



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Thommessen AS
v/advokat Lars Kokkin Christiansen
Postboks 1970 Nordnes
5817 BERGEN

Deres referanse
4168343/1

Vår referanse
200902405-/KKI

Dato
26012011

Krav fra Intervet International B.V. om dekning av sakskostnader – forvaltningsloven § 36 annet ledd

1. Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) viser til brev fra advokat Lars Kokkin Christiansen i Advokatfirmaet Thommessen AS, på vegne av Intervet International B.V. (Intervet) datert 10. juli 2010. Intervet fremsetter et krav om at Pharmaq AS (Pharmaq) skal pålegges å dekke Intervets sakskostnader i medhold av forvaltningsloven¹ § 36 annet ledd. Omkostningskravet knytter seg til en klage av 27. juli 2009 fra Pharmaq² over Konkurransetilsynets avslag³ på begjæring av 19. juni 2008 om tvangslisens overfor Intervet med grunnlag i patentloven⁴ § 47. Tilsynet av slo 6. juli 2009 begjæringen fra Pharmaq om tvangslisens. I vedtak av 8. juli 2010 av slo departementet Pharmaqs klage.⁵

Etter oppfordring fra FAD utarbeidet Intervet 30. august 2010 en kostnadsoppgave med et krav på totalt 1 490 653 kroner knyttet til klagebehandlingen i departementet. FAD viser også til kommentarer til kravet fra Pharmaq av 10. september 2010 og 3. januar 2011, samt ytterligere utdyping av kravet fra Intervet av 12. november 2010.

¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

² Fremsatt av Advokatfirmaet Haavind AS v/advokat Nina Melandsø.

³ Konkurransetilsynets vedtak V2009-16 av 6. juli 2009.

⁴ Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven).

⁵http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Klagevedtak/Klagevedtak_Pharmaq_100dpi.pdf

1.1 Bakgrunnen for kravet om dekning av saksomkostninger

Klagen som kravet om saksomkostningene gjelder, er Konkurransetilsynets avslag på anmodning om tvangslisens etter patentloven § 47.

Patentloven § 47 lyder:

”Den som i nærings- eller driftsøyemed vil utnytte en oppfinnelse som en annen har patent på, kan få tvangslisens til dette når

- 1. det finnes påkrevd av hensyn til viktige allmenne interesser.*
- 2. patentrettigheter utnyttes på en måte som kan begrense konkurransen vesentlig.”*

Pharmaqs begjæring gjaldt inngrep i patent nr. 317547 tilhørende Intervet. Bakgrunnen var at Intervets patent på et virus som fremkaller fiskesykdommen Pancreas Disease (PD) og en vaksine mot PD med viruset som virkestoff, hindret Pharmaq i å produsere og markedsføre en angivelig ny og etterspurt vaksine. Pharmaq hadde i forsøk brukt en annen variant (SAV3) av viruset enn Intervet (SAV1). Det ble hevdet at Pharmaqs PD vaksine var et bedre produkt både med hensyn til effekt, bivirkninger og anvendelse, og at dette var tilstrekkelig til at vaksinen kunne anses som et nytt produkt.

I saken var det blant annet et spørsmål om manglende avtalelisens fra Intervet var en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling i strid med artikkel 102 TFEU/EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven⁶ § 11, og derfor var utnyttelse av patentrettigheter som kunne begrense konkurransen, jf. patentloven § 47 nr. 2. Det ble samtidig anført at patenthavers vaksine har så liten effekt at det har store konsekvenser for fiskehelsen og medfører så store tap for oppdrettsnæringen, at det også burde være grunnlag for inngrep etter patentloven § 47 nr. 1.

2. Kravet fra Intervet og merknader fra Pharmaq

2.1 Rettsgrunnlag for kravet om kostnadsdekning

Rettsgrunnlaget for kravet er forvaltningsloven § 36 annet ledd, som lyder:

”I sak som vesentlig er en tvist mellom parter, kan den part som har satt fram krav om endring av et vedtak, men ikke har fått medhold i spørsmål av noen betydning, pålegges å betale den annen part helt eller delvis de særlige saksomkostnader som kravet har ført med seg. Det skal legges vekt på om vedkommende hadde fyldestgjørende grunn til å kreve endring av vedtaket, om det er rimelig ut fra sakens art og motpartens forhold å pålegge kostnadsansvar.”

