



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Per Vestman

MISSBRUK AV  
DOMINERANDE STÄLLNING  
VID FÖRSVAR AV PATENT

Examensarbete  
20 poäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Konkurrensrätt, Immaterialrätt

Höstterminen 2000

*”... a man had better have ... anything happen in this world,  
short of losing all his family by influenza,  
than have a dispute about a patent.”*

Lord Esher M.R.

# Innehåll

SAMMANFATTNING.....	5
FÖRORD.....	7
FÖRKORTNINGAR.....	8
<b>1 INLEDNING.....</b>	<b>9</b>
1.1 BAKGRUND .....	9
1.2 FALLET.....	9
1.3 SYFTE OCH PROBLEMSTÄLLNING.....	10
1.4 DISPOSITION.....	10
1.5 METOD OCH MATERIAL .....	11
1.6 AVGRÄNSNINGAR OCH BEGREPP .....	12
<b>DEL I – RÄTTSSOMRÅDENA .....</b>	<b>13</b>
<b>2 IMMATERIALRÄTT OCH KONKURRENSRÄTT SAMT DERAS FÖRHÅLLANDE SINSEMELLAN .....</b>	<b>14</b>
2.1 IMMATERIALRÄTTENS SYFTE.....	14
2.2 PATENTRÄTTENS GRUND OCH LEGITIMITET .....	14
2.3 KONKURRENSBEGRÄNSNINGSRÄTTENS GRUND OCH LEGITIMITET .....	15
2.4 FÖRHÅLLET MELLAN PATENTRÄTTEN OCH KONKURRENSBEGRÄNSNINGSRÄTTEN 16	
<b>3 NATIONELLA IMMATERIALRÄTTERS STÄLLNING INOM GEMENSKAPSRÄTTEN.....</b>	<b>18</b>
3.1 IMMATERIALRÄTTENS PLACERING I DET GEMENSKAPSRÄTTSLIGA SYSTEMET.....	18
3.2 KONFLIKT MELLAN NATIONELL IMMATERIALRÄTT OCH GEMENSAM KONKURRENSRÄTT .....	18
<b>4 EU:S KONKURRENSBEGRÄNSNINGSRÄTT .....</b>	<b>20</b>
4.1 EU-KONKURRENSBEGRÄNSNINGSRÄTTENS GRUND OCH SYFTE .....	20
4.2 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING .....	20
4.2.1 <i>Regelns innehåll</i> .....	20
4.2.1.1 Missbruksbegreppet.....	21
4.2.1.2 Dominerande ställning.....	22
4.2.2 <i>Förhållande mellan artikel 82 och nationella immaterialrätter</i> .....	23
<b>DEL II – TEORI.....</b>	<b>24</b>
<b>5 ARTIKEL 82 OCH UTÖVANDET AV IMMATERIALRÄTTER.....</b>	<b>25</b>
5.1 INLEDNING .....	25
5.2 UTVECKLINGEN I PRAXIS .....	25
5.2.1 <i>Grundig &amp; Consten / Kommissionen</i> .....	25
5.2.2 <i>Parke, Davies &amp; Co / Probel m fl</i> .....	26
5.2.3 <i>Centrafarm BV m fl / Sterling Drug</i> .....	27
5.2.4 <i>Hoffmann-La Roche / Centrafarm</i> .....	27
5.2.5 <i>CICRA m fl / Renault</i> .....	29
5.2.6 <i>AB Volvo / Erik Veng Ltd</i> .....	29

5.2.7	<i>RTE &amp; ITP / Kommissionen</i> .....	31
5.2.7.1	Bakgrund .....	31
5.2.7.2	Förstainstansen .....	31
5.2.7.3	Generaladvokatens förslag till avgörande.....	32
5.2.7.3.1	Upphovsrättslig särprägel .....	33
5.2.7.3.2	Upphovsrättens väsentliga funktion.....	33
5.2.7.3.3	Förhållandet mellan särprägel och väsentlig funktion.....	34
5.2.7.3.4	Motiv för inskränkningar i rättens särprägel .....	35
5.2.7.4	Domstolens dom.....	36
5.2.8	<i>Merck m fl / Primecrown m fl</i> .....	36
5.3	PATENTRÄTTENS SÄRPRÄGLANDE DRAG, SÄRSKILDA FÖREMÅL, VÄSENTLIGA OCH GRUNDLÄGGANDE FUNKTION .....	37
5.3.1	<i>Inledning</i> .....	37
5.3.2	<i>Rättsteoretisk konstruktion – begreppsbildning</i> .....	38
5.3.3	<i>Särpräglade drag och särskilda föremål</i> .....	39
5.3.4	<i>Väsentlig och grundläggande funktion</i> .....	40
5.4	SÄRSKILT OM ATT BEIVRA INTRÅNG I PATENT.....	41
<b>6</b>	<b>ARTIKEL 82 OCH PROCESSUELLA ÅTGÄRDER</b> .....	<b>42</b>
6.1	INLEDNING – RÄTTEN TILL PRÖVNING .....	42
6.2	PROCESSMISSBRUK – BEGREPPETS INNEHÅLL .....	42
6.2.1	<i>Hantering av processmissbruk i svensk rätt</i> .....	43
6.2.2	<i>Hantering av processmissbruk i engelsk rätt</i> .....	44
6.3	MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING GENOM PROCESSMISSBRUK.....	45
6.3.1	<i>Utvecklingen i praxis</i> .....	45
6.3.1.1	<i>Decca Navigator System</i> .....	46
6.3.1.2	<i>ITT Promedia NV/ Kommissionen</i> .....	47
6.3.2	<i>Diskussion kring rättsläget</i> .....	48
<b>7</b>	<b>ANALYS - MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING VID FÖRSVAR AV PATENT</b> .....	<b>50</b>
7.1	INLEDNING .....	50
7.2	MÖJLIGHETEN ATT INSKRÄNKA RÄTTEN TILL INTRÅNGSPROCESS .....	50
7.3	PROCESSMISSBRUK OCH "EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES" .....	52
7.4	PROCESSMISSBRUK SOM "EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES" .....	52
7.5	FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING VID FÖRSVAR AV ETT PATENT.....	53
	<b>DEL III – PRAKTIK</b> .....	<b>56</b>
<b>8</b>	<b>ASTRAZENECA S AGERANDE FÖR ATT FÖRSVARA LOSEC</b> .....	<b>57</b>
8.1	BAKGRUND TILL FALLET.....	57
8.2	BETEENDE OCH STRATEGI FÖR ATT FÖRSVARA LOSEC .....	58
8.2.1	<i>Ansökan om försäljningstillstånd</i> .....	59
8.2.1.1	<i>Försäljningstillstånd för generikaföretag</i> .....	59
8.2.1.2	<i>Ett exempel på en tvist</i> .....	60
8.2.1.3	<i>Utgör beteendet processmissbruk enligt ITT Promedia-regeln?</i> .....	61
8.2.2	<i>Losecs tilläggskydd</i> .....	62
8.2.2.1	<i>Reglerna om tilläggskydd</i> .....	62
8.2.2.2	<i>Tvist om Losecs tilläggskydd</i> .....	62
8.2.2.3	<i>Utgör beteendet processmissbruk enligt ITT Promedia-regeln?</i> .....	63
<b>9</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b> .....	<b>65</b>
	<b>BILAGA A</b> .....	<b>66</b>
	<b>BILAGA B</b> .....	<b>67</b>

<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</b>	<b>68</b>
OFFENTLIGT TRYCK .....	68
<i>Internationellt</i> .....	68
<i>EU</i> .....	68
<i>Storbritannien</i> .....	68
<i>Sverige</i> .....	68
BÖCKER.....	69
ARTIKLAR, NOTISER.....	69
ELEKTRONISKA KÄLLOR .....	70
MUNTliga KÄLLOR .....	71
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING .....</b>	<b>72</b>
EG-RÄTT .....	72
<i>EG-domstolen</i> .....	72
<i>Förstainstansen</i> .....	73
<i>Kommissionens beslut</i> .....	73
<i>Generaladvokats förslag till avgörande</i> .....	73
SVENSK RÄTT .....	73
TR .....	73
Marknadsdomstolen .....	73
KKV beslut .....	73
ENGELSK RÄTT .....	74

# Sammanfattning

Immaterialrätt och konkurrensrätt har till uppgift att tillvarata delvis motstridiga intressen. Tillerkännande av en immateriell ensamrätt skapar en form av monopolställning för rättighetens innehavare. Denne kan i kraft av de rättigheter som inryms i ensamrätten begränsa eller utestänga konkurrens på en marknad. Motsättningen mellan dessa rättsområden genererar svåra avvägningsproblem mellan allmänna, konkurrensbefrämjande, och enskilda, äganderättsliga, intressen.

Ett exempel sprunget ur verkligheten och med rötterna i ovanstående problematik är frågan om hur långt en innehavare av en patenträttighet kan gå för att försvara sig mot intrång i ensamrätten. Patentinstitutet ger innehavaren vissa rättigheter att försvara sin ensamrätt. En av dessa rättigheter är möjligheten att genom rättsordningen förhindra och stoppa tredje man från att göra intrång i ensamrätten. Om denna rättighet emellertid kan och de facto utnyttjas för att chikanöst trakassera eller störa konkurrenter kan detta ifrågasättas. Om ett företag som befinner sig i en dominerande ställning uppvisar ett sådant beteende kan konkurrensrättsliga hänsyn motivera en inskränkning av rätten att processa för att freda ett patent från intrång.

Varken EU:s domstol, Förstainstansrätt eller Kommission har helt klart tagit ställning till denna fråga. Däremot finns det fall som med konkurrensbegränsningsrättsliga hänsyn påvisar dels; möjligheten att inskränka rätten att processa för att förhindra intrång i en patenträtt samt dels; möjligheten att vid missbruk av nationella rättsystem genom drivande av trakasserande processer betrakta detta som en missbrukshandling enligt UF:s regel om missbruk av dominerande ställning, art 82. Om man utgår ifrån att EU:s organ skulle resonera konsekvent utifrån denna praxis anser jag att det finns utrymme för att betrakta trakasserande intrångsprocesser som en missbrukshandling i art 82:s mening. Detta utrymmes omfattning eller existens är emellertid inte prövat i praktiken.

En väsentlig aspekt i frågan är karaktären hos de rättigheter och intressen som riskerar att inskränkas. Rättigheterna och intressena som ställs emot varandra i denna avvägning är av stor dignitet. Å ena sidan finns rätten till att få sin sak prövad i domstol och å andra sidan finns konkurrensrättsliga strävanden om lojal konkurrens. Den praxis som jag grundar min slutsats på har uppställt relativt höga krav för att genombryta både den allmänna rättigheten till process samt en dylik inskränkning av patenträttens rätt till förhindrande av intrång. Trots, men även med hänsyn till, detta talar enligt min mening starka skäl för att grova och uppenbara fall av trakasserande intrångsprocesser skall kunna falla inom missbruksbegreppet i art 82.

Som ovan antytts har den här berörda frågan uppkommit i ett autentiskt fall. Fallet rör det svensk-engelska läkemedelsföretaget AstraZeneca. EU-kommissionens konkurrensenhet har under innevarande år gjort

undersökningar i turena kring AstraZenecas förfarande för att försvara sitt magsårsläkemedel Losec. I dessa undersökningar ställs bland annat frågan om företaget gjort sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning då de inför nationella domstolar stämt generikatillverkande konkurrenter för patentintrång.

Med hänsyn till att frågan fortfarande är under utredning av Kommissionen samt att AstraZeneca endast sparsamt kommenterat uppgifterna har jag i min undersökning av detta fall varit hänvisad till information i dags- och fackpress samt uppgifter från praktiker. Jag har med ledning av denna information uppställt hypoteser angående företagens beteende. Utifrån dessa har förts diskussioner kring vilka former av beteenden som skulle kunna konstituera kränkningar av art 82.

Mina slutsatser i denna del är att företaget troligen kan anses ha missbrukat sin dominerande ställning genom intrångsprocesser. Detta grundar jag främst på det faktum att man som grund för flera intrångsstämningar använt sig av ett tilläggsskyddat patent där detta tilläggsskydd troligen erhållits på illojal väg. Även det faktum att man drivit substanslösa okynnesprocesser för att skrämja konkurrenter är anmärkningsvärt men rymms troligen inte i det processmissbruksbegrepp som kommissionen tidigare uppställt. Skäl att anse detta som missbruk finns emellertid även om det inte omfattas av den praxis som föreligger. En prövning av frågan i EGD vore välkommet både för klagörande och utvecklande av rättsläget i frågan.

Jag ser tre konsekvenser av en fällande dom mot AstraZeneca, två faktiska och en potentiell; ett ekonomiskt skadestånd samt ett skadat goodwill för AstraZeneca samt i det större perspektivet; en debatt som uppmärksammar marknads- och affärsstrategier i denna bransch. En bransch som å ena sidan betraktas och hyllas som ett av de yttersta bevisen på civilisationens landvinningar men som samtidigt, å den andra, kan visa prov på ociviliserade affärsmetoder.

# Förord

Sommaren år 2000 var en av de regnigaste i mannaminne. Vilken syssla passade då denna sommar bättre än att sittandes i Juridicums källare författa en examensuppsats? Ja, jag vet inte. Resultatet av att jag gjorde just så blev den uppsats som Du nu har för avsikt att läsa.

Ett antal personer har bidragit med idéer, information och inspiration som underlättat och möjliggjort uppsatsens tillkomst. Med följande omnämnanden vill jag framföra mina varmaste tacksägelser till dem alla. I ett för uppsatsens tillkomstprocess kronologiskt perspektiv är de, samt deras bidrag: Tf. Professor Hans Henrik Lidgard för idén och uppslaget till ämnet: Universitetslektor Eva Lindell-Frantz för hennes entusiastiska och entusiasmerande engagemang i handledningen av uppsatsen: Advokat Martin Ekvad vid Magnusson Wahlin Advokatbyrå i Stockholm för värdefulla tips om rättspraxis: densamme och Lennart Söderman VD för ScandPharm för information om läkemedelsbranschens processtrategier samt Jur. kand. Martin Gynnerstedt för hjälp med korrekturläsning.

Jag vill även tacka min far, Börje Westman. Tack för hjälpen med korrekturläsning samt anskaffande av artiklar för uppsatsen men framförallt för det stöd som Du inneburit under hela den utbildning som jag i och med detta dokument fullbordat.

Slutligen bör även De som valde att bedriva denna sommar med samma syssla som jag, och dessutom i samma källare, tackas för det lutheranska stöd Er närvaro bidrog till. Ni vet vilka Ni är.

*Per Vestman  
Lund, oktober 2000*



# Förkortningar

<u>Förkortning</u>	<u>Förklaring</u>
art	Artikel
Dnr	Diarienummer
EMA	The European Agency for the Evaluation of Medical Products
ECR	European Court Reports
EGD	Europeiska gemenskapens domstol
EPC	European Patent Cooperation
EU	Europeiska Unionen
f	följande sida
ff	följande sidor
FASS	Farmaceutiska Specialiteter i Sverige
HovR	Hovrätt
Ibid	Ibidem (= i föregående anförd källa)
kap	kapitel
KKV	Konkurrensverket
KL	konkurrenslag (SFS 1993:20)
LMV	Läkemedelsverket
LVFS	Läkemedelverkets föreskrifter och allmänna råd
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market
OJ	Official Journal of the European Communities
p	premiss
pp	premisserna
PatL	patentlag (SFS 1967:837)
PCT	Patent Cooperation Treaty
prop	Proposition
RB	rättegångsbalk
RF	Rådsförordning
TT	Tidningarnas telegrambyrå
UF	Unionsfördraget - Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (Romfördraget) i konsoliderad version efter Amsterdamfördraget
uppl	upplaga
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I relationen konkurrens- och immaterialrätt finns en dynamik som genom åren genererat intressanta frågor inom såväl nationell som inom europeisk konkurrensrätt. Konkurrensrättens strävande för sund konkurrens ställt mot utövandet av genom immaterialrätten sanktionerade monopol erbjuder svårhanterliga avvägningar. Enskildas rättigheter - ensamrätter – kommer i konflikt med det allmännas intresse om effektiv konkurrens.

Denna uppsats skall behandla en fråga som ligger i detta spänningsområde mellan EU:s konkurrensrätt och en nationell form av immaterialrätt, närmare bestämt patenträtt. Frågan är om regeln om missbruk av dominerande ställning, UF art 82, kan hindra innehavaren av ett patent att driva en process som syftar till att förhindra och stoppa intrång i denna ensamrätt. Har en rättighetsinnehavare alltid rätt att processa för att skydda sin ensamrätt? Eller kan ett systematiskt processande, en medveten strategi i syfte att hålla konkurrenter på avstånd, konstituera ett missbruk av dominerande ställning?

Nationella patentlagar ger patenträttsinnehavaren möjlighet - en rättighet - att ingripa mot den som kränker hans rätt. Det får ses som en rättighet för patentinnehavaren att kunna tillämpa dessa medel då de säkerställer patentinstitutets effektivitet. Men är denna rätt så stark att en dominerande rättighetsinnehavare kan tillåtas missbruka rätten att beivra intrång i syfte att trakassera eller utöva påtryckningar mot konkurrenter utan att konkurrensrätten skall kunna ingripa? Dessa frågor har sin upprinnelse i ett aktuellt autentiskt fall som är under utredning av EU-kommissionen. Jag avser även att studera detta fall i denna uppsats.

## 1.2 Fallet

Läkemedelsföretaget AstraZeneca blev under februari 2000 utsatt för en skryningsråd företagen av EU:s konkurrensenhet inom kommissionen. Anledningen till kommissionens undersökning var misstankar om oegentligheter från AstraZenecas sida beträffande strategi och förfarande vid försvarandet av nationella patent i Europa avseende magsårsmedicinen Losec. Kommissionens misstankar grundar sig enligt AstraZeneca på klagan från tredje part; de generikatillverkare som AstraZeneca utkämpar processer mot angående patentskyddet och tilläggsskyddet för Losec. AstraZenecas förfarande har ifrågasatts i ljuset av EU-rättens konkurrensregler. Frågan kommissionen har att ta ställning till är var gränsen går för en innehavare av en patenträttighet ifråga om metoderna för och möjligheten att försvara denna rättighet utan att komma i konflikt med UF:s art 82.

### 1.3 Syfte och problemställning

Ambitionen med denna uppsats är dels att klargöra vad missbruksbegreppet i art 82 kan medföra för begränsningar i möjligheten för en part att i rättsprocess försvara en patenträtt; dels att undersöka om AstraZenecas agerande i fallet Losec kan innebära att företaget missbrukat en dominerande ställning.

Frågeställningarna i uppsatsen disponeras enligt följande.

För det första måste jag ta ställning till:

**1. Kan rättigheten att freda ett patent från intrång överhuvudtaget inskränkas genom de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna?**

Om så är fallet har jag att ta ställning till:

**2. Vilka former av processuella ageranden kan utgöra missbruk av dominerande ställning?**

Slutsatserna av fråga ett och två skall sedan leda till ett ställningstagande i frågan:

**3. Kan några former av processuella ageranden för att skydda ett patent mot intrång utgöra missbruk av dominerande ställning?**

Svaret på dessa frågor utgör sedan underlag för att besvara frågan

**4. Kan AstraZenecas agerande i processer för att försvara Losec-patent innebära missbruk av dominerande ställning enligt art 82?**

### 1.4 Disposition

Arbetet disponeras efter de fyra ovan angivna frågeställningarna. Då de första tre frågorna avser att beskriva rättsläget och den sista till att praktiskt tillämpa detta rättsläge, anser jag det först lämpligt att dela upp arbetet i en teoretisk och en praktisk del. En ytterligare inledande del ger därutöver en allmän bakgrund till den dogmatiska rättsstrukturen. Med hänsyn till detta upplägg samt det faktum att fråga tre besvaras genom en samlad diskussion kring slutsatserna från fråga ett och två redovisas slutsatserna av den teoretiska delen respektive den praktiska delen var för sig.

De tre delarna har följande innehåll och syfte:

**Del I** - Inledningsvis ges en allmän orientering i den nationella immaterialrätten och EU-konkurrensrätten samt deras relation till varandra. Sedan följer en redogörelse för EU-rättens regel om missbruk av dominerande ställning. Dessa inledande avsnitt syftar till att ge en allmän orientering i dels det regelverk vi rör oss i samt dels i den problematik som är utmärkande för relationen konkurrens- och immaterialrätt.

**Del II** – I denna del utreds rättsläget avseende de för arbetet uppställda frågorna. Detta görs genom att först studera vad art 82 sätter för gränser för utövandet av immaterialrätter samt sedan vad art 82 kan medföra för inskränkningar i möjligheten att processa. Den andra delen avslutas med slutsatserna kring rättsläget.

**Del III** - Uppsatsens praktiska del kommer med ledning av slutsatserna angående rättsläget ägnas åt en analys av AstraZenecas beteende i fallet Losec. Avsnittet inleds med en undersökning av de faktiska omständigheterna i fallet och övergår senare i en analys för att studera uppsatsens fjärde fråga.

Jag tar mig friheten att närmare precisera denna disposition, så att säga ”under resans gång”, då jag anser att motiven för att vissa avsnitt finns samt hur man väljer att styra eller fokusera diskussionen oftast redovisas bäst i sitt sammanhang. För en översikt över upplägget kan också hänvisas till innehållsförteckningen.

## 1.5 Metod och material

Arbetets struktur beskrivs ovan i syfte- och dispositionsavsnitten. Denna struktur återspeglar samtidigt den metod som uppsatsen tillämpar. Uppsatsen tillämpar gängse juridisk metod och är en rättsutredning. Med utgångspunkt från ett konkret fall skall uppsatsen klargöra rättsläget och sedan med hjälp av gällande rätt lösa detta fall. I de lägen där rättsläget är oklart förs egna diskussioner kring vad jag betraktar som rimliga lösningar på frågorna.

De inledande allmänna delarna bygger i först hand på läroboksmaterial i nationell konkurrensrätt, EU-konkurrensrätt och immaterialrätt. Jag har utgått från de danska författarna Lungard Hansen, Kjølbye och Saugmandsgaard Øe:s bok *EU-konkurrenceretten*<sup>1</sup> vilken jag betraktar som en bra, lättillgänglig och färsk bok i ämnet.

För att klargöra rättsläget har jag i första hand använt mig av EGD:s praxis men även utslag från förstainstansrätten och beslut från kommissionen behandlas och beaktas. Merparten av dessa avgöranden har jag funnit genom hänvisningar i doktrinen men även genom hänvisningar i åberopad praxis. Tidskriftsartiklar och läroböcker som berört och kommenterat dessa avgöranden har bidragit till tolkningen av praxis. Att citat ur praxis återges på svenska och engelska växelvis beror på att den version av Complex-databasen som använts inte är komplett med översättningar till svenska.

