



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marcus Winqvist

Tvångslicenser med stöd av
artikel 82 - effekter och
biverkningar

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Ulf Maunsbach

Immaterialrätt/Konkurrensrätt

Hösten 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
1 INLEDNING	3
2 TVÅ RÄTTSOMRÅDEN I KONFLIKT	5
2.1 Immaterialrättens mål och syfte	5
2.2 Konkurrensrättens mål och syfte	6
2.3 Rättsområdenas mål och syfte	8
3 HUR KONFLIKTEN LÖSES	10
3.1 EG-rättens lösning - artikel 82	10
3.1.1 Dominansläran	10
3.1.2 Missbruk	12
3.2 Artikel 82 och immaterialrätten	12
4. TVÅ RÄTTSFALL	14
4.1 Magill	14
4.1.1 Omständigheter i rättsfallet	14
4.1.2 Analys av rättsfallet	15
4.2 IMS Health	18
4.2.1 Omständigheter i Rättsfallet	18
4.2.2 Analys av rättsfallet	18
5 TVÅNGSLICENSERS SYFTE OCH EFFEKTER	21
5.1 Tvångslicensers syfte	21
5.1.1 Tvångslicenser som säkerhetsventil mot missbruk	21
5.1.2 Tvångslicenser som marknadsreglering	23
5.1.2.1 Marknadsstruktur och innovation	23
5.1.2.2 Tvångslicensers möjlighet att påverka marknadsstrukturen	25
5.2 Tvångslicensers effekter	27
6 ALTERNATIV TILL DAGENS REGLER	30
6.1 En intern lösning	30
6.2 En extern lösning	32

6.3 Generalklausul - fair use	33
7 SLUTSATSER	36
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	41
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	43

Summary

Intellectual property laws and antitrust laws have different purposes; intellectual property rights do often give companies a dominant position on different markets which may harm the competition on those markets. Intellectual property laws want to give exclusive rights as incentive for research and development while antitrust laws want to create a competitive market which favours the consumers.

In cases where intellectual property rights lead to a dominant position and the company in favour of this is abusing that position, the antitrust laws will intervene and bring the market back to balance. The antitrust laws remedy in those cases is article 82 and compulsory licensing. The Court of Justice has in two controversial cases used article 82 and compulsory licensing due to abuse of a dominant position which a company have reached because of holding an intellectual property right.

Compulsory licensing is a very sensitive subject which often triggers a debate. Problems with too many compulsory licences are that the incentives for research and development may disappear. Companies with a big research and development field may need to share their innovations with competitors which will mean decreased profitability, and due to big company's total capital investments, this could even result in a net loss.

In this work I have analysed two debated cases from the Court of Justice, Magill and IMS Health, examined the purposes and effects of compulsory licensing, how compulsory licences should be used and on which occasions.

Sammanfattning

Immateriella rättigheter leder ej sällan till att företag får en dominerande ställning på en avgränsad marknad, vilket kan skada konkurrensen på den berörda marknaden. Immaterialrättens och konkurrensrättens syften och mål kan därför komma i konflikt med varandra. Immaterialrätten vill ge ensamrätter som incitament för forskning och utveckling medan konkurrensrätten har som primärt mål att skapa en konkurrensutsatt marknad som gynnar konsumenterna.

I de fall en immaterialrätt leder till en dominant position på en marknad och företaget som innehar den dominanta positionen missbrukar sin ställning så kan konkurrensrätten ingripa för att jämna ut balansen och konkurrensen på marknaden. Ett av konkurrensrättens remedium vid sådana tillfällen är tvångslicenser med stöd av artikel 82, som motverkar missbruk av dominerande ställning. I två omdebatterade rättsfall har EG-domstolen tillgripit artikel 82 och utdömt tvångslicenser på grund av att företag anses ha missbrukat sin dominerande ställning som de uppnått på grund av innehavet av en immaterialrätt.

Tvångslicensinstitutet är ett känsligt ämne som väcker starka känslor. Risken med ett alltför frekvent utdömande av tvångslicenser är att incitamenten för forskning och utveckling kan försvinna. Företag som kommer på något nytt riskerar att behöva dela med sig av sin innovation till konkurrenter vilket leder till minskad vinst, sett till ett helt företag och alla satsningar ett företag gör på olika områden, eventuellt förlust i slutändan.