2.2 Intervet krav om kostnadsdekning

Intervet mener at de to vilkårene i forvaltningsloven § 36 annet ledd første punktum er oppfylt, fordi Pharmaq ikke fikk medhold av departementet i spørsmål av noen betydning og at saken vesentlig er en tvist mellom parter. Når lovens vilkår er oppfylt, må hovedregelen i administrative tvangslisenssaker være at kostnadsansvar pålegges.

⁶ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Begrunnelsen er blant annet sakenes klare karakter av privatrettslig tvist om store formuesverdier, der et inngrep mot patenthaver har karakter av en ekspropriasjon.

Det anføres videre at retningslinjer for skjønnsutøvelsen, som er gitt i forvaltningsloven § 36 annet ledd annet punktum, gir stor vurderingsfrihet og dermed vid kompetanse for departementet til å pålegge saksomkostninger når lovens vilkår er oppfylt. Det er ikke støtte i ordlyden eller forarbeider for at bestemmelsen i annet ledd må tolkes som en snever unntaksregel.⁷ Videre vises til at Justisdepartementet på side 29 i Ot. prp. nr. 27 (1968-1969) fremhever som eksempel på tilfeller hvor kostnadsansvaret vil være særlig velbegrunnet at det prosederes i "*utreningsmål*" i saker som er "*klare og enkle*". Dette innebærer imidlertid ikke at forvaltningsloven § 36 annet ledd ikke skal kunne anvendes i andre tilfeller. Det vises i denne forbindelse til ordlyden i annet punktum om "*...rimelig ut fra sakens art...*".

Videre kan rettsteorien ikke tas til inntekt for at forvaltningsloven § 36 annet ledd må forstås som en snever unntaksregel. Rettsområdet administrative tvangslisenssaker er heller ikke særskilt nevnt i teorien.

Det hevdes også at saksforløpet har vist at det ikke var fyllestgjørende grunn for Pharmaq til å klage. Klagen var basert på løse og udokumenterte påstander om produktforskjeller mellom egenutviklet vaksine og Intervets vaksine. Det er dessuten ut fra sakens art, sakens omfang og det forhold at partene er store kommersielle aktører og nære konkurrenter, rimelig at Pharmaq pålegges et kostnadsansvar. Det må i hovedsak anses som Pharmaqs ansvar at prosessen ble så omfattende som den ble.

Videre anføres at det ikke foreligger offentlige interesser i klagen. At tvangslisenssaker er utpregede tvistesaker mellom private, taler i seg selv sterkt for dette. Overføring av verdier fra den ene til den andre markedsaktøren, kan heller ikke anses som et forhold som gir klagen offentlig interesse. Den offentlige interessen i at klageretten benyttes i tvangslisenssaker, der store kommersielle aktører er berørt, vil neppe påvirkes av om klager pålegges et kostnadsansvar. Dette bør derfor gis meget liten vekt i denne saken.

Det vil også være urimelig om Pharmaqs valg av Konkurransetilsynet som adressat for kravet om tvangslisens, fremfor domstolsbehandling, skal avgjøre om patenthaver må dekke Intervets kostnader. Det må vektlegges at omfattende og kompliserte tvangslisenssaker bør behandles mest mulig likt med hensyn til sakskostnader, uavhengig av hvilken prosessform saksøker velger å benytte. Lovgiver tilbyr det administrative sporet som et alternativ til et ordinært søksmål, som var patentlovens eneste og opprinnelige prosessform frem til 2004.

Videre anføres at når forvaltningen er tillagt en meget tydelig funksjon som tvisteløser i saker mellom private, trekker rettskildematerialet tydelig i retning av at kostnadsansvar

⁷ Det er vist til Ot. prp. nr. 27 (1968-1969) sidene 28 og 29.

for den som taper en sak må være hovedregelen. Dette er i tråd med tvistelovens⁸ regler om kostnadsansvar som er begrunnet med rettferdighets-/rimelighetsbetraktninger.

I denne forbindelse hevdes også at forvaltningens veilednings- og utredningsplikt spiller en meget begrenset rolle for de aktuelle sakenes opplysning, på grunn av sakenes tekniske kompleksitet. Sakene blir derfor ressurskrevende for patenthaver, slik at det blir rimelig å pålegge motparten sakskostnader.

Det hevdes også at en asymmetri mellom reglene om kostnadsansvar i administrative og sivilprosessuelle saker, vil gjøre det mindre risikabelt for den som krever tvangslisens å velge det administrative sporet. Dermed bortfaller kostnadsansvarets preventive funksjon.