Uppsatsens tredje del studerar ett autentiskt fall. Detta fall är i skrivande stund under utredning av EU-kommissionen. För att utreda det handlande som ligger till grund för kommissionens undersökning krävs en betydande material- och faktainsamling. Då befogenheterna till undersökning av och insyn i företag genom så kallade gryningsräder mm inte omfattar Juris studerande<sup>2</sup> har jag inte möjlighet att göra en lika nyanserad undersökning som Kommissionen kring de faktiska omständigheterna i fallet.

---

<sup>1</sup> Lungard Hansen Kim, Kjølbye Lars, Saugmandsgaard Øe Henrik, *EU-konkurrenceretten*, Köpenhamn, 1998.

<sup>2</sup> Förordning nr 17 [1962] Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, art 14, e contrario.

Kommissionen har ännu inte redovisat något om sin undersökning och AstraZeneca har inte utöver ett pressmeddelande kommenterat undersökningarna närmare. I mina försök att skapa mig en bild av substansen i EU-kommissionens undersökning har jag således varit hänvisad till information i dags- och fackpress samt uppgifter från praktiker. Med ledning av denna information har jag ställt upp ett antal hypoteser om vilket beteende från AstraZenecas sida som skulle kunna konstituera misstanke om missbruk av dominerande ställning.

## 1.6 Avgränsningar och begrepp

Den allmänna diskussionen kring immaterialrätt tar sin utgångspunkt i den svenska lagstiftningen. Denna antas återspegla samma grunder och motiv som gäller på ett europeiskt plan. Uppsatsen behandlar bara EU:s konkurrensregler då endast de är relevanta för lösning av fallet. Tillämpning av motsvarande svenska regler kan för övrigt antas leda till samma resultat då dessa är anpassade till UF:s konkurrensregler samt att svenska domstolar följer EGD:s praxis.

Med hänsyn till frågeställningen fokuserar uppsatsen enbart på patenträttens förhållande till konkurrensrätten – ej immaterialrätter generellt. Analogier från argument i rättsfall och doktrin angående andra immaterialrätters förhållande till konkurrensrätten kan emellertid vara intressanta för klargörande av rättsläget. Då sådana argument lyfts in i diskussionen måste de dock alltid betraktas i ljuset av respektive immaterialrätts karakteristiska innehåll.

Den praktiska prövningen av fallet som görs i denna uppsats syftar inte till att vara någon uttömmande granskning av Losec-fallet samt dess eventuella konsekvenser; utan snarare till att finna vilka argument som kan tänkas ligga bakom kommissionens granskning. Den praktiska tillämpningen av reglerna om missbruk av dominerande ställning genom processuellt agerande är till stor del bevisfrågor. Med hänsyn till detta har ett arbete av denna art inte möjlighet och kan inte ha ambitionen att föregripa den pågående utredningens resultat. Så är inte heller fallet här.

Konkurrensrätten i UF reglerar bara s k konkurrensbegränsningsrätt, d v s regler avseende att motverka karteller och missbrukande av dominerande ställning och inte s k marknadsrätt. Användningen av begreppet konkurrensrätt syftar på konkurrensbegränsningsrätten.

Då artiklarna i UF omnumrerats i samband med Maastrichtfördragets införlivande innehåller flera äldre citat hänvisningar till den tidigare numreringen av UF. Nuvarande artikel 28, 30, 81 och 82 motsvaras i dessa fall av 30, 36, 85 och 86.

# **Del I – Rättsområdena**

## **Konkurrensrätt och immaterialrätt på europeisk och nationell nivå – dogmatik och dynamik**

# 2 Immaterialrätt och konkurrensrätt samt deras förhållande sinsemellan

## 2.1 Immaterialrättens syfte

Immaterialrätten erbjuder olika former av exklusiva skydd för intellektuella prestationer. Grundtanken är att den som skapar något, kommer med lösningar på tekniska problem eller formger skall belönas med en ensamrätt att utnyttja sitt alster ideellt och kommersiellt. Inom de industriella ensamrätterna, d v s patent-, mönster- och varumärkesskyddet är det det kommersiella nyttjandet som är det centrala. Tack vare immaterialrättens skydd lönar det sig att lägga resurser i form av tid, tankearbete och framförallt pengar på det kreativa skapandet. Uppfinnarens och upphovsmannens exklusiva skydd av immateriella prestationer – idéer - är incitament, belöning och samtidigt en förutsättning för teknisk utveckling, kulturellt skapande och produktdifferentiering. Frukterna av en intellektuell insats skall få skördas av den som gjort denna insats.

## 2.2 Patenträttens grund och legitimitet

Patentinstitutets legitimitet kan sägas rymmas i fyra övergripande föreställningar.<sup>3</sup> En naturrättslig föreställning som värnar om uppfinnarens naturliga rätt till sin uppfinning; två utilitaristiska, närbesläktade föreställningar som bottnar i tanken om det tillfälliga monopol- och belöningsmotivering samt monopol- och profitsporremotivering.<sup>4</sup> Den förstnämnda är en belöning till uppfinnaren i form av ett tidsbegränsat monopol som tar ett bakåtriktat sikte på vad uppfinnaren skapat medan det senare ger incitament för framtida insatser och investeringar. Den sista föreställningen är tanken om utväxling av en hemlighet mot en ensamrätt; staten får ta del av och offentliggöra uppfinningen för allmänheten i utbyte mot ett patent till den enskilde.<sup>5</sup>

Tankarna om monopol- och belöningsmotivering samt monopol- och profitsporremotivering har varit de mest betydelsefulla motiven för patentlagstiftningens legitimitet i de moderna industristaterna.<sup>6</sup> Patentlagstiftningskommittén 1919 betonade i sitt betänkande<sup>7</sup> att patentlagens ändamål var att

---

<sup>3</sup> Petrusson Ulf, *Patent och industriell omvandling – En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem*, Stockholm, 1999, s 106.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid. s 107.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Patentlagstiftningskommitténs betänkande VI, 1919. *Förslag till lag om patent mm*, s 161.

*”uppmuntra uppfinnarverksamheten genom att bereda uppfinnarna möjlighet att ... draga ekonomisk vinst ... samt att därigenom befördra de tekniska vetenskapernas och näringslivets utveckling.”*<sup>8</sup>

Patenträttens motiv och legitimitet kan även sökas i dess rättsekonomiska effektivitet.<sup>9</sup>

Utformningen av ett patentskydd fodrar, i likhet med övriga former av immaterialrättsliga skydd, vissa avvägningar. Hur starkt skall skyddet vara för att tillgodose uppfinnarens legitima intressen väl avvägda mot de samhälleliga? Mot bakgrund av sådana avvägningar innehåller patenträtten vissa begränsningar. Den viktigaste inskränkningen är patenträttens tidsbegränsning. Patentskyddet varar under en bestämd tid och för upprätthållandet krävs dessutom erläggande av en årlig avgift.<sup>10</sup> Skyddstiden i Sverige är 20 år från ansökningsdagen.<sup>11</sup> Ett patent uttaget i ett visst land gäller enbart inom detta lands territorium vilket medför en geografisk begränsning.<sup>12</sup> Ensamrätten inskränks vidare genom att Patentlagen tillåter vissa dispositioner i icke kommersiellt syfte samt forskningssyfte.<sup>13</sup> Reglerna om tvångslicens<sup>14</sup> ger möjlighet att utverka en licens för tredje part gentemot patentinnehavaren. Detta instrument syftar bl a till att förhindra grovt missbruk av ensamrätten.<sup>15</sup> Villkoret om offentliggörande av uppfinningen<sup>16</sup> för erhållande av patent inskränker vidare patentinnehavarens kunskapsförsprång i relation till dennes konkurrenter då idén bakom uppfinningen görs allmänt känd.

### **2.3 Konkurrensbegränsningsrättens grund och legitimitet**

Konkurrensrätten har som disciplin en kortare levnadshistoria än patenträtten. Konkurrensrätten inom EU och dess medlemsländer har främst rötterna i den amerikanska anti-trusträtten som växte fram i slutet av 1800-talet. Denna recipierades i Europa i mitten av 1900-talet genom USA:s inflytande i Västtyskland efter andra världskriget. Anti-trusträttens principer flöt sedan in i, vad som senare skulle bli gemenskapsrätt, traktaten om bildande av Kol- och stålunionen 1951.<sup>17</sup>

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Petrusson, s 118f. Koktvedgaard Mogens, *Lærebog i immaterialret*, uppl 4, Gylling, 1996, s 27.

<sup>10</sup> PatL 40§ st 2, 41§.

<sup>11</sup> PatL 40§ st 1.

<sup>12</sup> De konventionsgrundande samarbetena inom EPC- och PCT systemen erbjuder centraliserade ansökningsformer som leder till godkännande i flera länder.

<sup>13</sup> PatL 3§ st 3.

<sup>14</sup> PatL 46-48§§.

<sup>15</sup> Tvångslicens utverkas sällan i praktiken. Reglernas effekt som incitament för frivilliga uppgörelser bör emellertid inte underskattas. Se Koktvedgaard Mogens, Levin Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, uppl 6, Stockholm, 2000, s 257.

<sup>16</sup> PatL 22§.

<sup>17</sup> Fejø Jens, *EU-konkurrenseret*, uppl 4, Gylling, 1997, s 23.



Konkurrens uppfattas som något positivt och eftersträvansvärt då det anses bidra till en ökad välfärd.<sup>18</sup> En konkurrensutsatt marknadsaktör har incitament att hålla nere priser, produktutveckla och differentiera i jakten på kundernas gunst. Konkurrensrätten syftar till att reglera aktörers handlande på marknaden och är ett styrmedel för att nå national- och marknads-ekonomiska mål.<sup>19</sup> Rättsinstitutet vilar i första hand på ekonomiska principer och argument.

Den teoretiska ytterligheten och utopin är den fullständiga konkurrensen som skulle råda på en marknad med många köpare, säljare och homogena produkter utan tillträdes- och utträdes hinder. Denna marknad uppmuntrar till en effektiv resursallokering, stimulerar forskning och produktutveckling samt investeringar som i slutändan bidrar till en ökad konsumentvälfärd. I den andra ytterligheten, monopolet, kontrollerar en aktör hela utbudet. Denna aktör saknar ovan angivna incitament och kan agera helt oberoende på marknaden. Monopolisten har marknadsmakt. Marknaden med fullständig konkurrens är dock inte för alla typer av varor givet den effektivaste. Koncentrerade marknader med få stora aktörer ger möjligheter till effektivare resursallokering genom bl a stordriftsfördelar i produktionen. På vissa marknader kan även ett monopol vara den effektivaste lösningen, man talar då om ett naturligt monopol.<sup>20</sup>

Konkurrensbegränsningsrättens regler syftar till att förhindra och bromsa de negativa effekter som kännetecknar den monopolistiska marknaden eller marknader som strävar mot hämmad konkurrens genom samarbete på utbuds- eller efterfrågesidan. Regleringen motverkar dels illojalt utnyttjande (missbruk) av dominerande marknadspositioner, dels koncentrationer och samarbete mellan annars av varandra oberoende och konkurrerande verksamheter.

## **2.4 Förhållandet mellan patenträtten och konkurrensbegränsningsrätten**

Patenträtten syftar primärt till att skapa ensamrätter till lösningar av tekniska problem. Ensamrätten tillkommer idéns upphovsman och rättsordningen sanktionerar således ett slags monopol. Inte ett monopol i ekonomiska termer men en grad av immunitet i förhållande till konkurrenter.<sup>21</sup> Samtidigt syftar konkurrensbegränsningsrätten till att hindra marknadsaktörer med en dominerande ställning att missbruka sin position. En sådan dominans kan exempelvis besittas genom innehavet av en immateriell äganderätt, t ex patent. Denna motsättning mellan de två rättsområdena är ett problemområde som givit upphov till avvägningar inom såväl lagstiftning som rättspraxis både på nationell och gemenskapsrättslig nivå.

---

<sup>18</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 19.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid s 23.

<sup>21</sup> Whish R, *Competition Law*, uppl 3, London, 1993, s 621.

Systemet med tilldelning av immateriella ensamrätter medför dock inte i sig ett oförenligt motsatsförhållande till konkurrensrätten. Stimulering av forskning och utveckling genom exempelvis tillerkännande av ensamrätt i ett patent eller upparbetande av goodwill under ett varumärke är väsentliga beståndsdelar i en effektiv konkurrens.<sup>22</sup> Konkurrensbefrämjande och samhällsnyttiga avvägningar är gjorda redan i och med tillskapandet av de immaterialrättsliga reglerna.<sup>23</sup> Dessa avvägningar återpeglas i ovan angivna inskränkningar beträffande skyddstid, möjlighet till tvångslicens m m..

Utnyttjandet och utövandet av immateriella rättigheter kan trots de begränsningar som finns inbyggt i skyddet komma att hämma konkurrensen på ett sätt som inte är legitimt mot bakgrund av de immateriella rättigheternas syften. Man kan då hävda att nyttjandet går utanför de intressen som ensamrätten avser att skydda.<sup>24</sup> I sådana fall kan det konkurrensrättsliga intresset väga tyngre än rättighetsinnehavarens och man kan därmed motivera konkurrensrättsliga inskränkningar i dennes möjlighet att utnyttja sin rätt som konkurrensmedel. Gränserna för det tillåtna respektive otillåtna kommer då att sättas av konkurrensbegränsningsrätten vars syften blir utgångspunkten för denna diskussion.<sup>25</sup> Frågan är vinklad ur det konkurrensrättsliga perspektivet; vilka former av nyttjanden av de immateriella rättigheterna är förenliga med konkurrensrättens mål? En variant av denna fråga utgör detta arbetes viktigaste fråga.

---

<sup>22</sup> Lungard Hansen, Kjølbje, Saugmandsgaard Øe, s 437.

<sup>23</sup> Kockvedgaard, Levin, s 21. Scovsbo Jens, *Afgrænsningen mellem Konkurrence- og immaterialretten*, s 134 i *Konkurrens på regulerede marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?*, Red: Bernitz Ulf, Edwardsson Eva, Stockholm, 1999.

<sup>24</sup> Svensk rätt, se: 1954 års Priskontrollutrednings uttalande i SOU 1955:45 s 123, MD 1972:2 ”Dubman” (refererad i NIR 1972 s 443 ff), EU-rätten se Mål C-349/95, *Londersloot / Ballantine & son m fl*, [1997] ECR I s 6227 p 21.

<sup>25</sup> Lungard Hansen, Kjølbje, Saugmandsgaard Øe, s 440.

# 3 Nationella immaterialrätters ställning inom gemenskapsrätten

## 3.1 Immaterialrättens placering i det gemenskapsrättsliga systemet

Enligt UF art 295 skall inte gemenskapsreglerna beröra medlemsländernas ordningar beträffande äganderätter. Detta utestänger gemenskaplig normgivningsmakt på området för immaterialrätter.<sup>26</sup> Regleringen av utövandet och förvärvandet<sup>27</sup> av immateriella rättigheter görs på nationell nivå. Denna grundprincip modifieras dock i viss mån av UF genom reglerna om varors fria rörlighet. UF art 30 tillåter bara nationella immaterialrättsliga regler i den utsträckning dessa inte medför godtycklig diskriminering eller förtäckta handelshinder i medlemsstaternas samhandel.

## 3.2 Konflikt mellan nationell immaterialrätt och gemensam konkurrensrätt

Som ovan beskrivits finns det en inneboende konflikt mellan konkurrensrätt och sättet att utnyttja en immaterialrätt. Då regleringen av immaterialrätter inom EU är en angelägenhet som vilar på medlemsstaterna har denna konflikt en ytterligare dimension; nationella reglers förhållande till EU:s överstatliga konkurrensrätt.<sup>28</sup>

EGD har bl a i Centrafarm-fallet<sup>29</sup> uttalat att diskrepansen i befintliga nationella immaterialrättslagar, i avsaknad av harmonisering av reglerna rörande industriella äganderätter, kan skapa hinder för varors fria rörlighet och hinder för konkurrens inom den gemensamma marknaden. Sedan detta uttalande har en inte obetydlig flora av rättspraxis från EGD kring frågan pekat på detta förhållande och samtidigt bekräftat antagandet om att konflikter kan uppstå mellan nationell reglering och fördraget. Gemensamt för dessa avgöranden är att de stödjer den tidigare uttalade principen och tolkningen av art 295; avsaknaden av harmonisering på området för

---

<sup>26</sup> EGD fastslog i Förenade målen 56 och 58/64, Grundig & Consten / Kommissionen, [1966] ECR s 429, p 345 att art 295 (tidigare art 222) även omfattar immateriella rättigheter.

<sup>27</sup> Beträffande *erhållande* av immateriella rättigheter finns redan sedan tidigare ett centraliserat konventionsgrundat system för prövning och registrering av patent i Europa inom ramen för EPC-systemet. Vidare har EU inrättat ett centraliserat system för registrering av varumärken inom gemenskapen genom OHIM.

<sup>28</sup> Schovsbo Jens, *Magill-sagen i gränsområdet mellan immaterialret og konkurrenceret*, UfR 1995 B s 446.

<sup>29</sup> Mål 15/74, Centrafarm BV m fl / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147.

immateriella rättigheter gör det till en nationell angelägenhet att fastlägga sådana regler.<sup>30</sup>

De nationella immaterialrättsliga reglerna accepteras och skyddas samtidigt av UF. Rättigheterna och reglerna måste emellertid utövas och utformas i överensstämmelse med fördragets regler. De fördragsregler som framförallt kan komma att inskränka nationella immaterialrätters verkningar är reglerna om fri rörlighet för varor och tjänster<sup>31</sup> samt reglerna om konkurrensbegränsningar<sup>32</sup>. Framställningen i denna uppsats kommer att fokusera på en del av de senare.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Mål C-317/91, Deutsche Renault / Audi, [1993] ECR I s 6227 p 20 Förenade målen C-92 och 326/92, Collins & Patricia Im und Export / Imtrat & EMI Electrola, [1993] ECR I s 5145 p 19; Mål 35/87, Thetford / Fiamma, [1988] ECR s 3585; Mål 144/81, Keurkoop / Nancy Kean Gifts, [1982] ECR s 2853.

<sup>31</sup> Art 28, 30.

<sup>32</sup> Art 81, 82.

<sup>33</sup> För en utförlig redogörelse angående immaterialrättens förhållande till reglerna om varor och tjänsters fria rörlighet se t ex Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe s 441ff.

# 4 EU:s konkurrensbegränsningsrätt

## 4.1 EU-konkurrensbegränsningsrättens grund och syfte

Grunden för EU:s konkurrensregler återfinns i UF art 2 och 3.1g. Enligt dessa regler har gemenskapen till uppgift att upprätta en gemensam marknad, skapa en hållbar utveckling för näringslivet inom gemenskapen samt en hög grad av konkurrenskraft, art 2. Detta skall förverkligas genom bl a tillskapandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, art 3.1g.

De politiska motiven och målen för EU:s konkurrensrätt är de samma som de som redogjorts för ovan i kap 2.4. Reglerna i UF bygger på samma grundidéer och strävanden. Konkurrensreglerna i UF är dessutom en del i unionens strävande för skapande av en gemensam inre marknad. Därför är det viktigt att betrakta konkurrensreglerna som en del i en större helhet. Detta medför att fler regler än fördragets konkurrensregler kan ha betydelse för konkurrensen och tolkningen av konkurrensreglerna även om de inte uttryckligen reglerar denna.<sup>34</sup>

UF:s regler om konkurrens återfinns i fördragets tredje avdelning, avsnitt 1, kapitel 1. De centrala bestämmelserna är art 81 om konkurrensbegränsande samarbeten och art 82 om missbruk av dominerande ställning.<sup>35</sup> Fördragets regler kompletteras av en stor mängd direktiv, förordningar samt administrativ praxis och domstolspraxis. Då enbart art 82 är av intresse för detta arbete hänvisas till allmänna framställningar angående kartellförbudsregeln i art 81.<sup>36</sup>

## 4.2 Missbruk av dominerande ställning

### 4.2.1 Regelns innehåll

Medan art 81 riktar sig mot avtal mellan ekonomiskt självständiga parter behandlar art 82 en eller flera verksamheters ensidiga handlingar. Regeln förbjuder ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del<sup>37</sup> av denna då detta kan påverka samhandeln på marknaden. Bestämmelsen ger en exempli-

---

<sup>34</sup> Fejøl, s 26.

<sup>35</sup> UF art 81 och 82 återfinns som bilaga B.

<sup>36</sup> T ex Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe s 42ff.

<sup>37</sup> Enligt domstolen i mål 322/81, Michelin / Kommissionen, [1983] ECR s 3461, p 28, utgör en medlemsstat en väsentlig del av gemenskapsmarknaden.

fierande uppräknig av olika former av missbruk. Denna uppräknig skall inte ses som uttömmande.<sup>38</sup>

#### 4.2.1.1 Missbruksbegreppet

Missbruk kan enligt art 82 bestå i att: direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen affärsvillkor (typiskt inköps-, försäljningspriser), begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna, tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner samt ställa som villkor för att ingå avtal att motparten åtar sig ytterligare förpliktelser som inte har något samband med föremålet för avtalet. Artikeln skall tolkas i ljuset av ändamålsbestämmelserna i UF art 2 och 3 vilket medför att regeln inte bara tar sikte på åtgärder som direkt drabbar konkurrenter utan även agerande som är ägnat att skada konkurrensstrukturen på en marknad.<sup>39</sup>

Det framgår såväl av regeln som av praxis att uppräknigen av missbruksformer i art 82 ej är uttömmande.<sup>40</sup> Uppräknigen i art 82 rör huvudsakligen sk utnyttjande handlande, varmed förstås handlingar som drabbar verksamhetens handelspartners.<sup>41</sup> Domstolen uppställde i Hoffmann-La Roche-domen<sup>42</sup> följande definition av missbruk som sedan dess tillämpats i praxis:

*”Missbruksbegreppet är ett objektigt 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 ifrågavarande företagets 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.”<sup>43</sup>*

Mot bakgrund av denna definition begränsas missbruksbegreppet emellertid inte enbart till sådant ”utnyttjande handlande”, som art 82 ger exempel på, utan omfattar även *exkluderande handlande* samt *strukturellt missbruk*. Ett exkluderande handlande tar sikte på att begränsa aktuella eller potentiella konkurrenters möjligheter att konkurrera på marknaden eller att försvåra deras tillträde till marknaden.<sup>44</sup> Exempel på strukturella missbruk är uppköp av konkurrerande verksamheter som försvagar konkurrensen på marknaden.<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> Mål C-333/94, Tetra Pak / Kommissionen, [1997] ECR I s 5951, p 37.