Jag har i denna uppsats analyserat två omdebatterade rättsfall från EG-domstolen, Magill och IMS Health, och undersökt tvångslicensers syften och effekter. Hur bör tvångslicensinstitutet användas och vid vilka tillfällen skall tvångslicenser med stöd av artikel 82 utdömas.

1 Inledning

Vid en konflikt mellan konkurrensrätten och immaterialrätten skall konflikten lösas ytterst med beaktande av de skilda regleringarnas syften. Eftersom de olika regleringarna har vitt skilda mål och syften så blir det ej sällan problem när en konflikt mellan de två rättsområdena skall lösas.

Immateriella rättigheter finns för att skapa incitament för forskning, utveckling och marknadsföring vilket i förlängning skall leda till ekonomisk tillväxt. Immateriella rättigheter skapar i praktiken mer eller mindre långvariga ensamrätter för en viss produkt eller process och därmed monopolställningar på olika marknader vilket i vissa fall kan hämma konkurrensen.

När ett företag missbrukar sin långvariga ensamrätt och därigenom hämmar konkurrensen, träder konkurrensreglerna in och reglerar balansen på marknaden. Ett konkurrensrättsligt remedium i sådana situationer är tvångslicenser. En tvångslicens innebär att ett företag tvingas licensiera sin immaterialrätt till ett konkurrerande företag mot en fast ersättning som i de flesta fall understiger den ersättning företaget skulle ha erhållit vid ett framförhandlat licensavtal.

Tvångslicensinstitutet har använts av EG-domstolen i två omdebatterade rättsfall som har lyft fram frågan om tvångslicensers lämplighet. På gemenskapsnivå ses tvångslicenser som ett användbart verktyg för att korrigera marknadsjämnheter. En del amerikanska jurister och ekonomer är oroliga för att utvecklingen i Europa kommer att leda till allt lägre tröskel för utdömmande av tvångslicenser.

Mitt syfte med detta arbete var att undersöka tvångslicensieringsinstitutets effekter för marknaden och dens aktörer. Vilka effekter har utdömda tvångslicenser på innovationsviljan? Fyller tvångslicensinstitutet sin funktion som marknadsreglering när ett företag uppnått en dominerande ställning på grund av en immaterialrätt eller är tvångslicenser något som på sikt riskerar att hämma innovationsviljan hos företagen?

För att svara på dessa frågor har jag analyserat lagtext, rättsfall och doktrin. Trots författarnas olika skyddsobjekt så har jag haft som mål att angripa problemen, källorna och frågeställningarna ur ett objektiva och kritiska perspektiv.

Jag har utrett effekterna av tvångslicenser för marknaden i sin helhet, således har jag undersökt effekter för både producenter och konsumenter. Jag har sökt en angreppspunkt på immaterialrätter rent generellt och ej valt ut någon specifik immaterialrätt. Jag är medveten om att flera olika typer av immaterialrätter behandlas om vartannat trots betydande olikheter. Jag anser dock, trots skillnader mellan olika immaterialrätter, att mina slutsatser kan

så ett frö till eftertanke och kritiskt tänkande kring olika problem samt appliceras på immaterialrätten generellt, varför jag har valt detta angreppssätt. Syftet har också varit att behandla förhållandet mellan konkurrensrätten och immaterialrätten och att visa på vikten av att rättsområdena fungerar i harmoni.

Inledningsvis i kapitel 2 har jag beskrivet immaterialrättens och konkurrensrättens syften och sedan sammanfattat varför rättsområdena är i konflikt med varandra. Kapitel 3 behandlar hur en konflikt mellan immaterialrätten och konkurrensrätten löses inom EU samt redogör för institutet tvångslicenser. Vidare i kapitel 4 diskuteras två rättsfall där tvångslicenser utdömts. Dessa rättsfall valde jag för att de är omdebatterade och att rättsfallen ställer frågan om tvångslicensers existens på sin spets. Det är framförallt dessa två rättsfall som har väckt oro i USA för att tvångslicenser med stöd av artikel 82 skall leda till minskade satsningar på forskning och utveckling. I kapitel 5 analyseras tvångslicensers syften och effekter. Fortsättningsvis har jag diskuterat om det finns några alternativ till dagens metod i kapitel 6 och avslutningsvis har jag sammanfattat mina åsikter kring tvångslicensinstitutet och dess effekter i kapitel 7.