Videre anføres at en domstolsbehandling vil være å foretrekke fremfor en administrativ behandling. Domstolsbehandling ville trolig blitt både mindre langvarig og omfangsrik.

Det er således departementet som må trekke opp retningslinjer for tolkning og anvendelse av forvaltningsloven § 36 annet ledd i tvangslisenssaker. Praksis kan ikke sies å legge føringer for avgjørelsen.

For øvrig mener Intervet at kostnadskravet er godt nok dokumentert, både i forhold til tvistelovens regler, og det som er vanlig etter forvaltningsloven § 36 første ledd. Kravet må dessuten, etter Intervets oppfatning, betraktes som lavt.

2.3 Pharmaqs syn på det påståtte omkostningsansvaret

Det anføres at forvaltningsloven § 36 annet ledd gir en meget snever unntaksregel, som forutsettes brukt i helt eksepsjonelle tilfeller ved klager i utreningsmål. Det er vist til rettsteori, forarbeider og at bestemmelsen aldri har vært brukt i praksis. Videre vises det til praksis på det motsatte, at krav er fremsatt men ikke tatt til følge.

Det hevdes at Pharmaq hadde en rimelig grunn til å klage. Markedet har ingen effektiv vaksine. Pharmaq opplevde derfor en pågang fra en rekke aktører i oppdrettsnæringen som viste til en alvorlig sykdomssituasjon og ønsket en klageomgang. Videre ble produktforskjeller gitt en omfattende behandling i departementet, og påstander om slike som grunnlag for en klage, kan derfor ikke betraktes som åpenbart grunnløse.

Videre anføres at den offentlige interessen i at klageretten ble benyttet var betydelig i denne saken, fordi PD hos laks påfører oppdrettsnæringen store kostnader. Det var også knyttet stor offentlig oppmerksomhet til saken.

Det hevdes at tvangslisenssaker ikke står i en annen stilling enn andre forvaltningsaker, hvor tvisten hovedsakelig står mellom private parter. Hvis så hadde vært tilfellet,

⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

burde spørsmålet vært særskilt regulert i patentloven. Lovgiver var også kjent med at forvaltningsloven § 36 annet ledd ble tolket snevert. Det spesielle i denne saken, i forhold til andre forvaltningssaker der private interesser står mot hverandre, er den sterke allmenne interessen i saken. At saken kunne ha vært brakt inn for domstolen, gjør imidlertid ikke saken spesiell. I så fall burde dette ha fremgått av lov eller forarbeider. En analogi fra tvisteloven er det derfor ikke grunnlag for.

Videre vises det til at forvaltningsloven § 27 b åpner for å bringe et førsteinstansvedtak inn for domstolen, som alternativ til en forvaltningsklage, dersom vedtaket ikke stenger for dette. At en part velger forvaltningssporet i stedet for domstolsbehandling, er ikke nevnt i noen rettskilder som et relevant moment i relasjon til omkostningsregelen i forvaltningsloven § 36 andre ledd.

Det anføres også at omkostningskravet er svært høyt. Pharmaqs kostnader var langt lavere til tross for at foretaket som klager, måtte dokumentere grunnlaget for denne. Selv med så høye kostnader som påberopt i saken, anser Pharmaq det som lite sannsynlig, at kostnadene ved en eventuell domstolsbehandling ville ha vært lavere.

3. Departementets vurdering

Innledningsvis vil departementet peke på at det ikke finnes særreguleringer av spørsmålet om tildeling av saksomkostninger etter patentloven. Spørsmålet om saksomkostningsansvar for Pharmaq må således avgjøres etter forvaltningsloven § 36 annet ledd, som påberopt av Intervet.

Forarbeider til bestemmelsen, som er sitert av Intervet og Pharmaq, finnes i Ot. prp. nr. 27 (1968 -1969) om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover, under avsnitt II A-E, særlig D Saksomkostnader i forvaltningssaker omtales på sidene 22-32 og sidene 47-48 under E spesialmerknader til § 35a annet ledd, som tilsvarer nåværende forvaltningsloven § 36 annet ledd.

3.1 Forvaltningsloven § 36 annet ledd første punktum

Det fremgår av § 36 annet ledd første punktum at forvaltningen har en diskresjonær adgang til å pålegge en motpart saksomkostninger, dersom de to vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Departementet er enig med Intervet i at vilkårene i forvaltningsloven § 36 annet ledd første punktum er oppfylt. Pharmaq bestrider heller ikke dette. Departementet foretar derfor ingen drøftelse i forhold til første punktum.