<sup>39</sup> Mål 6/72, Europemballage Corporation & Continental Can / Kommissionen, [1973] ECR s 157, s 215.

<sup>40</sup> Se ovan 4.2.1.

<sup>41</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 148.

<sup>42</sup> Mål 85/76, Hoffmann-La Roche / Kommissionen, [1979] ECR s 461.

<sup>43</sup> Ibid domen p 109.

<sup>44</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 148.

<sup>45</sup> Mål 6/72, Europemballage Corporation & Continental Can / Kommissionen, [1973] ECR s 157, pp 26-28. Kommissionens beslut i Continental Can company, OJ Nr L 7/25 1972.

Att missbruksbegreppet är ett ”objektivt begrepp” medför att man inte behöver ta hänsyn till subjektiva intentioner med ett handlande.<sup>46</sup> Det är inte heller nödvändigt att handlandet har haft den åsyftade eller förväntade effekten.<sup>47</sup> Det uppställs heller inget krav om orsakssamband mellan den dominerande ställningen och det utövade missbruket. Den dominerande ställningen behöver alltså inte vara en förutsättning för missbrukshandlingen.<sup>48</sup>

#### 4.2.1.2 Dominerande ställning

Dominerande ställning definieras i EGD:s praxis som

*”...en ekonomisk maktposition som sätter den ifrågavarande verksamheten i stånd att förhindra att det upprätthålls en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att den kan anlägga ett i betydande omfattning oberoende handlande...”*<sup>49</sup>

Undersökningen av om ett företag är dominerande görs i två steg; först måste den relevanta marknaden avgränsas, sedan skall företagets ekonomiska styrka inom den avgränsade marknaden värderas.

Fastläggande av den relevanta marknaden är ett viktigt första steg i den konkurrensrättsliga värderingen.<sup>50</sup> Kommissionen har genom ett tillkännagivande 1997 givit riktlinjer för hur den utför avgränsningen.<sup>51</sup> Enligt tillkännagivandet är syftet med avgränsningen att fastslå vilka konkurrenter som är i stånd att påverka den undersökta verksamhetens handlande och förhindra den från att verka oavhängigt.<sup>52</sup> Hänsyn skall dels tas till produktmarknaden<sup>53</sup> och dels till den geografiska marknaden<sup>54</sup>.

Ett företags ekonomiska styrka inom den relevanta marknaden beror på dess förmåga att genom dess ställning agera oavhängigt – graden av ekonomisk frihet.<sup>55</sup> Den i praxis viktigaste faktorn för bedömningen av ett företags marknadsstyrka är dess marknadsandel inom den relevanta marknaden.<sup>56</sup> Förekomsten av rättsliga eller faktiska omständigheter som skapar hinder för

---

<sup>46</sup> Mål T-65/89, BPB Industries & British Gypsum / Kommissionen [1993] ECR II s 389 p 70.

<sup>47</sup> Mål T-24/93 Compagnie maritime belge transports m fl / Kommissionen [1996] ECR II s 1201, p 149.

<sup>48</sup> Mål 6/72, Europemballage Corporation & Continental Can / Kommissionen, [1973] ECR s 157, p 27.

<sup>49</sup> Mål 322/81, Michelin / Kommissionen, [1983] ECR s 3461, p 30.

<sup>50</sup> Domstolen har i tidig praxis understrukit vikten av att marknaden avgränsas korrekt, se t ex Mål 6/72, Europemballage Corporation & Continental Can / Kommissionen, [1973] ECR s 157, där domstolen underkände kommissionens marknadsavgränsning.

<sup>51</sup> Kommissionens tillkännagivande av 971209 om avgränsning av den relevanta marknaden EFT 1997 C 372, (Tilkännagivandet).

<sup>52</sup> Tilkännagivandet pp 13 och 14.

<sup>53</sup> Tilkännagivandet pp 25-27.

<sup>54</sup> Tilkännagivandet pp 28-31.

<sup>55</sup> Mål 85/76, Hoffmann-La Roche / Kommissionen, [1979] ECR s 461, p 41 och 71.

<sup>56</sup> Se t ex mål 85/76, Hoffmann-La Roche / Kommissionen, [1979] ECR s 461, p 41; Mål T-83/91 Tetra Pak / Kommissionen [1994] ECR II s 755, p 109.

tillträde till en marknad – s k tillträdesbarriärer – skyddar och stärker en aktörs ställning på en marknad.<sup>57</sup> Tillträdesbarriärer kan bestå av genom lag och myndighetsutövning tilldelade exklusiva rättigheter (koncessioner och immaterialrätter), ekonomiska faktorer som höga ”sunk costs”<sup>58</sup> för marknadstillträde och stordriftsfördelar för etablerad produktion. Ett etablerat företags upparbetande av barriärer genom t ex ingående av exklusiva leveransavtal och kopplade avtal skapar ytterligare hinder.<sup>59</sup>

#### **4.2.2 Förhållande mellan artikel 82 och nationella immaterialrätter**

EGD har uttalat att enbart själva innehavet av en immaterialrätt inte i sig medför en dominerande ställning.<sup>60</sup> Innehavet innebär förvisso en privilegierad ställning i förhållande till konkurrenter då det ger marknadsaktör makt. Detta anses dock inte per automatik innebära dominans i art 82:s mening. En marknadsaktör måste ha den reella makten att kunna hämma den effektiva konkurrensen på en väsentlig del av marknaden för att vara dominant i art 82:s mening. Innehavet av en immaterialrätt är då givetvis ett effektivt verktyg för att åstadkomma dominans genom att den hindrar eller utestänger tillträdet till marknaden avseende det skyddade. En immaterialrätt beaktas därför tillsammans med andra faktorer<sup>61</sup> som ett element i bedömningen av ett företags styrka på marknaden.<sup>62</sup>

Att det enligt EGD:s tolkning av UF är upp till medlemsstaterna att sörja för regleringen av immaterialrätter medför att reglerna angående existensen av ensamrätt stiftas nationellt. I förhållande till EU-rättens regler om konkurrens och varor och tjänsters fria rörlighet kan emellertid utövandet av en immaterialrätt ifrågasättas och prövas av unionens organ. Utgångspunkten är då att EU-rätten inte medför ingrepp i utövandet av immaterialrätter så länge detta sker i enlighet med föremålet för den industriella och kommersiella äganderätten.<sup>63</sup> Immateriella rättigheter kan i händerna på en dominerande verksamhet medverka till att motarbeta målen med art 82. Det är härav en väsentlig fråga om och i vilken omfattning art 82 inskränker en dominerande verksamhets möjligheter att utöva sina rättigheter.

---

<sup>57</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 134f.

<sup>58</sup> Kostnader och investeringar vid etablering av verksamhet som inte kan återfås om etableringen misslyckas. Ett typiskt exempel är marknadsföringskostnader.

<sup>59</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 134f.

<sup>60</sup> Ex förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>61</sup> Se ovan kap 4.2.1.1.

<sup>62</sup> Ex mål T-51/89 Tetra Pak / Kommissionen, [1990] ECR II s 309, p 23 samt mål T-30/89 Hilti / Kommissionen, [1990] ECR II s 1439, p 93.

<sup>63</sup> Se ovan kap 2.4.



## **Del II – Teori**

**Kan några former av processuella  
ageranden för att skydda ett patent  
mot intrång utgöra missbruk av  
dominerande ställning?**

# 5 Artikel 82 och utövandet av immaterialrätter

## 5.1 Inledning

Sättet att utöva nationellt upplåtna immaterialrätter kan komma i konflikt med gemenskapsrätten. I de immateriella rättigheternas natur ligger möjligheten till exkluderande handlingar från rättighetsinnehavaren gentemot faktiska och potentiella konkurrenter. Vissa former av handlande från en rättighetsinnehavares sida anses legitima mot bakgrund av föremålet för den industriella och kommersiella äganderätten. Handlingar som går utanför detta föremål accepteras inte. Att utröna syftet för de enskilda rättigheterna blir då centralt för frågan om hur en innehavare av en immateriell ensamrätt i en dominerande position får handla utan att komma i konflikt med art 82. Denna gränsdragning har formats genom EGD:s praxis som här skall studeras. Rättsfall både beträffande regeln i art 30 respektive art 82 har bidragit till denna praxis vilket medför att fall både beträffande reglerna om varors fria rörlighet samt missbruk av dominerande ställning bör studeras.

## 5.2 Utvecklingen i praxis

### 5.2.1 Grundig & Consten / Kommissionen<sup>64</sup>

Fallet rörde ett exklusivt återförsäljaravtal upprättat mellan den Tyska elektronikvarutillverkaren Grundig och den franska återförsäljaren Consten. Grundig hade genom avtalet låtit Consten registrera varumärket "GINT" för den franska marknaden. Consten kunde genom innehavet av varumärkesrätten förhindra parallellimport till den franska marknaden. Avtalet tillförsäkrade på detta sätt Consten ett fullständigt områdesskydd. Fullständigt områdesskydd vid ensamförsäljaravtal är inte förenligt med UF art 81.

Trots att UF:s regler lämnar immaterialrättslig reglering utanför fördraget menade domstolen att detta inte utesluter att gemenskapsrättens art 81 och 82 kan ha inverkan på utövandet av nationella industriella rättigheter. Kommissionens överklagade åläggande för företagen stadgade en förpliktelse för parterna att inte använda nationella varumärkesrättigheter för att hindra parallellimport. Detta förbud fick domstolens stöd då man ansåg att detta i sig inte påverkade förekomsten av rättigheterna utan enbart utgjorde en begränsning i utövandet av dessa i den mån det behövdes för att genomföra förbudet i art 81 punkten 1.

---

<sup>64</sup> Förenade målen 56 och 58/64, Grundig & Consten / Kommissionen, [1966] ECR s 429.

Domstolens argumentation grundar sig således på en distinktion mellan existensen respektive utövandet av rättigheterna. EU-rätten kan genom UF:s regler inte påverka de nationella reglerna angående immaterialrätternas existens. Vad gäller utövandet av rättigheterna finns det emellertid en möjlighet att begränsa detta då utövandet missbrukas i syfte att motverka genomslagskraften i gemenskapens lagstiftning angående konkurrensbegränsande samverkan på nationella plan.<sup>65</sup> Detta har i doktrinen beskrivits som ”existens/utövande-doktrinen” (the existence/exercise-doctrine). Grundig och Consten-fallet utgör ett tidigt exempel på denna doktrin.<sup>66</sup>

### 5.2.2 Parke, Davies & Co / Probel m fl<sup>67</sup>

Parke Davis hade upplåtit licens avseende läkemedelspatent i Holland. Bolaget stämde inför holländsk domstol Probel och Centrafarm m fl som från Italien till Holland importerade läkemedel omfattade av patentet. Gällande patentlagstiftning i Italien erbjöd vid denna tid inte skydd för läkemedelsprodukter. Den nationella domstolen tillställde EGD frågor bl a angående tolkningen av art 82:s missbruksbegrepp.

Generaladvokaten uttalade i sitt förslag till avgörande att åberopande av en immaterialrätts exklusiva karaktär (t ex intrångstalan) aldrig kunde innebära ett missbruk av dominerande ställning enligt art 82. Rätten att beivra intrång är en del av rättighetens särskilda föremål. Generaladvokaten menade vidare att frågan om utnyttjandet av ett patent var i strid med art 82 var beroende av kommersiella realiteter

Generaladvokaten fick stöd för sitt förslag av domstolen som uttalade att ett normalt användande av patentskyddet enligt nationell rätt var förenligt med art 82. Enligt domstolen kunde inte enbart ett utövande av en immaterialrätt i syfte att förhindra avsättningen av varor som gjorde intrång i den nationella rätten konstituera överträdelse av art 82. Det krävdes ett element av oegentlighet i nyttjandet av immaterialrätten för att missbruk av dominerande ställning skulle vara för handen.<sup>68</sup>

En svaghet i prejudikatvärdet i denna dom är fallets speciella omständigheter; produkten kunde inte skyddas i exportlandet och framställdes där av en verksamhet som inte kontrollerades av Parke Davis.<sup>69</sup> Domen är dock ett tidigt exempel på argumentation kring och distinktion emellan de rättigheter och syften som immaterialrätterna innehåller.

---

<sup>65</sup> Ibid domen p 258.

<sup>66</sup> Bellamy Christopher, Child Graham, *Common Market Law of Competition*, 4 uppl, London, 1993, s 490-491.

<sup>67</sup> Mål 24/67, Parke, Davies & Co / Probel m fl, [1968] ECR s 55.

<sup>68</sup> Ibid s 69.

<sup>69</sup> Fejøl, s 228f.

### 5.2.3 Centrafarm BV m fl / Sterling Drug<sup>70</sup>

En patentinnehavare hade parallella patent i flera medlemsstater. Produkterna som skyddades av patenten salufördes i flera av dessa medlemsstater av företag till vilka patentinnehavaren upplåtit tillverknings- och försäljningslicens eller enbart försäljningslicens. Produkterna exporterades av tredje man, fördes ut på marknaden i en av dessa medlemsstater och såldes vidare. Patentlagstiftningen i denna sistnämnda medlemsstat gav patentinnehavaren rätt att vidta rättsliga åtgärder för att hindra att de patentskyddade produkterna såldes av andra, även om dessa produkter tidigare av patentinnehavaren eller en licenstagare lagligen saluförts i ett annat land. Domstolen hade bl a att ta ställning till huruvida fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, art 28 och 30, under de ifrågakvarande förhållandena hindrade patentinnehavaren från att motsätta sig att en patentskyddad produkt salufördes av andra.

Domstolen slog fast att begränsningar i varors fria rörlighet kan medges enligt art 30 för att skydda det särskilda föremålet<sup>71</sup> i en immaterialrätt.<sup>72</sup> På patenträttsområdet är det särskilda föremålet för 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.”<sup>73</sup>*

Domstolen uttalade att om nationell patenträtt medgav att en patentinnehavare kunde hindra import av skyddade produkter som av denne eller med dennes samtycke saluförts i en annan medlemsstat, skulle möjligheten att skärma av nationella marknader och på detta sätt begränsa handeln mellan medlemsstaterna, utan att en sådan begränsning var nödvändig för att garantera honom det väsentliga i den ensamrätt som följer av parallella patent, vara oförenligt med gemenskapsrätten.<sup>74</sup> Företagets utnyttjande av sin patenträtt för att förhindra import var därmed oförenlig med UF.

### 5.2.4 Hoffmann-La Roche / Centrafarm<sup>75</sup>

Företaget Hoffmann-La Roche var innehavare av ett varumärke i flera medlemsstater. Centrafarm köpte en produkt som bar Hoffmann-La Roches varumärke och salufördes i en medlemsstat, för att sedan efter att ha ompaketerat produkten och försett den nya förpackningen med Hoffmann-La Roches varumärke sälja denna i en annan medlemsstat. Hoffmann-La Roche invände mot detta i nationell domstol. Produkten, valiumtabletter, salufördes i Tyskland av Hoffmann-La Roche i mindre förpackningar till

<sup>70</sup> Mål 15/74, Centrafarm BV m fl / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147.

<sup>71</sup> ”Specific subject matter” i den engelska versionen av domen, p 9.

<sup>72</sup> Mål 15/74, Centrafarm BV m fl / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147, p 8.

<sup>73</sup> Ibid p 9.

<sup>74</sup> Ibid p 12.

<sup>75</sup> Mål 102/77, Hoffmann-La Roche / Centrafarm, [1978] ECR s 1139.

enskilda köpare och i partier för sjukhusbruk. Hoffmann-La Roche-gruppens brittiska dotterbolag tillverkade samma produkt och saluförde den i stora förpackningar till avsevärt lägre priser än de som tillämpades i Tyskland. Centrafarm saluförde valium i Tyskland som företaget hade köpt upp i Storbritannien i de ursprungliga förpackningarna och därefter paketerat om i större partier om 1000 tabletter i nya förpackningar, vilka försågs med Hoffmann-La Roches varumärke och en angivelse om att produkten saluförs av Centrafarm. Centrafarm lät även meddela att man hade för avsikt att paketera om tabletterna i mindre förpackningar för försäljning till enskilda köpare på den tyska marknaden.

Frågan bedömdes enligt UF art 30 om varors fria rörlighet och domstolen konstaterade inledningsvis att denna regel genom immaterialrättslig reglering endast tillåter avvikelser från principen om fri rörlighet för varor i den mån som detta är berättigat för att skydda det *särskilda föremålet*<sup>76</sup> för dessa rättigheter.<sup>77</sup>

Domstolen uttalade att det *särskilda föremålet* för varumärkesrätten är att varumärkesinnehavaren skall garanteras ensamrätten att använda varumärket när en vara förs ut på marknaden för första gången och att han därigenom skall skyddas mot konkurrenter som vill utnyttja varumärkets ställning och rykte genom att sälja varor som otillbörligen har försetts med detta. För att utröna om denna rätt inbegriper rätten att invända mot att tredje man förser varan med varumärket efter att ha paketerat om densamma är det enligt domstolen nödvändigt att ta hänsyn till rättighetens *grundläggande funktion*<sup>78</sup>. För varumärkets vidkommande tillgodoser denna att konsumenten eller slutanvändaren garanteras märkesvarans ursprungsidentitet så att denne utan risk för förväxling kan särskilja varan från varor som har ett annat ursprung. Varumärkesinnehavarens rätt att hindra all användning av varumärket som kan förvanska ursprungsgarantin anses således som en legitim del av det särskilda föremålet för ensamrätten.<sup>79</sup> Varumärkesinnehavaren hade således rätt att förbjuda försäljningen av ompaketerade varor.<sup>80</sup>

Domstolen menade emellertid att detta hinder kunde utgöra en förtäckt begränsning i handeln mellan medlemsstaterna, enligt art 30 då ompaketeringen inte påverkade varans ursprungliga skick och innehavarens utnyttjande av varumärkesrätten medförde en konstlad avskärmning av marknaderna. Ytterligare förutsättningar till undvikande av detta var att varumärkesinnehavaren underrättades i förväg om försäljningen av den ompaketerade varan samt att det på den nya förpackningen anges vem som har företagit ompaketeringen.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> ”The specific subject matter” i den engelska versionen av domen, p 6.

<sup>77</sup> Mål 102/77, Hoffmann-La Roche / Centrafarm, [1978] ECR s 1139, p 6.

<sup>78</sup> ”The essential function” i den engelska versionen av domen, p 7.

<sup>79</sup> Mål 102/77, Hoffmann-La Roche / Centrafarm, [1978] ECR s 1139, p 7.

<sup>80</sup> Ibid p 8.

<sup>81</sup> Ibid pp 9-13.

### 5.2.5 CICRA m fl / Renault<sup>82</sup>

Ett italienskt konsortium som organiserade återförsäljare av bilreservdelar (CICRA) och en av deras medlemmar (Maxicar) hävdade inför nationell domstol att Renaults reservdelar till bilar inte borde åtnjuta skydd enligt nationell mönsterrätt då de saknade estetiskt värde. Man ville vidare ha ett fastställelseuttalande om att den nationella konkurrensrätten i sig inte hindrade marknadsföring av icke-originaldelar. Renault svarade med en intrångstalan mot CICRA och Maxicar avseende dessas försäljning av piratdelar som gjorde intrång i Renaults italienska mönsterskydd. Den italienska domstolen konstaterade att delarna åtnjöt skydd enligt nationell rätt men framställde en fråga till EGD angående en rättighetsinnehavares nyttjande av sin mönsterrätt i förhållande till art 82.

Generaladvokaten skriver, med hänvisning till uttalandena i Parke Davis-domen<sup>83</sup>, i sitt förslag till avgörande:

*"The mere acquisition of an industrial or commercial property right ... does not... constitute abuse of a dominant position. A further element is required. That element cannot be the fact that competition from independent undertakings producing imitation parts has been eliminated. The elimination of that competition is the necessary consequence of an industrial property right in respect of a product which can have no other form than that which was endowed upon it by its creator, the proprietor of the exclusive right."*<sup>84</sup>

Domstolen gav Generaladvokatens argument stöd och uttalade att utövande av rättighetsinnehavarens möjlighet att förhindra intrång inte kunde anses som ett missbrukande förfarande i syfte att eliminera konkurrens. Man säger vidare angående utövandet av rättigheterna att:

*"the exercise of the corresponding exclusive right may be prohibited by Article 86 of the Treaty if it involves, on the part of an undertaking holding a dominant position, certain abusive conduct such as the arbitrary refusal to supply spare parts to independent repairers, the fixing of prices for spare parts at an unfair level or a decision no longer to produce spare parts..."*<sup>85</sup>

### 5.2.6 AB Volvo / Erik Veng Ltd<sup>86</sup>

Ett fall med samma materiella ting för tvist – bildelar – och liknande juridiska frågeställningar som i Renault-fallet är målet mellan den brittiske reservdelsåterförsäljaren Erik Veng och AB Volvo. Fallen anhängiggjordes dessutom EGD nästan samtidigt.

<sup>82</sup> Mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039.

<sup>83</sup> Mål 24/67, Parke, Davies & Co / Probel m fl, [1968] ECR s 55, ovan kap 5.2.2.

<sup>84</sup> Generaladvokatens utlåtande 880621, pp 59-60 publicerat i mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039.

<sup>85</sup> Mål 53/87, CICRA m.fl. / Renault, [1988] ECR s 6039, p 19.

<sup>86</sup> Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211.

Veng importerade icke-original karosseridelar till Storbritannien. Dessa såldes utan Volvos medgivande och gjorde intrång i Volvos Brittiska mönsterrätt. Volvo vägrade att upplåta licens till mönstren avseende karosseridelarna. Att Veng erbjöd skälig ersättning för erhållande av licens ändrade inte Volvos inställning. Den centrala frågan i fallet som hänsköts till EGD var om Volvos underlåtenhet att upplåta en licens kunde betraktas som ett missbruk av dominerande ställning enligt art 82.