2 Två rättsområden i konflikt

2.1 Immaterialrättens mål och syfte

Immaterialrättens främsta syfte är att skapa incitament för innovation och utveckling. Konstnärer och författare måste kunna leva på sitt arbete. Uppfinnare måste kunna tjäna pengar på att uppfinna. Företag, stora som små, måste vilja investera i nya projekt och produktutveckling. Det förutsätter att ingen annan kan tillgodogöra sig deras prestationer utan att erlagga ersättning. Konsumenter måste kunna hitta rätt bland varor och tjänster på marknaden. Utan ett skydd för konstnären, författaren, uppfinnaren, företagen eller varumärkena så vill ingen lägga ner tid och kraft på att skriva, uppfinna, måla eller liknande. Den som sår måste helt enkelt få skörda.¹

För att den som presterat något eller investerat i ett projekt eller säljer produkter under ett visst namn skall få utdelning på sin insats, tjäna de pengar han eller hon behöver och investera dem på nytt, krävs således ett välutvecklat rättssystem. I dagens samhälle görs varor i enorma fabriker och fraktas från ena änden av världen till den andra. Den industriella utvecklingens framfart är hastig och för många skoningslös. Allt kan i princip kopieras med exakt precision till låga priser. Kreativa prestationer kan utnyttjas av många samtidigt och på olika platser. Detta gör att förlagan blir värdefull.²

Rättssystemet måste fungera och sättas ständigt på nya prov eftersom den tekniska utvecklingen går i en rasande fart. Massproduktion, världsomspännande transportnät och Internet ställer höga krav på rättssystemets föränderlighet. Det rättsliga skyddet för intellektuella prestationer och kännetecken måste hela tiden vara uppdaterat och aktuellt.³

En immateriell ensamrätt kan trots det ovan sagda endast medges inom vissa ramar. Det måste göras betydande begränsningar i ensamrätten för att uppnå en lämplig balans mellan å ena sidan samhällets intressen och å andra sidan rättighetsinnehavarens intressen. Den viktigaste begränsningen inom immaterialrätten är tidsbegränsningen.⁴

Dessutom bör framhållas att det inom stora delar av immaterialrätten finns en speciell växelverkan mellan innovatör och det samhälle där innovationen skall utnyttjas. Varje konstnär eller uppfinnare bygger vidare på ett redan befintligt kulturarv och är i många fall beroende av det. Det befintliga tas som utgångspunkt och utvecklas av den enskilde individen genom en

¹ Levin, Immaterialrätten – en Introduktion, s 11.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Kocktvegaard, Laerebog i Immaterialret, s 32.

personlig insats. Utnyttjandet av ett verk förutsätter samhällets medverkan. Ett värde uppstår först i samband med interaktionen mellan innovatör och samhälle. Skillnaden från en äganderätt till ett fysiskt föremål som i viss utsträckning kan utövas oberoende av andra kan immaterialrätter endast utnyttjas meningsfullt i samverkan med samhällets övriga medlemmar. Boken som inte blir läst är också i rättsligt hänseende ointressant.

Sammanfattningsvis är immaterialrättens syfte en avvägning mellan en rad intressen. En personlig aspekt kan sammanfattas som en rättvisetanke med innovatören som central gestalt och hans personliga koppling till sitt alster som ett skyddsvärt intresse. Parallellt med de ekonomiska och ideella personliga intressena löper överväganden om en allmän samhällsnytta.⁵

En färgrik flora argument finns således att tillgå när immaterialrätten skall försvaras. Moraliska argument från naturrätten om innovatörens koppling till sin skapelse, rent utilitaristiska modeller med den ekonomiska incitamentsfunktionen och den allmänna samhällsnyttan som ledstjärnor, föreställningar om ett samhällskontrakt mellan innovatör och stat samt de rättsekonomiska teorierna om en egendomsrätt för att lösa det eviga problemet med transaktionskostnader. Ingen modell kan anses vara den enda riktiga. För att få ökad förståelse och för att rättfärdiga det immateriella systemet bör hänsyn tas till samtliga av dessa vitt skilda argument.⁶

