



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Christian Jakobsson

Missbruk av dominerande ställning och
immateriella rättigheter

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt och immaterialrätt

VT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte och frågeställningar	4
1.2 Metod och material	4
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Forskningsläge	5
1.5 Disposition	6
2 IMMATERIELLA RÄTTIGHETER I FÖRHÅLLANDE TILL EG- RÄTTEN	7
2.1 Doktrinen om existens och utövandet av immateriella rättigheter	8
2.2 De immateriella rättigheternas grundinnehåll	9
2.2.1 Patents grundinnehåll	9
2.2.2 Varumärkets grundinnehåll	9
2.2.3 Upphovsrättens grundinnehåll	10
2.2.4 Mönsterrättens grundinnehåll	10
2.3 Kommentarer till begreppet grundinnehåll och doktrinen om existens och utnyttjande	10
2.4 Konsumtion av immateriella rättigheter	12
2.4.1 Centrafarm mot Sterling Drug	12
2.4.2 Merck mot Stephar	13
2.4.3 Samtycke och tvångslicensiering	13
2.5 Nödvändiga faciliteter	13
3 ARTIKEL 82 EG	15
3.1 Dominerande ställning	16
3.1.1 Den relevanta produktmarknaden	16
3.1.2 Fastställandet av den relevanta produktmarknaden	17
3.1.2.1 Hilti	17
3.1.2.2 Tetra Pak II	18
3.1.2.3 Identifikation av den relevanta produktmarknaden genom efterfrågan	19
3.1.2.4 De facto monopol	19
3.1.2.5 Reservdelsmarknaden	20
3.1.3 Den geografiska marknaden	21

3.2	Dominerande ställning på den relevanta marknaden	21
3.2.1	Marknadsandel	22
3.2.2	Hinder för marknadstillträde	22
3.2.2.1	Finansiella hinder	23
3.2.2.2	Teknologiska resurser	23
3.2.2.3	Marknadsintegration	24
3.2.2.4	Monopolställning genom lagstiftning	24
3.2.3	Uppförande och prestation på marknaden	25
3.2.4	Kommentarer till dominerande ställning och immateriella rättigheter	25
3.3	Missbruk av dominerande ställning	26
3.3.1	Allmänt om missbruk av dominerande ställning	26
3.3.2	Missbruk av dominerande ställning och immateriella rättigheter	26
3.3.3	Prissättning	27
3.3.3.1	Oskäligen prissättning	27
3.3.3.2	Underprissättning	27
3.3.3.3	Prisdiskriminering	28
3.3.3.4	Lojalitetsrabatter	28
3.3.4	Handelsvägran	29
3.3.4.1	Volvo mot Veng	30
3.3.5	Magill	31
3.3.5.1	Kommissionen	31
3.3.5.2	Förstinstansrätten	31
3.3.5.3	Generaladvokat Gulman	32
3.3.5.4	EG-domstolen	33
3.3.6	IMS Health	35
3.3.6.1	Den nationella domstolen	36
3.3.6.2	Generaladvokatens förslag till avgörande	37
3.3.6.3	EG-domstolen	38
3.3.7	Kommentarer till handelsvägran och immateriella rättigheter	40
3.3.8	Kopplingsförbehåll	42
3.3.9	Andra typer av missbruk	42
4	AVSLUTANDE KOMMENTARER	43
	LITTERATURFÖRTECKNING	45
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	46

Sammanfattning

Relationen mellan immaterialrätt och konkurrensrätten betraktas i vissa situationer som konfliktfylld och får anses särskilt intressant när slitningar uppstår mellan EG-rättens överstatliga regleringar och nationella immateriella rättigheter. Den här uppsatsen behandlar förhållandet mellan EG-fördragets konkurrensrättsliga regel om missbruk av dominerande ställning, artikel 82 EG, och immateriella rättigheter. Genom att granska relevant litteratur och praxis skall läsaren erbjudas en redogörelse för de situationer där artikel 82 EG har korrigerat och begränsat det immaterialrättsliga skyddet som innehavaren erhållit genom nationell lagstiftning. Detta är särskilt aktuellt sedan EG-domstolen nyligen har lämnat sin ståndpunkt i målet *IMS Health*. Ett mål som belyser och klargör vissa delar av problematiken. Uppsatsen skall även belysa de situationer när immateriella rättigheter påverkar tillämpningen av artikel 82 EG.

Förkortningar

EG	Amsterdamfördraget
ECR	European Court Reports
EIPR	European Intellectual Property Review
OJ	Official Journal of the European Union
EGT	Europeiska Gemenskapens Tidning
EU	Europeiska Unionen

1 Inledning

Immaterialrätten och konkurrensrätten är två rättsområden som vid en mängd olika situationer kan komma att eftersträva motsatta syften. Immaterialrättigheter har till avsikt att skänka innehavaren en legal ensamrätt för sitt nyskapande så att innehavaren sedan kan erhålla ekonomisk ersättning för produkten eller tjänsten vid vidareförsäljning i någon form. Samtidigt som konkurrensrätten syftar till att skapa förutsättningar för en effektiv konkurrens och förhindra att konkurrensen snedvrids genom till exempel ensamrätter. Vidare innebär den immaterialrättsliga ensamrätten ett hinder för konkurrenters marknadstillträde och möjlighet till en högre prissättning vilken annars skulle ha förhindrats genom konkurrensrätten.

Konstruktionen av ensamrätter genom immaterialrätten motiveras av det övergripande målet att främja forskning och utveckling. Dessa ensamrätter har stor betydelse som konkurrensförutsättningar och utgör viktiga konkurrensmedel för aktörerna på marknaden. Ensamrättens omfattning, skyddsobjektets innehåll, skyddsomfångets vidd och skyddstidens längd är anpassade så att ensamrätten skall bidra till konkurrens och därmed utökat utbud. Det immaterialrättsliga skyddet är en förutsättning för att varor och tjänster skall uppnå önskvärt utbud och kvalitet. Genom ensamrätterna kan innovatörer belönas för de prestationer, intellektuella såväl som ekonomiska, som de har förtagit sig. Utan avkastningsmöjligheter skulle troligtvis inte dessa framsteg realiseras. Därför är möjligheten till ensamrätt den mest väsentliga aspekten av immaterialrätten. Denna rätt innebär kapaciteten att sälja och marknadsföra produkten (eller tjänsten) själv eller genom att bevilja licenser och därmed överföra rätten till andra. Utvecklingen av nya förbättrade produkter och tjänster är det övergripande målet såväl inom immaterialrätten såväl som konkurrensrätten.¹

Även om målen för immaterialrätten och konkurrensrätten kan anses vara kongruenta uppkommer det situationer då dessa står i konflikt med varandra. Frågan är närmast hur ensamrätternas gränser skall dras i förhållandet till konkurrensrätten. Det kan frågas vilken påverkan konkurrensrätten skall ha på de immateriella ensamrätterna eller om denna distinktion redan har gjorts vid tillskapandet av de immateriella rättigheterna. Detta blir särskilt intressant när konflikt uppkommer mellan EG: s överstatliga konkurrensbegränsningsrätt och den icke-harmoniserade nationella immateriella rätten.²

Målet med Europeiska gemenskapen är att främja ekonomiskt och socialt framåtskridande för sina medlemsstater genom att bryta ner hinder som

¹ Faull, J, Nikpay, A, 1999, s.575 ff.

² Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i konkurrencerett*, 4. udgave, 2000, s.226 ff.

isolerar dem och att tillskapa av en transnationell gemensam marknad.³ Centralt för att uppnå detta är en hög grad av konkurrenskraft på den gemensamma marknaden vilket i sin tur uppnås genom ett system som tillförsäkrar att inte konkurrensen snedvrids.⁴ Detta system består av EG: s konkurrensregler. De viktigaste bestämmelserna finns i artikel 81 EG, som reglerar konkurrensbegränsande avtal mellan företag, och artikel 82 EG, som behandlar missbruk av dominerande marknadsställning.

Redan i målet *Costa mot E.N.E.L.*⁵ slog EG-domstolen fast EG-rättens företräde framför nationell rätt. EG-domstolen menade att medlemsstaterna genom tillskapandet av gemenskapens rättsordning hade begränsat sina suveräna rättigheter och skapat ett regelverk vilket är tillämpligt på de nationella staterna och dess medborgare, som de nationella domstolarna är skyldiga att tillämpa. Medlemsstaternas inskränkning av sina suveräna rättigheter gör det omöjligt för staterna att göra gällande en senare tillskapad ensidig lagstiftningsåtgärd som är i strid med gemenskapens rättordning. Detta gäller även immateriella rättigheter, vilket främst kommer att behandlas i denna uppsats.

1.1 Syfte och frågeställningar

Mellan nationella immateriella rättigheter och gemenskapens överstatliga regleringar kan det ibland uppstå konflikter. Detta gäller särskilt konkurrensreglerna i EG-fördraget och då särskilt artikel 81 och 82 EG. Denna uppsats fokuseras sig dock endast på relationen mellan artikel 82 EG och immateriella rättigheter. Syftet är att läsaren genom denna uppsats skall redovisas en heltäckande bild av relevant rättspraxis och erbjudas en diskussion kring den konflikt som kan uppkomma mellan missbruk av dominerande ställning enligt EG-fördraget och immateriella rättigheter. Främst är detta intressant eftersom det nyligen har tillkommit praxis som aktualiserar problemet. Min frågeställning är därför hur artikel 82 EG påverkar och påverkas av nationella immateriella rättigheter. Vidare skall uppsatsen försöka identifiera varför och när utövandet av immateriella rättigheter sker i strid med artikel 82 EG.

1.2 Metod och material

Vid skrivandet av denna uppsats har utgångspunkten varit att det vid vissa situationer kan uppkomma en konflikt mellan immateriella rättigheter och EG-fördragets regler om missbruk av dominerande ställning. Uppsatsen koncentrerade sig redan tidigt på situationen när dominerande företag, som är innehavare av immateriella rättigheter, vägrar bevilja licenser. Detta

³ *Sixteenth Report on Competition Policy*, Commission of the European Communities, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1987, s. 13.

⁴ Artikel 2 och 3 (g) EG.

⁵ Mål 6/64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, [1964] ECR 585.

utvecklades senare till att mer titta på när immateriella rättigheter påverkar och påverkas av artikel 82 EG. För att undersöka denna situation har, förutom EG-fördraget, kommissionens och gemenskapsdomstolarnas praxis tjänat som utgångspunkt. Vidare har även relevant litteratur och material från EU: s institutioner använts.

Rättspraxis inom det aktuella området är relativt omfattande. Därför redovisas vissa fall endast kortfattat medan andra helt uteslutits. Denna gallring har främst skett då det funnits rättsfall som bättre beskriver de givna problemen eller att dessa behandlar i stort sett samma rättsfråga men med olika omständigheter i sak. Det får anses att de redovisade målen är de som mest ansluter till de aktuella problemen. Litteraturen har i stort begränsats till utländsk litteratur. Detta beror på att det inte har gått att finna svensk litteratur som behandlar problemen utförligt. Det får sägas att den svenska litteraturen saknar en adekvat diskussion kring relationen mellan immateriella rättigheter och missbruk av dominerande ställning. Vidare har artiklar främst erhållits genom Westlaw Internationals databaser.

1.3 Avgränsningar

Vid arbetet med denna uppsats har utgångspunkten varit att det kan finnas konfliktsituationer mellan EG-fördraget och de nationellt beviljade immateriella rättigheterna. Eftersom detta beskriver ett ansenligt område har uppsatsen begränsats till att endast omfatta förhållandet mellan artikel 82 EG och immateriella rättigheter. Detta kräver att läsaren har vissa baskunskaper inom EG-rätten, särskilt då konkurrensreglerna i fördraget.

Uppsatsen går heller inte in på specifika immateriella rättigheter förutom i anslutning till diskussionen kring begreppet grundinnehåll.⁶ Detta är baserat på EG-domstolens uttryckssätt där enskilda immateriella rättigheter oftast inte behandlas utan hänvisning för det mesta sker till immateriella rättigheter som ett samlingsbegrepp. Därför behandlas förhållandet mellan immateriella rättigheter och missbruk av dominerande ställning mer generellt. Detta kräver att läsaren har förståelse av innehållet i de olika immateriella rättigheter och vilket skydd som dessa innebär.

1.4 Forskningsläge

Inom doktrinen har det funnits en utförlig diskussion kring förhållandet mellan artikel 82 EG och immateriella rättigheter. Ett antal författare har kommenterat problemet, främst i diverse artiklar. Två av de arbeten som förtjänas att nämnas är Steven D. Andermans "EC Competition Law and Intellectual Property Rights"⁷ och Guy Trittons "Intellectual Property in

⁶ Se kapitel 3.2.

⁷ Anderman D. Steven, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998.

Europe”⁸. Dessa två har fungerat som referensverk under arbetet med denna uppsats och är mycket bra för personer som eventuellt vill sätta sig in i hur nationella immateriella rättigheter interagerar med EG: s regelsystem. Den svenska litteraturen på området är som redan framförts relativt liten och kan därför lämnas utan hänseende.

Främst sker dock diskussionen genom artiklar och det är också via dessa som mycket av det intressanta materialet har funnits. Att framhålla någon av författarna till någon av dessa är inte meningsfullt eftersom de flesta har framfört något intressant eller tänkvärt. Det skall dock konstateras att det finns en mängd olika betraktningssätt och att det är svårt att hitta någon gemensam nämnare för alla.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel om förhållandet mellan immateriella rättigheter och EG-rätt. I detta beskrivs nationella immateriella rättigheters position i EG-fördraget och relevanta utgångspunkter för tillämpningen av dessa inom gemenskapen. Det följande kapitlet fokuserar på immateriella rättigheters förhållande till EG-fördragets artikel 82 om missbruk av dominerande ställning. Kapitlet innehåller en beskrivning av artikel 82: s funktion och dess tillämpning av EU: s institutioner. Vidare beskrivs och analyseras hur immateriella rättigheter har påverkats av eller påverkat artikel 82 EG. Det avslutande kapitlet innehåller författarens allmänna kommentarer till det aktuella ämnet.

⁸ Tritton Guy, *Intellectual Property in Europe*, 2^{ed}, 2002.

2 Immateriella rättigheter i förhållande till EG-rätten

Immateriella rättigheter har av historiska skäl och enligt artikel 295 EG alltid ansetts hänförliga till medlemsstaternas lagstiftningskompetens även om vissa nya immateriella rättigheter har uppkommit genom EG: s lagstiftningskompetens och vissa områden harmoniserats i enlighet med denna.⁹

Nationella immateriella rättigheter skyddas under artikel 295 EG som hindrar gemenskapen från att ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Enligt EG-domstolen härför sig beviljandet och rätten att skapa immateriella rättigheter till medlemsstaternas jurisdiktion men detta hindrar inte att utnyttjandet av en rättighet faller inom tillämpningsområdet för fördraget.¹⁰ Detta har skapat *doktrinen om existens och utövande*¹¹ som kommer att diskuteras under kapitel 2.1.

Artikel 28 och 29 EG förbjuder kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan på export och import av varor och tjänster mellan medlemsstaterna. Artikel 28 EG har definierats av EG-domstolen som tillämplig på alla handelsregler som medlemsstaterna har antagit i fall dessa kan utgöra hinder för handeln inom gemenskapsmarknaden.¹² Artikel 28 riktar sig mot medlemsstaterna och deras offentliga organ och inte enskilda personer. Trots detta har artikeln ansetts omfatta även immateriella rättigheter. EG-domstolen har avseende artikelns tillämplighet på immateriella rättigheter uttalat att fördragets huvudsyfte inte kan uppnås om medborgarna i olika medlemsstater kan dela upp marknaden och tillämpa godtycklig diskriminering eller förtäckta restriktioner i handeln mellan medlemsstater med stöd av rättsordningarna i dessa.¹³

Artikel 30 EG innehåller undantag från förbuden i artikel 28 och 29 EG. Enligt artikeln undantas ”*industriell och kommersiell äganderätt*”¹⁴ som inte utgör medel för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna från tillämpningen av artiklarna 28 och 29

⁹ varumärken, databaser, utlånings- och uthyrningsrätter, harmonisering av skyddstiden för upphovsrätten och vissa närstående rättigheter, satellitsändningar och vidaresändning via kabel.