Domstolen uttalade i likhet med tidigare fall att de nationella rättigheterna medgav en rätt för innehavaren att förhindra intrång i ensamrätten. För rättighetsinnehavaren var detta en del av *rättighetens särskilda föremål*.<sup>87, 88</sup> Man sa vidare beträffande den krävda licensupplåtelsen att:

*”an obligation imposed upon the proprietor of a protected design to grant to third parties, even in return for a reasonable royalty, a licence for the supply of products incorporating the design would lead to the proprietor thereof being deprived of the substance of his exclusive right, and that a refusal to grant such a licence cannot in itself constitute an abuse of a dominant position.”*<sup>89</sup>

Man säger härefter, liksom i Renault-domen<sup>90</sup>, att utövandet av en exklusiv mönsterrätt kan vara otillåtet enligt art 82 om en dominerande rättighetsinnehavare utnyttjar denna rätt för att: godtyckligt vägra leverans till oberoende reparatörer, sätta oskäligen priser eller upphöra med produktionen av delarna oaktat att det fortfarande finns en marknad för dem.<sup>91</sup>

Domstolen har i Volvo-domen, genom att ge exempel på vad som inte skulle anses som ett legitimt nyttjande av ensamrätten, till viss del definierat innehållet i rättighetens särskilda funktion. Domstolen beskriver former av utnyttjande av immaterialrätten som är exempel på de särskilda funktionerna men inte acceptabla. De första två exemplen på missbruk (leveransvägran, överprissättning) är klassiska exempel på missbruksformer som explicit är förbjudna enligt art 82. Rättighetsinnehavaren kan upphöra med dessa missbruk utan att meddela licens genom att leverera eller sänka priserna. Detta medför inte något ingrepp i den mönsterrättsliga funktionen.<sup>92</sup>

Att upphöra med produktionen som missbruksform är något nytt. Om konsekvensen av ett sådant handlande skulle kunna vara tvångsupplåtelse av licens anges inte i domen. Oavsett om möjlighet till detta finns har rättighetsinnehavaren i praktiken bara två möjligheter att tillgodose kravet

---

<sup>87</sup> ”*The specific subject matter*” i den engelska versionen av domen.

<sup>88</sup> Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, p 8.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039, p 19, ovan kap 5.2.5.

<sup>91</sup> Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, p 9.

<sup>92</sup> J fr Generaladvokatens utlåtande 940601, p 57 publicerat i förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

om en fortsatt tillverkning av delar; antingen genom att tillverka själv eller genom att upplåta en ”frivillig” licens.<sup>93</sup>

## **5.2.7 RTE & ITP / Kommissionen<sup>94</sup>**

### **5.2.7.1 Bakgrund**

TV-bolagen BBC, RTE och ITP utarbetade programtablåer över deras TV-utsändningar på Irland. Tablåerna skyddades av nationell upphovsrätt. Bolagen utgav var för sig TV-programblad täckande deras sändningar. TV-bolagen upplät även gratislicenser till dagstidningar avseende rätten att publicera dagliga programtablåer. Tidningarna fick publicera översikterna för samma dag eller, om den följande dagen var en helgdag, två dagars program varvid vissa villkor angående publiceringsformatet skulle iakttas. Likaledes var det tillåtet att publicera uppgifter om ”höjdpunkterna” i veckans TV-program samt i närmare bestämt omfång information om kommande höjdpunkter.

Företaget Magill TV Guide (Magill) ville på veckobasis ge ut ett TV-programblad som sammanställde alla TV-kanalernas programtablåer för en vecka framöver. I maj år 1986 utkom en upplaga av Magill TV Guide med uppgifter om hela veckans TV-program på alla kanaler som var tillgängliga i området. En irländsk domstol belade, på begäran av RTE, BBC och ITP, Magill med ett interimistiskt förbud att publicera bolagens förteckningar över programmen då förteckningarna skyddades av upphovsrätt. Magill klagade inför kommissionen. I ett beslut av den 21 december 1988 fastslog kommissionen att ITP:s, BBC:s respektive RTE:s handlande utgjorde en överträdelse av art 82 försåvitt denna policy och praxis hindrade utgivningen och försäljningen av allmänna veckovisa TV-programblad i Irland och Nordirland.<sup>95</sup>

Kommissionens avgörande överklagades av samtliga TV-bolag till Förstainstansen samt senare av ITP och RTE till EGD. Båda instansernas samt Generaladvokatens överväganden angående tolkningen av missbruksbegreppet är i detta sammanhang intressanta.

### **5.2.7.2 Förstainstansen<sup>96</sup>**

Förstainstansen meddelade enhetliga utslag i tre separata domar 1991. Beträffande missbruksbegreppets förhållande till immaterialrätten hänvisar man till EGD:s tidigare praxis kring begreppet ”rättigheternas väsentliga funktion”. Man menar att begreppet avgränsar det utrymme inom rättighetens särpräglade område vilken en immaterialrätt kan utövas utan att

---

<sup>93</sup> Jfr Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 485 samt Schovsbo Jens, UfR 1995 B s 446f.

<sup>94</sup> Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>95</sup> Kommissionens beslut i Magill TV Guide/ITP, BBC, RTE, OJ EFT 1989 L 78 s 43.

<sup>96</sup> Mål T-69/89, RTE / Kommissionen, [1991] ECR II, s 485. Mål T-70/89, BBC / Kommissionen [1991] ECR II s 535. Mål T-76/89, ITP / Kommissionen, [1991] ECR II, s 575.



komma i konflikt med konkurrensrätten.<sup>97</sup> Beträffande bolagens användning av upphovsrätten i fallet uttalar man:

*”However, while it is plain that the exercise of the exclusive right to reproduce a protected work is not in itself an abuse, that does not apply when, in the light of the details of each individual case, it is apparent that that right is exercised in such ways and circumstances as in fact to pursue an aim manifestly contrary to the objectives of Article 86. In that event, the copyright is no longer exercised in a manner which corresponds to its essential function, within the meaning of Article 36 of the Treaty, which is to protect the moral rights in the work and ensure a reward for the creative effort, while respecting the aims of, in particular Article 86.”*<sup>98</sup>

Man definierar här upphovsrättens väsentliga funktion som upphovsmannens ideella rätt samt dennes rätt till ersättning för den intellektuella prestationen. Om den i premissen inledningsvis omtalade exklusiva rätten att *reproducera* ett verk ryms inom begreppet för den väsentliga funktionen framgår inte explicit i domen. Hur som helst resulterar domen i ett undantag i denna rätt då domstolen kommer fram till att TV-bolagens sätt att utnyttja sin rätt är ett missbruk i strid med art 82.<sup>99</sup> Missbrukshandlingen grundar sig i att bolagen förhindrat etablerandet av en ny produkt med en potentiell efterfrågan på marknaden.<sup>100</sup> Domstolen ansåg sig finna stöd för detta resonemang i Volvo- och Renault-domarna.<sup>101</sup>

Om undantaget skall ses som en inskränkning i den väsentliga funktionen för ensamrätten eller grundas på det faktum att reproduktionsrätten inte innefattas i rättens väsentliga funktion för upphovsrätter, och således inte skyddas av UF, är emellertid oklart.<sup>102</sup>

### **5.2.7.3 Generaladvokatens förslag till avgörande<sup>103</sup>**

Generaladvokat Claus Gulmann levererade i sitt – omfattande – förslag till avgörande bl a en redogörelse för praxis om begreppen ”den upphovsrättsliga särprägel” och ”upphovsrättens väsentliga funktion” samt förhållandet mellan begreppen. Han behandlar senare villkoren för inskränkningar i rättens särprägel genom tillämpningen av art 82 i fallet. Generaladvokaten menar att tillämpning av begreppen ”den upphovsrättsliga särprägel” och ”upphovsrättens väsentliga funktion” hade en central betydelse i förstainstansens avgörande men att tillämpningen av begreppen i förstainstansen kan ifrågasättas och begreppsbildningen måste redas ut.<sup>104</sup>

<sup>97</sup> Mål T-69/89, RTE / Kommissionen, [1991] ECR II, s 485, p 69.

<sup>98</sup> Ibid p 71.

<sup>99</sup> Ibid p 75.

<sup>100</sup> Ibid p 73.

<sup>101</sup> Ibid p 74.

<sup>102</sup> Jfr formuleringen i citatet av p 71 ovan.

<sup>103</sup> Generaladvokatens ulåtande av 940601, p 57, publicerat i förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>104</sup> Ibid pp 25-26.

### 5.2.7.3.1 Upphovsrättslig särprägel

Angående begreppet ”upphovsrättslig särprägel”<sup>105</sup> skriver Gulmann:

*”Tillämpningen av begreppet ... är ett uttryck för den tankegång enligt vilken det för varje immaterialrättslig rättighet kan fastställas en rad kärnrättigheter som på basis av nationell lagstiftning tillkommer innehavaren av rättigheten och vars tillämpning inte berörs av bestämmelserna i fördraget.”*<sup>106</sup>

Sådana kärnrättigheter är, för upphovsrättens vidkommande, ensamrätten till att framställa exemplar av verket och den därtill knutna rätten till den första kommersiella användningen av verket.<sup>107</sup> Detta innefattar även en rätt att vägra att upplåta licens.<sup>108</sup> Praxis visar emellertid att det kan uppkomma situationer då:

*”en rättighet, som i princip omfattas av den upphovsrättsliga särprägel, har utövats under sådana omständigheter att utövandet skapar ett oacceptabelt hinder för fri rörlighet för varor och därför inte kan anses omfattas av den immaterialrättsliga särprägel.”*<sup>109</sup>

Allt utövande av de särpräglade rättigheterna är, enligt Gulmann, inte befriat från laga ansvar. Detta visas bl a i de domar som slår fast konsumtionsprincipen<sup>110, 111</sup>. Gulmann förordar vidare att de undantag i den upphovsrättsliga särprägel som kan komma i fråga mot bakgrund av art 82 rättstekniskt skall hanteras som just undantag och inte som inskränkningar av innehållet i begreppet ”upphovsrättslig särprägel”; som har varit fallet vid ställningstaganden till art 28 och 30. Begreppet har emellertid i grunden samma funktion och innehåll vid tillämpning i förhållande till fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor som reglerna om konkurrens.<sup>112</sup>

### 5.2.7.3.2 Upphovsrättens väsentliga funktion

Beträffande ”upphovsrättens väsentliga funktion”<sup>113</sup> skriver Gulmann att den utgörs av rätten till det ideella skyddet för upphovsmannen samt att denne belönas för sin kreativa insats.<sup>114</sup> Det ideella skyddet innefattar

---

<sup>105</sup> ”The specific subject matter” i den engelska versionen av domen.

<sup>106</sup> Generaladvokatens utlåtande av 940601, p 28 publicerat i Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>107</sup> Ibid p 37

<sup>108</sup> Ibid p 38.

<sup>109</sup> Ibid p 46.

<sup>110</sup> Konsumtionsprincipen innebär att möjligheten att med stöd av en immaterialrätt förhindra vidare omsättning av en vara ”konsumeras” då denna vara med rättighetsinnehavarens samtycke satts på marknaden i en medlemsstat. Principen stöds inom EU på UF art 28 och 30 och är bl a en förutsättning för parallellimport inom EU. Ex på fall angående konsumtionsprincipen: Mål 144/81, Keurkoop / Nancy Kean Gifts, [1982] ECR s 2853. Se även Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 441f.

<sup>111</sup> Generaladvokatens utlåtande av 940601, pp 50-51, publicerat i förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>112</sup> Ibid p 53.

<sup>113</sup> ”The copyrights essential function” i den engelska versionen av domen, p 53.

<sup>114</sup> Generaladvokatens utlåtande av 940601, p 37 och 71, publicerat i förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

upphovsmannens rätt att bli omnämnd i samband med framställning av verket samt möjligheten att motsätta sig kränkande ändringar vid återgivning av verket.<sup>115</sup>

Den väsentliga funktionen skall tjäna som ledning vid avvägningen mellan å ena sidan intressena inom ramen för den upphovsrättsliga särprägel samt å den andra art 28, 30 och 82. Gullman skriver att rättighetens väsentliga funktion:

*”...sätter en absolut gräns för vilka kränkningar som med stöd av artikel 86 kan göras av rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel. Sådana kränkningar kan inte göras som leder till att upphovsmannen inte får en belöning för sin kreativa insats eller inte kan erhålla det genom nationell lagstiftning garanterade skyddet för ideella intressen.”*<sup>116</sup>

### 5.2.7.3.3 Förhållandet mellan särprägel och väsentlig funktion

Den väsentliga funktionen hos ensamrätten kan alltså ses som det lilla i det stora; d v s den väsentliga funktionen utgör en kärna som omges av området för rättighetens särprägel. Den praktiska skillnaden mellan kärnan och området utanför denna är att det inom kärnan inte kan medges undantag med art 82-hänsyn medan området för rättighetens särprägel, då särskilda omständigheter föreligger, kan medge sådana undantag.<sup>117</sup>

Gränsen mellan väsentliga funktionen och rättighetens särprägel åsidosätts inte om man sanktionerar missbruk av dominerande ställning genom åläggande om att bevilja en licens. Genom licensen tillförsäkras upphovsmannen ersättning och den väsentliga funktionen hos upphovsrätten tillgodoses därmed. Fastställandet av vilka element som ingår i den upphovsrättsliga särprägel skall utgå från en värdering av vad som är nödvändigt för att uppfylla den avgörande funktionen hos den ifrågakvarande immaterialrätten.<sup>118</sup>

Det kan bli fråga om att göra inskränkningar i möjligheten att utnyttja ensamrätten inom området för upphovsrättens särprägel då det föreligger närmare bestämda omständigheter. I rättsfallen rörande art 28 och 30 har då hänsynen till rättighetsinnehavaren vägt lättare – d v s då hänsynen till fri rörlighet för varor vägt tyngre - utövandet av rättigheterna under vissa omständigheter ansetts oförenliga med bestämmelserna i fördraget. De domar där man kommit till denna slutsats ger uttryck för att domstolen har ansett att utövandet av rättigheter, som i princip omfattas av den upphovsrättsliga särprägel, inte var nödvändigt för att immaterialrätten skulle kunna uppfylla sin väsentliga funktion under ifrågakvarande omständigheter.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Ibid p 73.

<sup>116</sup> Ibid p 84.

<sup>117</sup> Se nedan kap 5.3.

<sup>118</sup> Generaladvokatens utlåtande av den 940601, p 84 publicerat i Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>119</sup> Ibid p 85.

#### 5.2.7.3.4 Motiv för inskränkningar i rättens särprägel

Gulmann redogör sedan för sin syn på de omständigheter i utövandet av TV-bolagens rättigheter som förstainstansens anförde som grund för tillämpning av art 82. Gulmanns slutsatser innebär att han underkänner förstainstansens argument för tillämpning av art 82; det föreligger inte motiv för undantag i rättens särprägel i detta fall.

De främsta argumentet för förstainstansens tillämpning av art 82 var att TV-bolagens beteende hindrade tillkomsten av en ny produkt. Gulmann anser emellertid att parallellerna till Volvo/Veng-fallet givits för stor betydelse i förstainstansens dom. Omständigheten att sluta tillverka och inte upplåta en licens till en bildel för vilken man har mönsterrätten kan inte jämföras med att vägra upplåta licenser av upphovsrätt för en, i och för sig, ny produkt som skulle konkurrera med den egna, då den egna tillgodoser ett behov på marknaden.<sup>120</sup> Ett dominerande företag kan inte ha en allmän skyldighet att licensiera upphovsrättsligt skyddat material; en sådan skyldighet skulle kräva ytterligare omständigheter än att konsumenterna inte har tillgång till produkten.<sup>121</sup>

Förstainstansens ansåg att TV-bolagen, som var dominerande på marknaden för individuella veckovisa programblad, genom sitt agerande tillskansade sig kontrollen över ytterligare en härledd marknad, marknaden för veckovisa heltäckande programblad, i det att man vägrade licensiera till Magill.<sup>122</sup> Även här använder man sig av analogier till Volvo/Veng-fallet. Skillnaden i fallen är emellertid den att i Volvo/Veng-fallet krävdes enbart leverans av en produkt medan i Magill-fallet skulle krävas en upplåtelse av en licens av en immaterialrätt för att tillgodose Magills önskemål.<sup>123</sup> Gulmann anser att denna skillnad har väsentlig betydelse. Det är skillnad mellan vägran att leverera en produkt till kunder som vill använda produkten på en härledd marknad och vägran att bevilja licens till en konkurrent som vill tillverka och sälja produkter som innefattar det skyddade verket. I det första fallet är en överträdelse av art 82 oberoende av om det handlar om produkter som skyddas av en immaterialrätt. Förstainstansrättens analogislut är därför felaktigt och de åberopade domarna är inte relevanta då man tar ställning till de föreliggande målen. Det finns därigenom ingen anledning att behandla upphovsrätten annorlunda då den utnyttjas på en härledd marknad.<sup>124</sup>

Gulmann avvisar slutligen förstainstansens argument om diskriminerande licenspolitik som missbruk då TV-bolagen tillämpat samma villkor på alla licenstagare. Det faktum att bolagen förbehåller sig rätten att använda materialet på ett visst sätt är inte diskriminerande.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Ibid pp 99-102.

<sup>121</sup> Ibid p 101.

<sup>122</sup> Ibid pp 103-104.

<sup>123</sup> Ibid p 109.

<sup>124</sup> Ibid p 112.

<sup>125</sup> Ibid pp 113-117.

#### 5.2.7.4 Domstolens dom

Domstolen gjorde i sin prövning av förstainstansens tillämpning av missbruksbegreppet processen relativt kort. Man resonerar överhuvudtaget inte över balansen mellan termerna ”upphovsrättslig särprägel” och ”upphovsrättens väsentliga funktion” som gjordes i förstainstansens dom och som sedan klargjorts i Gulmanns förslag till avgörande, som grund för avvägningen i en inskränkning i rättighetsinnehavarens handlingsutrymme.

Man konstaterar att utövande av immaterialrätt under vissa omständigheter kan leda till missbrukshandlingar. Man menar vidare att TV-bolagens:

*”...vägran att med återopande av nationella upphovsrättsliga bestämmelser utlämna basuppgifter har således förhindrat tillkomsten av en ny produkt, ett heltäckande veckovis utkommande TV-programblad, som klagandena inte erbjöd och för vilket det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna vilket utgör ett missbruk enligt artikel 86.2 b i fördraget.”<sup>126</sup>*

EGD menar att vägran att upplåta licens inte kunde motiveras med hänsyn till varken bolagens TV-sändningsverksamhet eller utgivningen av TV-programtidsskrifter. Man anser också, liksom förstainstansens dom, att bolagens sätt att tillskansa sig den tillhörande marknaden (marknaden för veckovis utkommande TV-programblad) innebär ett missbruk. TV-bolagens nekande till tillgången till basuppgifter som är den nödvändiga basvaran för skapandet av ett dylikt blad innebär ett missbruk då man utestänger all konkurrens från marknaden.<sup>127</sup> Domstolen ogillade därmed TV-bolagens överklagan och fastställde förstainstansens dom.

Även om inte domstolen resonerar kring gränsdragningen mellan de begrepp som behandlades i Gulmanns förslag till avgörande motsäger eller förkastar domstolen inte dessa. Man får anta att domstolen har resonerat på samma sätt men att man, till skillnad från generaladvokaten ansett att situationen har påkallat en inskränkning i rättighetens särskilda funktion. Domen skiljer sig inte i sak från vad som uttalats i Renault- och Volvofallen, skillnaden ligger i att här har man ansett en inskränkning motiverad - eller som Jens Schovsbo uttryckt saken:

*”Ved Magill blev pistolen affyret, men hanen var allerede blevet spænt i 1988.”<sup>128</sup>*

#### 5.2.8 Merck m fl / Primecrown m fl <sup>129</sup>

Detta fall berörde bl a tillämpningen av UF art 28 och 30 vid import av läkemedel. Merck m fl ansåg sig ha rätt att motsätta sig parallellimport av ett läkemedel som de hade patent på, då importen gjordes från en medlemsstat

<sup>126</sup> Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744, p 54.

<sup>127</sup> Ibid pp 55-56.

<sup>128</sup> Schovsbo, s 449.

<sup>129</sup> Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285.

där deras produkt marknadsförs men inte kan patenteras. Importörerna Primecrown m fl hänvisade till domstolens rättspraxis beträffande art 28 och 30 i fördraget och särskilt till principen om konsumtion av rättigheter, såsom denna tolkats av domstolen i en tidigare dom rörande företaget Merck.<sup>130</sup>

I domen aktualiserades frågan om patenträttigheternas särprägel (här betecknad, rättens särskilda föremål) respektive väsentliga funktion som instrument för gränsdragningen av rättighetsinnehavarens tillåtna handlande. För patenträtten innebar det särskilda föremålet 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.”<sup>131</sup>*

Domstolen preciserar sedan vad som får uppfattas som den väsentliga funktionen i rätten.<sup>132</sup>

*”...[I]nnebörden av patenträtten huvudsakligen ligger i att uppfinnaren beviljas ensamrätt till att första gången bringa produkten i omsättning. ... [och därigenom att] uppfinnaren kan få ersättning för sin uppfinnarmöda ....”<sup>133</sup>*

De citerade styckena kan jämföras med Gulmanns uppställda schematik i Magill-fallet. Det särskilda föremålet med rätten består bl a i möjligheten att upplåta licens och rätten att motsätta sig efterbildning. Den väsentliga funktionen som ensamrätten avser att säkra är uppfinnarens rätt till kompensation. Domstolens skrivning synes således bekräfta begreppsbildningen i Gullmans förslag till avgörande för patenträttens vidkommande. Domen bekräftar dessutom att vad som uttalats i det tidigare Merck-fallet (anno 1981) står fast även efter Magill. Domstolen har alltså inte haft för avsikt att ändra praxis genom Magill utan tillämpat denna men använt sig av det utrymme som enligt tidigare praxis medgivits för inskränkning av en immaterialrätts särprägel.<sup>134</sup>

## **5.3 Patenträttens särpräglade drag, särskilda föremål, väsentliga och grundläggande funktion**

### **5.3.1 Inledning**

Jag skall under denna rubrik sammanställa den definition som givits av begreppen rättens särpräglade drag, särskilda föremål, väsentliga och grundläggande funktion i ovan refererade praxis. Frågan är främst vad

---

<sup>130</sup> Mål 187/80, Merck / Stephar & Exler [1981] ECR s 2063 (“Det tidigare Merck-fallet”).

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 440.

<sup>133</sup> Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285, p 31.

<sup>134</sup> J fr Schovsbo s. 448

begreppen innehåller för patenträttens vidkommande men jag kommer även att studera praxis beträffande övriga immaterialrätter för att påvisa skillnader och likheter i begreppen samt för att eventuellt uppställa analogier.

I ovan refererade domar har olika begrepp använts i de svenska översättningarna. Det engelska begreppet *specific subject-matter* motsvaras av *rättens särprägel* eller *det särskilda föremålet för rätten*. Begreppet *the essential function* motsvaras av *den väsentliga funktionen* eller *den grundläggande funktionen*.

### 5.3.2 Rättsteoretisk konstruktion – begreppsbyggnad

Utlåtandet av Generaladvokat Gulmann i Magill-fallet<sup>135</sup> ger en utförlig beskrivning av de begrepp som utbildats och använts i praxis angående immaterialrätters förhållande till konkurrensrätten. Även om Gulmanns förslag till avgörande inte synes ha påverkat EGD i Magill-fallet i nämnvärd utsträckning är den redogörelse för begreppsbyggnaden han redovisar i allt väsentligt klargörande. Den teoretiska modell som skisseras av Generaladvokaten får anses ha stöd i praxis både före och efter Magill-fallet.<sup>136</sup> Domstolens dom i Magill kan antas stödja sig på denna modell.<sup>137</sup> Modellen kan därför tjäna som utgångspunkt för att beskriva hur begreppen i de refererade fallen bör tolkas. Med hänsyn till att den tillämpats på såväl de industriella immaterialrätterna som upphovsrätten kan den antas vara tillämplig på alla former av immaterialrätter.