Det vil bero på departementets skjønnsmessige vurdering, der forvaltningsloven § 36 annet ledd annet punktum gir visse holdepunkter for skjønnen, om adgangen til å gi saksomkostningspålegg skal benyttes, jf. nedenfor.

3.2 Forvaltningsloven § 36 annet ledd annet punktum

Av § 36 annet ledd annet punktum fremkommer at:

”Det skal legges vekt på om vedkommende hadde fyldestgjørende grunn til å kreve endring av vedtaket, om det er rimelig ut fra sakens art og motpartens forhold å pålegge kostnadsansvar.”

I forarbeidene⁹ gir Justisdepartementet følgende kommentarer til situasjonen ved klage:

”I en særstilling står imidlertid saken når det er truffet vedtak i den og dette vedtak angripes av en av partene. Mange saker er så vidt klare og enkle at partene bør slå seg til ro med vedtaket i saken og ikke prosedere videre i utrengsmål. Det kan synes å være en passende reaksjon mot den som ikke vil gi seg, at han må betale sakskostnader til den annen part om han ikke får medhold i endringsaken.”

FAD bemerker at ovenstående eksempel på anvendelse av bestemmelsen nærmest gir kostnadsdekning en karakter av å være en sanksjon for å unngå klager ”i utrengsmål”. Ordlyden i forvaltningsloven § 36 annet ledd annet punktum og forarbeidene gir i alle fall inntrykk av et nokså snevert unntak fra en hovedregel om at parter i klagesaker bærer sine egne utgifter, når klagen ikke fører frem. Departementet har heller ikke funnet eksempler på at bestemmelsen er anvendt i praksis. Det synes derfor som unntaket er ment å virke preventivt mot utidige klager.

At pålegg om kostnadsdekning er et snevert unntak, fra en underforstått hovedregel om at partene bærer sine kostnader i klagesaker der vedtaket ikke blir endret, synes også å stemme med teoriens oppfatning.

Hans Petter Graver uttaler:¹⁰

”Avgjørelsen av om en part skal få dekket sine sakskostnader av den som krever endring beror på et skjønn. Regelen kan ikke forstås slik at det er hovedregelen at den som angriper et vedtak kan ilegges sakskostnader om klagen ikke fører frem. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet tvert i mot være det motsatte; det er ileggelse av omkostningsansvar som krever særlig begrunnelse. Hvis klageren må anses å ha hatt grunn til å prøve saken, bør omkostningsansvar ikke ilegges. Ved avgjørelsen av om en klager eller intervenient skal pålegges sakskostnader, må det også legges vekt på det offentliges interesse i at klageretten og intervensjonsretten nyttes. Det regelen tar sikte på, er å verne den som har fått en rett i et forvaltningsvedtak, mot å pådra seg kostnader som følge av klage fra en som prosederer i utrengsmål.”

Geir Woxholth uttaler:¹¹

”Annet ledd gir særregler om en parts rett til å kreve motparten for saksomkostninger... Annet punktum gir retningslinjer for skjønn. Relevante momenter som det skal legges vekt på, er om den kravet er rettet mot, hadde fyllestgjørende grunn til å kreve endring av vedtaket (selv om han ikke fikk medhold). Det er ganske klart at et krav om endring i ren spekulasjonsøyemed, sjikane e l som ikke fører frem, lettere kan gi grunnlag for omkostningsansvar. Synes kravet velbegrunnet og rimelig motivert ut fra partens interesser, skal det derimot langt mer til før omkostningsansvar kan pålegges. Videre skal det legges vekt på om det er rimelig ut fra sakens art og motpartens forhold å pålegge ansvar.”

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 27 (1968-69) side 29 annen spalte.

¹⁰ Hans Petter Graver *Alminnelig forvaltningsrett 3. utg.* (2007) side 570.

¹¹ Geir Woxholth *Forvaltningsloven med kommentarer* (2006) sidene 563 og 564.

Jan Fridthjof Bernt uttaler:¹²

"Bestemmelsen i § 36 andre ledd om erstatning for sakskostnader fra motparten synes ikke å bli brukt i praksis." Videre heter det: "I lovproposisjonen presiseres at det ved vurderingen må legges vekt på det offentliges interesse i at "klageretten og intervensjonsretten nyttes", jf. Ot. prp. nr. 27 (1968-69) s. 30. Ved den skjønnsmessige vurdering av om erstatning skal tilkjennes, skal det ellers tas hensyn til begge parters forhold. Det vil således være grunn til å nekte erstatning eller i hvert fall bare "gi delvis erstatning" dersom motparten hadde fyllestgjørende grunn til å kreve endring."

