som har begått ett patentintrång.

18 — Som den hänskjutande domstolen påpekade kan, ”[e]tt sådant uttalande … göras mycket enkelt och på ett föga bindande sätt, eftersom det kan ändras, återkallas och i förekommande fall förnyas när som helst. Vidare omnämns inte några exakta villkor i ett sådant uttalande, utan det är nödvändigt att känna till licensvillkoren för att avgöra huruvida dessa är skäliga, rimliga och icke-diskriminerande. Även när konkreta licensvillkor omnämns i ett uttalande, kan man betvivla att de är allvarligt menade. Den som har begått patentintrånget kan nämligen när som helst ändra eller återkalla villkoren eller föreslå villkor som vid första anblicken är orimliga.”

51. Jag anser att en ren tillämpning i detta fall av den rättspraxis som bygger på Bundesgerichtshofs dom Orange-Book-Standard eller av pressmeddelandet skulle resultera i att innehavaren av det nödvändiga patentet, användarna av patentens tekniska lösning eller konsumenterna antingen över- eller underbeskyddades. [19]

52. Det framstår således som nödvändigt att hitta en medelväg.

C – *Presumtionen om att det föreligger en dominerande ställning*

53. Det ska, såsom kommissionen har påpekat, framhållas att den hänskjutande domstolen har utgått från antagandet att Huawei har en dominerande ställning [20] och den har inte ställt några frågor till domstolen om kriterierna för att fastställa den relevanta marknaden [21] eller konstatera en dominerande ställning [22].

54. Kommissionen och den portugisiska regeringen har inskränkt sina yttranden till att avse ett eventuellt missbruk av dominerande ställning av innehavaren av ett nödvändigt patent, medan Huawei, [23] ZTE [24] och den nederländska regeringen endast i mycket begränsad utsträckning har tagit upp frågan huruvida det föreligger en dominerande ställning i sina yttranden.

55. Enligt fast rättspraxis får domstolen endast tolka eller pröva giltigheten av en unionsrättsakt på grundval av de uppgifter om de faktiska omständigheterna som har lämnats av den nationella domstolen. Att ändra innehållet i tolkningsfrågorna skulle vidare vara oförenligt med den roll som domstolen har getts genom artikel 267 FEUF, samt med domstolens skyldighet att i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga säkerställa att medlemsstaternas regeringar och berörda parter ges möjlighet att avge yttranden, eftersom det enligt sistnämnda bestämmelse endast är begäran om förhandsavgörande som delges de berörda parterna. [25]

19 — Som ZTE har påpekat i sina yttranden, om man endast grundar sig på ”förhandlingsberedskapen” hos den som antas ha begått ett patentintrång, leder det till en prisbildning som är klart lägre än det ekonomiska värdet av det nödvändiga patentet. Om man däremot grundar sig på den rättspraxis som bygger på Bundesgerichtshofs dom Orange-Book-Standard, skulle man ställas inför motsatt problem, genom att mycket höga licensavgifter (dock inte så höga att de utgör avtalsvägran i strid med artikel 102 FEUF) skulle tas ut.

20 — I beslutet om hänskjutande har den nationella domstolen angett att Huawei ”onekligen” har en dominerande ställning, utan någon ytterligare förklaring eller precisering i samband med detta konstaterande.

21 — Det följer av fast rättspraxis att avgränsningen av den relevanta marknaden är av väsentlig betydelse för bedömningen av den dominerande ställningen. Se dom Europemballage och Continental Can/kommissionen (6/72, EU:C:1973:22, punkt 32).

22 — Se dom United Brands och United Brands Continentaal/kommissionen (27/76, EU:C:1978:22, punkterna 65 och 66), dom Hoffmann-La Roche/kommissionen (85/76, EU:C:1979:36, punkterna 38 och 39), och mer nyligen dom AstraZeneca/kommissionen (C-457/10 P, EU:C:2012:770, punkt 175), där en dominerande ställning definieras som att ”ett företag har en ekonomisk maktställning som ger det möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och, i sista hand, konsumenterna”.

23 — Enligt Huawei ger de nödvändiga patenten patenthavaren den nyckel som gör det möjligt att få tillgång till och använda den teknik som ligger till grund för standarden, eftersom användningen av dessa patent per definition är ofrånkomlig. Företaget anser att innehavarna av nödvändiga patent således i princip kan kontrollera tillgången till och användningen av standarden. Huawei har påpekat att detta inte nödvändigtvis resulterar i en dominerande ställning, särskilt när den relevanta marknaden innefattar produkter avseende vilka det inte används någon standard eller tillämpas konkurrerande standarder. Enligt Huawei kan de användare av standarden som själva disponerar över nödvändiga patent också genom dessa patent få ett visst motverkande inflytande. Företaget anser att detta under vissa omständigheter kan relativisera ställningen för innehavaren av det nödvändiga patentet på marknaden så till den grad att den upphör att vara dominerande.

24 — Enligt ZTE omfattar skyddet för ett patent som är nödvändigt för en teknisk standard en yttre form på produkter vars användning med nödvändighet föreskrivs i standarden, vilket gör att varje produkt som överensstämmer med standarden med nödvändighet gör intrång i patentet. Företaget anser att eftersom de produkter som inte överensstämmer med standarden inte efterfrågas, ger ett patent som är nödvändigt för en teknisk standard innehavaren rättslig befogenhet att besluta om aktörernas inträde och fortsatta verksamhet på marknaden. Vidare anser det att ett patent som är nödvändigt för en teknisk standard ger innehavaren en dominerande ställning på tjänstemarknaderna i efterföljande led. ZTE anser även att eftersom man för varje patent som är nödvändigt för en teknisk standard fastställer en specifik marknad för tekniker eller licenser, har innehavaren av ett (första) patent som är nödvändigt för en teknisk standard monopolställning och följaktligen en dominerande ställning på marknaden. ZTE har uppgett att ”även för det fall det är fråga om en global marknad som omfattar samtliga patent som är nödvändiga för en teknisk standard, kan man notera att det föreligger en dominerande ställning på marknaden”.