¹⁰ Förenade målen 56 & 58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen*, [1966] ECR 299, paragraf 10; Mål 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, [1971] ECR 487.

¹¹ Det engelska uttrycket är ”*existence/exercise*”

¹² Mål 8/74, *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, [1974] ECR 837, paragraf 5.

¹³ Förenade målen 78/70, *Deutsche Grammophon*, paragraf 12 in fine.

¹⁴ Begreppet ”*industriell och kommersiell äganderätt*” motsvaras av det mer använda ”*immateriella rättigheter*”.

EG. EG-domstolen har genom sin praxis fastslagit att artikel 30 EG endast skyddar utnyttjandet av de immateriella rättigheternas grundinnehåll¹⁵ från förbuden i artiklarna 28 och 29 EG.¹⁶ Brukande av immateriella rättigheter utöver grundinnehållet faller utanför artikel 30 och får inte hindra varornas fria rörlighet på marknaden.

2.1 Doktrinen om existens och utövandet av immateriella rättigheter

Existensen av nationella immateriella rättigheter skyddas, som ovan redovisats, av artiklarna 30 och 295 EG. Utövandet av immateriella rättigheter kan dock generera problem på den gemensamma marknaden då immateriella rättigheter är benägna att skapa handelshinder mellan medlemsstater.

Doktrinen om existens och utövande etablerades först i målet *Consten & Grundig*¹⁷ där distinktionen mellan existens och utövandet först slogs fast. I målet argumenterade svarande för att en tillämpning av artikel 81 EG på en immateriell rättighet skulle bryta mot artikel 295 EG. EG-domstolen ansåg att den immateriella rättighetens existens, baserad på nationell lagstiftning, är skyddad enligt artiklarna 30 och 295 EG medan utövandet av rättigheten kan begränsas av fördragets regler om fria varurörelser eller dess konkurrensregler.¹⁸ EG-domstolen fortsatte att använda sig av doktrinen om existens och utnyttjande i den närmast efterföljande praxisen.¹⁹

Doktrinen har dock inte tillämpats på senare år och har kanske spelat ut sin roll. Generaladvokaten Fennelly uttalade, i sitt förslag till avgörande i målet *Merck mot Primetown*²⁰, att distinktionen mellan existens och utövandet av en immateriell rättighet ibland endast är teoretisk. Vidare ansåg generaladvokaten att doktrinen inte använts i senare rättspraxis och att den numera kan avfärdas. Liknande tankegångar har framförts av generaladvokat Gulmann, i sitt förslag till avgörande i målet *Magill*²¹, som ansåg att utövandet av en immateriell rättighet, inom dess grundinnehåll²²,

¹⁵ Begreppet grundinnehåll förklaras under kapitel 4.4.

¹⁶ Förenade målen 78/70, *Deutsche Grammophon*, paragraf 11.

¹⁷ Förenade målen 56 & 58/64, *Consten-Grundig*.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Mål 144/81, *Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV*, [1982] ECR 2853; Mål 24/67, *Parke, Davis and Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, [1968] ECR 81.

²⁰ Förenade målen 267 & 268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd och Merck Sharp & Dohme International Services BV mot Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta och Necessity Supplies Ltd och Beecham Group plc mot Europharm of Worthing Ltd*, Förslag till avgörande av generaladvokat Fennelly, [1996] ECR 6285, paragraf 93.

²¹ Förenade målen 241 & 242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska kommissionen*, Förslag till avgörande av generaladvokat Gulmann, [1995] ECR 743, paragraf 31.

²² Se nedan kapitel 2.2.

är relaterat till dess existens. Vidare menade generaladvokaten att distinktionen mellan utövande, existens och tillämpning av begreppet grundinnehåll ger uttryck för samma tankegång och att en åtskillnad mellan existens och utövande inte har någon självständig betydelse för att lösa avgränsningsfrågor. EG-domstolen har dock aldrig själv förmedlat liknande resonemang i något av sina domskäl. Hur mycket vikt som kan läggas vid Generaladvokaternas argument kan därför diskuteras.

2.2 De immateriella rättigheternas grundinnehåll

Grundinnehållet i en immateriell rättighet är själva kärnan och substansen i rättigheten och utgör den konkurrenshämmande effekt som är tillåten enligt gemenskapslagstiftning och medlemsstaternas nationella rätt. Vad som utgör det specifika grundinnehållet varierar beroende på vilken immateriell rättighet som avses. Begreppet uppstod i målet *Deutsche Grammophon*²³ då EG-domstolen uttalade att artikel 30 endast medger förbud och restriktioner på fria varurörelser i gemenskapen när sådana är motiverade för skyddet av den immateriella rättighetens grundinnehåll. Detta gäller även EG-fördragets konkurrensregler.

2.2.1 Patents grundinnehåll

I målet *Centrafarm mot Sterling*²⁴ definierade EG-domstolen ett patents grundinnehåll som:

rättigheten att patenthavaren, som kompensation för sin uppfinnarmöda, tillförsäkras ensamrätt att använda en uppfinning för att tillverka industriprodukter och bringa dem i omsättning, antingen direkt eller genom att upplåta licens till tredje part, liksom rätten att motsätta sig efterbildning.²⁵

2.2.2 Varumärkets grundinnehåll

Grundinnehållet i ett varumärke definierades för första gången i målet *Centrafarm mot Winthrop*²⁶. EG-domstolen ansåg att grundinnehållet i den immateriella rättigheten är den exklusiva rätten att använda varumärket som innehavaren garanteras, för syftet att för första gången sätta produkter som skyddas av varumärket på marknaden, och som avser skydda rättighetsinnehavaren mot konkurrenter som försöker utnyttja varumärkets

²³ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH mot Metro-SB-Großmärkte & Co. KG*, [1971] ECR 487.

²⁴ Mål 15/74, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc.*, [1974] ECR 1147.

²⁵ Ibid, paragraf 9.

²⁶ Mål 16/74, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Winthrop BV*, [1974] ECR 1183.

renommé genom att tillverka produkter som olagligt använder deras varumärke.²⁷

2.2.3 Upphovsrättens grundinnehåll

Upphovsrättens grundinnehåll har inte i sin helhet definierats av EG-domstolens genom dess praxis. Anledningarna till detta är att medlemsstaterna har skilda synsätt på upphovsrätten omfattning och divergerande inställningar till vilka verk som kan skyddas av upphovsrätt. Dock har EG-domstolen i sin praxis ansett att vissa element av upphovsrätten skall betraktas som dess grundinnehåll.²⁸

Upphovsrättens grundinnehåll har ansetts omfatta rätten till reproduktion av verket, rätten att bestämma när och var verket först skall sättas på marknaden och rätten att förhindra intrång i upphovsrätten.²⁹ Vidare anses grundinnehållet innefatta rätten att ta betalt för offentligt framförande³⁰ och rätten att hyra ut ett verk³¹.

2.2.4 Mönsterrättens grundinnehåll

EG-domstolen har i rättsfallet *Volvo mot Veng*³² definierat mönsterrättens grundinnehåll som rätten att hindra tredje man från att tillverka och sälja eller importera produkter, som inkorporerar mönsterrätten, utan rättighetsinnehavarens samtycke.³³

2.3 Kommentarer till begreppet grundinnehåll och doktrinen om existens och utnyttjande

Begreppet grundinnehåll och doktrinen om existens och utnyttjande har kommenterats och kritiserats av ett flertal författare. Dessa har menat att begreppet tillsammans med doktrinen ger EG-domstolen alltför stor handlingsfrihet och ger domstolen rätten att besluta i fall till fall vilket anses leda till alltför stor oförutsebarhet. Det har även hävdats att dessa ger EG-

²⁷ Ibid. paragraf 8.

²⁸ Faull & Nikpay, 1999, s. 583.

²⁹ Förenade målen 55 & 57/80, *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International mot GEMA*, [1981] ECR 147, paragraf 12; Mål 158/86, *Warner Brothers Inc. och Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen*, [1988] ECR 2605, paragraf 13; Paul L.C. Torremans, Irini A. Stamatoudi, *MERCK is back to stay: the court of justice's judgment in MERCK v PRIMECROWN*, E.I.P.R 1997, 19(9), s. 545-549.

³⁰ Mål 62/79, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, m.fl. mot Ciné Vog Films m.fl.*, [1980] ECR 881, paragraf 15-18.

³¹ Mål 158/86, *Warner Brothers*, paragraf 14-16.

³² Mål 238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd*, [1988] ECR 6211.

³³ Ibid. paragraf 8.

kommissionen möjlighet att godtyckligt begränsa nationella immateriella rättigheter för att uppfylla politiska ändamål.³⁴

Samtidigt har kritik riktats mot själva distinktionen mellan existens och utnyttjande. Kritikerna menar att en immateriell rättighet endast är värdefull om innehavaren har möjligt att utnyttja den och att immateriella rättigheter existerar för att bli utnyttjade. Därför är en sådan åtskillnad inte logisk. Vid en separation mellan existens och utnyttjande menar de att den immateriella rättigheten endast har en avskräckande betydelse mot potentiella intrångsförsök.³⁵ Inge Govaere menar att det bästa vore om EG-domstolen övergav doktrinen och istället gör en bedömning huruvida den immateriella rättigheten har beviljats och utövats i enlighet med dess specifika funktion.³⁶

Doktrinen har också försvarats. Det har hävdats att om existensen av en immateriell rättighet skulle ha absolut skydd under EG-fördraget skulle det bli omöjligt att pröva bruket av rättigheten mot fördragets regler om fria varurörelser och dess konkurrensregler. Förespråkarna menar att detta skulle gå emot själva syftet med EG-fördraget.³⁷

Dock kan det anses att själva distinktionen är irrationell och enbart ger upphov till en mängd problem. Själva kärnfrågan är om existensen verkligen kan skiljas från utnyttjandet då dessa är så tätt knutna till varandra. Utnyttjandet får betraktas som utgöra själva essensen av den immateriella rättigheten och utan möjlighet att utnyttja rätten förlorar den sitt värde. För att lösa detta problem har EG-domstolen använt sig av begreppet immateriella rättigheters grundinnehåll och menar att utnyttjandet av immateriella rättigheter inom dess grundinnehåll är ett sätt för innehavaren att bevara rättighetens värde. EG-domstolen har ansett att sådant utnyttjande inte skall påverkas av Romfördragets regler om fria varurörelser eller dess konkurrensregler.³⁸ Detta har kritiserats eftersom de immateriella rättigheternas omfång redan har preciserat genom nationell lagstiftning och genom internationella avtal.³⁹ Efter målet *Magill*⁴⁰ har det dock hävdats att begreppet kanske har spelat ut sin roll.⁴¹ Denna ståndpunkt får anses förstärkt efter EG-domstolens förhandsavgörande i målet *IMS Health*⁴². Anledningen till detta är domstolens motivering i båda fallen, vilket

³⁴ Se till exempel Faull & Nikpay, 1999, sid 581ff och Tritton, Guy, *Intellectual Property in Europe*, 2002, s 466 f.

³⁵ Korah, Valentin, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 2000, s. 34f.

³⁶ Govaere, I, *The use and abuse of intellectual property rights in the E.C.*, 1996, s. 312f.

³⁷ Faull & Nikpay, 1999, s. 581.

³⁸ Faull & Nikpay, 1999, s.581.

³⁹ Miller, Clifford G., *Magill: Time to abandon the "specific subject-matter" concept*, EIPR 1994, nr. 10 s. 415-421, s. 416.

⁴⁰ Förenade målen 241 & 242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommissionen*, [1995] ECR 743.

⁴¹ Vinje, Thomas C., *The final word on Magill: The judgment of the ECJ*, EIPR 1995, nr. 6 s.297-303, s. 6.

⁴² Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, Domstolens dom den 29 april 2004, (ej införd i ECR).

närmare kommer att redovisas längre fram i uppsatsen.⁴³ I båda fallen ansågs innehavarna av immateriella rättigheter ha missbrukat sina dominerande ställningar genom att vägra att bevilja licens, något som andra fall har ansetts varit del immaterialrättigheternas grundinnehåll. Domstolen gjorde heller aldrig några uttryckliga hänvisningar till doktrinen om existens och utnyttjande eller till begreppet immateriella rättigheters grundinnehåll.

2.4 Konsumtion av immateriella rättigheter

Immateriella rättigheters existens skyddas, som ovan redovisats, av artikel 30 EG. Eftersom flertalet immateriella rättigheter ger innehavaren en exklusiv rätt till skydd på den nationella marknaden kan problem uppstå i relation till fördragets regler om fria varurörelser. Denna exklusiva nationella rätt skyddar rättighetsinnehavaren från import av skyddade produkter från andra medlemsstater. Ett sådant förbud mot import går emot själva grundidén med fördraget, nämligen integration av medlemsstaterna enskilda marknader till en gemensam marknad.⁴⁴

Detta problem har framkallat principen om konsumtion av immateriella rättigheter. Den innebär att en innehavare av en immateriell rättighet i en medlemsstat inte kan motsätta sig importen av produkter, som skyddas av nämnda rättighet, till den medlemsstaten från en annan medlemsstat om produkten tidigare satts på den gemensamma marknaden av rättighetsinnehavaren eller med dennes samtycke.

2.4.1 Centrafarm mot Sterling Drug

Principen om konsumtion av immateriella rättigheter formulerades i målet *Centrafarm mot Sterling Drug*⁴⁵. Målet handlade om parallellimport av läkemedel från Storbritannien till Nederländerna. Företaget Sterling Drug var innehavare av både patent- och varumärkesrättigheter för läkemedlet ”Negram” i båda länderna. Läkemedlet såldes för halva priset i Storbritannien jämfört med Nederländerna. Företaget Centrafarm förvärvade ”Negram” i Storbritannien och sålde det sedan i Nederländerna. Sterling Drug hävdade att denna försäljning var ett brott mot företagets nationella patent- och varumärkesrättigheter. EG-domstolen uttalade att grundinnehållet i Sterling Drugs immateriella rättighet var att erhålla ekonomisk kompensation genom att företaget hade den exklusiva rätten att först marknadsföra produkten på marknaden. Eftersom företaget redan hade marknadsfört produkten på den brittiska marknaden hade denna exklusiva rätt konsumerats.

⁴³ Se kapitel 3.6.2-3.6.3.

⁴⁴ Faull & Nikpay, 1999, s. 584-589.

⁴⁵ Mål 15/74, *Centrafarm*, paragraf 11.

2.4.2 Merck mot Stephar

Även målet *Merck mot Stephar*⁴⁶ handlar om parallellimport av läkemedel. Företaget Merck tillverkade läkemedlet ”Moduretic”, för vilket företaget även innehade patent i ett flertal medlemsländer bland annat Nederländerna. Dock tillät inte italiensk lagstiftning att läkemedel patenterades men Merck saluförde trots detta ”Moduretic” på den italienska marknaden. Företaget Stephar upphandlade läkemedlet på den italienska marknaden och importerade det till Nederländerna. EG-domstolen ansåg att Merck hade konsumerat sin immateriella rättighet genom sin försäljning på den italienska marknaden trots att patent inte kunde erhållas i Italien. Detta medförde att Merck inte kunde göra gällande sin immateriella rättighet för att hindra import till Nederländerna av läkemedel som hade producerats och sålts i Italien.