Kommentarene i Ot. prp. nr. 27 (1968-1969) og teoriens syn kan derfor oppsummeres med at så lenge kravet er velbegrunnet og rimelig motivert ut fra partens interesser, skal det mye til før omkostningsansvar kan pålegges.

Departementet vil på denne bakgrunn i det følgende foreta en konkret vurdering av omkostningsspørsmålet, med utgangspunkt i forvaltningsloven § 36 annet ledd annet punktum.

3.2.1 *Hadde Pharmaq" fyldestgjørende grunn til å kreve endring av vedtaket"?*

FAD legger til grunn at dersom Pharmaq hadde en fyllestgjørende grunn for klagen, må et eventuelt omkostningsansvar overfor Intervet bero på andre tungtveiende hensyn ved den rimelighetsvurderingen som annet punktum i forvaltningsloven § 36 annet ledd foreskriver. Slike hensyn kan være om det er rimelig ut fra det offentliges interesser i saken og Intervets forhold, å pålegge Pharmaq å dekke Intervets omkostninger, jf. også nedenfor.

Intervet bygger sin argumentasjon for kostnadsdekning på at Pharmaq ikke hadde fyllestgjørende grunn til å kreve endring av Konkurransetilsynets vedtak. Det anføres at saken ble omfangsrik på grunn av Pharmaqs vektlegging av og bevisføring for produktforskjeller mellom egen vaksine og Intervets vaksine. Departementet er ikke enig i denne vurderingen. Departementets avgjørelse i saken var at de allmenne hensyn i patentloven § 47 nr. 1 og nr. 2 som kunne resultere i tvangslisens, ikke var oppfylt. Som det fremgår av sakssammendraget innledningsvis må tvangslisens etter patentloven § 47 nr. 1 være påkrevd av hensyn til viktige allmenne interesser. Forarbeidene nevner en krisesituasjon uten tilførsel av livsnødvendige produkter. Etter patentloven § 47 nr. 2 skal det vurderes om patentrettigheter utnyttes på en måte som kan begrense konkurransen vesentlig.

Departementet legger vekt på at dette var første sak i sitt slag for konkurransemyndighetene. Den var komplisert med hensyn til faktum, og rettssituasjonen var også uavklart i den rettspraksis man var forutsatt å hente støtte fra. I tillegg berodde saken dels på andre faglige vurderinger enn de problemstillinger konkurransemyndighetene

¹² Se kommentarene til forvaltningsloven § 36 annet ledd på Gyldendals rettsdata, notene 898 og 897.

vanligvis håndterer, blant annet i spørsmålet om det forelå en krisesituasjon som kunne betinge tvangslisens.

Departementet fremhever også at Konkurransetilsynets avgjørelse kunne tolkes dit hen, slik Pharmaq synes å ha gjort, at spørsmålet om tvangslisens etter patentloven § 47 nr. 2 var avhengig av om Pharmaq kunne fremskaffe tilstrekkelig dokumentasjon for at deres vaksine var bedre enn Intervets produkt.

Samlet tilsier dette at det neppe er grunn til å si at saken er så vidt klar og enkel at Pharmaq burde ha slått seg til ro med tilsynets vedtak og ikke klaget, jf. Ot. prp. nr. 27 (1968-69) side 29 annen spalte (som også sitert ovenfor). Så lenge det ikke anses som opplagt at Pharmaq ikke kunne ha fått medhold, og det er av interesse for begge parter, konkurransemyndighetene og allmennheten å få en ny gjennomgang av saken, må Pharmaq etter departementets oppfatning sies å ha fyllestgjørende grunn til å klage.

3.2.2 *Er det "rimelig ut fra sakens art og motpartens forhold å pålegge kostnadsansvar"?*

3.2.2.1 *Rimelighetsvurderingen - sakens art (offentlige interesser)*

Om avgjørende momenter ved vurderingen er det i Ot. prp. nr. 27 (1968-69) på side 30 første spalte uttalt:

"Etter Justisdepartementets oppfatning bør man i denne forbindelse legge vekt på om vedkommende hadde fyldestgjørende grunn for å kreve endring av vedtaket, og om det er rimelig ut fra det offentliges interesser i saken og motpartens forhold å pålegge et kostnadsansvar."