25 — Se dom Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

56. Eftersom den hänskjutande domstolen i förevarande fall inte har bedömt det nödvändigt eller relevant att ställa en fråga avseende huruvida det föreligger en dominerande ställning, ska domstolen inte göra någon sådan bedömning.

57. Det ska dock påpekas att den hänskjutande domstolen, i sitt beslut om hänskjutande, inte angav att den i det nationella målet hade fastställt att det onekligen förelåg en dominerande ställning för innehavaren av ett nödvändigt patent först efter det att den hade gjort en fullständig bedömning av alla omständigheter och det särskilda sammanhanget i det aktuella fallet. I likhet med den nederländska regeringen anser jag att den omständigheten att ett företag har ett nödvändigt patent inte nödvändigtvis innebär att det har en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF [26] och att det ankommer på den nationella domstolen att från fall till fall bedöma huruvida situationen faktiskt är sådan. [27]

58. Eftersom konstaterandet att det föreligger en dominerande ställning medför ett särskilt ansvar för det berörda företaget [28] att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en effektiv konkurrens, kan ett sådant konstaterande inte grundas på antaganden. Den omständigheten att varje person som använder en standard som tagits fram av en standardiseringsorganisation med nödvändighet måste använda den tekniska lösningen för ett nödvändigt patent, vilket således kräver licens av patenthavaren, kan visserligen ge upphov till en motbevisbar presumtion om att innehavaren av detta patent har en dominerande ställning. Enligt min mening måste det emellertid vara möjligt att bryta presumtionen genom konkreta och utförliga uppgifter.

D – *Missbruk av dominerande ställning eller otillbörligt utnyttjande av det tekniska beroendet*

59. Det ska påpekas att ett svar på de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt kräver, mot bakgrund av konkurrensrätten, att det görs en avvägning mellan, å ena sidan, den immateriella rättigheten och rätten till domstolsprövning för innehavaren av ett nödvändigt patent (Huawei) och, å andra sidan, den näringsfrihet som de ekonomiska aktörerna, såsom de företag som genomför LTE-standarden (ZTE), åtnjuter enligt artikel 16 i stadgan. Utfärdandet av ett sådant föreläggande som avses med en talan om förbudsföreläggande begränsar nämligen denna frihet avsevärt [29] och kan följaktligen snedvrida konkurrensen [30].

26 — I punkt 186 i dom AstraZeneca/kommissionen (EU:C:2012:770) slog domstolen fast att ”innehavet av en immateriell äganderätt visserligen inte i sig kan anses medföra att en dominerande ställning föreligger, men att ett sådant innehav, under vissa förhållanden, kan skapa en dominerande ställning, bland annat genom att ge företaget möjlighet att förhindra effektiv konkurrens på marknaden”.

27 — Kommissionen hävdar i sina ”Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal” (EUT C 11, 2011, s. 1, punkt 269) att ”[ä]ven om fastställandet av en standard kan skapa eller öka marknadsstyrkan för sådana innehavare av immateriella rättigheter … som är väsentliga för standarden i fråga, finns det ingen presumtion om att innehav eller utövande av immateriella rättigheter som är väsentliga för en standard är liktydigt med att ha eller utöva marknadsstyrka. Frågan om marknadsstyrka kan endast bedömas från fall till fall.”

28 — Jag vill erinra om att det enligt artikel 102 FEUF inte i sig är förbjudet att ha en dominerande ställning. Se dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkt 57) och dom Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, punkterna 21–23).

29 — Se, analogt, dom UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punkterna 47 och 48). Enligt artikel 11 i direktiv 2004/48 är medlemsstaterna skyldiga att föreskriva att de nationella domstolarna ska utfärda förelägganden med förbud att fortsätta ett intrång i en immateriell rättighet som har fastställts i ett domstolsavgörande. Se även artikel 9 i samma direktiv avseende interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder. Efter utfärdandet av ett föreläggande är det förbjudet att framställa och saluföra produkter och tjänster som överensstämmer med en standard och som strider mot de exklusiva rättigheter som tillkommer innehavaren av ett nödvändigt patent. Talan om förbudsföreläggande utgör följaktligen en mycket verksam form av talan, eftersom utfärdandet av ett föreläggande vid intrång i ett nödvändigt patent medför att den som har begått ett intrång i detta patent får se sina produkter och tjänster utestängas från de marknader som omfattas av standarden. Jag vill även påpeka att till och med hotet om att väcka en talan om förbudsföreläggande kan påverka licensförhandlingarna och leda till licensvillkor som inte är FRAND. Enligt min mening gäller dessa överväganden i tillämpliga delar även de korrigeringsåtgärder som föreskrivs i artikel 10 i direktiv 2004/48.

30 — Den inre marknaden, enligt definitionen i artikel 3 FEU, utgör ett av unionens huvudsakliga mål och innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids. Se FEU:s och FEUF:s protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrens.

1. Den immateriella rättigheten

60. Det framgår av de handlingar som har ingetts till domstolen att Huawei, trots sitt åtagande vid Etsi att bevilja tredje man licenser på FRAND-villkor, inte har avstått från sin rätt att väcka talan om förbudsföreläggande gentemot personer som utnyttjar det omtvistade patentets tekniska lösning utan dess tillstånd. Däremot framgår det otvetydigt av detta åtagande att Huawei har godtagit [31] att få avkastning från det omtvistade patentet inte bara genom att själv nyttja det, utan även genom att bevilja licenser till detta. Vidare har Huawei godtagit att en avgift som fastställs på FRAND-villkor utgör en lämplig och skälig ersättning för att andra utnyttjar patentet.

61. I likhet med yttrandena från Huawei, ZTE, den nederländska och den portugisiska regeringen samt kommissionen, anser jag, med tillämpning av fast rättspraxis, att utövandet av en ensamrätt som är knuten till en immateriell rättighet, det vill säga i förevarande fall rätten att väcka talan om förbudsföreläggande vid patentintrång, inte i sig kan utgöra missbruk av dominerande ställning. [32] Denna rätt utgör nämligen för patenthavaren det huvudsakliga sättet [33] att göra gällande sin immateriella rättighet, vilken särskilt tillerkänns skydd genom artikel 17.2 i stadgan. [34]

62. Härav följer att varje inskränkning av rätten att väcka sådan talan utgör en betydande begränsning av den immateriella rättigheten som kan tillåtas endast under särskilda omständigheter som är exakt avgränsade.