Utgångspunkten för distinktionen mellan tillåtna respektive otillåtna immaterialrättsdispositioner är begreppet ”rättighetens särprägel” eller ”det särskilda föremålet för rätten”. Denna/detta utgörs av de element som kännetecknar den ifrågasatt immaterialrätten i form av de rättigheter denna ger rättighetsinnehavaren i förhållande till tredje man. De rättigheter som åsyftas är i princip sådana som ges en rättighetsinnehavare i kraft av den ifrågasatt immaterialrätts judiciella grund: lagen. Rättighetsinnehavaren kan emellertid med hjälp av de genom rättsordningen tilldelade rättigheterna åstadkomma sådana konkurrensbegränsningar som går utöver vad rättigheterna avser att skydda. Utövandet av rätten kan i en sådan situation ifrågasättas. Man måste då avgränsa den aktuella rättighetens föremål för att identifiera de intressen som ligger till grund för immaterialrätten. Detta görs med hjälp av begreppet ”rättighetens väsentliga funktion”. Utövanden av en immaterialrätt i kraft av rättigheter inom ramen för de särpräglade rättigheterna som har ett resultat som går utöver att uppfylla den väsentliga funktionen hos rätten kan då särskilda

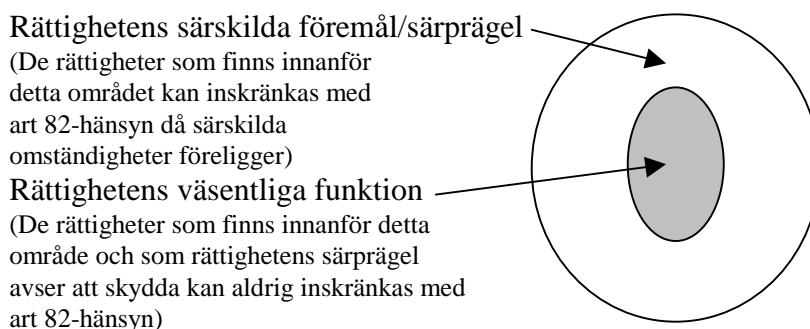
---

<sup>135</sup> Kap 5.2.7.3.

<sup>136</sup> Mål 24/67, Parke, Davies & Co / Probel m fl, [1968] ECR s 55, Mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039, p 19, Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285.

<sup>137</sup> Kap 5.2.7.4 in fine.

omständigheter föreligger underkänns. Följande schematik visar begreppens relation sinsemellan.



Rättighetens väsentliga funktion är de intressen som ytterst avses att skyddas genom immaterialrätten. Hur dessa definieras beror mer på den ifrågasvarande immaterialrättens natur än vad är fallet för rättigheternas särprägel. Som exempel kan nämnas att patentskyddet framförallt syftar till ekonomisk kompensation medan varumärkesrätten syftar till att garantera en varas ursprung. Lagens instrument för att skydda den väsentliga funktionen – d v s rättigheternas särprägel – är ganska likartade för alla immaterialrätter samtidigt som naturen hos dessas skyddsobjekt kan vara olikartade.<sup>138</sup> Detta visas i det följande.

### 5.3.3 Särpräglade drag och särskilda föremål

Om man sammanfattar vad som uttalats i praxis ovan syftar patenträttens särpräglade drag och särskilda föremål till att; patentinnehavaren tillförsäkras en ensamrätt att använda en uppfinning för att tillverka industriprodukter och bringa dem i omsättning, direkt eller genom licens till tredje part.<sup>139</sup> Detta säkras genom; rätten att beivra intrång,<sup>140</sup> och möjligheten att i kraft av immaterialrätten förhindra avsättningen av varor som gör intrång i rättigheten<sup>141</sup>. Även beträffande mönsterrättigheter har det särskilda föremålet ansetts bestå i möjligheten att kunna förhindra och beivra intrång i ensamrätten.<sup>142</sup>

Beträffande varumärkesrättigheter är det särskilda föremålet för rätten att: varumärkesinnehavaren garanteras ensamrätten att använda varumärket när

<sup>138</sup> Jfr Cunningham Nicholas, *How far can a patent holder go?*, European Intellectual Property Review, Vol 21, Nr 9, sept 1999 s 471.

<sup>139</sup> Mål 15/74, Centrafarm BV m fl / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147 p 9. C-267-268/95 Merck / Primecrown & Beecham / Europharm, [1996] ECR I s 6285, p 30.

<sup>140</sup> Mål 24/67 Parke, Davies / Centrafarm [1968] ECR 322 s 55, s 72. Mål 15/74, Centrafarm BV m fl / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147 p 9. Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285, p 30.

<sup>141</sup> Mål 24/67 Parke, Davies / Centrafarm [1968] ECR 322 s 55, s 69.

<sup>142</sup> Se Generaladvokatens utlåtande av 880612, p 59-60, publicerat i mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039. Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, p 8.



en vara förs ut på marknaden för första gången. Rättighetsinnehavaren skyddas därigenom mot konkurrenter som vill utnyttja varumärkets ställning och rykte genom att sälja varor som otillbörligen har försetts med varumärket.<sup>143</sup> Upphovsrättens särskilda föremål innefattar: rätten att framställa exemplar av verket och den därtill knutna rätten till den första kommersiella användningen av verket.<sup>144</sup> Detta innefattar även en rätt till att vägra upplåta licens.<sup>145</sup>

### 5.3.4 Väsentlig och grundläggande funktion

I förslaget till avgörande i Parke Davis-domen uttalas att ett utnyttjande av immaterialrättens exklusiva karaktär, genom exempelvis en intrångstalan, aldrig kan innebära ett missbruk av dominerande ställning.<sup>146</sup> Detta skulle kunna grunda antagandet om att ett förhindrande av intrång var en del av den väsentliga funktionen hos rättigheten. Om man studerar domen i Parke Davis-målet<sup>147</sup> samt praxis efter denna dom förefaller emellertid situationen att vara en annan. Rätten att föra intrångstalan är en del av immaterialrättigheternas särpräglade drag; ett medel för att säkra den väsentliga funktionen. Den väsentliga funktionen hos patenträtten har i praxis angivits som att uppfinnaren tillförsäkras ersättning för sin uppfinnarmöda.<sup>148</sup>

Beträffande övriga immaterialrätter gör sig dessas respektive individuella karaktärer påmind vid bestämmandet av den väsentliga funktionen. Man har mig veterligen inte preciserat den väsentliga funktionen hos mönsterrätten i praxis. I Volvo- och Renaultdomarna uttalas bara vad som skall anses ligga inom rättens särskilda föremål.<sup>149</sup> Då mönsterrätten liksom patenträtten syftar till skydd för industriellt producerbara produkter kan det emellertid antas att den väsentliga funktionen, även hos mönsterrätten, är att säkra mönsterskaparens ekonomiska ersättning för sin insats. Villkoret för avsteg från rätten att licensiera i Volvo-fallet var att mönsterrättsinnehavaren tillförsäkrades en rimlig ersättning är något som talar för detta.

Upphovsrättens grundläggande funktion är att säkra ersättning för upphovsmannens intellektuella insats<sup>150</sup> samt även att tillgodose skyddet för dennes ideella intresse, d v s skyddet för dennes konstnärliga egenart.<sup>151</sup>

---

<sup>143</sup> Mål 102/77, Hoffmann-La Roche / Centrafarm, [1978] ECR s 1139, pp 6-7.

<sup>144</sup> Generaladvokatens utlåtande av 940601, p 37, publicerat i förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>145</sup> Ibid p 38.

<sup>146</sup> Mål 24/67, Parke, Davies & Co / Probel m fl, [1968] ECR s 55.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Mål 15/74, Centrafarm BV m fl / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147, p 9. Förenade målen 267 och 268/95, / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285, p 31.

<sup>149</sup> C-53/87 CICRA och Maxicar / Renault (1988) ECR s 6039, p 19. Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, p 8.

<sup>150</sup> Generaladvokatens utlåtande av den 940601, pp 37 och 71 publicerat i Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

<sup>151</sup> Ibid pp 37, 73.

Varumärkesrättens grundläggande funktion är att inför konsumenterna garantera en varas ursprung.<sup>152</sup>

## 5.4 Särskilt om att beivra intrång i patent

Möjligheten att försvara sin rättighet genom att rättsligt beivra ett intrång i en patenträtt betraktas i ovan angivna EGD-praxis som en del av patenträttens särpräglade drag och särskilda föremål. Möjligheten att processa för att försvara ett patent är således en sådan rättighet som syftar till att säkra den väsentliga funktionen – uppfinnarens belöning för sin kreativa insats - i patenträtten. Rätten att försvara ett patent genom intrångsprocess är därmed inte ett fredat område med hänsyn till art 82. Detta har ovan refererad praxis visat.<sup>153</sup> Man kan göra undantag i rättens särskilda föremål beträffande möjligheten att genom process försvara ett patent.

För ett undantag i rättens särskilda föremål krävs emellertid att det föreligger *särskilda omständigheter*<sup>154</sup> i utövandet av rätten; omständigheter som kan karaktäriseras som ett kvalificerat missbruk. Den engelska versionen av Magill-domen talar här om *exceptional circumstances* och den franska om *circonstances exceptionnelles*, något som tyder på att det beteende som åsyftas är något mer kvalificerat än vad som verkar vara fallet i den svenska översättningen.<sup>155</sup> För att utröna vad denna typ av missbruk kan bestå i är man tillbaka i diskussionen kring vad som utgör missbruk enligt art 82. Gränsdragningen bestäms av det normala respektive onormala nyttjandet av immaterialrätten.<sup>156</sup> En generell diskussion om vad som skall betraktas som ett missbruk av process tar vid i nästa kapitel.

Om man antar att EGD är konsekvent i sin praxis kan man mot bakgrund av det ovan anförda dra slutsatsen att missbruk av dominerande ställning kan ske genom drivande av en process avseende intrång i immaterialrätt. Frågan man då måste ställa sig är: när blir ett processande missbruk? Detta besvaras inte i praxis kring immaterial- kontra konkurrensrätt. Däremot finns det EU-rättslig praxis i anknytning till art 82 angående missbruk av process. I följande kapitel studeras denna praxis.

---

<sup>152</sup> Mål 102/77, Hoffmann-La Roche / Centrafarm, [1978] ECR s 1139, p 7.

<sup>153</sup> Framförallt: Mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039, p 19, Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744, Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285,

<sup>154</sup> Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744, p 50.

<sup>155</sup> J fr Schovsbo s 448.

<sup>156</sup> J fr Greaves Rosa, "The Herchel Smith Lecture 1998: Article 86 of the E.C. Treaty and Intellectual Property Rights", European Intellectual Property Review Vol 20, Nr 10, 1998 s 382.

# 6 Artikel 82 och processuella åtgärder

## 6.1 Inledning – rätten till prövning

Att kunna få sina civilrättsliga anspråk och rättigheter prövade i domstol betraktas som en allmän rättsprincip förankrad i EU-medlemsstaternas gemensamma grundlagstradition.<sup>157</sup> Den Europeiska konventionen av den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna fastslår även denna rätt i art 6 och 13. Genom Maastrichtfördraget har även Europakonventionens regler införlivats i gemenskapsrätten genom hänvisningen i fördragets art 6.2. Rätten till prövning har även poängterats i EGD:s praxis.<sup>158</sup>

Att i vissa situationer betrakta processuellt handlande som ett missbruk inom antingen ramen för processrätten eller, sammantaget med en dominerande ställning, inom konkurrensrätten ruckar på denna grundläggande princip. Den enskildes frihet att väcka en talan är inte längre oinskränkt. Liksom i konflikten mellan konkurrens- och immaterialrätt erbjuds således även i skärningslinjen mellan konkurrensrätt och processrätt svåra avvägningar mellan beaktansvärda intressen.

## 6.2 Processmissbruk – begreppets innehåll

Nationella rättsskipningssystem och institutioner svarar för att den enskildes rätt till prövning tillgodoses. Dessa system erbjuder samtidigt möjlighet för mindre skrupeltyngda parter att missbruka rättssystemet för att uppnå andra mål än de det avser att tillgodose. Sådant illojalt beteende kan exempelvis syfta till att trakassera en konkurrent, utöva obefogade påtryckningar i förhandling eller förhindra konkurrens. Beteendet är sparsamt uppmärksammat i processrättslig doktrin. Exempel finns dock på sådant beteende förekommer och har behandlats i både svensk, engelsk och gemenskapsrättslig praxis.

Jag har valt att utgå från begreppet *processmissbruk*. Detta begrepp är något skönsmässigt men avses rymma alla former av otillbörligt utnyttjande av de instrument som det processrättsliga systemet erbjuder. Gemensamt för denna typ av handlingar är att de syftar till något annat än att ta tillvara de intressen som de processuella reglerna vill tillgodose. De har ett illojalt syfte. Det kan röra sig om väckande av ogrundad talan eller obefogat

---

<sup>157</sup>Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941, pp 1, 60.

<sup>158</sup>Mål 222/84, Johnston / Chief Contable of the Royal Ulster Constabulary, [1986] ECR s 1651, pp 17, 18.

nyttjande av civilprocessuella säkerhetsåtgärder<sup>159</sup>. Jag skall i det följande kort studera hur processmissbruk hanteras inom processrätten. Behandlingen av begreppet innanför processrättens ram syftar i första hand till att ge en bakgrund till begreppets substans och innehåll innan det lyfts över i en konkurrensrättslig kontext. Av denna anledning anser jag det tillfredsställande att begränsa sig till att studera begreppet i svensk och engelsk rätt.

Handlande som kan uppfattas som missbruk av nationella rättsystem kan enligt min mening karakteriseras som processuella åtgärder vilka på olika sätt enbart syftar till att trakassera en motpart och/eller störa dennes verksamhet. Man kan här tänka sig två huvudsakliga typer av beteenden.

- Att väcka talan eller hota om att väcka talan inför domstol mot annan, då käranden är medveten om att grunden för talan inte är rättsligt formellt och/eller materiellt hållbar, får betraktas som processmissbruk. Detta blir särskilt tydligt om man kan skönja att käranden har ett annat syfte än att tillgodose sin ”rätt” med denna talan. För svaranden innebär talan att denne tvingas nedlägga ekonomisk resurser för att försvara sig. För en ekonomiskt svagare part kan detta medföra problem med verksamheten om denne tvingas allokera betydande ekonomiska resurser för att hävda sin rätt. Svarandens syfte kan exempelvis vara att få käranden att ingå ett avtal om leverans, licens el dyl eller störa en svarandes konkurrerande verksamhet för att själv skaffa sig konkurrensfördelar.
- Att genom civilrättsligt tvångsprocessuella säkerhetsåtgärder<sup>160</sup> frånta svaranden förfoganderätten eller besittningen till, eller genom förbud eller vitesförbud förhindra denne från att använda, vissa tillgångar kan medföra förödande konsekvenser för denne. Svarandens verksamhet kan bli omöjlig att driva utan de medel/tillgångar som blockerats eller tagits ifrån honom. Den prövning som görs av domstolen för beviljande av säkerhetsåtgärder är av effektivitetshänsyn summarisk. Detta medför en större risk för missbruk då grunden för yrkandet inte prövas materiellt.<sup>161</sup> Illojala syften med denna åtgärd kan vara av samma slag som de som beskrivits i punkten ovan. Tvångsåtgärdernas karaktär av snabba och omfattande ingrepp kan emellertid antas göra dem effektiva framförallt om man vill störa en konkurrent.<sup>162</sup>

### 6.2.1 Hantering av processmissbruk i svensk rätt

Att på det ovan först beskrivna sättet trakassera annan verkar av doktrinen att döma inte vara speciellt vanligt i Sverige. Detta tolkar jag som att den som befinner sig i en situation som skulle kunna fresta till ett sådant

---

<sup>159</sup> Westberg Peter, ”Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning”, SvJT, 1990, s 161-176.

<sup>160</sup> Reglerna om civilrättsliga tvångsprocessuella åtgärder finns i RB:s kap 15.

<sup>161</sup> För fördjupning i ämnet hänvisas till Martin Sundblads examensarbete ”Missbruk av civilprocessuella tvångsåtgärder”, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, HT 1999.

<sup>162</sup> Jfr Westberg, s 161.

beteende inte anser att det finns så mycket att vinna på dylika trakasserier. Några remedier mot en civilrättslig ogrundad talan finns inte i svensk rätt. Om talan är uppenbart ogrundad kan den emellertid avvisas av domstolen.<sup>163</sup> Vidare ger reglerna om fördelning av rättegångskostnader en möjlighet att låta part som inlett ”onödig rättegång” bära kostnaderna för processen.<sup>164</sup>

Tvångsprocessuella säkerhetsåtgärder synes medföra en större möjlighet till missbruk. Denna tes stärks av det faktum att det är den av de två missbrukshandlingarna som rönt störst uppmärksamhet i svensk doktrin.<sup>165</sup> Kvarstadsinstitutet medför till sin natur, med dels en slags summarisk prövning och dels det kraftfulla ingrepp i tillvaron för den yrkandet riktar sig mot, vissa missbruksrisker. Reglernas krav om ställande av säkerhet<sup>166</sup> lindrar förvisso dessa risker något men för att erbjuda svaranden det effektiva skydd som reglerna syftar till är missbruksriskerna svåra att utesluta. Käranden har även ett strikt skadeståndsansvar för skador orsakade av tvångsprocessuella säkerhetsåtgärder.

## 6.2.2 Hantering av processmissbruk i engelsk rätt

Engelsk rätt har i större utsträckning än svensk rätt uppmärksammat processuella missbruksrisker. Den innehåller regler som syftar till att stävja och avskräcka från processmissbruk. Som exempel kan nämnas att prövningen av krav om tvångsprocessuella säkerhetsåtgärder är mer nyanserad och noggrann<sup>167</sup> samt att det finns regler såväl i processrätten som inom de enskilda civilrättsliga lagarna, däribland immaterialrättslagarna, som direkt hanterar processmissbruk.

Enligt sektion 42 av the Supreme Court Act 1981, kan the High Court förklara någon för ”vexatious litigant”<sup>168</sup> om denne vanemässigt och framhårdande anhängiggör ogrundade civilrättsliga processer. Rätten till domstolsprövning kan härefter inskränkas för den som förklarats som ”vexatious litigant”.<sup>169</sup>

I de immaterialrättsliga regelverken finns uttryckliga bestämmelser som förbjuder processmissbruk med hjälp av immaterialrätter. Reglerna tolkas även så att hot om dylika processer kan angripas.<sup>170</sup> Den engelska patentlagen, The Patent Act 1977, innehåller sådana regler i sektion 70 och varumärkeslagen, The Trade Marks Act 1994, motsvarande regler i sektion 21. Reglerna ger möjlighet att i process invända mot obefogade angrepp.

---

<sup>163</sup> RB 42 kap 2-4§§.

<sup>164</sup> RB 18 kap 3§ 1 st.

<sup>165</sup> Se Westberg och Sundblad med deras respektive hänvisningar.

<sup>166</sup> Se RB 15 kap 6§.

<sup>167</sup> Sundblad, s 25 ff.

<sup>168</sup> Ungefär: processuellt trakasserande part eller rättshaverist.

<sup>169</sup> The Times, 000314, <http://www.thetimes.co.uk/cgi-bin/BackIssue?>, 000901.

<sup>170</sup> Hughes Jean, *Trademarks Unjustified threats*, European Intellectual Property Review Vol 22, Nr 8, 2000 s N116-117.

Sådana invändningar brukar i praktiken förenas med talan om fastställande av icke-intrång.<sup>171</sup>

### 6.3 Missbruk av dominerande ställning genom processmissbruk

Då man resonerar kring denna fråga inom ramen för EU:s konkurrensrätt är det viktigt att man är medveten om skillnaderna visavi den processrättsliga definitionen av processmissbruk. För konkurrensrätten och art 82:s del finns alltid kravet om att den missbrukande parten innehar en dominerande ställning på den aktuella marknaden. Vidare måste beteendet ha vissa konkurrenshämmande effekter på den gemensamma marknaden.<sup>172</sup> Om denna part inte har en sådan ställning och/eller handlandet inte påverkar konkurrensen kan man enbart falla tillbaka på det process- och civilrättsliga regelverkens skydd mot sådant beteende.

#### 6.3.1 Utvecklingen i praxis

Missbruk av dominerande ställning genom processmissbruk återfinns inte i art 82:s uppräknade handlingar som betraktas som missbruk. Regeln är emellertid inte uttömmande. Jag skall här redogöra för den praxis från EU:s organ som behandlar processmissbruk som missbrukshandling i art 82.<sup>173</sup> Frågan om missbruk av dominerande ställning genom processuellt handlande har inte väckt lika mycket uppmärksamhet som utövandet av immaterialrätter gjort i EU:s konkurrensrätt. Ett par fall har dock behandlats av kommissionen och förstainstansen.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> Exempel på tillämpning av regeln i The Trade Marks Act 1994 se, Hughes Jean, *Trademarks Unjustified threats*, European Intellectual Property Review Vol 22, Nr 8, 2000 s N116-117. Exempel på tillämpning av liknande regler i kanadensisk rätt se Hayhurst William L, *Burden of proof validity – what constitutes the "issue" of a patent – what constitutes the "same invention" – alleged fraud on the Patent Office - alleged abuse of process*, European Intellectual Property Review Vol 21, Nr 2, 1999 s N20-21.

<sup>172</sup> J fr Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941, p 56.

<sup>173</sup> Frågan om ett avtal mellan företag i syfte att gemensamt driva processer mot en part kan innebära ett brott mot kartellregeln i art 81 har nyligen (000307) hänskjutits från Storbritanniens patentdomstol till EGD, se Glaxo Group m fl / Dowelhurst och Swingward, HC 1999 No 02051. En intressant aspekt i fallet är att det rör sig om ett gemensamt processande för immateriella rättigheter (varumärkesrätter); se även kommentarer till fallet av Preece Steven, *Glaxo and others v. Dowelhurst and Swingward: litigation and the scope of Article 81*, European Competition Law Review, Vol 2: Nr 7, s 330-333, juli 2000 samt Turner Jonathan D C, *Plus Royaliste que le Roi*, European Intellectual Property Review, Vol 22, Nr 9, 2000, s 434-440.

<sup>174</sup> I fallet BBI / Boosey & Hawkes, Kommissionens beslut OJ No L 286/38 [1987] p 9(a), anklagades en part för att driva ogrundade trakasserande upphovsrättsintrångsprocesser. Beteendet prövades dock inte i fallet då beslutet rörde åläggande av interimistiska tvångsåtgärder, p 11.