På side 29 annen spalte i Ot. prp. nr. 27 (1968-69) fremgår at Justisdepartementet mener at det i saker om en privat tvist også kan være en offentlig interesse, som tilsier at parter nytter sine partsrettigheter blant annet til å klage. Synspunkter som ligger til grunn for tvistelovens regler om sakskostnader, bør derfor ikke anvendes selv om det ut fra de private interessene kunne ha vært grunn til å anvende vurderinger og regler som kommer til anvendelse i sivile rettssaker. Dette er årsaken til at Justisdepartementet valgte ikke å ta opp spørsmålet om sakskostnader i hele sin bredde, men overlater dette til et skjønn i den konkrete sak når det gjelder klagesaker. Det må derfor etter departementets oppfatning antas at ovennevnte henvisning til det offentliges interesser er mer enn en generell offentlig interesse ut fra rettssikkerhetshensyn om at klageretten benyttes. Dette fremgår også indirekte av Justisdepartementets avsluttende kommentarer på side 30 første spalte til høringsuttalelser fra Prisdirektoratet, Industridepartementet og Styret for det industrielle rettsvern:

"I anledning av det som er anført i disse uttalelser bemerkes at man ved avgjørelsen av om klager eller intervenient skal pålegges sakskostnader, vil kunne legge vekt på det offentliges interesse i at klageretten og intervensjonsretten nyttes."

Slik departementet ser det, tyder ovennevnte uttalelser på en oppfatning om at det ofte kan være knyttet offentlige interesser til saker for forvaltningen, selv om det offentlige skal løse en tvist mellom private. Ofte vil tvisten ha samfunnsmessige konsekvenser,

eller være knyttet til et offentlig gode. Det er nærliggende å anta at det er graden av de samfunnsmessige hensyn i den enkelte sak, som blant annet ligger i lovtekstens henvisning til sakens "art".

Selv om tvangslisenssaken, som ligger til grunn for kravet departementet nå skal ta stilling til, primært var en konflikt mellom Intervet og Pharmaq, er altså vilkårene for å anvende patentloven § 47, som det fremgår ovenfor, avhengig av at spesielle allmenne hensyn foreligger. Det var derfor både offentlige og private interesser knyttet til klagen. Et særtrekk ved saken, er at det offentlige har klare interesser i utfallet av en sak om tvangslisens. Selv om klage over vedtaket kan få virkninger for rettsstillingen til private parter, må det derfor tillegges vekt at risikoen for et kostnadsansvar vil kunne ha uheldige konsekvenser for de allmenne hensyn som skal ivaretas. I tvangslisenssaker som behandles administrativt, vil et sakskostnadsansvar for den tapende part kunne medføre at hele poenget med innføring av et administrativt spor blir borte, noe departementet mener ikke er ønskelig.

3.2.2.2 Rimelighetsvurderingen - motpartens forhold

Intervet har fremført som et argument for at det er rimelig å pålegge Pharmaq å bære Intervets kostnader, at det etter patentloven er valgfritt om man ønsker å ta saken til domstolen eller Konkurransetilsynet. Det er anført at spørsmålet om dekning av saksomkostninger derfor bør vurderes likt. Noe annet vil være urimelig overfor patenthaver (Intervet).

Dersom en sak om tvangslisens går for retten, er hovedregelen etter tvisteloven § 20-2 at den tapende part må dekke motpartens saksomkostninger. Dette mener Intervet også bør være løsningen etter forvaltningsloven § 36 annet ledd i tvangslisenssaker. Tvistelovens regler er ifølge Intervet i det vesentlige begrunnet med rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger.¹³ I saken som ligger til grunn for kravet mot Pharmaq om kostnadsdekning, har Intervet vært tvunget til å gjennomføre et omfattende forsvar i en sak der departementets veilednings- og utredningsplikt har hatt en begrenset rolle for sakens opplysning.

En eventuell forskjell med hensyn til kostnadsdekning i saker om tvangslisens, som avhenger av om tvangslisenssøker velger å gå til domstolen eller forvaltningen, mener Intervet kan føre til en forskyvning av saker til konkurransemyndighetene. Intervet mener at den aktuelle tvangslisenssaken for FAD kan gi grunn til å spørre om dette er ønskelig. Flere forhold gjør etter Intervets oppfatning at forvaltningsbehandlingen både blir mer kostbar, tar lenger tid og ikke er underlagt de samme rammebetingelser som for domstolen (der man har sakkyndig utvalg) med hensyn til fremlegging og vurdering av fakta. Departementet tolker disse uttalelsene dit hen at Intervet mener at domstolen er et mer egnet organ i disse sakene.