63. Den immateriella rättigheten är dock inte en absolut rättighet. Utan att nämna rättsmissbruk, anges det i skäl 12 i direktiv 2004/48 att ”[d]etta direktiv bör inte påverka tillämpningen av konkurrensreglerna, särskilt inte artiklarna [101 FEUF och 102 FEUF]. De åtgärder som föreskrivs i detta direktiv bör inte användas för att begränsa konkurrensen på ett otillbörligt sätt i strid med fördraget.” Härav följer att rätten att väcka talan om förbudsföreläggande för att skydda den immateriella rättigheten inte utgör en absolut och okränkbar rättighet och måste, av hänsyn till allmänintresset, överensstämma med de konkurrensregler som föreskrivs i bland annat artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF. [35] I artikel 12 i nämnda direktiv föreskrivs exempelvis att de behöriga rättsliga myndigheterna, på begäran av den person som kan bli föremål för ett föreläggande, under vissa omständigheter får besluta att ekonomisk ersättning ska utgå till innehavaren av en immateriell rättighet i stället för att utfärda föreläggandet. Följaktligen står det klart att nämnda direktiv förutser begränsningar av rätten att väcka talan om förbudsföreläggande och att denna rätt kan bytas ut mot ekonomisk ersättning. [36]

64. Dessutom kan innehavaren av en immateriell rättighet själv begränsa det sätt på vilket vederbörande kommer att utöva denna rättighet.

31 — Såsom kommissionen påpekade i sitt yttrande.

32 — Se, analogt, dom Volvo (238/87, EU:C:1988:477, punkt 8), dom RTE och ITP/kommissionen (C-241/91 P och C-242/91 P, EU:C:1995:98, punkt 33), och dom IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, punkt 34).

33 — Enligt fast rättspraxis är det huvudsakliga syftet med ett patent att patenthavaren, som kompensation för sin uppfinnarmöda, tillförsäkras ensamrätt att använda en uppfinning för att tillverka industriprodukter och saluföra dessa, antingen direkt eller genom att upplåta licens till tredje part, liksom *rätten att motsätta sig alla intrång*. Se dom Centrafarm och de Peijper (15/74, EU:C:1974:114, punkt 9) och dom Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 107).

34 — Denna möjlighet utgör även en allmänpreventiv åtgärd, eftersom den avskräcker från intrång.

35 — Se, analogt, punkt 105 i generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i målet Masterfoods och HB (C-344/98, EU:C:2000:249) där generaladvokaten angav att ”[d]et råder ingen tvekan om att artiklarna [101 FEUF och 102 FEUF] intar en viktig position i gemenskapens rättsliga system och tjänar det allmänintresse som består i att säkerställa en [icke snedvriden] konkurrens. Således är det helt förståeligt att en begränsning enligt artiklarna [101 FEUF och 102 FEUF] införs avseende äganderätten, i den mån det kan vara nödvändigt för att skydda konkurrensen.”

36 — Se även artikel 3.2 i direktiv 2004/48, där det föreskrivs att ”[å]tgärderna, förfarandena och sanktionerna skall också vara effektiva, proportionella och avskräckande och skall tillämpas så att hinder för lagenlig handel inte uppkommer och så att missbruk inte sker”. Begreppet missbruk definieras inte i direktiv 2004/48. Jag anser dock att begreppet med nödvändighet, men inte uteslutande, innefattar överträdelser av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF. Se även artikel 8.2 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, där det föreskrivs att ”[u]nder förutsättning att de är förenliga med bestämmelserna i detta avtal kan lämpliga åtgärder bli nödvändiga för att förhindra missbruk från rättighetshavares sida av immaterialrätter, eller förfaranden som otillbörligt begränsar handel eller negativt påverkar internationell överföring av teknik”.

65. I det avseendet anser jag att Huaweis åtagande i det nationella målet att bevilja tredje man licenser på FRAND-villkor delvis liknar en ”licensberedskap”. [37] Till skillnad från tvångslicenser som föreskrivs i lag, [38] kan patenthavaren på eget initiativ tillåta att tredje man använder patentets tekniska lösning på vissa villkor. Jag vill påpeka att i fråga om licensberedskap kan licenstagaren till ett patent i princip inte bli föremål för ett föreläggande. [39]

2. Rätten till domstolsprövning

66. Rätten till domstolsprövning och möjligheten att göra gällande sina rättigheter vid domstol erkänns i artikel 47 i stadgan. I punkt 51 i dom ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363) slog dock domstolen fast att artikel 52.1 i stadgan tillåter begränsningar i utövandet av de rättigheter som anges i artikel 47 i stadgan, samtidigt som den framhöll att det, mot bakgrund av betydelsen av den grundläggande rättighet som garanteras i artikel 47 i stadgan, skulle beaktas att det enligt artikel 52.1 i stadgan krävs att ingen av dessa begränsningar [40] får strida mot det väsentliga innehållet i den grundläggande rättigheten i fråga. Enligt bestämmelsen krävs det också att proportionalitetsprincipen iakttas, vilket innebär att varje begränsning ska vara nödvändig och faktiskt eftersträva de mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen. [41]

67. Trots att stadgan inte upprättar någon hierarki mellan de grundläggande rättigheter som erkänns däri, med undantag av människans värdighet som är okränkbar [42] utan undantag, kan väckandet av en talan om förbudsföreläggande utgöra missbruk av dominerande ställning endast under särskilda omständigheter, med hänsyn till betydelsen av rätten till domstolsprövning.

3. Näringsfrihet och icke snedvriden konkurrens

68. Enligt fast rättspraxis är begreppet missbruk av en dominerande ställning ett objektivt begrepp och omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad, just på grund av det ifrågavarande företagets existens, och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens i fråga om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas. [43]

37 — Se, analogt, artikel 8 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1257/2012 av den 17 december 2012 om genomförande av ett fördjupat samarbete för att skapa ett enhetligt patentskydd (EUT L 361, s. 1), med rubriken ”Licensberedskap”, som har följande lydelse:
”1. Innehavaren av ett europeiskt patent med enhetlig verkan kan inge en förklaring till [Europeiska patentverket] om att denne är beredd att tillåta alla intresserade att mot en lämplig ersättning utnyttja uppfinningen som licenstagare.
2. En licens som erhålls enligt denna förordning ska behandlas som en avtalsenlig licens.”
Se även 23 § i den tyska patentlagen (Patentgesetz och section 46 i Förenade kungarikets patentlag från år 1977 (UK Patent Act 1977).