### 6.3.1.1 Decca Navigator System<sup>175</sup>

Decca Navigator System (DNS) är ett internationellt radionavigeringssystem som används världen över. Systemet används såväl på land som i luftrum och till sjöss. Detta fall rörde den sista användningsformen. DNS fungerar genom att landbaserade sändare sänder ut signaler vilka tas emot i mottagare ombord på båtar för lokalisering och orientering till sjöss. De landbaserade sändarstationerna drivs nästan uteslutande i offentlig men i privat finansierad regi i respektive land. Företaget Racal Decca hade uppfunnit systemet men skyddstiden för deras patent hade löpt ut. Man försökte nu försvara sin marknadsställning på andra vägar. Genom att genom licensavtal upplåta rätten till signalerna, vilka man hävdade upphovsrätt till, kunde man bibehålla ett monopol samt dela upp marknaden för mottagarutrustningar som riktade sig till olika kundsegment.

Delta Marine i Storbritannien meddelade Decca-bolaget att man hade för avsikt att importera en DNS-kompatibel mottagare av märket RS för försäljning i landet. Decca-bolaget ansåg att DNS-kompatibla mottagare gjorde intrång i Deccas upphovsrätt och hotade Delta Marine med intrångstalan om de realiserade sina planer. Delta Marine påbörjade trots detta importen och Decca-bolaget väckte talan mot dem, mot RS-importörer i andra länder liksom mot bolaget RS. Decca-bolagets talan grundade sig främst på påstående om illojal konkurrens<sup>176</sup>. Bolaget ansåg att de som tillverkade DNS-kompatibla mottagare snyltade på det av Decca finansierade DNS-systemet. Både danska och holländska domstolar kom emellertid fram till att koncessionerna för Decca-bolagets utsändande av signaler inte kunde medge att bolaget förbehölls rätten att utnyttja signalerna; signalerna stod fria att nyttjas oavsett vilken utrustning man använde sig av.<sup>177</sup> Delta Marine vände sig samtidigt till Kommissionen och klagade över Deccas handlande i denna process.

Kommissionen återger i sitt beslutet ett internt meddelande inom tyska Philips dotterbolag AP Radiotelefon A/S (AP) vilka verkade på samma marknad som Decca i Danmark. I meddelandet, som grundas på information från Decca-bolaget, sägs att Deccas taktik mot RS syftar till att med hjälp av parallella processer i flera länder trötta ut RS. Decca-bolaget tycks vara medvetna om de juridiska svagheter i sin talan men har istället för avsikt att göra processen omfattande. I meddelandet sägs att:

*”...Racal Decca reckon to fatigue RS on legal questions rather than beat them on legal ground.”<sup>178</sup>*

Kommissionen uttalar sig inte uttryckligen om Decca-bolagets processuella agerande. Man tycks dock anse att processande eller hot om processande utgjort en del i ett samlat handlande. Detta handlande har syftat till att få företag som sålde utrustning från Decca-bolaget eller utrustning kompatibel

<sup>175</sup> Decca Navigator System, OJ Nr. L 43/27 [1989].

<sup>176</sup> Ibid p 48. I beslutet talas om ”unfair competition”.

<sup>177</sup> Decca Navigator System, OJ Nr L 43/27 [1989], p 48.

<sup>178</sup> Ibid p 50 in fine.

med DNS-systemet att ingå licensavtal.<sup>179</sup> Kommissionen underkänner Deccas hävdande av upphovsrätt till signalerna och skriver att oavsett om det föreligger upphovsrätt eller inte kan inte denna göras gällande då den som i fallet används för att dela upp marknader.<sup>180</sup>

Som sagt uttalar kommissionen sig inte mer konkret över förenligheten mellan Decca-bolagets processtrategi och art 82. Hur skall man tolka detta? Författarna Lungard Hansen, Kjølbye och Saugmandsgaard Øe använder i sin lärobok Decca-fallet som exempel på att processuella åtgärder - väckande av ogrundade eller utsiktslösa intrångsprocesser - kan utgöra missbruk av dominerande ställning.<sup>181</sup> Detta torde bero på att författarna anser processandet som en del av den strategi som Kommissionen underkänt. Att Kommissionen inte analyserat frågan närmare skulle också kunna ses som att man ansett handlandet svårbevisat, att man inte varit beredd att inskränka rätten till process eller rent av att beteendet inte var oförenligt med art 82. Andra element i Decca-bolagets beteende utgjorde brott mot art 82 och räckte som grund för Kommissionens beslut. Prejudikatvärdet av detta utslag får med hänsyn till det här anförda samt det faktum att det rör sig om ett kommissionsbeslut betraktas som relativt svagt.

#### **6.3.1.2 ITT Promedia NV/ Kommissionen<sup>182</sup>**

Förstainstansens dom i detta mål grundades på ett överklagande av kommissionens beslut att avslå ITT Promedia NV:s (ITT Promedia) klagan mot Belgacom SA (Belgacom). Belgacom var den dominerande telefonoperatören på den belgiska marknaden. ITT Promedia hade en exklusiv rätt att producera och distribuera telefonregister i Belgien, en rätt de erhållit från Belgacoms föregångare RTT. Under 1994 skulle ITT Promedias koncession omförhandlas men förhandlingarna bröt samman och följdes av en rad stämningar och genstämningar angående vad som avtalats mellan företagen.

ITT Promedia NV vände sig till Kommissionen och klagade över Belgacoms beteende. Företaget hävdade bland annat att Belgacom missbrukat sin dominerande ställning genom att anlägga ogrundade processer mot dem inför belgisk domstol.

Kommissionen uppställde i sitt beslut två kumulativa kriterier för fastställande av när väckande av talan utgör missbruk av dominerande ställning:

*”... talan inte skäligen kan anses syfta till att göra gällande det berörda företagens rättigheter, utan följaktligen endast syftar till att trakassera motparten, och att talan ... ingå[r] i en plan som har till syfte att utesluta konkurrens.”<sup>183</sup>*

---

<sup>179</sup> Ibid pp 97-98.

<sup>180</sup> Ibid p 104.

<sup>181</sup> Lungard Hansen, Kjølbye, Saugmandsgaard Øe, s 195.

<sup>182</sup> Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941.

<sup>183</sup> Ibid, p 1 st 2.



ITT:s överklagande till förstainstansen ifrågasatte inte dessa kriterier i sig utan den tillämpning Kommissionen gjort av dem i det konkreta fallet. Förstainstansen uttalar sig således inte närmare om denna modell för konstaterande av missbruk.<sup>184</sup> Detta poängteras tydligt. Man understryker även att detta är ett undantag till principen om rätten till prövning och vikten av att detta undantag tillämpas och tolkas restriktivt.<sup>185</sup> Dessa uttalanden kan tolkas som inrymmande en skepsis till de av Kommissionen uppställda kriterierna från förstainstansens sida.<sup>186</sup>

Rätten påpekar att om det första kriteriet inte uppfylls – d v s att talan *kan* antas syfta till att göra gällande en befintlig rättighet – behöver det andra kriteriet inte prövas.<sup>187</sup> Kommissionen utvecklar innebörden av kriterierna i förstainstansens dom. Det första innebär att:

*”...talan objektivt sett måste vara uppenbart ogrundad...”*<sup>188</sup>

Man behöver vidare inte pröva de rättigheter som gjorts gällande vid talans väckande. Om dessa verkligen förelåg eller var grundade då. Det som skall utrönas är om talan då den väcktes hade till syfte

*”att göra gällande vad det företaget i det ögonblicket skäligen kunde anse utgjorde dess rättigheter.”*<sup>189</sup>

Förstainstansen ansåg att omständigheterna i fallet gjorde att de av Belgacom inledda processerna fick anses syfta till att göra gällande rättigheter som företaget skäligen kunde anta existera.<sup>190</sup> ITT Promedias invändning om att de rättigheter som Belgacom grundat sin talan på skulle vara oförenliga med gemenskapsrätten hade ingen betydelse.<sup>191</sup> Förstainstansen påpekar konsekvensen av att tolka Kommissionens första kriterium - om rättigheternas grund - strängt, d v s göra en prövning av hur välgrundade påståendena var rent rättsligt. En sådan tolkning skulle kunna hämma och rent av avskräcka dominerande företag från att ta tillvara och försvara sina rättigheter. Företagen riskerar att göra sig skyldiga till missbruk av sin dominerande ställning om de inte i förväg noga undersökt exempelvis förenligheten mellan de rättsregler de baserade sin talan på och gemenskapsrätten.<sup>192</sup>

### 6.3.2 Diskussion kring rättsläget

Ovan har kunnat konstaterats att processuella handlingar troligen kan ligga till grund för ett missbruk av dominerande ställning enl art 82. Men med

---

<sup>184</sup> Ibid pp 55, 57, 58.

<sup>185</sup> Ibid pp 60, 61.

<sup>186</sup> J fr Preece Steven, *ITT Promedia v. E.C. Commission: Establishing an Abuse of Predatory Litigation?*, European Competition Law Review, Vol 20 Nr 2, s 118-122, Feb 1999, s 119.

<sup>187</sup> Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941, pp 56, 94.

<sup>188</sup> Ibid p 56.

<sup>189</sup> Ibid p 73.

<sup>190</sup> Ibid p 93.

<sup>191</sup> Ibid p 94.

<sup>192</sup> Ibid p 95.

hänsyn till att det inte finns något avgörande från EGD i frågan samt att förstainstansen inte prövade de av Kommissionen uppställda kriterierna i ITT Promedia-fallet materiellt kan rättsläget inte betraktas som helt klart. Därför är det av värde att redovisa de argument som jag lägger till grund för den fortsatta diskussionen om processmissbruk som missbrukshandling enligt art 82.

Jag anser det befogat att anta att ett uppenbart illojalt utnyttjande av ett nationellt processystem av en aktör med en dominerande ställning bör kunna konstituera missbruk. Vad som redovisats ovan i den allmänna framställningen om processmissbruksbegreppet<sup>193</sup> indikerar enligt min mening att det finns möjligheter och risker för att ett processystem missbrukas. Dessa risker och möjligheter är lika påtagliga i ett allmänt som i ett konkurrensrättsligt perspektiv och för det senares vidkommande kan pekas på följande förhållanden.

Utmärkande för situationen med missbruk av dominerande ställning är just ena partens överläge i kraft av dennes dominans på marknaden. Detta överläge består ofta i större resurser. En sådan obalans mellan parterna gör att en process är lättare att genomföra för parten i överläge. Processbenägenheten kan antas vara större hos den med ekonomiska resurser. Häri ligger en risk för processmissbruk i just det fallet då en part innehar en dominerande marknadsställning.

Enligt Koktvedgaard och Levin leder många immaterialrättsliga konflikter aldrig till mer än en civilprocessuell tvångsåtgärd. Att fallen inte prövas i domstol beror troligtvis på att det primära för rättighetsinnehavaren är att stoppa intrånget, att skadeståndsanspråk är svårbevisade samt att utdömda skadestånd ofta är låga. Dessa förhållande leder emellertid till uppgörelser utanför domstolen.<sup>194</sup> Vid sådana förlikningar är givetvis en svagare part mer sårbar och det är inte givet att dennes rätt tillvaratas på ett sätt som skulle skett i en domstolsprövning. Om denna tendens är korrekt kan man även här skönja en missbruksrisk, specifik för immaterialrättstvister.

Med hänsyn till det ovan anförda anser jag det befogat att anta att processmissbruk kan utgöra missbruk av dominerande ställning enligt art 82. En naturlig utgångspunkt för den fortsatta diskussionen blir då - i brist på annan relevant praxis - den modell för konstaterande av processmissbruk som Kommissionen formulerade i ITT Promedia-fallet. Modellen med de kumulativa kriterierna benämns i det följande "ITT-Promedia-modellen".

---

<sup>193</sup> Se kap 6.2.

<sup>194</sup> Koktvedgaard, Levin, s 411ff.

# 7 Analys - Missbruk av dominerande ställning vid försvar av patent

## 7.1 Inledning

Denna analys syftar till att ta ställning till den för uppsatsens andra del uppställda frågan:

*Kan några former av processuella ageranden för att skydda en patenträtt utgöra missbruk av dominerande ställning?*<sup>195</sup>

Det finns inget avgörande från EU:s organ som ger ett samlat svar på denna fråga. Jag har därav fått söka underlag för ett svar från två håll; dels angående möjligheterna till att genom konkurrensrätten inskränka rätten att genom intrångsprocess skydda ett patent mot angrepp samt dels; vilka former av processuellt agerande som kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Med utgångspunkt i vad jag kommit fram till i respektive fråga skall jag i det följande resonera mig fram till ett svar på den uppställda frågan. Jag antar att kommissionen initialt måste ställa sig samma fråga i ett ställningstagande till Losec-fallet samt att man då skulle resonera i dessa steg.

## 7.2 Möjligheten att inskränka rätten till intrångsprocess

Möjligheten att freda ett patent från intrång är en av de grundläggande rättigheter som i kraft av ensamrätten tillkommer innehavaren av ett patent.<sup>196</sup> De rättigheter som tillkommer innehavaren av ett patent kan emellertid inskränkas så länge kravet om kompensation för uppfinnarens insats tillgodoses. De rättsregler som konstituerar rätten att driva process mot någon som gör intrång i ett patent - ”patenträttens särpräglade drag och särskilda föremål” - kan inskränkas med konkurrensrättsliga hänsyn.

För en inskränkning av en rättighet som utgör ”patenträttens särpräglade drag och särskilda föremål” krävs emellertid att det föreligger ”exceptional circumstances”<sup>197</sup> i det aktuella fallet.<sup>198</sup> Bland ovan refererade fall utgjorde

---

<sup>195</sup> Se kap 1.3. fråga 3.

<sup>196</sup> T ex Generaladvokatens utlåtande av 880621, p 59-60 publicerat i mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039.

<sup>197</sup> Jag har här valt att använda det begrepp som används i den engelska versionen av domen. I den svenska domen översätts begreppet till ”särskilda omständigheter”. Detta begrepp upplever jag som svagare än det engelska och leder enligt min mening till att graden av de omständigheter som krävs för ett undantag kan underskattas i den svenskspråkiga versionen.

<sup>198</sup> Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744.

eller kunde följande beteenden konstituera ”exceptional circumstances” som motiverade undantag i rättighetsinnehavarnas handlingsutrymme. I Renault- och Volvo-fallen kunde godtycklig underlåtenhet att leverera, oskälighet i prissättning eller upphörande med produktion medföra inskränkning i den exklusiva rätten att bevilja licenser.<sup>199</sup> I Magill-fallet innebar underlåtenheten att genom licens upplåta upphovsrättsligt skyddat material till tredje man för tillskapandet av en ny produkt vilken hade en potentiell konstaterad efterfrågan en ”exceptional circumstance”.<sup>200</sup> Slutligen, i Merck-fallet, ansågs innehavaren av ett patent med hänsyn till konsumtionen av rättigheten inte kunna motsätta sig parallellimport.<sup>201</sup> I Merck-fallet inskränktes rätten att processa helt enkelt på grund av att det inte fanns någon rätt att processa för. ”Rättighetsinnehavaren” kunde inte hävda intrång beträffande de parallellimporterade produkterna.

Man kan konstatera att möjligheten att processa för att försvara ett patent mot intrång är en visserligen stark men inte oinskränkbar rättighet. Rätten att beivra intrång i patent har genom vissa uttalanden i praxis betraktats som en oinskränkbar rättighet.<sup>202</sup> I och med sättet att resonera i framförallt Magill- och Merckfallen öppnas emellertid vägen för att inskränka denna rättighet. Även om rätten att beivra intrång i praktiken aldrig har fråntagits patenträttsinnehavaren med art 82-hänsyn<sup>203</sup> är det alltså teoretiskt möjligt att inskränka denna rätt. Om man dessutom antar att EGD konsekvent skulle tillämpa de resonemang som man utmejslat i ovan refererad praxis kan man anta att processrättigheten skulle kunna inskränkas om den nyttjas illojalt. En förutsättning för detta är dock, som påpekats, förekomsten av så kallade ”exceptional circumstances”. I den förevarande diskussionen uppstår då frågan om och när processmissbruk kan utgöra sådana ”exceptional circumstances”.

För att återkomma till de fall där domstolen resonerat kring ”exceptional circumstances” kan man studera syftet med de där medgivna inskränkningarna. I Volvo-, Renault- och Magill-fallen bör syftet för möjligheten till den typ av tvångslicens som avgörandena innebar och medförde vara att säkra konsumenterna tillgång eller tillfredsställande

---

<sup>199</sup> Mål 53/87, CICRA m fl / Renault, [1988] ECR s 6039, p 19, Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211, p 9.

<sup>200</sup> Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744, p 54.

<sup>201</sup> Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285, domen in fine p 2.

<sup>202</sup> Mål 24/67, Parke, Davies & Co / Probel m fl, [1968] ECR s 55. Se även ett par intressanta avgöranden ur svensk administrativ praxis: KKV:s beslut 1993-10-14 Dnr 675/93 samt 1994-04-21 Dnr 980/93. KKV anser här att ”[i]ngripanden mot mönsterintrång måste anses ligga inom mönsterrättens syfte” (Dnr 675/93). Mot denna bakgrund ansåg verket att drivande av intrångsprocess inte kunde angripas med konkurrenslagens §19 om missbruk av dominerande ställning. Avgörandet synes inte vara i överensstämmelse med redovisad EU-rättslig praxis. Senare avgöranden i frågan tycks inte föreligga.

<sup>203</sup> I Merck-fallet, förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285 var det hänsyn till varors fria rörlighet som medgav en inskränkning av i rätten att motsätta sig intrång.

tillgång till produkter som efterfrågades till ett rimligt pris. I Merck-fallet inskränktes rätten till process av hänsyn till tillåtligheten av parallellimport, hänsyn som i slutändan bär samma konkurrensbefrämjande aspekter som i Renault-, Volvo- och Magillfallen.

Vad skulle det då ligga för syfte i att inskränka rättigheten att försvara sig mot intrång i ett patent? Huvudsakligen visar en sådan inskränkning att man inte tolererar illojala konkurrensmetoder företag emellan. Detta rymms inom den definition av missbruksbegreppet som domstolen tidigare formulerat.<sup>204</sup> Här förbjuds bl a metoder som inte anses som normala konkurrensmedel. I tidigare praxis har alltså ganska tydliga konsumentintressen legat till grund för inskränkningarna. I föreliggande fall är konsumentintresset inte lika framträdande men i botten till all konkurrensrätt ligger alltid ett strävande om ökad konsumentvälfärd. Intresset för en inskränkning av rätten att föra intrångsprocess har inte någon direkt motsvarighet i tidigare praxis men de underliggande syftena är desamma och det här tillvaratagna intresset står inte i strid med de tidigare.

### **7.3 Processmissbruk och ”Exceptional circumstances”**

Kommissionen har uppställt en modell för konstaterande av om processmissbruk föreligger.<sup>205</sup> Då talan inte skäligen kan anses syfta till att göra gällande det berörda företagets rättigheter och talan ingår i en plan som har till syfte att utesluta konkurrens, föreligger missbruk och brott mot art 82.<sup>206</sup> Frågan blir då om en missbrukshandling av detta slag kan likställas med en sådan ”exceptional circumstance” som är en förutsättning för inskränkning av rätten att driva en intrångsprocess.

Kravet om ”exceptional circumstances” för att inskränka rättigheterna som följer av en immaterialrätt antyder enligt min mening att ett beteendes illojalitet och/eller negativa resultat måste vara relativt kvalificerat respektive stort. Frågan får då preciseras till: även om missbruk kan konstateras enligt kommissionens resonemang om processmissbruk är detta ett tillräckligt starkt skäl för inskränka rättigheten - är detta en sådan ”exceptional circumstance”? Detta kan också formuleras som: kan immaterialrättsprocesser bedömas på samma sätt som de processer som kommissionen utgått från vid formuleringen av de kumulativa kriterierna i ITT Promedia-fallet? Diskussionen fortsätter med utgångspunkt i den senare frågeställningen.

### **7.4 Processmissbruk som ”Exceptional circumstances”**

I ITT Promedia-fallet ansåg kommissionen att drivande av process som bara avsåg att trakassera motparten kunde betraktas som en missbrukshandling. I fallet var det fråga om processer för fullgörande av avtal och kommissionen

---

<sup>204</sup> Se kap 4.2.1.1.

<sup>205</sup> Se kap 6.3.1.2.

<sup>206</sup> Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941, p 1 st 2.

formulerade en allmän regel för när processmissbruk skulle anses föreligga. Kan denna regel tillämpas oavsett vad föremålet för processen är? Här vore det givetvis intressant att närmare studera kommissionens överväganden vid formuleringen av regeln. Kommissionens beslut är dock inte publicerat varför man får nöja sig med vad som finns redovisat i förstainstansens dom.<sup>207</sup> Denna tyder på att kommissionen avsett att skapa en regel som är allmänt tillämplig i fall av processmissbruk. Inget i formuleringarna tyder på att man skulle resonera på annat sätt beträffande andra tvister eller immaterialrättsliga tvister. Det första kumulativa kravet som uppställs är att ”talan objektivt sett måste vara uppenbart ogrundad”<sup>208</sup>, en formulering som inte begränsar regelns tillämpning till den aktuella situationen i ITT Promedia-fallet. Missbruksformens karaktär av undantag från principen om rätten till prövning gör emellertid att den bör tillämpas med försiktighet och tolkas snävt. Rätten i ITT Promedia-fallet påpekar detta och hänvisar till att respekten för de grundläggande rättigheterna annars riskerar att undergrävas.<sup>209</sup>

Kravet på att talan skall anses vara ”uppenbart ogrundad” är ett starkt krav. Kommissionen måste bevisa att talan inte skäligen kan anses syfta till att göra gällande det berörda företags rättigheter samt att talan ingår i en plan som har till syfte att utesluta konkurrens innan man kan begränsa processfriheten. Att man ställer höga krav på de omständigheter som kan konstituera ett processmissbruk beror rimligen på det faktum att det är en grundläggande rättighet man riskerar att inskränka. Det finns härmed anledning att anta att utrymmet för fall som kan betraktas som processmissbruk enligt art 82 är relativt litet. Därmed är rättsäkerheten för den enskilde i form av dennes rätt till process inte hotad.

Mot bakgrund av det ovan anförda synes det befogat att anta att kommissionens uppställda regel för konstituerande av processmissbruk inte utesluter processande angående intrång i patenträtter från sådant beteende som kan konstituera processmissbruk. Vidare kan antas att kravet om ”exceptional circumstances” för inskränkning av rätten till process som en del av ”patenträttens särpräglade drag och särskilda föremål” kan uppfyllas genom processmissbruk.