2.4.3 Samtycke och tvångslicensiering

För att den immateriella rättigheten skall konsumeras när produkter, som skyddas av rättigheten, sätts på marknaden krävs det att produkterna har satts på marknaden av antingen innehavaren av rättigheten eller med dennes samtycke. Sker detta utan rättighetsinnehavarens samtycke har den immateriella rättigheten ej konsumerats och innehavaren kan motsätta sig detta. Principen har konfirmerats i minst två mål av EG-domstolen.⁴⁷ I målet *Pharmon mot Hoechst*⁴⁸ uttalade EG-domstolen att när en myndighet i en medlemsstat utfärdar en tvångslicens till en tredje part kan innehavaren av den immateriella rättigheten inte anses ha samtyckt till detta. Innehavaren har då hindrats i sin rätt att fritt marknadsföra sin produkt och konsumtion av den immateriella rättigheten kan sålunda inte ha ansetts skett. Det gör ingen skillnad om tvångslicensen har kombinerats med exportförbud, om den fastställer att rättighetsinnehavaren skall erhålla licensavgift, eller om denna har accepterat eller vägrat ta emot licensavgiften. Det avgörande är att rättighetsinnehavaren har beskurits i sina handlingsalternativ och därför kan den immateriella rättigheten ej anses konsumerad.

2.5 Nödvändiga faciliteter

Kommissionen har definierat nödvändig faciliteter⁴⁹ som en facilitet eller infrastruktur vilken är nödvändig för att konkurrenter skall kunna förmedla

⁴⁶ Mål 187/80, *Merck & Co. Inc. mot Stephar BV och Petrus Stephanus Exler*, [1981] ECR 2063.

⁴⁷ Mål 119/75, *Terrapin (Overseas) Ltd. mot Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, [1976], ECR 1039; Mål 144/81; Mål 341/87, *EMI Electrola GmbH mot Patricia Im- und Export m.fl.*, [1989] ECR 79.

⁴⁸ Mål 19/84, *Pharmon BV mot Hoechst AG*, [1985] ECR 2281.

⁴⁹ ”Essential facilities”.

service till sina kunder.⁵⁰ Att vägra tillträde till en sådan facilitet utgör missbruk av dominerande ställning, om vägran snedvrider konkurrensen och beteendet inte baserats på objektiva godtagbara grunder.

Nödvändig facilitet karaktäriseras av att den är erforderlig för att få tillgång till en särskild marknad och att den existerar på grund av tekniska, fysiska, legala eller ekonomiska hinder. Dessa hinder kan uppkomma från, till exempel, utnyttjandet av en immateriell rättighet, exklusiva licenser, oövervinnerliga investeringskostnader eller naturliga aspekter som till exempel en hamns placering.⁵¹

⁵⁰ 94/19/EC, Commission Decision of 21 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink - Interim measures), OJ nr L 015 s. 0008 - 0019, paragraph 66.

⁵¹ Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 3^{ed}, 1998, s. 346-350.

3 Artikel 82 EG

Artikel 82 EG är tillsammans med artikel 81 EG de två viktigaste artiklarna i EG:s konkurrensrätt. Dessa artiklar syftar till att uppfylla ett av huvudmålen med EG-fördraget: upprättandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids.⁵² Artikel 82 EG förbjuder missbruk av dominerande ställning av ett eller flera företag inom åtminstone en betydande del av den gemensamma marknaden och när detta beteende påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Artikel 82 EG stadgar att:

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

- Sådant missbruk kan särskilt bestå i att,
- a direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
 - b begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
 - c tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
 - d ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.⁵³

Listan, i andra stycket, syftar till att ge exempel på beteenden som kan utgöra missbruk av dominerande ställning och som det antyds av formuleringen utgör denna uppräkningsingen uttömmande beskrivning av vad som utgör sådant beteende.

Artiklens första stycke innehåller fem stycken huvudrekvisit, som är nödvändiga för att artikeln skall tillämpas:

Dominerande ställning
Missbruk
Effekt på handeln mellan medlemsstater
En väsentlig del av den gemensamma marknaden
Av en eller flera företag

I det följande kommer de två första rekvisiten behandlas eftersom dessa får anses viktigast och de som särskilt blir aktuella i samband med immateriella rättigheter. De övriga tre kommer inte att behandlas eftersom dessa endast i liten eller till ingen del berör immateriella rättigheter.

⁵² Artikel 3 (g) EG.

⁵³ EG-fördraget artikel 82.

3.1 Dominerande ställning

När ett företag skall anses dominerande definierades genom målet *United Brands*⁵⁴. Ett företag anses dominerande när det har den ekonomiska styrkan att förhindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att det har makten att i avsevärd utsträckning uppföra sig oberoende av sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenter. Detta skall poängteras att ett företag inte behöver inneha monopolställning för att företaget skall anses dominant.⁵⁵ Samtidigt utesluter inte monopol att ett företag anses dominant på den aktuella marknaden.⁵⁶ För att utreda om ett företag innehar en dominerande ställning måste den relevanta marknaden bestämmas, såväl avseende produktmarknaden och den geografiska marknaden.

3.1.1 Definitionen av den relevanta produktmarknaden

För att avgöra den relevanta produktmarknaden är det viktigt att bestämma utbythbarheten hos den aktuella produkten. Produkter som kan bytas ut mot varandra och ändå svara mot kundernas behov anses tillhöra samma marknad. För att en produkt skall anses utbyttbar med annan produkt måste produkterna vara tillräckligt lika avseende deras kvalitet, pris och användningsområde. Att avgöra om produkter är utbytbara är relativt komplicerat eftersom produkter som är fysiskt olika kan anses utbytbara avseende deras användningsområde. En och samma produkt kan även klassificeras i olika produktmarknader om den används av olika klientskargar. Exempel på detta är målet *Michelin*⁵⁷ då EG-domstolen ansåg att däck för tung trafik och däck för bilar tillhörde olika produktmarknader. Produkter kan även vara integrerade i slutprodukter eller förpackade med andra produkter men trots detta anses utgöra separata relevanta produktmarknader.

Produkter som på grund av sin karaktär tillgodoser ett visst behov och endast till viss del kan bytas ut mot andra produkter utgör en separat produktmarknad. Exempel på en sådan produkt är bananer, som i målet *United Brands*⁵⁸ ansågs utgöra en separat produktmarknad skild från andra frukter. Tillgången av bananer var inte beroende av säsongen utan dessa fanns tillgängliga under hela året med jämn kvalitet och tillgodosåg ett brett

⁵⁴ Mål 27/76, *United Brands*, [1978] ECR 287.

⁵⁵ Mål 85/76, *Hoffman La Roche mot Kommissionen*, [1979] ECR 461.

⁵⁶ Förenade målen 6 & 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents mot Kommissionen*, [1974] ECR 223; Mål 22/78, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd mot Kommissionen*, [1979] ECR 1869; Förenade målen 241 & 242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska kommissionen, Förslag till avgörande av generaladvokat Gulmann*, [1995] ECR 743.

⁵⁷ Mål 322/81, *NV Nederlansche Banden-Industrie Michelin mot Kommissionen*, [1983] ECR 3461.

⁵⁸ Mål 27/76, *United Brands*.

spektrum av konsumenter (särskilt sjuka, gamla och barn), vilket andra frukter inte kunde.

För att definiera produktmarknader kan det så kallade korspriselasticitetstestet användas. Testet fokuserar på reaktionerna hos konsumenterna om en prisförändring sker på en av de produkterna som jämförs. Om en mindre prisökning, mellan 5 och 10 %, av den ena produkten medför en ökad försäljning av de andra produkterna betyder detta troligtvis att produkterna konkurrerar med varandra på samma produktmarknad. Testet användes av EG-domstolen i målet *Continental Can*⁵⁹.

De immateriella rättigheterna har liten betydelse för bestämning av den relevanta produktmarknaden eftersom denna fokuseras på produkterna i fråga. Som ovan beskrivits koncentreras analysen på produkternas utbytbart och inte på de rättigheter som skyddar dem även om dessa kan få betydelse.⁶⁰

Hur en produktmarknad definieras skiljer sig från ärende till ärende. Det kan därför vara svårt att på förhand avgöra hur EG-domstolen kommer att definiera produktmarknaden i det aktuella målet. Till hjälp för att på förhand avgöra hur produktmarknaden skall definieras är kommissionens tillkännagivande från 1997 om definitionen av den relevanta marknaden⁶¹.

3.1.2 Fastställandet av den relevanta produktmarknaden

Bestämmandet av den relevanta produktmarknaden är inte särskilt svårt när den aktuella produkten är enkel, som till exempel bananer i målet *United Brands*⁶². EG-domstolen kunde i målet istället gå vidare till att analysera utbytbart hos den aktuella produkten eftersom produktfrågan inte utgjorde någon rättslig svårighet. Problemet kan dock uppstå när produkten i fråga består av flera olika råmaterial eller flera olika beståndsdelar. Det blir då upp till kommissionen och EG-domstolen att bestämma om dessa enskilt kan anses utgöra egna produkter eller skall anses vara komponenter av en assimilerad produkt. Utgör komponenterna egna produkter skall utbytbart hos dessa analyseras på deras relevanta produktmarknad skild från den relevanta produktmarknaden för slutprodukten.

3.1.2.1 Hilti

Att bestämma vad som utgör enskilda produkter har visat sig viktigt bland annat i målet *Hilti*⁶³. Företaget Hilti tillverkade och tillverkar spikpistoler,

⁵⁹ Mål 6/72, *Europemballage Corporation an Continental Can Co. Inc. mot Kommissionen*, [1973] ECR 215.

⁶⁰ Tritton, 2002, s. 818.

⁶¹ *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning*, OJ nr C 372, 09/12/1997 s. 0005- 0013.

⁶² Mål 27/76, *United Brands*.

⁶³ Mål 53/92, *Hilti AG mot Kommissionen*, [1994] ECR 667.

spikmagasin och spikar som är delar av ett system för bindning som används inom byggindustrin (PAF⁶⁴). Företaget stämde av två andra tillverkare av spikar, som var kompatibla med Hiltis spikpistoler och spikmagasin, för att de sålde sina spikmagasin till sina kunder med förbehållet att dessa samtidigt förpliktade sig att köpa Hiltis spikar vilket medförde att konkurrenterna drevs från marknaden. Hilti medgav att detta beteende var att anses som missbruk i enlighet med artikel 82 EG men hävdade att de inte innehade dominerande ställning på marknaden för PAF eftersom spikpistolerna, spikmagasinen och spikarna ingick i ett system från vilken ingen produkt kunde urskiljas och att det fanns konkurrenter som tillverkade system som var utbytbara mot Hiltis system.

Kommissionen ansåg dock att Hiltis spikpistoler, spikmagasin och spikar utgjorde tre separata produkter som alla var hänförliga till sina egna produktmarknader. Detta gjorde det möjligt för kommissionen att hävda att Hilti innehade dominerande ställning på marknaden för Hilti kompatibla spikmagasin. Det förhållandet att Hilti hade erhållit immateriella rättigheter till sina spikmagasin och hade en stark ekonomisk position på spikpistolmarknaden var också faktorer som indikerade att Hilti innehade dominerande ställning. Vidare menade kommissionen att Hiltis kopplingsförbehåll mellan deras patenterade spikmagasin och deras oskyddade spikar var ett sätt att utöka patents omfång. Kommissionen ansåg att Hiltis försäljning av patenterade spikmagasin med kopplingsförbehåll om köp av oskyddade spikar utgjorde missbruk av dominerande ställning på marknaden för spikmagasin.⁶⁵

Förstainstansrätten instämde i kommissionens smala definition av den relevanta produktmarknaden och ansåg att Hiltis ståndpunkt att produkterna ingick i ett system var detsamma som att tillåta producenter av spikpistoler att utesluta förbrukningsprodukter producerade av någon annan från att användas i deras spikpistoler. Förstainstansrätten konstaterade att det är fritt att producera förbrukningsprodukter för andras redskap så länge det inte inkräktar på någon immateriell rättighet och menade att Hilti genom kopplingsförbehåll vill utsträcka sina immateriella rättigheter avseende magasinen till att även omfatta spikarna.⁶⁶ Målet överklagades men EG-domstolen tog aldrig ställning till definitionen av den relevanta produktmarknaden.

3.1.2.2 Tetra Pak II

Även i målet *Tetra Pak II*⁶⁷ definierade kommissionen den relevanta produktmarknaden smalt. Fyra olika produkter ansågs utgöra fyra separata produktmarknader. De olika produkterna var aseptiska kartongmaskiner, aseptiska kartonger, icke-aseptiska kartongmaskiner och icke-aseptiska

⁶⁴ Power activated fastening (PAF).

⁶⁵ Beslut 88/138/EEC, *Eurofix-Bauco mot Hilti*, OJ L 65 s. 19-44; se kapitel 3.7.

⁶⁶ Mål T-30/89, *Hilti AG mot Kommissionen*, [1991] ECR 1439, paragraf 68.

⁶⁷ Mål 333/94, *Tetra Pak International SA mot Kommissionen (Tetra Pak II)*, [1996] ECR 5951.

kartonger. Tetra Pak hävdade att maskinerna och kartongerna var integrerade komponenter i ett förpackningssystem och att produkterna hade ett naturligt och kommersiellt samband vilket gjorde att den relevanta produktmarknaden istället skulle definieras som förpackningssystem.

Både Förstainstansrätten och EG-domstolen ansåg att Tetra Pak argument inte var hållbara då oberoende företag under längre tid hade producerat kartonger för att användas i Tetra Paks maskiner, utan att själva ha producerat maskinerna.⁶⁸ Förstainstansrätten och EG-domstolen använde sig vidare av samma motivering som i målet *Hilti* och konstaterade att konkurrenter fritt får producera förbrukningsprodukter för användning i andra företags produkter, om dessa inte göra intrång på någon av företagets immateriella rättigheter.⁶⁹

3.1.2.3 Identifiering av den relevanta produktmarknaden genom efterfrågan

Kommissionens smala definition av den relevanta produktmarknaden kan spåras tillbaka till målet *Hugin*⁷⁰. Målet handlade om reservdelar till kassapparater som Hugin slutade leverera till en distributör sedan denna inte längre var en del av företagets distributionsnätverk. EG-domstolen separerade marknaden för nya reservdelar till kassapparater, som behövdes för underhåll och reparationer av Hugin kassapparater, från marknaden för kassapparater. Definitionen baserades på att det fanns en efterfrågan för reservdelar till Hugin kassapparater från företag som hade specialiserat sig på underhåll och reparationer av dessa. Eftersom det existerade en efterfrågan på nya reservdelar kunde detta även anses utgöra en separat relevant produktmarknad. Vidare konstaterade EG-domstolen att nya Hugin reservdelar inte var utbytbara med gamla eller med reservdelar från någon annan kassapparats tillverkare och därför utgjorde nya Hugin reservdelar en separat produktmarknad. Detta innebar självklart att Hugin ansågs inneha en dominerande ställning på marknaden för nya Hugin reservdelar.

3.1.2.4 De facto monopol

Vid en smal av definition av den relevanta produktmarknaden kan konsekvensen vid ett flertal tillfällen bli att företaget anses inneha en dominerande ställning, som ovan redovisats. En smal definition av den relevanta produktmarknaden kan också leda till att det aktuella företaget anses inneha ett de facto monopol. Denna situation kan även uppstå när ett företag innehar immateriella rättigheter vilka är nödvändiga för marknadstillträde. EG-domstolen har i flera mål identifierat företags de

⁶⁸ Mål 333/94, paragraf 36; Mål T-83/91, *Tetra Pak International SA mot Kommissionen (Tetra Pak II)*, [1994] ECR II 755, paragraf 82.