38 — Se, exempelvis, 24 § i den tyska patentlagen.

39 — Se, för ett liknande resonemang, dom Allen & Hanburys (434/85, EU:C:1988:109, punkt 4), där räckvidden av section 46 i Förenade kungarikets patentlag från år 1977 förklaras.

40 — Jag vill även påpeka att de processuella reglerna i varje medlemsstat anger ramen för rätten till domstolsprövning. Det räcker att nämna reglerna om tidsfrister för väckande av talan (preklusionsregler), reglerna om talerätt (*locus standi*) och reglerna om kärande som väcker talan mot bättre vetande.

41 — Artikel 52.1 i stadgan är även tillämplig på den immateriella rättighet som tillerkänns skydd genom artikel 17.2 i stadgan. Se, analogt, dom Hauer (44/79, EU:C:1979:290, punkterna 17–30).

42 — Se artikel 1 i stadgan.

43 — Dom AstraZeneca/kommissionen (EU:C:2012:770, punkt 74 och där angiven rättspraxis).

69. Huawei, ZTE, den nederländska och den portugisiska regeringen samt kommissionen anser att ett konstaterande att det skett ett missbruk av dominerande ställning till följd av att en talan om förbudsföreläggande har väckts enligt fast rättspraxis förutsätter att det föreligger ”särskilda omständigheter”.[44] Jag vill påpeka att ”[a]v denna rättspraxis framgår att för att en vägran av [en innehavare av en immateriell rättighet] att [bevilja en licens avseende användning av denna rättighet] som är nödvändig för att utöva en viss verksamhet skall kunna anses utgöra missbruk, är det tillräckligt att tre kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen att denna vägran förhindrar tillkomsten av en ny vara för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna, att den inte är motiverad och att den är av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från en härledd marknad”.[45]

70. Som Huawei har påpekat grundar sig denna rättspraxis på faktiska situationer som inte är direkt jämförbara med dem som föreligger i det nationella målet. Det står klart att, i likhet med vad som var fallet i de mål som utmynnade i denna rättspraxis, en licens till det omtvistade patentet är nödvändig för framställning av varor och tjänster som överensstämmer med LTE-standarden. Till skillnad från ovannämnda mål som avsåg vägran att bevilja licenser avseende användning av immateriella rättigheter, anmälde dock Huawei[46] det omtvistade patentet till Etsi och åtog sig frivilligt att bevilja tredje man licens till detta patent på FRAND-villkor, vilket vid första anblicken inte kan likställas med en sådan vägran som avses i den rättspraxis som omnämnts i fotnot 44 i förevarande förslag till avgörande. Följaktligen är denna rättspraxis endast delvis tillämplig i det nationella målet, där allt är avhängigt av det sätt på vilket Huawei iakttog sitt åtagande vid Etsi att bevilja licenser till det omtvistade patentet på FRAND-villkor.

71. I det avseendet vill jag påpeka att Huaweis anmälan av detta patent till Etsi och dess åtagande påverkade standardiseringsförfarandet och själva innehållet i LTE-standarden.[47] Att det omtvistade patentets tekniska lösning införlivades i LTE-standarden och att det därav följer att en licens är absolut nödvändig skapar nämligen ett beroendeförhållande mellan innehavaren av det nödvändiga patentet och de företag som framställer varor och tjänster som överensstämmer med denna standard. Detta tekniska beroende medför ett ekonomiskt beroende.

72. I punkt 9 i dom Volvo (EU:C:1988:477) slog domstolen fast att ”utövandet av en ensamrätt av innehavaren av ett registrerat mönster för karossdelar till bilar kan omfattas av förbudet i artikel [102 FEUF] om det medför att det företag som har en dominerande ställning uppträder på ett sätt som utgör missbruk, exempelvis genom att godtyckligt vägra att leverera reservdelar till fristående reparatörer, fastställa oskäliga priser för reservdelar eller besluta att inte längre tillverka reservdelar till en viss modell trots att många bilar av den modellen fortfarande är i omlopp, förutsatt att sådant uppträdande kan påverka handeln mellan medlemsstater”.

73. Jag anser att de uppgifter som domstolen lämnade i den domen avseende de beteenden som kan utgöra missbruk av dominerande ställning kännetecknas dels av ett beroendeförhållande mellan innehavaren av en immateriell rättighet som har en dominerande ställning och andra företag, dels av att innehavaren missbrukar denna ställning genom att använda andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens.[48]

44 — Dom RTE och ITP/kommissionen (EU:C:1995:98, punkterna 50 och 53–56) (vägran att bevilja en licens rörande upphovsrätt), och dom IMS Health (EU:C:2004:257, punkterna 35 och 36) (vägran att bevilja en licens för användning av en områdesstruktur som åtnjuter immaterialrättsligt skydd). Se även dom Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punkterna 39 och 40) (vägran av ett tidningsföretag att låta distributionen av en konkurrerande dagstidning ingå i dess eget distributionssystem för tidningar).

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

46 — Se artikel 4.1 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter.

47 — Se, bland annat, artiklarna 3, 4, 6 och 8 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter.

48 — Se även dom United Brands och United Brands Continentaal/kommissionen (EU:C:1978:22, punkterna 182 och 183).

74. Under dessa omständigheter –, vilka kännetecknas dels av intrångsgörarens tekniska beroende till följd av att ett patents tekniska lösning har införlivats i en standard, dels illojala eller orimliga ageranden [49] av innehavaren av det nödvändiga patentet i strid med dess åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor, gentemot en intrångsgörarare som objektivt sett har visat sig vara redo, angelägen och lämpad att ingå ett sådant licensavtal – innebär väckandet av en talan om förbudsföreläggande att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens. Detta skadar konkurrensen, [50] till nackdel i synnerhet för de konsumenter och företag som har investerat i utarbetandet, antagandet och tillämpningen av standarden, [51] och ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF.