## **7.5 Förutsättningar för missbruk av dominerande ställning vid försvar av ett patent**

En situation där man misstänker att en part i dominerande ställning utövat processmissbruk för att störa konkurrenter får som utgångspunkt bedömas enligt den av Kommissionen uppställda modellen i ITT Promedia-fallet. Ställningstagandet för möjligheten att inskränka rätten till att försvara ett patent mot intrång behöver inte lyftas fram i diskussionen men är samtidigt en förutsättning för tillämpning av ITT-Promedia-modellen på de fall där det

---

<sup>207</sup> Kommissionens beslut att avslå en klagan publiceras inte.

<sup>208</sup> Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941 p 56.

<sup>209</sup> Ibid pp 60-61.

antagna processmissbruket bestått i intrångsprocesser. ITT-Promedia-modellen ger svar på om missbrukskriteriet för art 82:s tillämpning är för handen. Men även övriga förutsättningar i art 82 måste givetvis uppfyllas. Regeln uppställer krav på att företaget befinner sig i en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna samt att beteendet faktiskt eller potentiellt kan påverka samhandeln mellan medlemsstaterna.<sup>210</sup>

För tillämpning av ITT-Promedia-modellen har kommissionen att bevisa att,  
”... *talán inte skäligen kan anses syfta till att göra gällande det berörda företags rättigheter...*”<sup>211</sup>

Detta är en objektiv prövning som syftar till att klarlägga vad företaget vid den tid då processen inleddes skäligen kunde anse utgöra dess rättigheter.<sup>212</sup>

Vid applicering av ITT-Promedia-modellen på patentintrångsfrågor bör vissa särdrag beträffande dessa rättigheter påpekas. Då patent erhålls genom godkännande av en granskande myndighet och registrering i ett register är utrymmet för tveksamheter om rättighetens existens relativt liten. Oklarheter kring ett läkemedelpatents eventuella tilläggsskydd<sup>213</sup> kan emellertid vara en sådan omständighet som skapar osäkerhet kring ensamrättens faktiska existens.

Vid oklarhet kring frågan om rätten existerar skulle en i praxis strikt tillämpning av ITT-Promedia-modellen kunna leda till att man riskerar att göra sig skyldig till en missbrukshandling om det senare visar sig att den rätt man hävdar inte existerat. Ett sådant resultat är givetvis inte eftersträvat. Konsekvenserna av ett oklart rättsläge eller en oklar praxis bör inte drabba rättighetsinnehavaren så att dennes möjlighet att beivra intrång inskränks.

Frågan om en produkt gör intrång i en ensamrätt kan vidare vara svårutredd för en patenträttighetsinnehavare. Det krävs en teknisk jämförande undersökning av produkterna samt att resultatet av denna bedöms rent juridiskt för att konstatera om intrång föreligger. Härmed finns enligt min mening av effektivitetshänsyn anledning att inte ställa allt för höga krav på en patenträttighetsinnehavares undersökningsplikt av produkterna innan denne kan beivra ett befarat och misstänkt intrång.

Kommissionen har också att bevisa att den ifrågasatta talan:

”... *ingå[r] i en plan som har till syfte att utesluta konkurrens.*”<sup>214</sup>

Detta torde *inte* vara ett kvantitativt krav som i första hand tar sikte på förekomsten av ett flertal liknande processer. Processmissbruket skall ses tillsammans med andra omständigheter. Andra missbrukshandlingar som i sig självt eller tillsammans med processmissbruket stärker en

<sup>210</sup> Se kap 4.2 om art 82:s tillämpning.

<sup>211</sup> Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941, p 1 st. 2.

<sup>212</sup> Ibid p 73.

<sup>213</sup> Se kap 8.2.2.1.

<sup>214</sup> Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s. 2941, p 1 st 2.

konkurrenshämmande effekt skulle kunna tyda på att detta vore en del i en plan.<sup>215</sup>

Även faktiska omständigheter på en marknad, t ex parternas ojämnbördighet, bör kunna beaktas. Om ett företag på likartade grunder systematiskt processar gentemot flera konkurrerande företag torde detta kunna tala för att en plan föreligger. Även kvantitativa aspekter kan alltså vara relevanta. Denna situationen kan t ex aktualiseras i samband med industriella rättigheter då ensamrätterna är nationellt förankrade och intrång måste beivras på nationell nivå.

Hur mycket omständigheter som behöver föreligga bredvid ett processmissbruk för att uppfylla kravet på en plan är inte klart. En talan om intrång i en immaterialrätt kan i kombination med tvångsprocessuella åtgärder innebära en mycket stark begränsning i svarandens verksamhet. Dennes verksamhet kanske enbart eller i huvudsak handlar med varor som omfattas av talan. Detta medför att konkurrensen i allt väsentligt elimineras från denne konkurrents sida. En plan bör således allena kunna innefatta en intrångstalan.

---

<sup>215</sup> Det påstådda processmissbruket har i de i kap 6.3.1 redovisade fallen oftast bara utgjort beståndsdelar i en större mängd missbrukshandlingar, se t ex Decca Navigator System, OJ Nr L 43/27 [1989], p 48.



## **Del III – Praktik**

**Kan AstraZenecas agerande i  
processer för att försvara Losec-  
patent innebära missbruk av  
dominerande ställning  
enligt artikel 82?**

# 8 AstraZenecas agerande för att försvara Losec

## 8.1 Bakgrund till fallet

Den 17 maj 2000 tillkännagav AstraZeneca i ett pressmeddelande att EU-kommissionen under februari månad samma år gjort undersökningar beträffande företags sätt att försvara sina immaterialrätter avseende Losec.<sup>216</sup> Enligt uppgifter i media, som senare bekräftats av företaget, genomförde kommissionen oaviserade razzior, såsom gryningsräder, på AstraZenecas kontor i Södertälje och i London.<sup>217</sup>

Företaget säger i sitt pressmeddelande att man har som företagspolicy att efterleva allmänna rättsregler och konkurrensregler men menar samtidigt att man inte tvekar till att kraftfullt försvara legitima rättsliga intressen. Bakgrunden till Kommissionens undersökning är enligt AstraZeneca klagomål från tredje part; enligt AstraZeneca de företag som genom generiska versioner av AstraZenecas magsårsmedicin Losec (omeprazol<sup>218</sup>) vill konkurrera på samma marknad som AstraZeneca efter det att patenttiden för Losec löpt ut. Enligt företaget försöker dessa nu genom sin klagan till Kommissionen vinna ett kommersiellt försprång gentemot AstraZeneca innan skyddstiden för Losec löpt ut.<sup>219</sup>

Detta är AstraZenecas kortfattade version av vad som hänt. Någon ytterligare information rörande fallet har i skrivande stund och sedan pressmeddelandet inte offentliggjorts av företaget. Det faktum att företaget dröjde flera månader med att offentliggöra uppgifterna om Kommissionens granskning har kritiserats av Stockholmsbörsen. Enligt börsbolagens avtal med OM är bolagen skyldiga att gå ut med information som kan påverka värderingen av företagen. Kommissionens granskning är sådan kursdrivande information som börsbolag förväntas gå ut med omedelbart.<sup>220</sup>

I Dagens Nyheters artikel som rapporterar om Kommissionens undersökning anges att denna koncentrerar sig på tre områden.<sup>221</sup> Det första området rör tilläggsskyddet för Losec i Tyskland. Genom Rådets förordning om tilläggsskydd för läkemedel<sup>222</sup> har läkemedelsföretagen möjlighet till ett förlängt patentskydd i fem år, ett så kallat tilläggsskydd. Detta gäller för läkemedel som lanserats 1985 och senare. Losec omfattas därmed av detta

<sup>216</sup> Se bilaga A.

<sup>217</sup> Dagens Nyheter, 000518, s A15.

<sup>218</sup> Omeprazol är Losecs generiska benämning. Omeprazole på engelska.

<sup>219</sup> Dagens Nyheter, 000518, s A15.

<sup>220</sup> Sydsvenska Dagbladet, 000518. Dagens Nyheter, 000519.

<sup>221</sup> Dagens Nyheter, 000518 s A15. Artikeln anger att dessa uppgifter bygger på uppgifter från TT som har förstahandsinformation från kommissionen.

<sup>222</sup> Rådets förordning 1768/92 angående tilläggsskydd för läkemedel, EGT 920702 Nr L 182/1-5. Jfr PatL kap 13, 105-114 §§.

skydd. I Tyskland gäller emellertid detta skydd från 1988 och framåt och det finns olika åsikter om huruvida Losec har tillägsskydd. AstraZeneca har tvistat med ett flertal tyska generikaföretag och frågan har hänskjutits till EGD.<sup>223</sup> Kommissionen undersöker bland annat AstraZenecas beteende i denna process.<sup>224</sup> Ett annat område som tilldrar sig kommissionens intresse är AstraZenecas lansering av Losecs tablettform, Losec Mups. AstraZeneca har successivt dragit tillbaka Losec i kapselform och ersatt den med tablettformen. Detta innebär att parallellimportörernas försäljningstillstånd, vilket är beroende av existensen av huvud- importören försäljarens tillstånd faller och att dessas verksamhet blockeras. Bolaget har i samband med detta beskyllts för att använda Losec Mups för att komma åt parallellimporten av Loseckapslar.<sup>225</sup> Ett tredje område som undersöks är hur AstraZeneca systematiskt stämt de företag som bolaget ansett gjort intrång i Losecs patent. Detta tredje område syftar således till att klarlägga om AstraZeneca missbrukat EU-ländernas rättssystem.<sup>226</sup>

De olika spörsmålen är var för sig principiellt mycket intressanta. Inom ramen för denna uppsats är det dock bara det sista området för Kommissionens utredning som är aktuellt att undersöka. Det blir här en fråga om att granska AstraZenecas beteende och eventuella strategi för att försvara Losec.

## 8.2 Beteende och strategi för att försvara Losec

Det har genom media blivit ett välkänt faktum att AstraZeneca aktivt och ibland aggressivt försvarar sina immateriella rättigheter. Detta har tagit sig uttryck i många och omfattande intrångsprocesser gentemot främst generika-tillverkande konkurrenter. AstraZeneca har även uttryckligen tillkännagivit denna policy genom uttalanden i samband med intrångsmål som:

*”AstraZeneca kommer med kraft att försvara sina patenträttigheter”<sup>227</sup>.*

Denna inställning från AstraZenecas sida är inte unik. Läkemedelsföretag måste idag noggrant bevaka sina rättigheter för att skydda sina intressen och

---

<sup>223</sup> Angående den tyska processen om tillägsskyddet se AstraZenecas pressmeddelanden, <http://www.astra.se/areas/press/default.asp>, 000904,

AstraZeneca överklagar beslut av tyska patentdomstolen, 000321; AstraZeneca välkomnar domstolsbeslut att hänskjuta mål rörande omeprazol till EG-domstolen, 000201;

AstraZeneca - Avslag för försäljningsförbud för generisk version av omeprazol i Tyskland, 991112; AstraZeneca överklagar avslag av försäljningsförbud för generisk version av omeprazol i Tyskland, 990909; AstraZeneca - Försäljningsförbud för generisk version av omeprazol i Tyskland upprätthålls, 990819; AstraZeneca erhåller föreläggande om försäljningsförbud av generisk version av omeprazol i Tyskland, 990708; Astra stämmer tyskt generikaföretag, 990507; Tysklands högsta domstol tar upp viktigt patentmål för Astra, 981233..

<sup>224</sup> Dagens Nyheter, 000518, s A15.

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Ibid samt telefonsamtal med Advokat Martin Ekvad, Magnusson Wahlin Advokatbyrå, 000831.

<sup>227</sup> Pressmedelände ”AstraZeneca stämmer LEK Pharmaceutical and Chemical Company d.d. och LEK USA, Inc.”, 000621, <http://www.astra.se/areas/press/default.asp>, 000904.

inte tappa marknaden till generikaföretag vilka agerar snabbt och aggressivt för att komma in på marknaden.<sup>228</sup>

Vad Kommissionen syftar på för form av strategi från AstraZenecas sida som grund för anklagelserna om att företaget utnyttjat nationella rättssystem och systematiskt stämt konkurrenter har visat sig svårt att få fram information om. Kommissionen har inte kommenterat undersökningen och AstraZeneca hänvisar till vad som sagts i det tidigare pressmeddelandet. De praktiker jag varit i kontakt med kan inte skönja något konkret mönster i företagets processuella ageranden som skulle kunna konstituera en systematisk strategi från företaget.

För att skapa mig en bild av AstraZenecas agerande är jag med hänsyn till ovanstående i första hand hänvisad till de uppgifter som redovisats i media. Jag kommer i det följande att med utgångspunkt i detta underlag formulera egna hypoteser om vilka beteenden som jag anser kunna föranleda misstanke om ett strategiskt processande som missbruk av dominerande ställning. Det skall understrykas att jag genom denna redovisning inte strävar efter att ge en uttömmande genomlysning av AstraZenecas agerande. Mediematerialet måste även behandlas med viss försiktighet och källkritisk distans då journalister inte alltid med full precision kan förväntas återge de juridiskt ofta mycket invecklade och svåra frågor de behandlar.

## 8.2.1 Ansökan om försäljningstillstånd

### 8.2.1.1 Försäljningstillstånd för generikaföretag

För att ett läkemedel skall få säljas i ett land måste läkemedlet först kontrolleras och godkännas av en statlig kontrollmyndighet.<sup>229</sup> Detta gäller för såväl nya som ”kopierade”, generiska, läkemedel. Tillstånd till försäljning kan sökas både nationellt, genom LMV i Sverige, samt genom EU:s läkemedelsverk EMEA. En svensk ansökan om tillstånd till försäljning skall bl a innehålla uppgifter om: läkemedlets beståndsdelar, beskrivning av framställningsmetoden, terapeutiska indikationer<sup>230</sup>, kontraindikationer<sup>231</sup> samt biverkningar. Vidare skall resultat av fysikalisk-kemiska-, biologiska- eller mikrobiologiska-, farmakologiska- och toxologiska undersökningar samt resultat av kliniska tester bifogas.<sup>232</sup>

I både svensk och europeisk rätt är det en etablerad princip att en ansökan om försäljningstillstånd som lämnas in till berörd myndighet inte kan innebära intrång i en patenträtt.<sup>233</sup> I svensk rätt har detta uttalats av

<sup>228</sup> Telefonsamtal med Advokat Martin Ekvad, Magnusson Wahlin Advokatbyrå, 000831.

<sup>229</sup> Domeij Bengt, *Läkemedelspatent*, Stockholm, 1998, s 458.

<sup>230</sup> Terapeutiska indikationer är de resultat läkemedlet ger; själva orsaken till varför man behandlar med läkemedlet.

<sup>231</sup> Kontraindikationer är skäl som talar mot att man behandlar patienten med läkemedlet i vissa fall – exempelvis att läkemedlet riskerar att förvärra andra sjukdomstillstånd.

<sup>232</sup> Läkemedelsverkets föreskrifter och allmänna råd om godkännande av läkemedel för försäljning m.m. LVFS 1995:8 4§ p 1 samt bilaga 1 och 2.

<sup>233</sup> Domeij, s 458.

Stockholms TR<sup>234</sup>, i engelsk rätt av Patentdomstolen<sup>235</sup> samt i holländsk av Överinstansen i Haag<sup>236</sup>. En ansökan om försäljning av en vara innebär inte att varan behöver framställas samt inte heller ett utbud av denna, vilket är en förutsättning för intrång.<sup>237</sup> En generikatillverkare har således möjlighet att ansöka om försäljningstillstånd avseende ett läkemedel redan innan patenttiden löpt ut, utan att kränka patentinnehavarens rätt.

Förutom den ovan beskrivna ansökan fodras i ett flertal europeiska länder att den som ansöker bifogar ett fysiskt prov på läkemedlet. Så är emellertid inte fallet i Sverige, Danmark samt Norge.<sup>238</sup> För att lämna in ett prov måste läkemedlet framställas. Enligt Domeij är den allmänna uppfattningen att ett sådant framställande och ingivande av ett skyddat läkemedel innebär intrång i patentet.<sup>239</sup> Detta har enligt Domeij fastslagits i bl a Sverige av Stockholms TR och av Hoge Raad i Holland.<sup>240</sup> En generikatillverkare är således förhindrad att i vissa länder ta detta steg innan patenttiden löpt ut.

### 8.2.1.2 Ett exempel på en tvist

Här följer ett exempel på en tvist mellan AstraZeneca i Sverige och ett svenskt generikaföretag. Det svenska generikaföretaget ScandPharm ansökte om försäljningstillstånd för sin Omeprazol-version. Ansökan beviljades den 28 december 1998.<sup>241</sup> ScandPharm erhöll fullt godkännande utan att lämna in produktprov.<sup>242</sup> Bortsett från AstraZenecas patentskydd var alltså företaget nu oförhindrat att marknadsföra sitt läkemedel på den svenska marknaden. AstraZeneca stämde då för att få fastställt att:

*”... man åtnjuter skydd gentemot svaranden mot att läkemedel, som innehåller Omeprazol såsom aktiv ingrediens och som är avsett för sådan användning som godkänts innan skyddstiden löpt ut, av svaranden utbjuds, bringas i omsättning eller används i Sverige...”<sup>243</sup>.*

Saken avvisades emellertid av Stockholms TR då man ansåg att yrkandet inte fastställde annat än vad som framgår av PatL. Både Svea HovR och HD kom senare till samma slutsats.<sup>244</sup>

---

<sup>234</sup> Stockholms TR mål T 7-563-93 och T 7-737-94, 950615.

<sup>235</sup> Patents Court, The Upjohn Company v T Kerfoot & Co Ltd, Fleet Street Patent Law Reports 1998, s 1f.

<sup>236</sup> Överinstansen i Haag, Glaxo-Wellcome v Stada-Centrafarm, refererat av Ebnik R, Patent World, feb 1998 s 33f.

<sup>237</sup> Stockholms TR har fastslagit att publicering av genrikaläkemedel i FASS utgör utbud och således intrång. Stockholms TR:s dom DT-398-95, refererad i Patent Eye, nr 6, 1995, s 10.

<sup>238</sup> Telefonsamtal med Lennart Söderman, VD, ScandPharm AB, 000927.

<sup>239</sup> Domeij, s 459.

<sup>240</sup> Ibid s 460.

<sup>241</sup> Se LMV:s godkännande Omeprazol ScandPharm, godkännande nr. 14499. [http://www.mpa.se/godkanda/gdk98/g30\\_98.html](http://www.mpa.se/godkanda/gdk98/g30_98.html).

<sup>242</sup> Telefonsamtal med Lennart Söderman, VD, ScandPharm AB, 000927 samt Patent Eye nr 2, 2000, s 8.

<sup>243</sup> Stockholm TR:s beslut T-19303-98 citerat ur Patent Eye, nr 2, 2000, s 8.

<sup>244</sup> Patent Eye nr 4 och 8, 1999.

Syftet med drivande av en process som den som här beskrivits kan ifrågasättas. En process som uppfattas som en begäran om fastställande av rättigheter som redan framgår av lagtexten; TR:n påpekar dessutom detta uttryckligen i sitt beslut. Vad vill AstraZeneca åstadkomma med denna typ av talan? Det är inte fråga om en intrångstalan men likväl grundar sig denna fastställsetalan på samma rättsliga omständigheter som en intrångstalan skulle göra – de rättigheter som ges i kraft av patenträtten. Rättsläget synes var klart i frågan om när i registreringsfasen av ett läkemedel intrång begås av en generikatillverkare – inlämnandet av fysiskt prov av läkemedlet till LMV eller motsvarande myndighet – och AstraZeneca borde rimligtvis vara medvetet om detta. Det är inte heller några oklarheter i att gällande patentlagstiftning förhindrar ett generikaföretag, även om och oavsett om detta har erhållit tillstånd för försäljning från LMV, från att utbjuda, använda eller bringa läkemedlet i omsättning i Sverige. AstraZeneca driver även liknande processer i andra länder. I Tyskland har man bl a fått till stånd interimistiska försäljningsförbud för ett flertal generikaföretag.<sup>245</sup>

### 8.2.1.3 Utgör beteendet processmissbruk enligt ITT Promedia-regeln?

Bedömning av det här beskrivna beteendet får göras mot bakgrund av den presumptionsregel som kommissionen tillämpat i ITT Promedia-fallet. Regelns tillämplighet samt aspekter på dess tillämplighet i patentintrångsprocesser har diskuterats ovan<sup>246</sup>. För att genom denna modell hävda att ett missbruk föreligger har kommissionen att bevisa att, talan inte skäligen kan anses syfta till att göra gällande det berörda företags rättigheter. Hänsyn skall tas till rättigheterna som de såg ut vid den tid då processen inleddes och vad företaget skäligen kunde anse utgöra dess rättigheter. Talan skall slutligen anses ingå i en plan som har till syfte att utesluta konkurrens.

Man får för det första studera vad AstraZeneca objektivt borde ha ansett sig ha för rättigheter. Att de hade ett gällande patentskydd för produkten synes vara klart. Att de i kraft av detta patentskydd har rätt att förhindra intrång samtidigt som ensamrätten innebär ett förbud för tredje part att marknadsföra ett läkemedel som kränker denna rätt synes också vara klart. AstraZeneca menar att uttalanden från ScandPharm tytt på att de haft för avsikt att inte respektera AstraZenecas ensamrätt.<sup>247</sup> AstraZeneca tycks motivera sin fastställsetalan som en markering i förebyggande syfte för att avskräcka ScandPharm från att vidta sådana åtgärder. Ett sådant nyttjande av rättssystemet kan enligt min mening ifrågasättas. Talan synes inte innebära att något kontroversiellt eller konkret utreds och man kan anta att dess innebörd de facto inte syftat till annat än att markera gentemot och skrämja ScandPharm. Talan ger i och för sig sken av att tillvarata verkliga och legitima intressen men då dessa intressen utnyttjas eller försvaras in absurdum avtar givetvis det befogade i att tillgodose rättighetsinnehavarens begäran.

---

<sup>245</sup> Telefonsamtal med Lennart Söderman, VD, ScandPharm AB, 000927.

<sup>246</sup> Kap 7.5.

<sup>247</sup> Patent Eye, Nr 4, 1999, s 12-13.

Det finns anledning att anta att AstraZeneca haft andra syften än att juridiskt ta tillvara sin rätt med sin talan i ScandPharm-fallet. Det faktum att man använt sig av rättigheter som faktisk existerar gör emellertid att ITT Promedia-modellens tillämpning förhindras.<sup>248</sup> Regelns tillämplighet synes förutsätta att rättigheterna inte kunnat antas existera. Någon tvekan om vilken rätt AstraZeneca har finns ej - av denna anledning avvisades ju talan. Det finns emellertid anledning att anse att AstraZeneca utnyttjat sina rättigheter på ett illojalt sätt, ett sätt som patenträtten inte syftar till.