2.2 Konkurrensrättens mål och syfte

Den svenska konkurrensrättens övergripande syfte kommer till uttryck i 1 § konkurrenslagen (1993:20). Där anges det att konkurrenslagen har till syfte att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Konkurrensförhållandena spelar en central roll för dynamik och tillväxt i nästan alla ekonomier. Konkurrens stimulerar en bättre användning av ett samhälles resurser och stärker näringslivets förmåga att långsiktigt hävda sig på olika marknader. En ökad konkurrens är till fördel för konsumenterna genom att priserna pressas och utbudet breddas. En otillräcklig konkurrens anses i regel hämma ett effektivt resursutnyttjande och leda till onödiga samhällsekonomiska kostnader.⁷

Vad som karakteriserar en effektiv konkurrens är dock inte helt självklart. Generellt kan sägas att välfungerande effektiv konkurrens råder på en marknad där antalet säljare ej är för begränsat, de produkter som bjuds ut ej är för differentierade, företagen ej handlar i samförstånd med varandra samt att inga väsentliga hinder finns för nyetablering.⁸

⁵ Eklöf, s 19.

⁶ Ibid.

⁷ Prop 1992/93:56 s 4 f.

⁸ Prop 1992/93:56 s 66.

Konkurrensrätten har som enda syfte att skydda konkurrensen, ej enskilda konkurrenter, kunder eller leverantörer, även om deras intressen ofta sammanfaller med samhällets intresse av en fungerande konkurrens. Konkurrensrätten skyddar därigenom konsumentkollektivet i stort och inget annat. I sammanhanget kan det inte tillräckligt tydligt understrykas att effektiv konkurrens inte nödvändigtvis innebär att en viss konkurrent, eventuellt en framgångsrik nykomling, inte får slås ut. En effektiv konkurrens kräver sina offer. Inte desto mindre är konkurrenslagstiftningar ett mycket viktigt verktyg för att skapa alla förutsättningar för vad som kallas "a level playing field".⁹

Inom konkurrensrätten uppkommer ofta mycket svåra gränsdragningsfrågor som endast kan besvaras in casu. Det innebär att en noggrann analys av omständigheterna i det enskilda fallet alltid skall göras och stor försiktighet skall vidtas vid utformandet av generella principer utifrån tolkningar av rättsfall. Detta leder i förlängningen till att lagstiftningen i vissa fall kan uppfattas som alltför generell.

En effektiv konkurrens är beroende av många vitt skilda faktorer i samhället. Konkurrenslagarna sträcker sig över flertalet rättsområden och måste vara komplexa till sin natur. Detta är ett svårtacklat problem för lagstiftaren vilket medför att konkurrensrätten kommer i konflikt med andra rättsområden där konkurrensrätten måste lägga sin näsa i blöt. Ett rättsområde som konkurrensrätten kommer i konflikt med är immaterialrätten.

Den svenska lagstiftaren uttrycker i propositionen till konkurrenslagen från 1993 att konkurrens och förändringstrycket i den svenska ekonomin måste skärpas. En offensiv konkurrenspolitik omfattar åtgärder för ökad konkurrens i hela ekonomin, det vill säga inom såväl privat som offentlig verksamhet. Vidare konstateras att ett svagt konkurrensstryck ger negativa effekter genom att produktionsresurserna till följd av konkurrensbegränsningar inte styrs till de verksamheter som är effektivast.¹⁰

En grundläggande förutsättning för effektiv konkurrens, förutom konkurrens mellan befintliga marknadsaktörer, är tryck på befintliga företag från potentiella konkurrenter. Ett tillvägagångssätt för att underlätta ett sådant tryck på befintliga företag är att underlätta nytillträde för potentiella konkurrenter på marknader genom konkurrensfrämjande lagstiftning.

Precis som i immaterialrätten talar man i konkurrensrätten om lagstiftning som bidrar till incitament att bedriva verksamhet. Företagande måste underlättas och göras lönsamt för den som bedriver verksamhet. Marknadstillträdet måste vara fritt för att öka nyföretagande och minska riskerna för marknadsdominans och monopolställningar. Olika typer av regleringar är ofta de största hindren mot fritt marknadstillträde.¹¹

⁹ Wetter, Karlsson, Rislund, Östman, s 6.