75. Det är uppenbart att ett sådant konstaterande att det skett ett missbruk av dominerande ställning i samband med standardiseringen och åtagandet att bevilja licenser till ett nödvändigt patent på FRAND-villkor endast kan göras efter en bedömning av inte bara beteendet hos innehavaren av det nödvändiga patentet utan även det hos intrångsgöraren.

E – *Tillämpningen i det aktuella fallet*

1. Den första frågan

76. Domstolen saknar enligt artikel 267 FEUF behörighet att tillämpa artikel 102 FEUF i det konkreta fallet. Domstolen kan dock, inom ramen för det samarbete mellan domstolar som har inrättats genom nämnda artikel, med utgångspunkt i handlingarna i målet tillhandahålla uppgifter om tolkningen av artikel 102 FEUF som den hänskjutande domstolen kan behöva för att jämföra dessa med de exakta faktiska uppgifter som den ska ta ställning till. [52]

77. Det är självklart så, att användningen av ett patent utan licens i princip kränker patenthavarens immateriella rättighet och att patenthavaren har tillgång till flera rättsmedel enligt direktiv 2004/48 för att säkerställa iakttagandet av sina rättigheter, däribland talan om förbudsföreläggande. I sådant fall är det innan en överträdelse begås som intrångsgöraren ska inleda förhandlingar med patenthavaren i syfte att ingå ett licensavtal.

78. Det nationella målet skiljer sig från det ovanstående eftersom patenthavaren har åtagit sig, gentemot en standardiseringsorganisation (som innehavaren är medlem i, i likhet med den förmodade intrångsgöraren), att bevilja tredje man licens på FRAND-villkor.

79. De riktlinjer som är tillämpliga i sådana fall är enligt min mening följande.

80. Såvitt intrångsgöraren är och förblir ”lämpad” att ingå och iaktta ett licensavtal på FRAND-villkor och särskilt att betala en lämplig avgift, måste innehavaren av det nödvändiga patentet, med hänsyn till att så mycket står på spel, vidta vissa konkreta åtgärder innan en talan om förbudsföreläggande väcks för att iaktta sitt åtagande och fullgöra sitt särskilda ansvar enligt artikel 102 FEUF.

49 — Det ska framhållas att beteendet av innehavaren av de nödvändiga patenten inte ska anses vara illojalt eller orimligt om det finns sakliga skäl för detta beteende. I det avseendet vill jag påpeka att om innehavaren av ett nödvändigt patent inte erhåller en skälig avgift till följd av dess åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor, skulle dess förmåga att få avkastning på sina investeringar och dess incitament att investera i andra tekniker minska liksom dess beredskap att bevilja licenser till ett nödvändigt patent på FRAND-villkor och att delta i standardiseringsprocessen.

50 — Dessa ageranden kan minska investeringarna i de tekniker som har samband med LTE-standarden och tillgången till varor och tjänster som överensstämmer med denna standard. Om licenser till ett patent som är nödvändigt för en teknisk standard inte fanns tillgängliga på FRAND-villkor, skulle företagen vara betänksamma att genomföra denna standard, vilket skulle medföra att standardiseringsprocessen förlorade i värde. När väckandet av talan om förbudsföreläggande används av innehavaren av ett patent som är nödvändigt för en teknisk standard som ett påtryckningsmedel för att höja licensavgifterna, i strid med FRAND-åtagandet, påverkas indirekt priserna på de varor och tjänster som överensstämmer med LTE-standarden på ett oskäligt sätt till nackdel för konsumenterna av dessa varor och tjänster.

51 — Se artikel 3.1 i Etsis policy i fråga om immateriella rättigheter.

52 — Se, för ett liknande resonemang, dom Ioannis Katsivardas – Nikolaos Tsitsikas (C-160/09, EU:C:2010:293, punkt 24).

81. Detta är än mer oundgängligt då det inte är säkert att den som har begått intrång i det nödvändiga patentet är medveten om att vederbörande har utnyttjat den tekniska lösningen för ett patent som både är giltigt och nödvändigt för en standard. Beträffande LTE-standarden tycks fler än 4 700 nödvändiga patent ha anmälts till Etsi och en stor andel av dessa patent är kanske inte giltiga eller nödvändiga för standarden. [53]

82. Det är således möjligt att även ett stort telekommunikationsföretag som ZTE inte har kunnat på förhand kontrollera huruvida samtliga patent avseende LTE-standarden som har anmälts till Etsi är nödvändiga och giltiga. Det ska även beaktas att telekommunikationssektorn ständigt utvecklas och att företagen (och således potentiella intrångsgörare) måste reagera snabbt för att saluföra sina varor och tjänster. Jag anser därför att det inte är orimligt att avtal om licenser till ett nödvändigt patent på FRAND-villkor förhandlas fram och ingås i efterhand, det vill säga efter det att användningen av patentets tekniska lösning har påbörjats.

83. Vilka är då, på grundval av detta, de konkreta åtgärder som innehavaren av ett nödvändigt patent måste vidta innan en talan om förbudsföreläggande väcks [54] för att inte missbruka sin dominerande ställning?

84. Patenthavaren ska – såvida inte det har visats att den förmodade intrångsgöraren är fullständigt informerad om detta – skriftligen och med en motivering underrätta den sistnämnda om den aktuella överträdelsen genom att precisera det relevanta nödvändiga patentet och på vilket sätt vederbörande har gjort intrång i patentet. En sådan åtgärd medför inte en oproportionerlig börda för patenthavaren, eftersom den under alla omständigheter krävs som grund för en talan om förbudsföreläggande.

85. Vidare ska patenthavaren under alla omständigheter översända ett skriftligt anbud om licens på FRAND-villkor till den förmodade intrångsgöraren, vilket ska innehålla alla de villkor som vanligtvis finns i en licens inom den aktuella verksamhetsgrenen, i synnerhet avgiftens exakta storlek och hur den beräknas.