⁶⁹ Mål 333/94, paragraf 36; Mål T-83/91, paragraf 83.

⁷⁰ Mål 22/78, *Hugin*.

facto monopol på den relevanta marknaden och konstaterat att företagen innehar en dominerande ställning.⁷¹

3.1.2.5 Reservdelsmarknaden

I målen *Volvo mot Veng*⁷² och *Maxicar*⁷³ tog EG-domstolen ställning till huruvida en marknad för reservdelar kunde urskiljas från marknaden för nya bilar. Biltillverkarna hävdade att reservdelarna inte kunde skiljas från marknaden för nya bilar eftersom dessa var en del i produktpaket som kunder erbjöds. Dessa argument härstammar från biltillverkarnas vilja att behålla eftermarknaden för underhåll, då ökande konkurrens har tvingat dem att sänka sina priser på nya bilar.⁷⁴ EG-domstolen menade att eftersom det fanns en efterfrågan på reservdelar från konsumenter så utgjorde detta också en separat produktmarknad.

Som EG-domstolen en mängd gånger har poängterat är inte innehavet av en immateriell rättighet att likställas med att företaget innehar en dominerande ställning. Vid fastställandet av om ett företag besitter dominerande ställning kommer EG-domstolen att ta ställning till om det finns liknande produkter och om dessa är utbytbara mot den immaterialrättsligt skyddade produkten. När det gäller reservdelar innebär detta ett särskilt problem. Eftersom reservdelar är unika till sin form och endast kan bytas ut mot produkter med samma form samtidigt som synliga reservdelar skyddas av den immateriella rättigheten mönsterrätt. Därför kan det inte finnas några utbytbara synliga reservdelar som inte gör intrång i rättighetsinnehavarens mönsterrätt. Resultatet av detta blir att innehavaren av mönsterrätten kommer att besitta dominerande ställning på den relevanta produktmarknaden eftersom inga utbytbara produkter finns på grund av mönsterrätten.

Följaktligen är det inte konstigt att biltillverkarna argumenterade för en vidare definition av den relevanta produktmarknaden. Kommissionen och EG-domstolen har intagit en mer konsumentvänlig inställning och definierat reservdelar till bilar som en separat relevant produktmarknad. I och med denna definiering av den relevanta produktmarknaden elimineras utbytbara produkter. Den relevanta marknaden blir därmed en isolerad produktmarknad som endast består av reservdelar med rätt passform. De immateriella rättigheterna kommer dessutom att eliminera konkurrensen eftersom dessa hindrar konkurrenters marknadstillträde genom den exklusivitet att tillverka produkten som dessa ger. Detta innebär att innehavaren av den immateriella rättigheten kommer att inneha ett de facto monopol eftersom ägaren kan exkludera konkurrenter genom sin

⁷¹ Se till exempel Mål 241 & 242/91, *Magill*; Mål 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - telemarketing (CBEM) mot SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) och SA Information publicité Benelux (IPB)*, [1985] ECR 3261.

⁷² Mål 238/87, *Volvo mot Veng*.

⁷³ Mål 53/87, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli och Maxicar mot den nationella ledningen för Renault-fabrikerna*, [1988] ECR 6039.

⁷⁴ Anderman, 1998, s. 158.

immateriella rättighet och bristen på utbytbara produkter.⁷⁵ Detta skulle kunna innebära att enbart existensen av den immateriella rättigheten blir att likställa med dominerande ställning eftersom inga produkter kan saluföras på den aktuella produktmarknaden utan att dessa gör intrång i den ursprungliga tillverkarens immateriella rättighet.

3.1.3 Den geografiska marknaden

I *United Brands* fastslog EG-domstolen att en geografisk marknad är ett område där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga för att det skall vara möjligt att bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka.⁷⁶ I kommissionens tillkännagivande⁷⁷ redogörs för de faktorer som kommissionen anser relevanta vid fastställandet av den geografiska marknaden. Exempel på faktorer som är avgörande är konsumenternas och konkurrenternas nuvarande geografiska mönster för inköp, transportmöjligheter och kostnader, preferenser för inhemska märken, språk, kultur och levnadssätt. Kommissionen definierar den geografiska marknaden som det område där de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna och där konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade. Avseende immateriella rättigheter kommer den geografiska marknaden oftast att bestämmas till det land som har utfärdat rättigheten.⁷⁸ Fastställandet av den geografiska marknaden i fall då immateriella rättigheter har varit inblandade har inte orsakat några större problem för kommissionen eller EG-domstolen vilket troligtvis beror på att de immateriella rättigheterna är utfärdade i respektive medlemsstat och endast har nationell effekt.

3.2 Dominerande ställning på den relevanta marknaden

När den relevanta marknaden har identifierats undersöks om företaget innehar dominerande ställning på den relevanta marknaden. Analysen av företags ställning på den relevanta marknaden är omfattande och dominans på marknaden kan bero på en mängd olika faktorer. EG-domstolen har sedan länge undantagit immateriella rättigheter från att vara en omständighet som leder till dominans. Redan i målet *Deutsche Grammophon*⁷⁹ slog EG-domstolen fast att den exklusiva rätten att förmedla en produkt som är skyddad av immateriella rättigheter inte är att likställa

⁷⁵ Mål 238/87, Förslag till avgörande av generaladvokat Mischo, *AB Volvo mot Erik Veng (UK) Ltd*, [1988] ECR 6211; Mål 53/87, Förslag till avgörande av generaladvokat Mischo, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli och Maxicar mot den nationella ledningen för Renault-fabrikerna*, [1988] ECR 6039.

⁷⁶ Mål 27/76, *United Brands*, paragraf 36-57.

⁷⁷ *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning*, OJ nr C 372, 09/12/1997 s. 0005- 0013.

⁷⁸ Mål 241 & 242/91, *Magill*.

⁷⁹ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon*.

med dominerande ställning. Det är viktigt att komma ihåg att de immateriella rättigheterna inte ger upphov till någon "positiv rätt" att använda sin rättighet utan endast en "negativ" rätt att hindra andra från att utnyttja den skyddade produkten. Utnyttjandet av den immateriella rättigheten är beroende av dess kommersiella värde och konkurrens på marknaden för den skyddade produkten. Det är utnyttjandet av rättigheten som kan innebära att företaget kan anses inneha dominerande ställning och inte själva rättigheten. Det är därför immateriella rättigheter ändå indirekt kan innebära dominans.

3.2.1 Marknadsandel

Av stor vikt vid avgörandet om ett företag innehar dominerande ställning är dess marknadsandel. Hur stor marknadsandel som krävs för att ett företag skall anses inneha dominerande ställning har prövats i ett antal rättsfall av EG-domstolen. En klar dominant position innehar ett företag om dess marknadsandel överstiger 60-70 %.⁸⁰ Om marknadsandelen understiger 60 % kan det inte konstateras, endast grundat på marknadsandelen, att dominans föreligger. I målet *United Brands*⁸¹ konstaterade EG-domstolen att en marknadsandel på 40 % inte innebar att dominerande ställning förelåg endast baserat på marknadsandelen. Dock ansågs företaget dominerande i kombination med andra omständigheter. Sådana faktorer kan till exempel vara konkurrenternas marknadsandelar. Immateriella rättigheter kan också bidra till att ett företag anses dominerande genom att den relevanta marknaden definieras smalt på grund av den rättighet som företaget innehar. Även relativt stora marknadsandelar behöver inte innebära att företaget innehar dominerande ställning. I kommissionens beslut *Rhone/SNIA*⁸², angående ett föreslaget joint venture företag, ansågs en marknadsandel på 53 % inte hämmande på konkurrens då konkurrenten var ett multinationellt företag med resurser att konkurrera och en marknadsandel på 20 %. Den lägre gränsen för företagets marknadsandel när dominans på marknaden kan anses förekomma är enligt kommissionen 5-10 %.

3.2.2 Hinder för marknadstillträde

Om ett företag har en ansevärd marknadsandel men denna inte är tillräckligt stor för att presumtion för dominerande ställning skall anses föreligga undersöks om några hinder för marknadstillträde finns som kan indikera dominerande position. Har ett företag endast en liten marknadsandel är det osannolikt att ett företag anses inneha en dominerande ställning även om det finns stora hinder för marknadstillträde för potentiella konkurrenter. Prövningen av om hinder finns för marknadstillträde är sekundär till

⁸⁰ Mål 85/76, *Hoffman La Roche*; Mål 322/81, *Michelin*.

⁸¹ Mål 27/76, *United Brands*.

⁸² COMMISSION DECISION of 10.08.92 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.206 - RHONE-POULENC / SNIA) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89, EGT nr C 212, 18/08/1992.

fastställandet av marknadsandelar.⁸³ Granskningen av hinder för marknadstillträde är dock viktig när marknadsandelen varken är ringa eller avsevärd.

3.2.2.1 Finansiella hinder

Ekonomiska hinder för marknadstillträde kan föreligga om potentiella konkurrenter måste investera stora summor för att kunna producera en konkurrerande produkt. Det gäller särskilt produkter som kräver att de produceras i stora kvantiteter för att nå profit. I en sådan situation kommer troligtvis potentiella konkurrenter under en inledningsperiod att vara tvungna att producera produkter med förlust för att få tillgång till marknaden. Den dominerande aktören på marknaden har i och för sig vid sin uppstart på marknaden haft liknande kostnader men har haft fördelen att vara först på marknaden då den har varit utvecklad och oexploaterad. När marknaden väl har blivit utnyttjad under en tid kommer det att existera hinder för marknadstillträde eftersom lönsamhet troligtvis endast kan uppnås efter att en betydande marknadsandel erhållits.⁸⁴ EG-domstolen konstaterade i målet *Tetra Pak I*⁸⁵ att företagets investeringar i forskning var en faktor när dominans skulle fastställas.

3.2.2.2 Teknologiska resurser

Ett företags teknologiska övertag, säkerligen resultatet av ekonomiska investeringar i forskning, i framställningen av produkter kan även utgöra ett hinder för marknadstillträde. Potentiella konkurrenter måste därför investera i forskning för att hämta in det teknologiska försprånget. Detta leder till att de potentiella konkurrenterna inte kommer att kunna producera konkurrenskraftiga produkter förrän forskningen har närmat sig det aktuella företagets försprång, alltså kommer potentiella konkurrenter att vara tvungna att genomgå en period av olönsamhet. Det etablerade företaget har i och för sig säkerligen också genomgått en sådan fas men för potentiella konkurrenter uppkommer samma problem som redovisats i förgående stycke.⁸⁶ EG-domstolen har i ett flera mål ansett att teknologiska resurser stärker företagets dominerande ställning.⁸⁷ I målet *Hoffman La Roche*⁸⁸ ansåg EG-domstolen att företaget hade ett teknologiskt försprång trots att patenten för de aktuella produkterna hade förfallit. Företaget argumenterade att dominans inte kunde fastslås eftersom patenten hade löpt ut. EG-domstolen och kommissionen ansåg dock att patenten hade givit företaget ett know-how försprång gentemot konkurrenterna och att rätten till ett legalt monopol inte var nödvändigt för att definiera att ett företag har ett teknologiskt försprång. Ett försprång i teknik gentemot konkurrenter är självklart betydelsefullt för företag. Därför skall det påpekas att dominans

⁸³ Faull & Nikpay, 1999, s. 128ff.

⁸⁴ Faull & Nikpay, 1999, s. 128 ff.

⁸⁵ Mål T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA mot Kommissionen*, [1990] ECR II 309

⁸⁶ Faull & Nikpay, 1999, s. 129-131.

⁸⁷ Mål 53/92, *Hilti*; Mål 322/81, *Michelin*.

⁸⁸ Mål 85/76, *Hoffman La Roche*.

inte är förbjudet enligt artikel 82 utan endast att dominans innebär ett speciellt ansvar för företaget när det skall agera på marknaden.

3.2.2.3 Maknadsintegration

Ett etablerat företags nätverk av distributionskontakter ger det möjlighet att nå sina kunder. Att upprätta ett sådant nätverk kan vara kostsamt och förenat med problem. Det etablerade företaget har kanske redan exklusiva affärsförbindelser med lämpliga distributionskanaler vilket kan utgöra hinder för marknadstillträde för potentiella konkurrenter.

Företagens vertikala integration har visat sig viktig i avgörandet om dominans föreligger genom domstolens praxis. I målet *Commercial Solvents*⁸⁹ var företaget Zoja helt beroende av ett särskilt råmaterial för tillverkning av en viss produkt. Företaget Commercial Solvents kontrollerade både råmaterialet och marknaden via företaget ICI som framställde det särskilda råmaterialet till alla stora tillverkare av den aktuella produkten. Commercial Solvents ansågs besitta dominerande ställning genom sin kontroll av ICI.

Även i målet *United Brands*⁹⁰ ansåg EG-domstolen att en hög nivå av vertikal integration var belägg för dominerande ställning. Företaget United Brands kontrollerade genom vertikal integration alla led i bananmarknaden, från deras plantager till den individuella konsumenten. United Brands hade under sin kontroll allt från bananbåtar, lossningshamnar, lastningen på lastbilar eller järnvägsvagnar till mognadsprocessen genom ett nätverk av distributörer och grossister. Plantagerna var även lokaliserade på olika kontinenter vilket medförde att företaget inte drabbades av naturkatastrofer i samma utsträckning som sina konkurrenter. Detta sammantaget ansåg EG-domstolen utgöra dominerande ställning.

3.2.2.4 Monopolställning genom lagstiftning

Ett företags monopolställning som har uppkommit genom lagstiftning utgör självklart ett hinder för marknadstillträde. Om det legala monopoliet avser det samma som den relevanta produktmarknaden kommer företaget som innehar rättigheten till monopoliet också att inneha en dominerande ställning på marknaden. Innehavet av ett legalt monopol som endast avser en särskild produkt har dock inte samma relevans avseende fastställandet av dominans, då konkurrenter har möjlighet att framställa produkter vilka är utbytbara samtidigt som de inte bryter mot det legala monopoliet. Detta är särskilt viktigt avseende immateriella rättigheter.⁹¹

Den exklusiva rätten som immateriella rättigheter innebär har av EG-domstolen ansetts som en faktor som förstärker ett företags dominerande

⁸⁹ Förenade målen 6 & 7/73, *Commercial Solvents*.

⁹⁰ Mål 27/76, *United Brands*.

⁹¹ Faull & Nikpay, 1999, s. 128-129, Geroski, Paul A, *Barriers to Entry and intensity of competition in European markets*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1989, s. 3-18.

ställning.⁹² Innehavaren av immateriella rättigheter konstateras ofta vara dominerande när den relevanta produktmarknaden definieras på sådant vis att den endast avser en produkt. Eftersom den immateriella rättighetens existens utesluter all konkurrens blir företaget som äger rättigheten dominerande. I målet *Hugin* ansågs den immateriella rättigheten utgöra ett hinder för marknadstillträde och en faktor som styrkte att företaget innehade dominerande ställning. Definitionen av den relevanta produktmarknaden i målet var mycket smal. En smal definition av den relevanta produktmarknaden i kombination med immateriella rättigheter har i målen *Volvo mot Veng* och *Maxicar* också lett till att företagen har ansetts dominerande.