¹⁰ Prop 1992:93:56 s 5.

¹¹ Prop 1992/93:56 s 6.

Immaterialrättsliga regleringar är en typ av hinder mot fritt marknadstillträde.

Få rättsområden har en så ingripande effekt på näringslivet som konkurrensrätten. Med möjlighet till kraftfulla ingripanden kan den styra affärsöverväganden på ett sätt som inget annat.¹²

2.3 Rättsområdenas mål och syfte

Immaterialrättens övergripande mål är, som jag beskrivit ovan, att ge incitament för innovatörer och därigenom skydd och ensamrätter för de produkter som de utvecklar. Genom immateriella rättigheter såsom ensamrätter kan innehavaren av en immaterialrätt få en monopolliknande ställning på en viss marknad och en möjlighet att exkludera och slå ut andra från den berörda marknaden, vilket innebär ett ekonomiskt dilemma. En ensamrätt och monopolliknande ställning strider mot konkurrensrättens mål och syften, eftersom konkurrensrätten värnar om en marknad med effektiv konkurrens och fritt marknadstillträde vilket syftar till att priserna hålls nere.

De nämnda problemen är visserligen gemensamma för alla slags äganderätter, i viss mån i alla fall, men blir särskilt påtagliga och intressanta när det gäller immateriella ting. Även om en äganderätt ger en ensamrätt till en viss produkt så innebär det inte att producenten kan agera som monopolist på den marknad som varan säljs på. Den enkla anledningen är att det normalt finns gott om substitut. En producent av tandborstar kan därför inte sälja särskilt många av sina produkter till ett pris som motsvarar det som skulle maximera dennes vinst om producenten vore monopolist, kunderna skulle helt enkelt byta märke och köpa tandborstar av någon annan. Skulle det däremot vara fråga om immaterialrättsligt skyddade ting så skulle antalet substitut vara betydligt färre, om några alls. I samband med att ett patent utfärdas måste potentiella substitut vara tillräckligt långt ifrån den patentskyddade produkten att den inte utgör ett immaterialrättsligt intrång.¹³

Ger lagstiftningen inte en ensamrätt och stark ställning till en innovatör så finns risken att ingen vill komma på nya saker eller uppfinna något nytt eftersom den som odlar inte får skörda, eller åtminstone inte får skörda så mycket så att det är lönt att odla. Får däremot en innovatör en alltför stark ställning på en viss marknad kan han slå ut konkurrenter, försvåra marknadstillträde och ta ut extremt höga priser så innebär det dålig konkurrens och dålig position för konsumenterna.

Ett tillskapande av en ensamrätt till att bruka en viss idé eller en viss information innebär alltså ett ekonomiskt dilemma. För att ge incitament att

¹² Gustafsson, Westin, Wrangel, Bökwall, s 17.

¹³ Dahlman, Glader, Reidhav, s 177.

uppfinna uppkommer marknadsstörningar i form av monopolbeteende, vilket alltså hämmar konkurrensen.

Det finns dock inte endast motstående intressen mellan konkurrensrätten och immaterialrätten. Samtliga immaterialrätter anses i viss mån ha betydelse för konkurrensförutsättningarna på marknaden och utgör viktiga konkurrensmedel. Rättigheternas skydd i form av ensamrätter bidrar med att driva på utvecklingen inom vissa områden och kan därigenom verka konkurrensfrämjande.¹⁴

Sammanfattningsvis kan immaterialrättens starka ensamrätter medföra att störningar uppkommer på marknader i form av monopolbeteende och dylikt vilket hämmar konkurrensen. Samtidigt är de starka ensamrätterna en nödvändighet för att innovationsvilja skall finnas i vårt samhälle. De olika rättsområdena har till stor del olika mål och syftar till att skydda olika intressen vilket gör att rättsområden har problem att verka på sina skilda område oberoende av varandra. Det ena rättsområdet måste ta hänsyn till det andra och vice versa. På vilket sätt denna hänsyn tas skall jag redogöra för nedan under kapitel 3.