86. Ett sådant krav är inte heller oproportionerligt, eftersom innehavaren av ett nödvändigt patent frivilligt har åtagit sig att få avkastning på sin immateriella rättighet på detta sätt och därmed frivilligt har begränsat sättet att utöva sin ensamrätt. Det är till och med rimligt att förvänta sig att patenthavaren utarbetar och upprättar ett sådant anbud redan när vederbörande erhåller sitt patent och gör sitt åtagande att bevilja licenser på FRAND-villkor. Detta åtagande av innehavaren av ett nödvändigt patent innefattar en skyldighet att inte diskriminera någon av licenstagarna, och patenthavaren är den enda som har tillgång till de uppgifter som krävs för att säkerställa att denna skyldighet iakttas, framför allt om patenthavaren redan har ingått andra licensavtal.

87. När dessa åtgärder väl har vidtagits, vilka skyldigheter åligger då den förmodade intrångsgöraren?

53 — Huawei har självt påpekat att ”användaren av ett nödvändigt patent bör handla inom rimliga tidsramar när vederbörande lämnar ett anbud om FRAND-licens eller åtar sig att godta att en domare eller en skiljedomare fastställer villkoren. Vissa hävdar till och med att användaren ska ha lämnat ett anbud om FRAND-licens på eget initiativ innan vederbörande börjar använda standarden. Det tycks dock inte vara realistiskt inom telekommunikationsbranschen, på grund av det stora antalet nödvändiga patent och det stora antalet innehavare av sådana patent, och osäkerheten vad gäller giltigheten och kränkningen av de (påstådda) nödvändiga patenten. Att kräva av en användare av en standard att vederbörande inleder förhandlingar om en licens för varje patent som uppges vara nödvändigt innan någon som helst användning har skett är inte heller realistiskt. Man kan inte förvänta sig att användaren av en standard inom telekommunikationsbranschen (och detta är för övrigt ovanligt inom denna sektor) ska bedöma varje patent som uppges vara nödvändigt, inleda förhandlingar om en licens avseende detta patent, och göra ett rättsligt bindande uttalande avseende varje nödvändigt patent och hos varje sådan patenthavare, innan vederbörande börjar använda standarden. Det skulle utgöra en mycket tung administrativ och ekonomisk börda och ett enormt tidsmässigt åtagande, så att det i praktiken vore omöjligt att använda standarden.”

54 — Den hänskjutande domstolens första fråga avser specifikt talan om förbudsföreläggande.

88. Intrångsgöraren ska snabbt och seriöst reagera på anbudet från innehavaren av det nödvändiga patentet. Om intrångsgöraren inte godtar anbudet, ska ett skriftligt och rimligt motbud snarast lämnas till patenthavaren avseende de klausuler som vederbörande inte instämmer i. Som den hänskjutande domstolen har påpekat utgör väckandet av en talan om förbudsföreläggande inte missbruk av dominerande ställning om intrångsgörarens beteende var rent taktiskt och/eller förhalande och/eller oseriöst.

89. Fristen för att utbyta anbud och motbud och förhandlingarnas längd [55] ska bedömas mot bakgrund av det ”affärsmässiga fönster” som innehavaren av ett nödvändigt patent har för att få avkastning på sitt patent inom den aktuella sektorn.

90. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva om och i vilken utsträckning Huaweis och ZTE:s beteenden följer de riktlinjer som angetts ovan. Jag vill lägga till att det inte framgår klart av beslutet om hänskjutande hur kontakterna mellan Huawei och ZTE avlöpte och det exakta innehållet i dessa. I sina yttranden vid domstolen har dessutom Huawei [56] och ZTE [57] gett mycket olika, eller rent av motstridiga, beskrivningar av dessa.

91. Under alla omständigheter framgår det av beslutet om hänskjutande att Huawei, under sina diskussioner med ZTE mellan november 2010 och slutet av mars 2011, [58] uppgav det belopp som företaget ansåg var rimligt som avgift. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma innehållet i detta ”anbud” [59] från Huawei och huruvida det uppfyller de villkor och följer de antaganden som angetts i punkterna 84 och 85 i detta förslag till avgörande.

92. Vidare ska den hänskjutande domstolen pröva huruvida det, på grundval av den avgift som Huawei föreslog och ZTE:s svar, verkligen förelåg en möjlighet att förhandla om FRAND-villkoren. I det avseendet anser jag att den hänskjutande domstolen ska bedöma huruvida ZTE:s förslag om en korslicensiering [60] och betalning av en avgift på 50 euro var lämpliga i detta fall och uppfyllde de villkor och följde de antaganden som angetts i punkt 88 i detta förslag till avgörande.

55 — Förhandlingarna ska inledas (och avslutas) med skyndsamhet, eftersom intrångsgöraren utnyttjar (utan att betala) den tekniska lösningen för ett nödvändigt patent.

56 — Huawei har hävdat att det informerade ZTE i november 2010 om ”att det använde olika LTE-patent som Huawei innehade och föreslog att det skulle ingås ett licensavtal på [FRAND-]villkor. ZTE svarade att Huawei självt handlade i strid med sina egna patent och krävde att det skulle ingås ett avtal om korslicensiering, utan avgift. I själva verket hade dock inte ZTE på det aktuella tekniska området något patent som beviljats på giltigt sätt och som kunde intressera Huawei. … I december 2010 tillhandahöll Huawei ZTE, …, en förteckning över sina egna mest relevanta patent och föreslog att bevilja en licens till denna portfölj av patent. ZTE översände till slut, senare än överenskommet, en förteckning över sina egna patent som påstods vara relevanta. Vid olika förhandlingar mellan parterna, meddelade ZTE sin principiella ståndpunkt, nämligen att endast en korslicensiering utan kostnader skulle vara godtagbar. … I mars 2011 skickade Huawei ett annat anbud om licens till ZTE. Även detta anbud förkastades av ZTE, som vidhöll sin ståndpunkt. ZTE gav inte något motbud i syfte att ingå avtal om en licens på skäliga, rimliga och icke-diskriminerande villkor, vad beträffar någondera av Huaweis patent. … I april 2011, efter fem månaders resultatlösa diskussioner, beslutade Huawei att väcka talan vid domstol.”