3.2.3 Uppförande och prestation på marknaden

Visst beteende på marknaden kan vara tecken på dominans. Om ett företag till exempel gör överdrivna vinster på sina produkter kan detta vara ett en indikation på dominans. Trots detta utesluter ett företags förlust inte dominans på marknaden. I målet *United Brands*⁹³ uttalade EG-domstolen att även om ett företag har en låg vinstmarginal eller tillfälliga förluster är detta inte oförenligt med dominerade ställning. Likaså kan ett företags höga vinster vara kompatibla med en situation där det råder effektiv konkurrens. Viktigare för att fastslå dominans är konsumenternas förhållande till det aktuella företaget. På bananmarknaden fortsatte kunderna att köpa United Brands bananer trots att de höll de högsta priserna vilket är utmärkande för dominerande ställning på marknaden. Konsumenterna var villiga att betala ett pris som var 30-40 procent högre för bananer med United Brands varumärke ”*Chiquita*” än för bananer utan varumärke. Varumärket var enligt konsumenterna ett tecken på hög kvalitet. Detta beteende var enligt domstolen en faktor som indikerade dominans.

3.2.4 Kommentarer till dominerande ställning och immateriella rättigheter

EG-domstolen har vid ett flertal tillfälle, som ovan redovisats, uttalat att innehavet av immateriella rättigheter inte i sig medför att dominerande ställning kan fastställas. Det kan dock sägas att immateriella rättigheter på ett antal sätt kan få till följd att innehavaren anses vara i besittning av en dominerande ställning. Särskilt om definitionen av den relevanta produktmarknaden blir sådan att den sammanfaller med den produkt som den immateriella rättigheten skyddar. När detta sker blir innehavaren som en naturlig följd också innehavare av ett de facto monopol och därmed alltså dominerande. Huruvida den relevanta produktmarknaden definieras för smalt av EG:s institutioner är svårt att svara på. Det kan sägas att definitionen ofta är relaterad till den aktuella marknadsstrukturen och

⁹² Mål 53/92, *Hilti*.

⁹³ Mål 27/76, *United Brands*.

därigenom kan den ofta rättfärdigas. Genom detta arbete har det inte påträffats några fall där definitionen kan anses oriktig.

3.3 Missbruk av dominerande ställning

3.3.1 Allmänt om missbruk av dominerande ställning

Innehavet av en dominerande ställning på den relevanta marknaden är i sig inte förbjudet utan endast missbruket av denna ställning enligt artikel 82 EG. EG-domstolen har i målet *Continental Can*⁹⁴ försökt definiera vad begreppet missbruk avser. Missbruk är när ett företag i dominerande ställning stärker sin dominerande position så att den uppnådda kontrollen av marknaden väsentligen hämmar konkurrens. EG-domstolen gick vidare i målet *Hoffman La Roche* och förfinade det ovan nämnda. EG-domstolen framförde att:

Missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågasatt företags existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.⁹⁵

Företagen *Continental Can* och *Hoffman La Roche*s beteende, vilket utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82, var inte extraordinärt från det handlande som företag normalt utövar i affärer. Det avgörande för att förfaringsättet utgjorde missbruk var att företagen innehade dominans på marknaden. Artikel 82 EG innebär därför ett särskilt ansvar för dominerande företag att agera aktsamt och inte genom sitt beteende skada den effektiva konkurrensen eller snedvrider konkurrensen på den relevanta marknaden.⁹⁶

Huruvida missbruk av dominerande ställning snedvrider konkurrensen är svårt att bestämma och måste göras utifrån de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. Nedan beskrivs förfaranden som har ansetts utgöra missbruk enligt artikel 82 EG.

3.3.2 Missbruk av dominerande ställning och immateriella rättigheter

Mellan artikel 82 och de nationella immateriella rättigheterna kan det vid en mängd situationer uppstå konflikter. Detta hänför sig närmast till det faktum att immateriella rättigheter ger innehavaren ett rättsligt monopol och därmed

⁹⁴ Mål 6/72, *Continental Can*, paragraf 12, 2 st.

⁹⁵ Mål 85/76, *Hoffman La Roche*, paragraf 6.

⁹⁶ Mål 322/81, paragraf 10.

har en inneboende konkurrensbegränsande funktion. Som ovan redovisats är existensen av en immateriell rättighet inte synonymt med dominerande ställning.⁹⁷ Utövandet av immateriell rättighet är inte heller liktydigt med missbruk men samtidigt kan det inte tillåtas att utövandet av nationella immateriella rättigheter nyttjas helt utan restriktioner av gemenskapslagstiftning. Rättighetsinnehavaren skulle då kunna missbruka sin rättighet fritt, till skada för både konkurrenter och konsumenterna. Därför kan utövandet av en immateriell rättighet träffas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 82.

3.3.3 Prissättning

3.3.3.1 Oskälighetsprissättning

Enligt artikel 82.2 (a) är oskälig prissättning förbjuden. Missbruket kan bestå i att debitera orimligt höga priser i relation till den ekonomiska kostnaden, produktens värde eller till den erbjudna tjänsten. För att bestämma om ett företag tar ut orimligt höga priser använder sig EG-domstolen av det så kallade "oskälighetstestet". Testet baseras på förhållandet mellan priset och det ekonomiska värdet av produkten vilken saluförs av det dominerande företaget. Ett för högt pris i förhållande till det ekonomiska värdet på varan eller tjänsten utgör missbruk per definition.⁹⁸ Avseende produkter som skyddas av immateriella rättigheter har EG-domstolen accepterat att prissättningen för dessa produkter kan vara högre än för produkter som inte skyddas.⁹⁹ I målet *Maxicar* uttalade Generaladvokat Mischo att innehavaren av en immateriell rättighet inte endast skall erhålla ersättning för sina produktionskostnader och uppbära rimliga vinstmarginaler utan även få kompensation för sina forsknings- och utvecklingskostnader.¹⁰⁰ Vad som anses utgöra oskälig prissättning av immateriella rättigheter får anses vara osäkert eftersom mycket utrymme lämnas till innehavaren. Dock kan det inte konstateras att rättighetsinnehavaren fritt kan bestämma prissättningen utan att ta hänsyn till artikel 82 EG. Skillnaden mellan ett dominerande företag och ett företag som inte innehar dominerande ställning är att det första endast kan erhålla skälig ersättning vilken inte utgör missbruk. Företag som inte anses dominerande kan naturligtvis uppbära ersättning i den utsträckning marknaden medger.

3.3.3.2 Underprissättning

En underprissättning av dominerande aktör på marknaden som har till syfte att minska konkurrensen på marknaden och i sin förlängning att tvinga

⁹⁷ Se kapitel 3.1.

⁹⁸ Mål 26/75, *General Motors mot Kommissionen*, [1975] ECR 1367, paragraf 12 & 16; Mål 27/76, paragraf 250-267; Faull & Nikpay, s. 190f.

⁹⁹ Mål 24/67, *Parke Davis*.

¹⁰⁰ Mål 53/87, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli och Maxicar mot den nationella ledningen för Renault-fabrikerna*, Förslag till avgörande av generalladvokat Mischo, [1988] ECR 6039, paragraf 62.

konkurrenterna ut från marknaden utgör även missbruk. Detta beteende sker vanligtvis genom selektiva prisminskningar, prissättningar som riktar sig mot en viss konkurrent eller prissättning som innebär förlust. När väl konkurrenterna har tvingats från marknaden kan det dominerande företaget höja sina priser och bärga vinsterna utan konkurrens. EG-domstolen har i målet *AKZO*¹⁰¹ uttalat att prissättning under de genomsnittliga rörliga kostnaderna¹⁰² är att betrakta som missbruk. En sådan prissättning innebär en förlust avseende alla fasta kostnader och åtminstone vissa rörliga kostnader. Även en prissättning under de genomsnittliga totala kostnaderna¹⁰³, men som är högre än de rörliga kostnaderna, kan innebära missbruk om prissättningen har till syfte att eliminera en konkurrent.¹⁰⁴ Oskäligen prissättning har inte motiverats med referens till immateriella rättigheter och det vore orimligt att dessa på något sätt skulle påverka bedömningen av en oskäligen prissättning.

3.3.3.3 Prisdiskriminering

Enligt artikel 82.2 (c) är prisdiskriminering förbjuden, vilken föreskriver att det är otillåtet att tillämpa ojämlika villkor på likvärdiga transaktioner om det innebär att konkurrensen snedvrids. För att identifiera olovlig prisdiskriminering måste det fastställas att de aktuella transaktionerna är likvärdiga och att bruket av olika villkor vid likvärdiga transaktioner inte kan legitimeras. Begreppet transaktioner är långt gående och avser inte endast liknande eller utbytbara produkter utan även villkor förenade med försäljning.¹⁰⁵ Att bestämma när transaktioner skall anses likvärdiga får anses vara en bedömning av alla de relevanta faktorerna, vilket gör det omöjligt att utkristallisera någon generell definition av begreppet likvärdiga transaktioner. Vad som utgör legitima prisdiskrimineringar är också en svår fråga. EG-domstolen har ansett prisdiskriminering i form av olika rabatter beroende på den kvantitet som beställts inte är att anses som olovliga förutsatt att dessa rabatter riktar sig till alla kunder och rabatterna är jämbördiga för alla.¹⁰⁶ Möjligtvis kan kanske situationer uppstå där det dominerande företaget är tvunget till att prisdiskriminera på grund av konkurrenternas prisnivå.¹⁰⁷ Denna situation känns dock inte särskilt realistisk och det är svårt att se varför kunder skall diskrimineras när de är kunder på samma relevanta marknad. Utöver dessa är det svårt att se i vilka situationer prisdiskriminering kan legitimeras.

3.3.3.4 Lojalitetsrabatter

Om ett dominerande företag ger sina trogna kunder särskilda prisreduktioner, om de gör alla eller stora delar av sina inköp från det dominerande företaget, kan detta anses utgöra missbruk enligt artikel 82 EG.

¹⁰¹ Mål 62/86, *AKZO Chemie BV mot Kommissionen*, [1991] ECR I-3359.

¹⁰² dvs. de kostnader som varierar i förhållande till den producerade mängden.

¹⁰³ dvs. rörliga och fasta kostnader.

¹⁰⁴ Faull & Nikpay, 1999, s. 170ff.

¹⁰⁵ Mål 27/76, *United Brands*, paragraf 225.

¹⁰⁶ Mål 85/76, *Hoffman La Roche*.

¹⁰⁷ Faull & Nikpay, 1999, s. 176.

För att bedöma om lojalitetsrabatterna utgör missbruk skall enligt EG-domstolen syftet med dessa utvärderas. Om rabattsystemet ger förmåner som inte motsvaras av några ekonomiska motprestationer och syftet är att frånta köparens möjlighet att välja inköpskällor, att hindra konkurrenters marknadstillträde, att gentemot handelspartnerna tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen utgör beteendet missbruk.¹⁰⁸

3.3.4 Handelsvägran

Ett dominerande företag har som ovan redovisats ett särskilt ansvar för sitt handlingsätt på marknaden. Detta gäller också mot de företag som den dominerande aktören gör affärer med. Handelsvägran från ett dominerande företag kan innebära missbruk enligt artikel 82 EG om det inte finns objektiva skäl för ett sådant beteende

Vägran att sälja nödvändiga råmaterial till en konkurrent av ett dominerande företag har EG-domstolen ansett utgöra missbruk av dominerande ställning i målet *Commercial Solvents*¹⁰⁹. Företaget Zoja tillverkade en viss produkt vilket krävde ett särskilt råmaterial som levererades av företaget ICI, hos vilka Zoja under en längre period hade varit kund hos. Det särskilda råmaterialet producerades nästan uteslutande av ICI, vilka innehade dominerande ställning eftersom alla stora fabrikanterna av den aktuella produkten var kunder hos ICI. Företaget Commercial Solvents kontrollerade ICI och började själv producera den aktuella produkten. I och med detta slutade ICI tillhandahålla råmaterialet till Zoja. EG-domstolen uttalade att ett företag med dominerande ställning för produktionen av ett råmaterial som själva konkurrerar med slutprodukten på marknaden inte får uppträda så att konkurrenter elimineras.¹¹⁰ Detta bekräftades av EG-domstolen i målen *United Brands*¹¹¹ och *Télémarketing*¹¹².

¹⁰⁸ Mål 322/81, *Michelin*, paragraf 73.

¹⁰⁹ Förenade målen 6 & 7/73, *Commercial Solvents mot Kommissionen*.

¹¹⁰ *Ibid.*, paragraf 25.

¹¹¹ Mål 27/76, *United Brands*, paragraf 182-183. "ett företag som har en dominerande ställning då det gäller distributionen av en vara - en vara som åtnjuter goodwill genom att den har ett märke som är välkänt och uppskattat av konsumenterna - inte får inställa sina leveranser till en gammal kund, som iakttar rådande handelsbruk, när denna kunds beställningar inte på något sätt är onormala. Ett sådant beteende skulle stå i strid med de mål som anges i artikel 3 f i fördraget och som närmare förtydligas i artikel 86, bl.a. i punkterna b och c, eftersom en säljvägran skulle begränsa avsättningsmöjligheterna till nackdel för konsumenterna och ge upphov till en diskriminering som slutligen skulle kunna leda till att en handelspartner slås ut från den relevanta marknaden."

¹¹² Mål 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - telemarketing (CBEM) mot SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) och SA Information publicité Benelux (IPB)*, [1985] ECR 3261.

3.3.4.1 Volvo mot Veng

I målet *Volvo mot Veng*¹¹³ tog EG-domstolen ställning till huruvida licensvägran kunde utgöra missbruk av dominerande ställning. Volvo var innehavare till ett antal mönsterrätter som skyddade vissa reservdelar till Volvobilar. Volvo hade genom dessa rättigheter stoppat Erik Veng från att importera billiga olagliga kopior av framskärmar till deras bilar. Volvo vägrade vidare Veng licens för att tillhandahålla Volvoreservdelar i Storbritannien. Veng ansåg att vägran att licensiera utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 EG.

EG-domstolen ansåg att grundinnehållet i den aktuella mönsterrätten innehöll en rätt för rättighetsinnehavaren att hindra tredje man från att tillverka och sälja eller importera produkter som skyddas av rättigheten. Att tvinga en rättighetsinnehavare att licensiera immateriella rättigheter, även om tredje man är villig att betala erforderlig licensavgift, skulle innebära att rättighetsinnehavaren berövas själva essensen av rättigheten. EG-domstolen ansåg att vägran att licensiera den aktuella mönsterrätten inte enbart kunde utgöra missbruk av dominerade ställning.

EG-domstolen ansåg dock att utövandet av den exklusiva rätt som mönsterrätt ger innehavaren kan vara förbjudet enligt artikel 82 EG om innehavaren av dominerande ställning tillämpar visst beteende som kan anses som missbruk. EG-domstolen angav tre situationer då rättighetsinnehavarens beteende strider mot artikel 82 EG:

1. godtycklig vägran från rättighetsinnehavaren att leverera reservdelar till oberoende reparatörer.
2. prissättning för reservdelar av rättighetsinnehavaren på en oskäligt hög nivå.
3. beslut att inte längre tillverka reservdelar till en viss bilmodell trots att ett flertal av denna modell fortfarande används.

Av EG-domstolens formulering framgår det att dessa tre exempel på uppträdande, som går ut över vad som anses som legitimt utövande av immateriella rättigheter, inte skall ses som uttömmande. De två första exemplen har lite att göra med immateriella rättigheter och kan åtgärdas utan att den immateriella rättighetens grundinnehåll påverkas. Det tredje exemplet kan dock påverka den immateriella rättighetens grundinnehåll om innehavaren vägrar att tillverka och licensiera. Åtgärden mot ett sådant beteende torde då vara tvångslicensiering. EG-domstolen menade alltså att även de immateriella rättigheternas grundinnehåll kan begränsas genom regleringen i artikel 82 EG. För att grundinnehållet skall kunna begränsas krävs dock ytterligare beteende som kan anses utgöra missbruk.

¹¹³ Mål 238/37, *Volvo mot Erik Veng*.