Risken med en potentiell konflikt mellan immaterialrätten och konkurrensrätten får ej heller överdrivas. En ensamrättsställning till följd av en immaterialrätt leder långt ifrån alltid till en dominerande ställning i konkurrenslagens mening eftersom en immaterialrätt ej leder till sådan marknadsstyrka som krävs eller på grund av att den relevanta marknaden ej skall avgränsas så snävt.¹⁵

¹⁴ Prop 1992/93:56 s 70.

¹⁵ Gustafsson, Westin, Wrangel, Bökwall, s 134.

3 Hur konflikten löses

Ovan under rubriken 2 har jag förklarat vilka motstående intressen som finns mellan immaterialrätten och konkurrensrätten och att det därmed kan uppstå en konflikt som kan leda till att en tvångslicens utdöms. Viktigt att förstå är att det inte uppstår en konflikt mellan rättsområdena bara för att en ensamrätt i form av en immaterialrätt åtnjuts, vilket medför en stark ställning på en marknad. Konflikten mellan immaterialrätten och konkurrensrätten uppstår först i samband med att innehavaren av immaterialrätten missbrukar sin dominerande ställning och marknadsposition och därmed hämmar konkurrensen. Nedan skall jag redogöra för hur en sådan konflikt löses enligt reglerna i EG-rätten.

3.1 EG-rättens lösning - artikel 82

Artikel 82 har en central roll i gemenskapsrättens lösning på problemet med företag som missbrukar sin dominerande ställning som uppnått på grund av en immateriell rättighet. Denna artikel behandlar allt missbruk av dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del därav, om missbruket kan påverka handeln mellan medlemsländerna. Det är av vikt att understryka att marknadsdominans i sig inte är förbjuden utan endast dess missbruk.¹⁶

Artikel 82 har direkt effekt i medlemsstaterna och kan åberopas av företag och enskilda inför nationell domstol. Kommissionen ingriper ex officio eller efter anmälan av utomstående. Enligt Bernitz och Kjellgren har tillämpningen av artikel 82 under senare år fått ökad betydelse och det finns enligt dem numer flertalet uppmärksammade och omdebatterade rättsfall från EG-domstolen.¹⁷

För att ett missbruk av en dominerande ställning skall fastslås krävs en undersökning av två frågor. För det första skall det berörda företaget inneha en dominant marknadsposition på en relevant marknad, för det andra skall det berörda företaget missbruka sin dominerande ställning på ett eller annat sätt.

3.1.1 Dominansläran

Marknadsdominansskriteriet ger upphov till ett antal frågor. Främst frågor som hur en relevant marknad skall avgränsas och hur stor marknadsandelen för ett företag eller en grupp samarbetande företag skall vara för att

¹⁶ Bernitz, Kjellgren, s 262.

¹⁷ Ibid.

dominans skall kunna fastslås.¹⁸ Marknadsavgränsningen är avgörande för hur utgången av dominansbedömningen kommer att bli. Ett företag som på en snävt avgränsad marknad spelar stor roll och har mycket makt kan på en mer vidsträckt marknad vara utan makt och spela en betydelselös roll (jämför exempelvis tegelmarknaden och byggmaterialmarknaden).¹⁹

Definition av den relevanta marknaden kräver en bedömning i två steg, först skall en marknad för en särskild produkt identifieras och sedan skall produktmarknadens geografiska dimension identifieras.²⁰

När den relevanta produktmarknaden skall avgränsas ser man särskilt till varornas inbördes utbytbarhet med hänsyn till egenskaper, pris och användning. Enligt rättspraxis är bedömningen av den relevanta produktmarknaden i allmänhet snäv.²¹ Signifikativt för detta är det välkända målet United Brands²². Domstolen ansåg angående Chiquitabananer att den relevanta marknaden var bananer och inte färsk frukt i allmänhet. Även målet Hugin är ett tydligt exempel på att relevanta produktmarknader bedöms snävt. Domstolen ansåg i det senare fallet att reservdelar till Hugin kassaapparater utgjorde en relevant produktmarknad på grund av avsaknaden av användbara substitut.²³

Den relevanta geografiska marknaden behöver inte omfatta hela EU utan det räcker med en väsentlig del, till exempel Sverige eller en betydelsefull del av ett land med stor befolkning, exempelvis södra Tyskland. Genuas hamn har i ett rättsfall bedömts som en egen geografisk marknad.²⁴