¹³ Det er vist til Ot. prp. nr. 51 (2004 - 2005) side 276.

I forarbeidene til patentloven¹⁴ ble det foreslått å gi Konkurransetilsynet og departementet kompetanse til å behandle begjæringer om tvangslisens. Det fremgår av proposisjonen at man i høringsnotatet (som ble utarbeidet i forkant av lovforslaget), hadde tenkt på spørsmålet om dekning av saksomkostninger ved administrativ behandling av slike begjæringer. Det refereres til høringsnotatets kapittel 6.2.10 Saksomkostnader, som omtaler rettstilstanden, og henviser til forvaltningsloven § 36 annet ledd som følger:

”Etter tvistemålsloven kan den tapende parten pålegges å betale erstatning for motpartens saksomkostnader. Dette er det ikke hjemmel for i forvaltningssaker (unntatt ved omgjøring av et tidligere vedtak, jf. forvaltningsloven § 36 annet ledd). Det foreslås ingen særregler om dekning av saksomkostnader i administrative saker om tvangslisens.”¹⁵

Tatt i betraktning at forvaltningsloven § 36 annet ledd gir en spesialhjemmel for å ilegge klager motpartens saksomkostninger når vedtaket ikke omgjøres, er ovennevnte uttalelse uklar. Men konklusjonen er klar. Forvaltningsloven § 36 skal gjelde i saker etter patentlovens bestemmelser om tvangslisens når de behandles administrativt. Det skal således ikke innføres noen spesialbestemmelse om kostnadsdekning i patentloven. I forarbeidene er det ingen begrunnelse for hvorfor man valgte ikke å særregulere ansvaret for saksomkostninger. Det er heller ingen særlige holdepunkter for anvendelsen av § 36 annet ledd i de aktuelle sakene. Videre gir annen særregulering i spesiallovgivningen¹⁶ rett til kostnadsdekning fra motparter som ikke får medhold i en klage. Således kan beslutningen om ikke å innføre noen særregulering for saker om administrativ tvangslisens etter patentloven, være et uttrykk for at man ikke har funnet spesielle grunner til at parter i disse sakene bør pålegges å betale motpartens saksomkostnader.

Det er på det rene at det var politisk skepsis til gjennomføring av EUs bioteknologi-direktiv¹⁷ i norsk rett. Med daværende regler om at tvangslisenskrav måtte fremmes for domstolen, ble ikke tvangslisensinstituttet brukt. Det fremgår av forarbeidene at man med forslaget om å innføre et forvaltningsspor for tvangslisens ønsket å oppnå en effektivisering av saksbehandlingen, og en lavere terskel for å kreve tvangslisens.¹⁸ Det var riktignok først og fremst en antagelse om at konkurransemyndighetene var vant til å bedømme allmenne hensyn, og ville kunne behandle disse sakene raskere, som lå til grunn for plasseringen av kompetansen hos Konkurransetilsynet. Men i forarbeidene til patentloven under kapittel 17.2 Konsekvenser for private sies at:

¹⁴ Se Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) om lov om endringer i patentloven og planteforedlerloven (gjennomføring av EUs patendirektiv i norsk rett mv.). Se særlig kapittel 8 og merknadene til patentloven §§ 45 til 50a i proposisjonens kapittel 18.

¹⁵ Se Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) side 37 første spalte.

¹⁶ Jf. Ot. prp. nr. 27 (1968-1969) punkt D Saksomkostnader i forvaltningssaker punkt 4 side 28 første spalte. Her henvises det til oreigningsloven § 15 og vassdragsreguleringsloven § 6 nr. 1 tredje ledd.

¹⁷ Direktiv 98/44/EF (det såkalte patendirektivet).

¹⁸ Se Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) kapittel 8.