3.3.5 Magill

I målet *Magill*¹¹⁴ vägrade de tre största TV-bolagen (RTE, BBC och ITV) på Irland och i Nordirland att licensiera informationen i deras programtablåer till företaget Magill som ville publicera en ny heltäckande veckoguide för TV-sändningar. Informationen i dessa programtablåer kan inte anses representera något konstnärligt värde eller anses vara produkter av något kreativt arbete utan var endast en biprodukt till de beslut som TV-bolagen fattade avseende när och var ett program skulle sändas. Trots detta skyddades programtablåerna av upphovsrätt i Storbritannien och Irland. Det skall anmärkas att sådant skydd inte fanns någon annanstans i Europa.¹¹⁵ TV-bolagen publicerade själva TV-veckoguiden men dessa innehöll bara programtablåer för TV-bolagens separata kanaler. Konsumenterna var därmed tvungna att inhandla veckoguiden från varje enskilt TV-bolag för att få övergripande information om sändningstiderna. TV-bolagen licensierade även ut informationen till dagstidningar kostnadsfritt. Dessa licenser var utformade så att dagstidningarna endast kunde publicera programtablåer för de nästa 24 timmarna på vardagar och de nästa 48 timmarna på helgerna.

3.3.5.1 Kommissionen

Efter att Magill hade utgivit sin heltäckande TV-veckoguide erhöll TV-bolagen ett förbud mot denna publicering från Irlands högsta domstol. Motiveringen till förbudet var att utgivningen utgjorde en olicensierad reproduktion av upphovsrättsligt skyddad information. Magill klagade då till kommissionen att TV-bolagens vägran att licensiera utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 EG. Kommissionen ansåg att TV-bolagens beteende utgjorde missbruk av dominerande ställning eftersom det förhindrade introduktionen av ny produkt som var efterfrågad av konsumenterna och reserverade marknaden för heltäckande TV-veckoguiden till dem själva. Kommissionen menade att beteendet inte kunde rättfärdigas för skyddet av TV-bolagens upphovsrätt eftersom utövandet föll utanför grundinnehållet hos den aktuella immateriella rättigheten. Kommissionen föreskrev att TV-bolagen skulle upphöra med beteendet och på efterfrågan tillåta tredje man att utge publikationer innehållande den aktuella informationen.¹¹⁶

3.3.5.2 Förstinstansrätten

Beslutet överklagades av TV-bolagen till Förstinstansrätten som vidhöll kommissionens beslut.¹¹⁷ Den menade att de relevanta produktmarknaderna var marknaden för veckoprogramtablåer och marknaden för TV-

¹¹⁴ Mål 241 & 242/91, *Magill*.

¹¹⁵ Anderman, 1998, s. 204.

¹¹⁶ 89/205/EEC, Commission Decision of 21 December 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/31.851 - *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE*), OJ nr L 078, 21/03/1989 s. 0043 - 0051.

¹¹⁷ Mål T-69/89, *RTE mot Kommissionen*, [1991] ECR II 485, Mål T-70/89, *BBC mot Kommissionen*, [1991] ECR II 535, Mål T-76/89, *ITP Ltd mot Kommissionen*, [1991] ECR II 575.

veckoguiden i vilka dessa publicerades. Dessa var eftermarknader till marknaden för TV-sändningsinformation. Förstainstansrätten ansåg att TV-bolagen innehade dominerande ställning i eftermarknaden genom sitt faktiska monopol till informationen och deras legala monopol till informationen genom dess nationella upphovsrätt. Vidare ansågs vägran att licensiera informationen utgöra missbruk enligt artikel 82 EG.

Förstainstansrätten menade att det måste finnas någon typ av skiljelinje mellan det lagliga utövandet av immateriella rättigheter och utövande av dessa som kan få till effekt att konkurrensen inom gemenskapen snedvrids. Det bedömdes att utövandet av nationella immateriella rättigheter måste kunna begränsas till förmån för de överstatliga gemenskapsregleringarna, särskilt avseende de fundamentala principerna om varors fria rörlighet och fri konkurrens inom gemenskapen. Förstainstansrätten ansåg att gemenskapslagstiftningen genom överstatlighet gäller framför de nationella lagstiftningarna om immateriella rättigheter. Samtidigt erkände rätten att grundinnehållet i upphovsrätten ger innehavaren den exklusiva rätten att hindra andra från att reproducera det skyddade verket och att utövandet av denna rätt inte i sig själv utgör missbruk. Förstainstansrätten menade dock att ett utövande av denna rätt som uppenbarligen är i strid med artikel 82 EG är förbjudet. Ett sådant utövande ansågs vara omöjliggörandet av en ny produkt för vilken det fanns en betydande efterfrågan hos konsumenterna och att hindra en konkurrent från marknadstillträde.

3.3.5.3 Generaladvokat Gulman

RTE och ITP överklagade förstainstansrättens beslut med stöd av International Property Owners (IPO), en amerikansk organisation. Innan EG-domstolens beslut skall analyseras är Generaladvokat Gulmans förslag till avgörande av intresse.¹¹⁸

Generaladvokat Gulman rekommenderade EG-domstolen att upphäva kommissionens beslut och förstainstansrättens avgörande. Han fokuserade sin motivering på den rätt som TV-bolagen erhållit genom sin nationella upphovsrätt. Generaladvokaten fann att kommissionens och förstainstansrättens beslut innebar ett praktiskt acceptabelt resultat men menade att detta resultat inte skulle åstadkommas genom kommissionens beslut utan genom antingen nationell lagstiftning eller gemenskapslagstiftning.

Generaladvokaten kritiserade det faktum att kommissionen och förstainstansrätten inte ansåg att sändningstablåer var värda upphovsrättsligt skydd. Han menade att om gemenskapen ansåg att den var tvungen att begränsa det skydd som den nationella upphovsrätten ger skall detta ske genom gemenskapslagstiftning och inte genom praxis.

¹¹⁸ Förenade målen 241 & 242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommissionen*, Förslag till avgörande av generaladvokat Gulmann, [1995] ECR 747.

Vidare ansåg generaladvokaten att upphovsrätt ger innehavaren kapacitet att begränsa konkurrensen och att denna möjlighet även måste omfatta företag som innehar en dominerande ställning. Samtidigt ansåg han att artikel 82 EG ger möjligheten att reglera och begränsa utövandet av grundinnehållet i immateriella rättigheter endast när ”särskilda omständigheter” föreligger. Huruvida dessa ”särskilda omständigheter” existerar måste enligt generaladvokaten bedömas i varje enskilt fall.

Generaladvokaten ansåg att TV-bolagens vägran att licensiera sin upphovsrätt, vilket hindrade tillskapandet av en ny produkt, inte utgjorde en sådan ”särskild omständighet” som innebar att artikel 82 EG kunde tillämpas. Han menade att den nya produkten konkurrerade med rättighetsinnehavarnas produkter och att rätten att vägra licens var nödvändig för att tillförsäkra att innehavarna av upphovsrätt fick ersättning för sitt kreativa arbete, även om deras produkt var sämre än konkurrentens. Generaladvokaten ansåg att en vägran att licensiera aldrig kunde utgöra missbruk av dominerande ställning om licenstagaren hade för avsikt att konkurrera med licensgivaren. Inte heller det faktum att rättighetsinnehavarna reserverade eftermarknaden till sig själva ansågs kunna utgöra sådana ”särskilda omständigheter”.

3.3.5.4 EG-domstolen

Generaladvokatens argumentation att målet inte innefattade ”särskilda omständigheter” avfärdades av EG-domstolen som anslöt sig till kommissionens och förstainstansrättens beslut. EG-domstolen konstaterade att företaget hade missbrukat sin dominerande ställning och att kommissionen hade behörighet att ålägga tvångslicensiering som kompensation för beteende i strid med artikel 82 EG.

Domstolen började med att konstatera att endast innehavet av en immateriell rättighet inte innebär dominerande ställning. Dock ansågs TV-bolagen inneha ett de facto monopol till informationen avseende sändningstablåerna. Därför var TV-bolagen den enda källan till den information som Magill efterfrågade. TV-bolagen kunde därmed förhindra effektiv konkurrens på den relevanta marknaden för TV-veckoguiden och innehade därmed dominerande ställning. Den motiveringen kan ifrågasättas eftersom den information som TV-bolagen hade de facto monopol över var den samma som skyddades av den nationella upphovsrätten. Därmed kan det hävdas att endast innehavet av immateriella rättigheter ansågs utgöra dominerande ställning i det aktuella målet. Om domstolen hade konkretiserat att så var fallet hade detta utgjort ett klart avsteg från den praxis som domstolen sedan länge har uppehållit, vilket kan vara orsaken till att domstolen aldrig gjorde detta.¹¹⁹ Motiveringen är trots detta underlig eftersom domstolen kunde ha etablerat att TV-bolagen innehade dominerande ställning genom definitionen i målet *United Brands*, eftersom bolagen genom sin

¹¹⁹ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon*.

upphovsrätt hade möjligheten att agera utan att ta hänsyn till varken konkurrenter eller konsumenter.

I analysen om TV-bolagens beteende utgjorde missbruk började EG-domstolen med att konstatera att det inte kan anses att allt utövande av immateriella rättigheter som är tillåtet genom nationell lagstiftning också är tillåtet enligt artikel 82 EG. Domstolen menade att ett utnyttjande av exklusiv immateriell rättighet av innehavaren kan, vid särskilda omständigheter, innebära missbruk.

I stället för att ta ställning till huruvida vägran att licensiera upphovsrättslig information kan utgöra missbruk fokuserade domstolen på att TV-bolagen var den enda källan till information om sändningstablaerna som var ett oundgängligt råmaterial för framställandet av en heltäckande TV-veckoguide. Domstolen identifierade tre särskilda omständigheter som var tecken på missbruk av dominerande ställning.¹²⁰

Den första omständigheten var att det inte fanns några faktiska eller potentiella utbytbara produkter till en heltäckande TV-veckoguide och att det fanns en efterfrågan hos konsumenterna för en sådan produkt. Enligt domstolen var förhindrandet av den nya produkten, heltäckande TV-veckoguide, ett missbruk av dominerande enligt artikel 82 (b) EG.

Den andra omständigheten var att TV-bolagen inte hade motiverat varför de vägrat att lämna ut den nödvändiga informationen för tillskapandet av en ny produkt.

Den tredje omständigheten var att TV-bolagen reserverade eftermarknaden för TV-veckoguiden till sig själva eftersom de nekade tillträde till den nödvändiga informationen som var oundgänglig för sammanställningen av en sådan.

Den immateriella rättigheten användes, enligt domstolen, för att förstärka TV-bolagens missbruk av dominerande ställning.

Det kan frågas varför inte TV-bolagen motiverade sitt agerande att inte lämna ut den nödvändiga informationen för tillskapandet av en ny produkt. Svaret till detta ligger nog i TV-bolagens inställning till tvisten. TV-bolagen ansåg säkerligen att deras vägran att licensiera föll inom upphovsrättens grundinnehåll och sålunda inte skulle kunna förbjudas enligt artikel 82 EG. Det får anses att den tredje omständigheten innebär, även om domstolen hänvisar till eftermarknaden, att domstolen ansåg att Magills TV-veckoguide skulle komma att konkurrera med TV-bolagens egna veckoguiden. Domstolens går därmed rakt emot generaladvokat Gulmans uppfattning och anser att en vägran att licensiera en immateriell rättighet till

¹²⁰ Förenade målen 241 & 242/91, paragraf 54-56.

någon som avser att skapa en konkurrerande produkt kan utgöra missbruk enligt artikel 82 EG.

3.3.6 IMS Health

Målet *IMS Health*¹²¹ berör företaget IMS Health (nedan IMS) som tillhandahåller uppgifter till läkemedelsföretag avseende regional försäljning av läkemedel i Tyskland, som utarbetats på basis av så kallade områdesstrukturer. IMS har sedan början av år 2000 delat in Tyskland i antingen 1860 områden eller 2847 områden baserat på dessa områdesstrukturer. Varje område motsvarar ett visst geografiskt område som grundar sig på olika kriterier, såsom postnummerdistrikt, befolkningstäthet, administrativa områden, trafikförbindelser och den geografiska koncentrationen av apotek och läkarmottagningar. IMS har integrerat områdesstrukturer på marknaden genom att organisera arbetsgrupper där deras kunder kan påverka fastställandet av områdena och genom att distribuera områdesstrukturerna gratis till apotek och läkarmottagningar. Detta har inneburit att strukturerna har blivit en vanligt förekommande standard till vilken kunderna har anpassat sina data- och distributionssystem.

En tidigare anställd på IMS grundade företaget Pharma Intranet Information AG (nedan PII) som också sålde uppgifter om regional försäljning av läkemedel i Tyskland. Dessa uppgifter baserades också på områdesstrukturer. Företaget försökte först sälja strukturer bestående av 2201 områden men eftersom köparna var vana vid strukturer uppbyggda av 1860 eller 2847 områden var de negativa till företagets produkter. PII började då saluföra strukturer bestående av 1860 eller 3000 områden som till stor del överensstämde med IMS områdesstrukturer.

PII förbjöds i oktober 2000 genom interimistiskt förbud av Landsgericht Frankfurt am Main, på IMS begäran, att använda sig av strukturer som har härletts från IMS områdesstrukturer. Förbudet grundade sig på att de områdesstrukturer som IMS har konstruerat ansågs utgöra databaser som skyddades av den tyska upphovsrätten. Efter att företaget NDCHealth (nedan NDC) förvärvat PII ålades även NDC detta förbud. NDC klagade i december 2000 till kommissionen och hävdade att IMS vägran att bevilja licens för användningen av strukturen bestående av 1860 områden utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 EG.

I juli 2001 beslutade kommissionen om interimistiska åtgärder mot IMS.¹²² Beslutet beordrade IMS att bevilja licens för deras områdesstruktur till alla företag verksamma på den tyska marknaden för uppgifter om regional läkemedelsförsäljning. Beslutet motiverades med förekomsten av ”särskilda

¹²¹ Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*.

¹²² 2002/165/EG, Kommissionens beslut av den 3 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, Ärende COMP D3/38.044 - *NDC Health/IMS Health: Interimistiska åtgärder*, EGT nr L 059 s. 0018 - 0049.

omständigheter”. Kommissionen ansåg att områdesstrukturen som IMS hade utvecklat hade blivit de facto standard på den relevanta marknaden. Vidare menade kommissionen att utan saklig grund vägra bevilja tillträde till denna områdesstruktur skulle kunna innebära att all konkurrens på den aktuella marknaden elimineras eftersom det är omöjligt att bedriva verksamhet på den relevanta marknaden utan den av IMS utvecklade strukturen.

IMS begärde och beviljades uppskov med verkställighet av beslutet till dess att förstainstansrätten hade avgjort målet i sak, av förstainstansrättens ordförande.¹²³ Kommissionen drog i augusti 2003 tillbaka sitt beslut om intermistiska åtgärder med hänvisning till att det ej längre fanns krav på skyndsamhet för att förhindra skada på konkurrensen.¹²⁴

3.3.6.1 Den nationella domstolen

Twisten fortlöpte i den nationella domstolen där IMS strävade efter att uppnå ett förbud mot NDC att använda den aktuella strukturen bestående av 1860 områden. Landgericht Frankfurt am Main ansåg att IMS inte kunde vägra att licensiera på rimliga villkor till NDC om detta beteende utgjorde missbruk enligt artikel 82 EG. Domstolen vilandeförklarade målet och begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående tre tolkningsfrågor beträffande tolkningen av artikel 82 EG.