57 — ZTE har uppgett att ”mellan november 2010 och mars 2011, framförde [Huawei] allmänna krav i fråga om licensavgiften. Företaget lade inte fram några konkreta avtalsförslag eller något stöd för sina krav. I samband med dessa kontakter överräckte [Huawei] en förteckning till [ZTE] över 450 patent (tillhörande 130 patentfamiljer) som uppgavs vara nödvändiga för olika standarder …. Trots att det flera gånger begärdes, vägrade [Huawei] att till stöd för detta påstående inge ’tabellerna’ över användningen i tvisterna avseende patent som visade överensstämmelsen mellan rättigheterna och specifikationerna, och som kunde ligga till grund för bedömningen av [Huaweis] påståenden”. ZTE har tillagt att ”[Huawei hade], i samband med de kontakter som man hade under perioden november 2010 till mars 2011, begärt en korslicens, inom ramen för vilken [ZTE] skulle vara skyldig att betala [Huawei], för att kompensera skillnaden i värde mellan portföljerna, en nettoavgift på 1,8 procent. Det är uppenbart att detta anspråk utgör en orimligt hög avgift.” Vidare har ZTE hävdat att det ”föreslog att det till [Huawei] skulle betala [en avgift med en procentsats på 0,0022 procent för det omtvistade patentet, beräknad] enligt en allmänt erkänd metod …” ZTE har tillagt att ”under hela förfarandet lade [Huawei] inte en enda gång fram ett konkret motförslag. Företaget har alltid nöjt sig med att kritisera [ZTE:s] anbud som otillräckligt. I synnerhet angav [Huawei] aldrig värdet på det omtvistade patentet.” ”[ZTE] beräknade skadeståndets storlek på grundval av en procentsats på 0,0022 procent … genom att stödja sig på den omsättning som tidigare uppnåtts för de basstationer som överensstämmer med LTE-standarden. Eftersom det fram till det relevanta datumet hade sålts endast 35 försöksstationer, beräknades ett belopp på 50 euro. Om antalet sålda stationer ökar, kommer detta även att öka skadeståndets storlek.”

58 — Se punkt 27 i förevarande förslag till avgörande.

59 — Jag vill i det avseendet erinra om att den hänskjutande domstolen har uppgett att Huawei och ZTE ”inte utväxlade några konkreta anbud avseende ett licensavtal”. Se punkt 27 i förevarande förslag till avgörande.

60 — Se punkt 27 i förevarande förslag till avgörande.

93. Om förhandlingarna inte inleds eller inte ger något resultat, kan beteendet hos den förmodade intrångsgöraren inte anses vara förhalande eller oseriöst om vederbörande begär att FRAND-villkoren ska fastställas antingen av en domstol eller av en skiljedomstol. I sådant fall är det berättigat att innehavaren av ett nödvändigt patent begär att intrångsgöraren antingen ställer en bankgaranti för betalningen av avgifterna [61] eller deponerar ett preliminärt belopp [62] hos domstolen eller skiljedomstolen för tidigare och kommande användning av det nödvändiga patentet.

94. Detsamma gäller om intrångsgöraren vid förhandlingarna förbehöll sig rätten, efter ingåendet av ett licensavtal, att vid en domstol eller skiljedomstol bestrida dels patentets giltighet, dels den rättsstridiga karaktären på dess tidigare eller framtida användning av patentets tekniska lösning eller rentav själva förekomsten av en sådan användning.

95. Beträffande giltigheten av det nödvändiga patentet anser jag – i likhet med den hänskjutande domstolen, Huawei, ZTE och kommissionen – att det ligger i allmänhetens intresse att den förmodade intrångsgöraren har möjlighet att, efter ingåendet av ett licensavtal, bestrida giltigheten av ett nödvändigt patent (vilket ZTE gjorde). Som kommissionen har påpekat kan det felaktiga beviljandet av ett patent utgöra hinder för ett legitimt utövande av ekonomisk verksamhet. Om de företag som framställer varor och tjänster som överensstämmer med en standard inte kan ifrågasätta giltigheten av ett patent som har förklarats vara nödvändigt för denna standard, skulle det dessutom i praktiken kunna visa sig vara omöjligt att kontrollera patentets giltighet, eftersom de andra företagen inte har något berättigat intresse av att få saken prövad i det avseendet. [63]

96. Vad beträffar användningen av ett patents tekniska lösning, ska de företag som följer en standard självklart inte behöva betala för den immateriella rättighet som de inte använder. [64] Härav följer att den förmodade intrångsgöraren vid en senare tidpunkt kan bestrida att vederbörande har använt ett patents tekniska lösning och att patentet är nödvändigt för den aktuella standarden.

97. Mot bakgrund av mina svar på den första frågan, anser jag att det inte är nödvändigt att besvara den andra och den tredje frågan.

2. Den fjärde frågan

98. Den fjärde frågan grundar sig på det antagande som följer av Bundesgerichtshofs dom Orange-Book-Standard, nämligen att intrångsgöraren ska, även innan ett licensavtal har ingåtts, iaktta de skyldigheter som kommer att åligga vederbörande enligt det framtida avtalet. Jag anser att ett sådant krav inte ska uppställas i fråga om användningen av ett nödvändigt patent, när patenthavaren har åtagit sig att bevilja licenser på FRAND-villkor. Som framgår av mitt svar på den första frågan måste dock intrångsgöraren objektivt sett visa sig vara redo, angelägen och lämpad att ingå ett sådant licensavtal. Under sådana omständigheter får innehavaren av ett nödvändigt patent kräva att det ska ställas en bankgaranti för den framtida betalningen av avgifterna eller deponeras ett preliminärt belopp för tidigare och kommande användning av dess patent.

61 — Som ska fastställas av domstolen eller av skiljedomstolen.

62 — Som ska fastställas av domstolen eller av skiljedomstolen.

63 — Att bestrida ett patents giltighet medför stora kostnader. Jag anser därför att endast de företag som använder ett patents tekniska lösning har ett intresse av att bestrida patentets giltighet för att bland annat inte behöva betala avgifter för en licens. Om de företag som följer en standard och följaktligen använder den tekniska lösningen för ett nödvändigt patent inte har rätt att bestrida patentets giltighet, skulle de inte bara riskera att betala en avgift som inte ska erläggas, utan – som den hänskjutande domstolen har påpekat i begäran om förhandsavgörande – ”det skulle kunna visa sig omöjligt att kontrollera giltigheten av nödvändiga patent (patent som samtliga aktörer på den relevanta marknaden är tvungna att använda)”.