”Innføringen av det administrative systemet for tvangslisenser vil kunne få økonomiske konsekvenser for næringslivet og for brukerne av patentert teknologi. Hensikten er at endringen skal innebære en effektivisering av tvangslisensreglene og på den måten virke preventivt mot at patenthaveren misbruker sin enerett ved å ta sterkt urimelige priser eller hindre tilgang til viktig teknologi. Ordningen med administrativ tvangslisens vil kunne gjøre det enklere og billigere for private å ivareta sine interesser overfor patenthavere som misbruker patentrettighetene. På den annen side kan endringen svekke patenthaverens mulighet for innrettelse. Dessuten vil domstolsbehandling som utgangspunkt kunne gi en grundigere og mer betryggende behandling. Hensynet til patenthaverens rettssikkerhet er imidlertid søkt ivaretatt ved utformingen av saksbehandlingsreglene. Den som krever tvangslisens ved forvaltningsvedtak, må betale en avgift på 10.000 kroner. Det er også foreslått at krav om tvangslisens skal være begrunnet. Hvis begrunnelsen er for svak, avvises kravet uten realitetsbehandling. Avgifts- og begrunnelsesplikten kan motvirke at det fremmes grunnløse krav om tvangslisens som påfører rettighetshaverne (og Konkurransetilsynet) en unødvendig belastning.”

Det er ikke i kapittel 17 nevnt noe eksplisitt om at forvaltningslovens hovedregel om manglende ansvar for motpartens saksomkostninger, er det som ligger bak oppfatningen om at en forvaltningsprosess ville være billigere for dem som ønsket å utfordre et patent, men en må anta at det er slik. I forarbeidene¹⁹ vises det også til uttalelser i høringsnotatet kapittel 6.2.10, som er nokså like det ovenstående sitatet:

”Etter dagens system der tvangslisens bare kan gis av retten, virker tvistemålslovens regler om ansvar for saksomkostnader preventivt mot at det reises ugrunnede søksmål om tvangslisens. I lovutkastet her er det foreslått en hjemmel til å fastsette en avgift som skal betales av den som begjærer tvangslisens. Det foreslås at avgiften skal være 10 000 kroner. En slik avgift vil kunne begrense faren for at det fremsettes svakt begrunnede søknader om tvangslisens som påfører Konkurransetilsynet og særlig patenthaveren en unødvendig belastning.”

På denne bakgrunn ser departementet at forarbeidene til patentloven ikke sier noe spesielt om klagesakene og at referansene til forvaltningsloven § 36 etterlater tvil om bestemmelsen er riktig forstått. Samtidig oppfatter departementet at det som er uttalt om lavere terskel, billigere behandling og innføring av gebyr for behandling hos tilsynet, som indikasjoner på at det ikke var meningen å bruke tvistemålslovens regler for omkostningsdekning, og at dette var et bevisst valg. Departementet mener derfor at et vedtak som innebærer tilnærmet likestilling mellom de to sporene med hensyn til kostnadsdekning, ikke ville være i overensstemmelse med begrunnelsen for å innføre det administrative sporet.

4. Konklusjon

Departementet forstår forvaltningsloven § 36 annet ledd som et restriktivt unntak fra en underforstått hovedregel om at parter i en forvaltningssak er ansvarlige for egne saksomkostnader når de ikke får medhold i en klage. Det synes også å ha støtte i forarbeidene og rettsteorien, og i manglende eksempler på saker der det i praksis er pålagt omkostningsansvar, at bestemmelsen skal forstås på denne måten.

¹⁹ Se Ot. prp. nr. 86 (2002-2003) side 37 første spalte.

FAD mener at vilkårene i forvaltningsloven § 36 annet ledd første punktum, som gir departementet en adgang til å pålegge saksomkostningsansvar, er oppfylt i denne saken. Intervets påstand om at de to forskjellige løpene for saker om tvangslisens bør medføre lik adgang til kostnadsdekning for den som "vinner", ut fra rettferdighets- og forutberegnelighetshensyn er tilsynelatende rimelig. På den annen side taler en tolkning av annet ledd annet punktum, med utgangspunkt i forarbeidene til forvaltningsloven, rettsteorien og spesielle motiver til patentloven i forbindelse med innføring av konkurransemyndighetenes kompetanse til å pålegge tvangslisens, imot å benytte adgangen til å pålegge Pharmaq ansvar for Intervets saksomkostninger. Etter en samlet vurdering er departementet kommet til at Parmaq ikke bør pålegges et kostnadsansvar etter forvaltningsloven § 36 annet ledd overfor Intervet i denne saken.

5. Departementets vedtak

Departementet har etter dette truffet følgende vedtak:

Kravet fra Intervet International B.V. om at Pharmaq AS skal pålegges å dekke saksomkostnader på 1 490 653 kroner i forbindelse med departementets avslag av 8. juli 2010 på klage av 27. juli 2009 fra Pharmaq AS tas ikke til følge.

Med hilsen

Therese Motzfeldt (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Karin Kilset
seniorrådgiver

Kopi: Pharmaq
Konkurransetilsynet