1. Skall artikel 82 EG tolkas på så sätt att ett företag i dominerande ställning på en marknad missbrukar sin ställning om det vägrar att ingå licensavtal avseende användning av en immaterialrättsligt skyddad databas med ett företag som vill få tillträde till samma relevanta marknad, när potentiella kunder inte accepterar varor som inte bygger på immaterialrättsligt skyddade databasen, eftersom de anpassat sig till att använda varor som är grundade på den skyddade databasen?
2. Är det avseende frågan huruvida ett företag i en dominerande ställning missbrukar sin ställning av betydelse i vilken omfattning medarbetare till potentiella köpare har deltagit i utvecklingen av den immaterialrättsligt skyddade databasen?
3. Är det, avseende frågan huruvida ett företag i en dominerande ställning missbrukar sin ställning, av betydelse vilka anpassningsansträngningar (särskilt kostnader) köpare som dittills har köpt en vara från företaget i den dominerande ställningen tvingas göra om de i framtiden köper ett konkurrerande företags

¹²³ Mål 184/01 R, *IMS Health Inc. mot Europeiska kommissionen*, Beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 26 oktober 2001, [2001] ECR II 3193.

¹²⁴ 2003/741/EG, Kommissionens beslut av den 3 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, *Ärende COMP D3/38.044 - NDC Health/IMS Health: Intermistiska åtgärder*, EGT nr L 268 s. 0069-0072.

vara som inte använder den immaterialrättsligt skyddade databasen?¹²⁵

3.3.6.2 Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokat Tizzano lämnade sitt förslag till avgörande i oktober 2003.¹²⁶ Generaladvokaten började med att konstatera att den första frågan byggde på två förutsättningar. För det första att det var nödvändigt att använda den särskilda immaterialrättsligt skyddade områdesstrukturen för att kunna saluföra uppgifter om regional läkemedelsförsäljning på den relevanta marknaden, eftersom potentiella kunder vägrar köpa uppgifter som inte baseras på denna struktur. För det andra att innehavaren av den aktuella immateriella rättigheten även innehade dominerande ställning på den relevanta marknaden. Generaladvokaten ansåg att den första tolkningsfrågan gav upphov till en viktig och svår frågeställning avseende tolkningen av artikel 82 EG, nämligen huruvida ett dominerande företag har en skyldighet att bevilja konkurrenterna licens, mot vederlag, till en upphovsrättsligt skyddad tillgång när denna är nödvändig för att vara verksam på samma relevanta marknad som den där detta företag är dominerande och åtnjuter sin rättighet. För att besvara denna frågeställning hänvisade generaladvokaten till den väsentliga rättspraxisen som till stor del finns redovisad även i denna uppsats.

Generaladvokaten konstaterade att i samtliga relevanta mål där vägran att tillhandahålla eller göra vissa varor eller tjänster tillgängliga har ansetts utgöra missbruk, har det urskiljts en marknad i förgående led och en eftermarknad där de aktuella varorna eller tjänsterna använts som input för produktionen av olika varor och tjänster. I dessa fall hade företagen missbrukat sin dominerande ställning i förgående led för att begränsa eller eliminera konkurrensen på en marknad i efterföljande led. Generaladvokaten menade att detta var en förutsättning för att licensvägran skall anses vara i strid med artikel 82 EG. Generaladvokaten framförde, med hänvisning till *Magill*, att det är tillräckligt att det kan fastställas att det som används som input i eftermarknaden kan utgöra en separat marknad. Han menade att det inte är nödvändigt att dessa produkter saluförs som en självständig produkt av det företag som kontrollerar dem. En sådan marknad kan konstateras när inputen är nödvändig för verksamhet på en viss marknad och det finns en verklig efterfrågan efter inputen från företag som vill vara verksamma på den marknad där inputen är nödvändig. Genom detta resonemang kunde generaladvokaten konstatera att den upphovsrättsligt skyddade områdesstrukturen som IMS utvecklat utgjorde en separat marknad trots att denna inte salufördes av IMS.

Generaladvokaten menade att artikel 82 skall tolkas så att en vägran att licensiera en upphovsrättsligt skyddad immateriell tillgång skall anses utgöra missbruk av dominerande ställning, om det inte finns objektiva skäl för

¹²⁵ Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, paragraf 17.

¹²⁶ Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, Förslag till avgörande av Generaladvokat Antonio Tizzano föredraget den 2 oktober 2003 (ej infört i ECR).

denna vägran och rättighetsinnehavaren genom sin licensvägran eliminerar all konkurrens på eftermarknaden för vilken den immateriella tillgången är nödvändig. Enligt generaladvokaten gäller detta under förutsättning att den potentielle licenstagaren inte enbart skall mångfaldiga den produkt som rättighetsinnehavaren tillhandahåller på eftermarknaden utan har för avsikt att framställa en produkt med andra egenskaper som möter vissa särskilda krav från konsumenterna som inte uppfylls av de produkter som existerar.

Den andra och tredje frågan valde generaladvokaten att besvara gemensamt. Generaladvokaten hänvisade till målet *Bronner*¹²⁷ och uttalade att den nationella domstolen i sin bedömning skall ta hänsyn till i vilken grad köparna har deltagit i utvecklingen av den immaterialrättsligt skyddade områdesstrukturen och de upppoffringar som dessa måste göra för att kunna köpa en alternativ struktur till den upphovsrättsligt skyddade områdesstrukturen, när det har fastslagits att den sistnämnda strukturen är nödvändig för tillhandahållandet av uppgifter om regional läkemedelsförsäljning. Generaladvokatens motivering och undersökning av rättspraxis avseende dessa två tolkningsfrågor har uteslutits eftersom detta till stor del överensstämmer med EG-domstolens resonemang som redovisas nedan.

3.3.6.3 EG-domstolen

Den 29 april 2004 lämnade EG-domstolen sitt svar på tolkningsfrågorna.¹²⁸ EG-domstolens svar utgår från att tolkningsfrågorna har satt i sitt reella sammanhang och för att fullt förstå domstolens dom skall dessa därför redovisas. Domstolen menade att den hänskjutande domstolen genom den första frågan ville få klarhet hur artikel 82 EG skall tolkas i den givna situationen. Alltså om ett dominerande företag som innehar en immateriell rättighet avseende en områdesstruktur som används för att tillhandahålla uppgifter om regional läkemedelsförsäljning missbrukar sin ställning om det vägrar att licensiera denna struktur till ett företag som också önskar saluföra sådana uppgifter och som på grund av potentiella kunders negativa inställning är oförmögna att utveckla en alternativ områdesstruktur. Domstolen ansåg att denna fråga byggde på de förutsättningar som generaladvokaten uppgav i sitt förslag till avgörande.¹²⁹ Genom den andra frågan sökte den hänskjutande domstolen få klarhet i vilken betydelse omfattningen av användarnas medverkan i utvecklingen av en områdesstruktur, för vilken det dominerande företaget har immaterialrättsligt skydd, har för granskningen av huruvida detta företags vägran att licensiera områdesstrukturen utgör missbruk i strid med artikel 82 EG. Den tredje frågan avsåg i vilken betydelse den ansträngning som de potentiella användarna måste göra, särskilt de kostnader som detta skulle vara förenat med, för att inhandla uppgifter om läkemedelsförsäljning som

¹²⁷ Mål 7/97, *Bronner*, [1998] ECR 7791.

¹²⁸ Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*.

¹²⁹ Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, Förslag till avgörande av Generaladvokaten, paragraf 29.

har baserats på en annan områdesstruktur än den som är immaterialrättsligt skyddad.

EG-domstolen började med att besvara andra och tredje frågan gemensamt. Med hänvisning till målet *Bronner* uttalade domstolen att för att bestämma huruvida varor eller tjänster är nödvändiga för att bedriva verksamhet på en viss marknad måste det analyseras om det finns alternativa varor eller tjänster, även sådana som är mindre fördelaktiga. För att alternativa lösningar inte skall anses finnas måste det existera tekniska, rättsliga eller ekonomiska hinder som gör det omöjligt eller orimligt svårt för företag som vill vara verksam på den aktuella marknaden att agera. I målet *Bronner* definierade domstolen vad som utgör ekonomiska hinder. För att sådana skall anses föreligga krävs det att det kan fastställas att det inte är ekonomiskt lönsamt att utveckla dessa varor eller tjänster för en produktion av samma storlek som produktionen vid det företag som har kontroll över den nödvändiga varan eller tjänsten.¹³⁰

Applicerat på det aktuella fallet ansåg domstolen att om det kan fastslås att läkemedelsbolagen i hög grad har deltagit i utvecklingen av den aktuella områdesstrukturen kan detta ha medfört att dessa har blivit avhängiga av denna struktur. Under dessa förutsättningar är det troligt att användarna av den existerande områdesstrukturen tvingas till vissa ansträngningar, i både ekonomiskt och tekniskt hänseende, för att gå över till en annan områdesstruktur. Domstolen menade att företaget som tillhandahåller den alternativa strukturen då kan bli tvunget att erbjuda så fördelaktiga finansiella villkor att det inte blir ekonomiskt lönsamt att bedriva verksamhet i konkurrens med företaget som innehar den ursprungliga områdesstrukturen. Om detta är fallet är i den aktuella tvisten är upp till den nationella domstolen att avgöra.

Avseende den första frågan började EG-domstolen med att konstatera att enligt rättspraxis utgör en vägran att bevilja licens till en immateriell rättighet av ett dominerande företag inte i sig självt missbruk enligt artikel 82 EG men att ett sådant beteende dock under särskilda omständigheter kan utgöra missbruk. Med hänvisning till *Magill* formulerade domstolen tre kumulativa villkor som är tillräckliga för att ett dominerande företags vägran att ge tillgång till en upphovsrätt, vilken är nödvändig för viss verksamhet, skall anses kunna utgöra missbruk.

1. Vägran förhindrar tillkomsten av en ny vara för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna.
2. Att vägran inte är motiverad av objektiva skäl.
3. Vägran är av den karaktären att den utestänger all konkurrens på eftermarknaden.

¹³⁰ Mål 7/97, *Bronner*, paragraf 46.

EG-domstolen började med att undersöka det tredje villkoret. Med hänvisning till den rättspraxis som generaladvokaten hade anfört i sitt förslag till avgörande framförde domstolen att det först måste fastställas att det föreligger en marknad för det föregående ledet för att en eftermarknad skall anses existera. Domstolen ansåg i linje med tidigare rättspraxis och generaladvokat Tizzano att det får anses tillräckligt att en potentiell marknad, eller till och med en hypotetisk marknad, i det föregående ledet kan identifieras. Vidare menade domstolen att en sådan marknad alltid förekommer när varor eller tjänster är nödvändiga för utövandet av viss verksamhet och att det föreligger en faktisk efterfrågan för dessa varor eller tjänster från företag som vill utöva denna verksamhet. Därmed kan två separata marknader identifieras, ett föregående led som utgör en marknad och en eftermarknad, där den tidigare marknaden är nödvändig för att den senare skall kunna existera. Överfört till omständigheterna i det aktuella fallet menade domstolen att det är upp till den hänskjutande domstolen att undersöka om områdesstrukturen, det föregående ledet, är nödvändig för saluföringen av uppgifter om regional läkemedelsförsäljning, eftermarknaden. Vidare måste den nationella domstolen bestämma om IMS:s vägran att licensiera områdesstrukturen utestänger all konkurrens från eftermarknaden.

Beträffande det första villkoret menade domstolen att detta villkor bygger på uppfattningen att det måste ske en avvägning mellan å ena sidan intresset att skydda den immateriella rättigheten och dess innehavares fria utövande av sin näringsverksamhet och å andra sidan intresset av att skydda den fria konkurrensen. EG-domstolen anser att det senare intresset endast väger över när vägran att bevilja licens hindrar utvecklingen av eftermarknaden till skada för konsumenterna. Därmed kan ett dominerande företags vägran att licensiera en nödvändig vara eller tjänst, som skyddas av immateriella rättigheter, endast utgöra missbruk av dominerande ställning när den potentielle licenstagaren inte avser begränsa sig till att framställa produkter som innehavaren av rättigheten redan saluför på eftermarknaden. Licenstagaren måste producera nya varor eller tjänster som inte erbjuds av innehavaren och för vilka det föreligger en efterfrågan från konsumenterna. Huruvida detta är fallet i den aktuella tvisten åligger den nationella domstolen att pröva, enligt EG-domstolen.

Angående det andra villkoret uttalade sig EG-domstolen inte närmare eftersom det inte inkommit några särskilda yttrande som berörde detta. EG-domstolen menade att det var upptill den nationella domstolen att pröva om det fanns några objektiva skäl för licens vägran.

3.3.7 Kommentarer till handelsvägran och immateriella rättigheter

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen i sin praxis fastställt att innehavaren av en immateriell rättighet har rätt till att vägra licens till tredje man. Emellertid, som ovan redovisade fall visar, kan en vägran att licensiera

immateriella rättigheter utgöra missbruk av dominerande ställning om det existerar ytterligare element av missbruk. I målen *Magill* och *IMS Health* ansågs en oberättigad vägran att licensiera immateriella rättigheter utgöra missbruk av dominerande ställning om den eliminerade konkurrensen på eftermarknaden. Det är detta ytterligare missbruket som skiljer dessa mål från domstolens avgörande i målet *Volvo*, där något ytterligare missbruk inte förelåg.¹³¹ Det skall påpekas att *Magill* utgör det hittills enda avgörandet där EG-domstolen har konstaterat att ett företags utnyttjande av dess immateriella rättigheter utgjort missbruk av dominerande ställning. *IMS Health* är ett förhandsavgörande och syftar endast till att besvara de tolkningsfrågor som den nationella har framställt. EG-domstolen fastslog aldrig att företagets IMS Healths beteende utgjorde missbruk.

I både *Magill* och *IMS Health* får det anses att domstolen underförstått anser att immateriella rättigheter kan utgöra nödvändiga faciliteter. Även om domstolen inte uttryckligen hänvisar till doktrinen eller till någon rättspraxis i något av fallen får det sägas att domstolens uttryckssätt ger klara indikationer på att så är fallet. Generaladvokatens uttalanden i förslaget till avgörande i målet *IMS Health* stödjer även denna ståndpunkt.¹³² Appliceringen av doktrinen om nödvändig facilitet på immateriella rättigheter innebär att rättighetsinnehavaren åläggs en skyldighet att tillhandahålla den nödvändiga faciliteten på ett objektivt och icke diskriminerande vis.¹³³ Därmed är det svårt och se hur rättighetsinnehavaren skall kunna objektivt motivera sin vägran att licensiera, vilket i båda fallen var ett krav för att beteendet inte skulle anses utgöra missbruk enligt artikel 82 EG.

Något som skall poängteras avseende domskälen i målen *Magill* och *IMS Health* är att varken doktrinen om existens och utnyttjande eller begreppet grundinnehåll benämns uttryckligen. Vissa författaren som tidigare nämnts ovan ansåg i anslutning till *Magill* att dessa kanske har spelat ut sin roll. Denna ståndpunkt får anses styrkt av domstolens motivering i *IMS Health*. Huruvida doktrinen och begreppet nu kan läggas till handlingarna är för tidigt att sja om men detta tyder på att domstolen går mot en fokusering på missbruket istället för den immateriella rättigheten.

Det mest intressanta med målet *IMS Health* är dock att EG-domstolen fastställde att det är tillräckligt att tre kumulativa villkor är uppfyllda för att en vägran att ge tillträde till nödvändig facilitet, en upphovsrätt, skall anses utgöra missbruk av dominerande ställning. EG-domstolen ansåg dessa vara grundläggande för att bestämma missbruk och det kan frågas om dessa utgör minimikrav för att fastställa missbruk genom en immateriell rättighet. EG-domstolens formulering tyder på att detta men denna ståndpunkt får anses osäker. Dock kan det sägas att andra ytterligare omständigheter kan bilda

¹³¹ Schovsbo, 1997, s. 23f.