Då ITT Promedia-regeln är ett undantag till principen om rätten till prövning måste dock regeln ges en snäv tillämpning varför en utsträckning till att omfatta detta fall, genom ett frångående av ett av de kumulativa kraven, inte kan medges. Detta utesluter i och för sig inte att Kommissionen eller högre instanser skulle kunna utsträcka ITT Promedia-regeln eller argumentera för att ett dylikt missbruk skulle kunna omfattas av missbruks regeln i art 82. En förutsättning för att inskränka rätten till att driva process är i så fall, som tidigare konstaterats, att detta handlande medför en "exceptional circumstance".

## 8.2.2 Losecs tillägsskydd

### 8.2.2.1 Reglerna om tillägsskydd

Som tidigare redogjorts för krävs tester och godkännanden av läkemedel innan dessa kan introduceras på marknaden. Dessa förfaranden tar ofta flera år i anspråk och kan inte inledas förrän patentet godkänts.<sup>249</sup> Den reella tiden under vilken ett läkemedel kan säljas med skydd av patentet förkortas av denna anledning betydligt jämfört med andra varor. För att kompensera läkemedelsbranschen för detta har man inom EU genom en rådsförordning infört regler om s k tillägsskydd för läkemedelspatent.<sup>250</sup> Detta innebär förenklat att skyddstiden på ett schablonmässigt sätt förlängs. Den svenska PatL hade vid förordningens ikraftträdande liknande regler i 13 kap vilka senare har anpassats till direktivets regler.<sup>251</sup> I de flesta EU och EES-länder (inklusive Sverige) gäller detta läkemedel godkända efter den 1 januari 1985, medan man i Tyskland, Danmark, Norge och Finland valde att förlänga patenttiden endast för läkemedel godkända efter den 1 januari 1988.

### 8.2.2.2 Tvist om Losecs tillägsskydd

Som ovan angivits angående bakgrunden till Kommissionens undersökning har denna även koncentrerat sig kring turena om Losecs tillägsskydd. Losec har i de flesta europeiska länder fått ett utsträckt skydd med hjälp av tillägsskyddsreglerna i nationell rätt. AstraZeneca har emellertid anklagats

---

<sup>248</sup> Med förbehåll för situationen i kap 8.2.2.3.

<sup>249</sup> Domeij, s 425f.

<sup>250</sup> Rådets förordning 1768/92 angående tillägsskydd för läkemedel, EGT 920702 Nr L 182/1-5.

<sup>251</sup> Se Prop 1993/94:203, *Ändringar i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet) m.m.*, s 129.

för att ha framlagt felaktiga dokument för att erhålla detta tilläggsskydd.<sup>252</sup> Läkemedelsvärlden skriver i mars 1999 att det,

*”uppdagats att Astra har angivit olika datum för när omeprazol först fick börja säljas i olika länder. I samtliga fall har de olika angivna datumen gynnat Astra.”<sup>253</sup>”,*

man skriver vidare,

*”[i]de flesta ansökningarna om förlängd patenttid för omeprazol från Astra anges Luxemburg som det land där substansen först godkändes för marknadsföring. Det förekommer dock två olika datum: den 16 november 1987 och den 21 mars 1988. Den 16 november 1987 beslutades om tillståndet för marknadsföring i Luxemburg. Den 21 mars 1988 förekom omeprazol för första gången i en lista över farmaceutiska specialiteter i Luxemburg. Det är Luxemburg och den 21 mars 1988 som Astra har angivit som första försäljningstillstånd inom nuvarande EU i ansökningarna om förlängd patenttid i Tyskland, Norge och Finland. Men det finns ytterligare ett godkännande som ligger ännu längre tillbaka i tiden. I Frankrike beviljades omeprazol marknadsföringstillstånd redan den 15 april 1987.”*

Frågan om tilläggsskyddet gäller eller ej har som ovan berörts hänskjutits till EGD från den tyska patentdomstolen. Jag tänker här inte fördjupa mig närmare i AstraZenecas (eventuellt illojala) förfarande för att erhålla och upprätthålla tilläggsskyddet. Mot bakgrund av ovan refererade artikel tycker jag mig dock kunna skönja dubiösa element kring denna fråga vilka reser frågor om det legitima i företagets handlande.

De nationella tvisterna om tilläggsskyddets vara eller icke vara bottenar i intrångsprocesser från AstraZenecas sida mot generikaföretag som genstämt och i vissa fall fått tilläggsskyddet upphävt. Om det nu förhåller sig så att AstraZeneca har erhållit tilläggsskyddet på felaktiga grunder, varit medveten om att skyddet medgivits på felaktiga grunder, och sedan utnyttjat detta förlängda patentskydd för att beivra ”intrång” uppstår frågan om förfarandet med hänsyn till ITT Promedia-regeln kan betraktas som missbruk.

### **8.2.2.3 Utgör beteendet processmissbruk enligt ITT Promedia-regeln?**

Om AstraZeneca, enligt misstankarna ovan, erhållit tilläggsskydd för Losec på felaktiga grunder kan de rättigheter vilka intrångsprocesser med stöd av tilläggsskyddade patent givit sken av att tillvarata ifrågasättas. Rättigheterna är beviljade på felaktiga grunder och den som stödjer sig på dessa har verkat för att rättigheterna skall beviljas på felaktiga grunder eller är åtminstone medveten om att så är fallet.

---

<sup>252</sup> Läkemedelsvärlden, *Astra stäms för fusk med patenttider*, Hedlund Fredrik, Jensen Sten Erik, mars 1999, [http://www.swepharm.se/Forlag/Lakemedelsvarlden/ny\\_site/](http://www.swepharm.se/Forlag/Lakemedelsvarlden/ny_site/), 000830.

<sup>253</sup> Ibid.



För att genom ITT Promediamodellen hävda att en missbrukshandling föreligger har kommissionen att bevisa att talan inte skäligen kan anses syfta till att göra gällande det berörda företags rättigheter. Hänsyn skall tas till rättigheterna som de såg ut vid den tid då processen inleddes och vad företaget skäligen kunde anse utgöra dess rättigheter.

Skillnaden mellan Losec- visavi ITT-Promediafallet är att de rättigheter man i Loecfallet stödjer sig på i formell mening existerar. Dessa rättigheter är emellertid angripbara. Frågan blir då hur detta förhållande skall påverka rättighetsinnehavarens situation. Kan man jämföra rättigheter förvärvade i ond tro med icke existerande rättigheter? Kan man tolka kriterierna i ITT Promediadomen till att omfatta även en sådan situation? Enligt min mening talar starka skäl för att så är fallet. Det finns ingen anledning att göra skillnad på icke existerande rättigheter och felaktigt erhållna rättigheter. Resultatet bör vara detsamma då rättigheterna som här är angripbara samt att innehavaren är eventuellt i ond tro om deras grund. Detta talar mot att de skall upprätthållas även i denna situation.

Vad beträffar värderingen av vad företaget ”skäligen kunde anse” skulle detta kunna tolkas som om att ansvar inte kunde föreligga då rättighetsinnehavaren visserligen är i ond tro om rättigheternas men inte räknade med att de skulle angripas. Detta förändrar dock inte situationen och kan inte vara ett åsyftad tolkning av ITT Promedia-regeln.

Enligt uppgifterna i Läkemedelsvärlden har Losecs tilläggsskydd hävts i flera länder.<sup>254</sup> Detta har gjorts i processer där AstraZeneca initialt hävdade intrång och de svarande företagen svarat med att angripa tilläggsskyddet. AstraZenecas processande med stöd i tilläggsskyddet kan liknas vid ett systematiskt beteende som talar för att beteendet ingår i en plan som har till syfte att utesluta konkurrens.

Som tidigare påpekats är regeln i ITT Promedia-fallet ett undantag varför en snäv tillämpning bör eftersträvas. Återigen är det här i sista hand upp till EGD att uttala sig om hur denna regel skall tillämpas eller utforma nya bedömningsmodeller för processmissbruk.

---

<sup>254</sup> Läkemedelsvärlden, *Krig om omeprazol-försäljning i Tyskland*, Jensen Sten Erik, mars 2000, [http://www.swepharm.se/Forlag/Lakemedelsvarlden/ny\\_site/](http://www.swepharm.se/Forlag/Lakemedelsvarlden/ny_site/), 000830.

## 9 Avslutande kommentarer

Mot bakgrund dels av hur jag tolkat rättsläget samt dels de omständigheter jag redovisat angående AstraZenecas beteende i denna uppsats anser jag följande: Det finnas grunder för att argumentera för att AstraZeneca har gjort sig skyldiga till ett missbruk av dominerande ställning. Detta både med hänsyn till den praxis som kan antas gälla genom ITT Promedia-fallet samt med hänsyn till att beteendet i vissa avseenden är av en sådan trakasserande karaktär som inte borde accepteras inom konkurrensrätten. Det finns anledning att anta att Kommissionen och EGD kan anse det befogat att vidga möjligheterna till inskränkningar i processfriheten utöver den gräns som ITT Promedia-domen givit.

Något som troligen kommer att bli avgörande för prövningen i praktiken är Kommissionens möjlighet och förmåga att bevisa AstraZenecas illojala beteende. Detta underlättas dock av missbruksbegreppets objektiva karaktär. Ett handlande kan betraktas som en missbrukshandling redan på objektiva grunder. Det är alltså inte nödvändigt att bevisa företagets subjektiva intentioner med handlandet.

Den massmediala uppståndelsen i samband med att AstraZeneca tillkännagav att man var placerat under kommissionens mikroskop tycks i skrivande stund ha lagt sig. Företagets aktiekurs påverkades enbart marginellt av nyheten och visar sedan dess på en fortsatt tillväxt över stockholmsbörsens index. Det som fick störst uppmärksamhet efter tillkännagivandet var de höga bötesbelopp som en eventuell fällande dom skulle kunna medföra för AstraZeneca. De principiella frågorna kring de relativt graverande anklagelserna mot företaget diskuterades inte då och verkar ha fallit i glömska. De förefaller varken ha påverkat medierna eller den allmänna samhällsdebatten.

De som med nyfikenhet och intresse väntar på att kommissionen skall offentliggöra sina slutsatser i AstraZenecafallet har här givits en fingervisning om vad dessa kan tänkas komma att innehålla. Det är oerhört vanskligt att förutsäga utgången i detta fall men enligt min mening finns det, enligt vad som här redovisats, goda grunder för att anta att AstraZeneca gjort sig skyldig till brott mot art 82.

Jag ser tre konsekvenser av en fällande dom i denna sak mot AstraZeneca, två faktiska och en potentiell; ett ekonomiskt skadestånd samt ett skadat goodwill för AstraZeneca samt i det större perspektivet; en debatt som uppmärksammar marknads- och affärsstrategier i denna bransch. En bransch som å ena sidan betraktas och hyllas som ett av de yttersta bevisen på civilisationens landvinningar men som samtidigt, å den andra, kan visa prov på ociviliserade affärsmetoder.

# Bilaga A

Pressmeddelande, 17 maj 2000

## **”ASTRAZENECA - EU COMPETITION AUTHORITY**

AstraZeneca confirms that the European Commission earlier this year made enquiries in February 2000 relating to AstraZeneca’s defence of its intellectual property and other rights relating to omeprazol.

AstraZeneca’s policy is to comply with all applicable laws, including Competition Laws, and this policy is taken very seriously by the Company and its employees. AstraZeneca is co-operating fully with the commission with respect to its enquiries.

AstraZeneca is currently pursuing a number of legal and other commercial steps which are quite properly designed to protect its hard won franchise relating to omeprazole (‘Losec’). AstraZeneca has no hesitation in vigorously defending its legitimate legal interests.

AstraZeneca believes that the Commission’s investigation may have commenced as a result of a complaint by a third party which is actually or potentially involved in generic omeprazole and who may be involved in attempts to 'jump the gun' before patent expiry in order to improperly obtain a commercial advantage. The mere fact of an investigation does not in any way imply that the Commission has come to any conclusions in relation to the matter being investigated, and AstraZeneca is confident that its actions will be fully vindicated.

At this time, AstraZeneca has nothing further to add, except that it is confident that any allegations or complaint are not well founded and will be held to be unsubstantiated.

Kontaktpersoner:

Staffan Ternby, 08-553 261 07

Mikael Widell, 08-553 264 28/070 311 99 60”

# Bilaga B

## Avdelning V. Gemensamma regler om konkurrens, beskattning och tillnärmning av lagstiftning

### Kap. 1 Konkurrensregler

#### Avsnitt 1 Regler tillämpliga på företag

##### Artikel 81

1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att:

- a. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c. marknader eller inköpskällor delas upp,
- d. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- e. det ställs 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.

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga på:

- avtal eller grupper av avtal mellan företag,
  - beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar
  - samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden
- som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller

till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte:

- a. ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
- b. ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

##### Artikel 82

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.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Internationellt

Europeiska konventionen av den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

### EU

Unionsfördraget (Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (Romfördraget) i konsoliderad version efter Amsterdamfördraget  
Förordning nr 17 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 [1962]

Rådets förordning 1768/92 angående tilläggsskydd för läkemedel, EGT 920702 Nr. L 182/1-5

Kommissionens tillkännagivande om avgränsning av den relevanta marknaden, EFT 1997 C 372

### Storbritannien

The Supreme Court Act 1981

The Patent Act 1977

The Trade Marks Act 1994

### Sverige

Patentlagstiftningskommitténs betänkande VI, 1919. ”*Förslag till lag om patent m.m.*”

SOU 1955:45 ”*1954 års Priskontrollutredning*”

Proposition 1993/94:203 ”*Ändringar i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet) m.m.*”

Patentlag (SFS 1967:837)

Konkurrenslag (SFS 1993:20)

Läkemedelverkets föreskrifter och allmänna råd om godkännande av läkemedel för försäljning m.m. (LVFS 1995:8)

## **Böcker**

Bellamy Christopher, Child Graham, *Common Market Law of Competition*, uppl 4, London, 1993

Domeij Bengt, *Läkemedelspatent*, Stockholm, 1998

Fejø Jens, *EU-konkurrenceret*, uppl 4, Gylling, 1997

Koktvedgaard Mogens, *Lærebog i immaterialret*, uppl 4, Gylling, 1996

Koktvedgaard Mogens, Levin Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, uppl 6, Stockholm, 2000

*Konkurrens på reglerade marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?*, Red Bernitz Ulf, Edwardsson Eva, Stockholm, 1999

Lungard Hansen Kim, Kjølbye Lars, Saugmandsgaard Øe Henrik, *EU-konkurrenceretten*, Köpenhamn, 1998

Petrusson Ulf, *Patent och industriell omvandling – En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem*, Stockholm, 1999

Sundblad Martin, *Missbruk av civilprocessuella tvångsåtgärder*, Lund, 1999

Whish R, *Competition Law*, tredje upplagan, London, 1993

## **Artiklar, notiser**

Cunningham Nicholas, *How far can a patent holder go?*, European Intellectual Property Review, Vol 21, Nr 9, sept 1999 s 469-472

Ebnik R, *Glaxo-Wellcome v. Stada-Centrafarm*, Patent World, feb 1998 s 33-35

Greaves Rosa, *The Herchel Smith Lecture 1998: Article 86 of the E.C. Treaty and Intellectual Property Rights*, European Intellectual Property Review Vol 20, Nr 10, 1998 s 379-385

Hayhurst William L, *Patents, Burden of proof validity – what constitutes the "issue" of a patent – what constitutes the "same invention" – alleged fraud on the Patent Office - alleged abuse of process*, European Intellectual Property Review Vol 21, Nr 2, 1999 s N20-21

Hughes Jean, *Trademarks Unjustified threats*, European Intellectual Property Review Vol 22, Nr 8, 2000 s N116-117  
NIR 1972 s443ff  
Patent Eye, nr 6, 1995, s 10  
Patent Eye, nr 4 , 1999, s 12-13  
Patent Eye, nr 8, 1999, s 10  
Patent Eye, nr 2, 2000, s 8  
Preece Steven, *ITT Promedia v. E.C. Commission: Establishing an Abuse of Predatory Litigation?*, European Competition Law Review, Vol 20: Nr 2, s 118-122, feb. 1999  
Preece Steven, *Glaxo and others v. Dowelhurst and Swingward: litigation and the scope of Article 81*, European Competition Law Review, Vol 21: Nr 7, s 330-333, juli 2000  
Schovsbo Jens, *Magill-sagen i grænsområdet mellem immaterialret og konkurrenceret.*, UfR 1995 B s 446-450  
Turner Jonathan D C, *Plus Royaliste que le Roi*, European Intellectual Property Review, Vol 22, Nr 9, 2000, s 434-440  
Westberg Peter, *Civilprocessuella säkerhetsåtgärder – ett instrument för konfliktlösning*, SvJT, 1990, s 161-176

## **Elektroniska källor**

AstraZenecas pressmeddelanden, på:

<http://www.astra.se/areas/press/default.asp>, 000904;

*AstraZeneca stämmer LEK Pharmaceutical and Chemical Company d.d. och LEK USA, Inc.*, 000621.

*AstraZeneca överklagar beslut av tyska patentdomstolen*, 000321.

*AstraZeneca välkomnar domstolsbeslut att hänskjuta mål rörande omeprazol till EG-domstolen*, 000201.

*AstraZeneca - Avslag för försäljningsförbud för generisk version av omeprazol i Tyskland*, 991112.

*AstraZeneca överklagar avslag av försäljningsförbud för generisk version av omeprazol i Tyskland*, 990909.

*AstraZeneca - Försäljningsförbud för generisk version av omeprazol i Tyskland upprätthålls*, 990819.

*AstraZeneca erhåller föreläggande om försäljningsförbud av generisk version av omeprazol i Tyskland*, 990708.

*Astra stämmer tyskt generikaföretag*, 990507.

*Tysklands högsta domstol tar upp viktigt patentmål för Astra*, 981233.

The Times, 14 mars 2000, [http://www.thetimes.co.uk/cgi-bin/BackIssue?](http://www.thetimes.co.uk/cgi-bin/BackIssue?000901), 000901.

Läkemedelsvärldens hemsida, Läkemedelsvärlden, *Astra stäms för fusk med patenttider*, Fredrik Hedlund & Sten Erik Jensen , mars 1999,

Läkemedelsvärlden, *Krig om omeprazol-försäljning i tyskland*, Sten Erik Jensen , mars 2000,

[http://www.swepharm.se/Forlag/Lakemedelsvarlden/ny\\_site/](http://www.swepharm.se/Forlag/Lakemedelsvarlden/ny_site/), 000830.

LMV:s hemsida, Godkända läkemedel, Omeprazol ScandPharm, godkännande nr 14499. [http://www.mpa.se/godkanda/gdk98/g30\\_98.html](http://www.mpa.se/godkanda/gdk98/g30_98.html), 000927

## **Muntliga källor**

Telefonsamtal med Adokat Martin Ekvad, Magnusson Wahlin Advokatbyrå, 31 augusti 2000.

Telefonsamtal med Lennart Söderman, Scandpharm AB, 27 september 2000



# Rättsfallsförteckning

## EG-rätt

### EG-domstolen

Förenade målen 56 och 58/64, Grundig & Consten / Kommissionen, [1966]

ECR s 429

Mål 24/67, Parke, Davies & Co / Probel m.fl., [1968] ECR s 81

Mål 78/70 Deutsche Grammophon / Metro SB [1971] ECR s 487

Mål 6/72, Europemballage Corporation & Continental Can / Kommissionen, [1973] ECR s 157

Mål 15/74, Centrafarm BV m.fl. / Sterling Drug, [1974] ECR s 1147

Mål 85/76, Hoffmann-La Roche / Kommissionen, [1979] ECR s 461

Mål 102/77, Hoffmann-La Roche / Centrafarm, [1978] ECR s 1139

Mål 187/80, Merck / Stephar & Exler [1981] ECR s 2063

Mål 144/81, Keurkoop / Nancy Kean Gifts, [1982] ECR s 2853

Mål 322/81, Michelin / Kommissionen, [1983] ECR s 3461

Mål 222/84, Johnston / Chief Contable of the Royal Ulster Constabulary, [1986] ECR s 1651

Mål 35/87, Thetford / Fiamma, [1988] ECR s 3585

Mål 53/87, CICRA m.fl. / Renault, [1988] ECR s 6039

Mål 238/87, Volvo / Veng, [1988] ECR s 6211

Förenade målen C-241 och C-242/91 RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s 744

Mål C-317/91, Deutsche Renault / Audi, [1993] ECR I s 6227

Förenade målen C-92 och 326/92, Collins & Patricia Im und Export / Imtrat & EMI Electrola, [1993] ECR I s 5145.

Mål C-333/94, Tetra Pak / Kommissionen, [1997] ECR I s. 5951

Förenade målen C-267 och 268/95, Merck / Primecrown & Beecham / Europharm [1996] ECR I s 6285

Mål C-349/95, Londersloot / Ballantine & son m.fl., [1997] ECR I s 6227

## **Förstainstansen**

Mål T-30/89 Hilti / Kommissionen, [1990] ECR II s 1439

Mål T-51/89 Tetra Pak / Kommissionen, [1990] ECR II s 309

Mål T-65/89, BPB Industries & British Gypsum / Kommissionen [1993]  
ECR II s 389

Mål T-83/91 Tetra Pak / Kommissionen [1994] ECR II s 755

Mål T-24/93 Compañie maritime belge transports m.fl. / Kommissionen  
[1996] ECR II s 1201

Mål T-111/96 ITT Promedia NV / Kommissionen [1998] ECR II s 2941

## **Kommissionens beslut**

Continetal Can company, OJ Nr L 7/25 [1972]

BBI / Boosey & Hawkes, OJ Nr L 286/38 [1987]

Decca Naviagtor System, OJ Nr L 43/27 [1989]

Magill TV Guide / ITP, BBC, RTE, OJ Nr. L 78/43 [1989]

## **Generaladvokats förslag till avgörande**

Utlåtande av den 880621 publicerat i Mål 53/87, CICRA m.fl. / Renault,  
[1988] ECR s 6039

Utlåtande av den 940601 publicerat i Förenade målen C-241 och C-242/91  
RTE & ITP / Kommissionen, [1995] ECR I s. 744

## **Svensk rätt**

### **TR**

Stockholms TR förenade mål T 7-563-93 och T 7-737-94, 950615

### **Marknadsdomstolen**

MD 1972:2 Dubbman.

### **KKV beslut**

1993-10-14 Dnr 675/93.

1994-04-21 Dnr 980/93.

## **Engelsk rätt**

Glaxo Group m.fl. / Dowelhurst och Swingward, HC 1999 No. 02051.

The Upjohn Company v. T. Kerfoot & Co. Ltd, Patents Court, Fleet Street

Patent Law Reports 1998, s. 1f.