64 — Se, analogt, dom Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/kommissionen (C-385/07 P, EU:C:2009:456, punkterna 141–147).

3. Den femte frågan

99. Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att domstolen ska klargöra huruvida innehavaren av ett nödvändigt patent kan anses missbruka sin dominerande ställning när vederbörande vid domstol gör gällande andra rättigheter som kan härledas ur ett patentintrång, nämligen krav på redovisning, återkallande av varor och skadestånd.

100. Eftersom de korrigeringsåtgärder som föreskrivs i artikel 10 i direktiv 2004/48 [65] kan bestå i att den som har begått ett intrång i ett nödvändigt patent får se sina produkter och varor utestängas från de marknader som omfattas av standarden, gäller de överväganden som angetts ovan i punkterna 77–89 och 93–96 avseende talan om förbudsföreläggande i tillämpliga delar även de korrigeringsåtgärder som föreskrivs i artikel 10 i nämnda direktiv.

101. Däremot ser jag inte något hinder enligt artikel 102 FEUF mot att vid domstol framställa ett yrkande om företeende av redovisning i syfte att kontrollera intrångsgörarens användning av den tekniska lösningen för ett nödvändigt patent i syfte att erhålla en FRAND-avgift på grund av patentet. Det ankommer på den aktuella domstolen att se till att åtgärden är rimlig och proportionerlig.

102. Slutligen anser jag att ett yrkande om skadestånd för tidigare användning som har gjort intrång i det nödvändiga patentet inte medför några problem med avseende på tillämpningen av artikel 102 FEUF. Eftersom ett sådant yrkande endast syftar till att ge innehavaren av ett nödvändigt patent ersättning för tidigare intrång i dess patent, leder det, såsom kommissionen har påpekat, ”varken till att produkter som överensstämmer med en standard utestängs från marknaden eller att en potentiell licenstagare godtar oförmånliga licensvillkor för framtida användning av ett nödvändigt patent”.

VI – **Förslag till avgörande**

103. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Landgericht Düsseldorf har ställt enligt följande:

1) Den omständigheten att en innehavare av ett patent som är nödvändigt för en standard – vilken gentemot en standardiseringsorganisation har åtagit sig att bevilja tredje man licens på FRAND-villkor (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) – det vill säga på skäliga, rimliga och icke-diskriminerande villkor – framställer ett yrkande om korrigeringsåtgärder eller väcker talan om förbudsföreläggande mot en intrångsgörare med tillämpning av artikel 10 respektive artikel 11 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, som kan leda till att den som har begått ett intrång i ett patent som är nödvändigt för en standard får se sina varor och tjänster utestängas från de marknader som omfattas av standarden, utgör missbruk av patenthavarens dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF om det visas att patenthavaren inte har iakttagit sitt åtagande medan intrångsgöraren objektivt sett visar sig vara redo, angelägen och lämpad att ingå ett sådant licensavtal.

2) Iakttagandet av detta åtagande förutsätter att innehavaren av det patent som är nödvändigt för en standard, innan ett yrkande om korrigeringsåtgärder framställs eller innan en talan om förbudsföreläggande väcks, vid äventyr av att annars missbruka sin dominerande ställning, skriftligen och med en motivering underrättar den förmodade intrångsgöraren om den aktuella överträdelsen genom att precisera det relevanta patentet som är nödvändigt för en standard och på vilket sätt vederbörande har gjort intrång i detta patent, såvida det inte visats att den sistnämnda är fullständigt informerad om detta. Innehavaren av det patent som är nödvändigt

65 — Sådana åtgärder inbegriper återkallande av varor från marknaden.

för en standard ska under alla omständigheter översända ett skriftligt anbud om licens på FRAND-villkor till den förmodade intrångsgöraren, vilket ska innehålla alla de villkor som vanligtvis finns i en licens inom den aktuella verksamhetsgrenen, i synnerhet avgiftens exakta storlek och hur den beräknas.

3) Intrångsgöraren ska snabbt och seriöst reagera på detta anbud. Om intrångsgöraren inte godtar anbudet från innehavaren av det patent som är nödvändigt för en standard, ska ett skriftligt och rimligt motbud snarast lämnas till patenthavaren avseende de klausuler som vederbörande inte instämmer i. Framställandet av ett yrkande om korrigeringsåtgärder eller väckandet av en talan om förbudsföreläggande utgör inte missbruk av dominerande ställning om intrångsgörarens beteende är rent taktiskt och/eller förhalande och/eller oseriöst.

4) Om förhandlingarna inte inleds eller inte ger något resultat, kan beteendet hos den förmodade intrångsgöraren inte anses vara förhalande eller oseriöst om vederbörande begär att FRAND-villkoren ska fastställas antingen av en domstol eller av en skiljedomstol. I sådant fall är det berättigat att innehavaren av det patent som är nödvändigt för en standard begär att intrångsgöraren antingen ställer en bankgaranti för betalningen av avgifterna eller deponerar ett preliminärt belopp hos domstolen eller skiljedomstolen för tidigare och kommande användning av patenthavarens patent.

5) Intrångsgörarens beteende kan inte heller anses vara förhalande eller oseriöst då denne vid förhandlingarna om en licens på FRAND-villkor förbehåller sig rätten, efter ingåendet av ett sådant licensavtal, att vid en domstol eller skiljedomstol bestrida att patentet äger giltighet, att vederbörande har använt patentets tekniska lösning och att patentet är nödvändigt för den aktuella standarden.

6) Den omständigheten att en innehavare av ett nödvändigt patent vid domstol framställer ett yrkande om företeende av redovisning utgör inte missbruk av dominerande ställning. Det ankommer på den aktuella domstolen att se till att åtgärden är rimlig och proportionerlig.

7) Den omständigheten att en innehavare av ett nödvändigt patent framställer ett yrkande om skadestånd för tidigare användning, vilket endast syftar till att patenthavaren ska få ersättning för tidigare intrång i patentet, utgör inte missbruk av dominerande ställning.