¹³² Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, Förslag till avgörande av Generaladvokaten, s. 14-16.

¹³³ Se kapitel 3.5.

villkor för att ett beteende skall anses som missbruk av dominerande ställning.

3.3.8 Kopplingsförbehåll

Kopplingsförbehåll innebär att ett dominerande företag endast är villig att handla med kunden om densamma förbinder sig att köpa andra produkter från företaget, för vilka företaget inte innehar dominerande ställning. Detta ger det dominerande företaget möjlighet att stärka sin ställning på den påtvingade marknaden. Ett sådant beteende är förbjudet enligt 82.2 (d). Även kopplingsförbehåll mellan två produkter som är naturligt förbundna kan anses förbjudna om det inte finns objektivt godtagbara skäl för förbindelsen.¹³⁴

I målet *Hilti*¹³⁵ använde sig det aktuella företaget Hilti av kopplingsförbehåll vid försäljning av spikmagasin som knöts till deras försäljning av spikar. Företaget använde sig vidare av höga licensavgifter för att hindra konkurrenter från att få tillgång till deras immaterialrättsligt skyddade spikmagasin. Hilti argumenterade för att de aktuella produkterna utgjorde en integrerad produkt som inte kunde urskiljas. Som ovan redovisats fann EG-domstolen att produkterna utgjorde separata relevanta produktmarknader. Därmed kunde EG-domstolen konstatera att beteendet utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 (d) EG.

3.3.9 Andra typer av missbruk

Ineffektivitet kan utgöra missbruk av dominerande ställning. I målet *Port of Genoa*¹³⁶ ansåg EG-domstolen att företaget vägran att använda moderna metoder, vilket resulterade i ökade kostnader och förseningar, utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82.2 (b). Till ett liknande slut kom EG-domstolen i målet *Höfner och Elser*¹³⁷ där företaget bristande förmåga att möta den efterfrågan som existerande utgjorde missbruk. Även att inleda rättsliga processer kan utgöra missbruk av dominerande ställning. I målet *ITT Promedia*¹³⁸ uttalade förstainstansrätten att rättsliga processer kan utgöra missbruk men endast vid exceptionella omständigheter. Vidare kan sägas att uppräknings i artikel 82 inte är uttömmande. Ett företags beteende som är möjligt endast på grund av dess dominerande ställning och som objektivt är annorlunda från normal konkurrens kan anses utgöra missbruk.

¹³⁴ Bellamy, Christopher, Child, Graham, *European Community law of competition*, general editor: Roth, P.M., 5th edition, 2001, s. 747-749; Faull & Nikpay, 1999, s. 165-170.

¹³⁵ Mål 53/92, *Hilti*.

¹³⁶ Mål 179/90, *Port of Genoa mot Gabrielli*, [1991] ECR 5889.

¹³⁷ Mål 41/90, *Höfner and Elser*, [1991] ECR 1979.

¹³⁸ Mål T-111/96, *ITT Promedia mot Kommissionen*, [1998] ECR 2937.

4 Avslutande kommentarer

Att säkerställa en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden är ett av målen för EU. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning är ett av de viktigaste verktygen för att uppnå just detta och utgör en grundläggande princip inom EG-rätten. EG-domstolen har genom sin rättspraxis fastställt att gemenskapsrätten har företräde framför den nationellt skapade lagstiftningen. Det gäller även de nationellt utfärdade immateriella rättigheterna. Det är tack vare detta som konflikter mellan immateriella rättigheter och artikel 82 EG kan uppstå.

EG-rätten försäkrar att existensen av nationella immateriella rättigheter inte skall begränsas av konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget. EG-domstolen har dock tolkat dessa regler så att själva utnyttjandet av rättigheten kan anses utgöra del i ett beteende som utgör missbruk av dominerande ställning. För att säkerställa att de nationella immateriella rättigheterna skyddades från konkurrensrättens verkningar konstruerades därför begreppet grundinnehåll. Det hade för avsikt att beskriva den del av de immateriella rättigheterna som inte kunde beröras av konkurrensrätten förutom vid särskilda omständigheter. Detta begrepp har emellertid utsatts för en hel del kritik eftersom det har menats att det bygger på en distinktion mellan existens och utnyttjande som är ologisk. Denna kritik får anses befogad eftersom immateriella rättigheter beviljas just för att utnyttjas och att deras värde inte ligger i utfärdandet utan i den rätt till kompensation som innehavaren erhåller för dess exploatering.

Genom målen *Magill* och *IMS Health* visade domstolen att det finns tillfälle då utnyttjandet av immateriella rättigheter kan anses utgöra missbruk av dominerande ställning. Även om företagets utnyttjande av deras immateriella rättigheter inte i något fall gick utanför deras legala ensamrätt ansågs deras utnyttjande ändå utgöra missbruk av dominerande ställning på grund av omständigheterna i de enskilda fallen. Det avgörande i båda fallen var hur och i vilken utsträckning de immateriella rättigheterna hade utnyttjats. Genom det nya förhandsavgörandet i målet *IMS Health* har EG-domstolen fastslagit att det är tillräckligt att tre kumulativa villkor är uppfyllda för att ett utnyttjande av en immateriell rättighet skall utgöra missbruk av dominerande ställning. Detta klargörande är viktigt eftersom motiveringen i målet *Magill* gav upphov till stora osäkerheter i vilka situationer som immateriella rättigheter kan träffas av artikel 82 EG. *IMS Health* ger dock även avstamp till nya bryderier. Domskälen klargör inte på något sätt alla situationer när utnyttjandet av immateriella rättigheter kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Det kan säkerligen föreligga andra omständigheter som innebär att ett beteende blir förbjudet enligt artikel 82 EG. Eventuella nya mål måste då avgöras från fall till fall och det kan inte hävdas att någon klar rättsregel föreskrivits. Jag menar att en sådan knappast är tänkbar utan att EG-domstolen även i fortsättningen måste göra en helhetsbedömning i av de aktuella omständigheterna i det enskilda fallet.

Något som skall framhållas i anslutning till målen *Magill* och *IMS Health* är de mycket speciella omständigheterna. I båda fallen rör det sig om immateriella rättigheter som om de inte anses tvivelaktiga i alla fall får anses ligga på gränsen till vad som utgör skyddsvärda immateriella rättigheter. Det kan frågas om sådan information som till största delen utgör biprodukter till beslut och postnummer skall kunna erbjudas skydd genom upphovsrätten. Det är dock upp till den nationella lagstiftaren att bestämma vad som skall anses skyddsvärt och denna uppsats har inte på något sätt undersökt motiven till detta. Det kan frågas om utgången hade blivit annan om de immaterialrättsligt skyddade produkterna hade varit några andra som kan anses mer skyddsvärda.

För att lösa konflikten mellan immateriella rättigheter och artikel 82 EG kan två metoder vara tänkbara. Den första metoden är att konkurrensrätten korrigerar de specifika immateriella rättigheterna i de konfliktsituationer som uppstår. Detta innebär att de nationella immateriella rättigheterna måste böja sig för konkurrensreglerna och att gränserna för utnyttjandet av de immateriella rättigheterna sätts av EG: s konkurrensbestämmelser. Detta får anses det mest realistiska alternativet och är det som också praktiseras. Det kan hävdas att detta försvagar själva syftet med immateriella rättigheter som ett system för incitament och kompensation för forskning och utveckling. Det skall då poängteras att konkurrensrätten endast begränsar immateriella rättigheter under särskilda omständigheter och att innehavaren erhåller skälig ersättning när hon tvingas att dela med sig av rättigheten.

Den andra metoden är lagstiftning. Med detta menas att vid en harmonisering av de nationella immaterialrättsliga lagstiftningarna kan hänsyn tas till EG: s konkurrensregler så att konflikter i framtiden kan undvikas. Konkurrensrätten skulle då stå tillbaka för immaterialrätten och endast ingripa vid särskilda omständigheter då utnyttjandet av rättigheten får negativa effekter som inte kan motiveras. Huruvida medlemsstaterna är villiga att släppa ifrån sig lagstiftningskompetensen för immateriella rättigheter har jag dock ingen kunskap om men detta är ett tänkbart alternativ. Problem kan säkerligen uppstå eftersom medlemsstaterna högst sannolikt har vitt skilda uppfattningar kring vad som utgör en skyddsvärd immateriell rättighet. Därför anser jag detta som en föga sannolik lösning.

Litteraturförteckning

Bellamy, Christopher, Child, Graham, *European Community law of competition*, general editor: Roth, P.M., 5th edition, 2001

Clifford G. Miller, *Magill: Time to abandon the "specific subject-matter" concept*, E.I.P.R. 1994, 16(10), s. 415-421.

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali (edited by), *The EC law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

Fejø, Jens, *EU-konkurrencerett*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn, 2003.

Geroski, Paul A, *Barriers to Entry and intensity of competition in European markets*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1989, s. 3-18.

Govaere, Inge, *The use and abuse of intellectual property rights in E.C Law.*, London 1996.

Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i konkurrencerett*, 4: e udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn, 2000.

Korah, Valentin, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 6:th^{ed}, Hart, Oxford, 2000

Lidgard, Hans Henrik, *Parallellhandel: konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA*, Nordstedt Juridik, Stockholm 2002.

Paul L.C. Torremans, Irini A. Stamatoudi, *MERCK is back to stay: the court of justice's judgment in MERCK v PRIMECROWN*, E.I.P.R 1997, 19(9), s. 545-549.

Tritton, Guy, Davis, Richard, Edenborough, Michael, Graham, James, Malynicz, Simon, Roughton, Ashley, *Intellectual property in Europe*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.

Sixteenth Report on Competition Policy, Commission of the European Communities, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1987

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, OJ nr C 372, 09/12/1997 s. 0005-0013.

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

Mål 6/64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, [1964] ECR 585.

Mål 24/67, *Parke, Davis and Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, [1968] ECR 81.

Mål 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, [1971] ECR 487.

Mål 6/72, *Europemballage Corporation an Continental Can Co. Inc. mot Kommissionen*, [1973] ECR 215.

Mål 6 & 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents mot Kommissionen*, [1974] ECR 223.

Mål 8/74, *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, [1974] ECR 837.

Mål 15/74, *Centrafarm BV och Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc*, [1974] ECR 1147.

Mål 26/75, *General Motors mot Kommissionen*, [1975] ECR 1367.

Förenade målen 40-48, 50, 54-56, 111, 113 and 114-73/75 , *Suiker Unie*, [1975] ECR 1663.

Mål 119/75, *Terrapin (Overseas) Ltd. mot Terranova Industrie CA Kapferer & Co*, [1976], ECR 1039.

Mål 27/76, *United Brands mot Kommissionen*, [1978] ECR 207.

Mål 85/76, *Hoffman La Roche mot Kommissionen*, [1979] ECR 461.

Mål 22/78, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd mot Kommissionen*, [1979] ECR 1869.

Mål 62/79, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, m.fl. mot Ciné Vog Films m.fl.*, [1980] ECR 881.

Mål 55 & 57/80, *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International mot GEMA*, [1981] ECR 147.

Mål 187/80, *Merck & Co. Inc. mot Stephar BV och Petrus Stephanus Exler*, [1981] ECR 2063.

Mål 144/81, *Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV*, [1982] ECR 2853.

Mål 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mot Kommissionen*, [1983] ECR 3461.

Mål 19/84, *Pharmon BV mot Hoechst AG*, [1985] ECR 2281.

Mål 226/84, *British Leyland Public Limited Company mot Kommissionen*, [1986] ECR 3263.

Mål 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - telemarketing (CBEM) mot SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) och SA Information publicité Benelux (IPB)*, [1985] ECR 3261.

Mål 62/86, *AKZO Chemie BV mot Kommissionen*, [1991] ECR I-3359.

Mål 238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd*, [1988] ECR 6211.

Mål 53/87, *Consortio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli och Maxicar mot den nationella ledningen för Renault-fabrikerna*, [1988] ECR 6039.

Mål 341/87, *EMI Electrola GmbH mot Patricia Im- und Export m.fl.*, [1989] ECR 79.

Mål 41/90, *Höfner and Elser*, [1991] ECR 1979.

Mål 179/90, *Port of Genoa mot Gabrielli*, [1991] ECR 5889.

Förenade målen 241 & 242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommissionen (Magill)*, [1995] ECR 743.

Mål 333/94, *Tetra Pak International SA mot Kommissionen (Tetra Pak II)*, [1996] ECR 5951.

Mål 7/97, *Bronner*, [1998] ECR 7791.

Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, Domstolens dom den 29 april 2004, (ej infört i ECR).

Förstinstansrätten

Mål T-30/89, *Hilti AG mot Kommissionen*, [1991] ECR 1439.

Mål T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA mot Kommissionen*, [1990] ECR II 309

Mål T-69/89, *RTE mot Kommissionen*, [1991] ECR II 485.

Mål T-70/89, *BBC mot Kommissionen*, [1991] ECR II 535.

Mål T-76/89, *ITP Ltd mot Kommissionen*, [1991] ECR II 575.

Mål T-83/91, *Tetra Pak International SA mot Kommissionen (Tetra Pak II)*, [1994] ECR II 755.

Mål T-111/96, *ITT Promedia mot Kommissionen*, [1998] ECR 2937.

Mål 184/01 R, *IMS Health Inc. mot Europeiska kommissionen*, Beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 26 oktober 2001, [2001] ECR II 3193.

Förslag till avgörande av Generaladvokaten

Mål 53/87, *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli och Maxicar mot den nationella ledningen för Renault-fabrikerna*, Förslag till avgörande av generaladvokat Mischo, [1988] ECR 6039.

Mål 238/87, *AB Volvo mot Erik Veng (UK) Ltd*, Förslag till avgörande av generaladvokat Mischo, [1988] ECR 6211.

Förenade målen 241 & 242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska kommissionen*, Förslag till avgörande av generaladvokat Gulmann, [1995] ECR 743.

Förenade målen 267 & 268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd och Merck Sharp & Dohme International Services BV mot Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta och Necessity Supplies Ltd och Beecham Group plc mot Europharm of Worthing Ltd*, Förslag till avgörande av generaladvokat Fennelly, [1996] ECR 6285.

Mål 418/01, *IMS Health mot NDC Health*, Förslag till avgörande av Generaladvokat Antonio Tizzano föredraget den 2 oktober 2003 (ej infört i ECR).

Beslut av kommissionen

Decision 88/138/EEC: Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 and 31.488 - Eurofix-Bauco v. Hilti), OJ nr L 065 , 11/03/1988 s. 19 - 44.

Decision 89/205/EEC, Commission Decision of 21 December 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/31.851 - Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE), OJ nr L 078 , 21/03/1989 s. 43 - 51.

COMMISSION DECISION of 10.08.92 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No IV/M.206 - RHONE-POULENC / SNIA) according to Council Regulation (EEC) No 4064/89, EGT nr C 212 , 18/08/1992.

Decision 94/19/EC, Commission Decision of 21 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink - Interim measures), OJ nr L 015, 18/01/1994, s. 8 - 19.

Beslut 2002/165/EG, Kommissionens beslut av den 3 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, Ärende COMP D3/38.044 - NDC Health/IMS Health: Intermistiska åtgärder, EGT nr L 059, 28/02/2002, s. 18 - 49.

Beslut 2003/741/EG, Kommissionens beslut av den 3 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, Ärende COMP D3/38.044 - NDC Health/IMS Health: Intermistiska åtgärder, EGT nr L 268, 18/10/2003, s. 69-72.

Decision 81/881/EEC: Commission Decision of 28 September 1981 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV.29.988 - Italian flat glass), OJ nr L 326, 13/11/1981, s. 32-43.