Vid bedömningen om ett företag har en dominerande ställning på den relevanta marknaden, såsom den bestämts, spelar marknadsandelen en betydande roll. EG-domstolen ser dock inte endast till marknadsandelen utan gör en helhetsbedömning där företagets ekonomiska styrka och marknadsstrukturen i övrigt vägs in. Enligt domstolen har ett företag en dominerande ställning om företaget har en ekonomisk styrka som sätter det i stånd att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden och på grund av sin styrka i vid utsträckning kan agera helt oberoende av sina konkurrenter, kunder och konsumenter. En marknadsandel på 50 % anses skapa en presumtion för dominerande ställning medan United Brands marknadsandel på 40-45 %, på grund av omständigheterna i övrigt, ansågs medföra en dominerande ställning.²⁵

Artikel 82 är tillämplig på såväl ensamma företag som företag som samarbetar och i förening har en dominerande marknadsposition.²⁶ Det kan

¹⁸ Kocktvedgaard, Laerebog i Konkurrenceret, s 94 f.

¹⁹ Bernitz, Kjellgren, s 262.

²⁰ Anderman, s 151.

²¹ Bernitz, Kjellgren, s 262.

²² Mål 27/76, United Brands Co m fl mot kommissionen.

²³ Mål 22/78, Hugin kassaapparater AB m fl mot kommissionen.

²⁴ Mål C-179/90, Porto di Genua mot Siderurgica Gabrielli SpA.

²⁵ Mål 27/76, United Brands Co m fl mot kommissionen.

²⁶ Kocktvedgaard, Laerebog i Konkurrenceret, s 95.

enligt min åsikt vara särskilt viktigt inom immaterialrätten där exklusiva korslicensavtal är vanligt förekommande mellan företag med immateriella rättigheter som samarbetar och tar vara på varandras forskning och utveckling för att exkludera konkurrenter från vissa marknader. Särskilt mobiltelefonindustrin är känd för sina korslicensavtal mellan de stora dominerande företagen.

3.1.2 Missbruk

Eftersom marknadsdominans i sig ej är förbjudet utan endast missbruk av marknadsdominans måste bedömningen ske i ytterligare ett steg – missbruksbedömningen. Att missbruka en dominerande ställning innebär att ett företag eller en företagsgrupp på ett eller annat vis sätter en effektiv konkurrens ur spel.

Bedömningen om missbruk föreligger skall avgöras utifrån en konkret värdering. Huvudtyperna är dock exemplifierade i artikel 82 som påtvingande av oskäligen priser eller avtalsvillkor, begränsning av produktion, marknader och teknisk utveckling, diskriminerande behandling av vissa avtalsparter och kopplingsförbehåll.²⁷ Denna lista är inte uttömmande.²⁸

Företag i dominerande position har ett särskilt ansvar att inte snedvrیدا konkurrensen eller utnyttja sin starka position på ett otillåtet sätt. Det är också av betydelse hur dominant företaget är. Innehar företaget en superdominant roll på marknaden krävs inte särskilt mycket för att företaget skall anses missbruka sin dominanta ställning. Är det däremot fråga om ett lite mindre, men fortfarande dominant företag, så krävs större ingrepp på marknaden för att missbruk skall konstateras. Större företag hamnar således oftare i missbruksbedömningar än lite mindre företag.²⁹

3.2 Artikel 82 och immaterialrätten

Som jag nämnde under 2.3 så innebär oftast en immaterialrätt att den relevanta produktmarknaden blir snäv eftersom substituerbara varor måste vara tillräckligt långt ifrån den skyddade produkten för att det ej skall vara fråga om immaterialrättsligt intrång. Detta medför att företaget som har en immaterialrätt, oftast utan några svåra bedömningsfrågor, konstateras vara dominant på den relevanta marknaden vilket leder till en genväg in i konkurrensrätten och innebär att immateriella frågor lätt hamnar under bedömning av artikel 82.

Samtidigt som syftet med ett immateriellt skydd är att ge ensamrätt och stark marknadsposition så riskerar företagen med immaterialrätter i

²⁷ Kocktvedgaard, Laerebog i Konkurrenceeret, s 97.

²⁸ Whish, s 167.

²⁹ Ibid.

portföljen att drabbas av konkurrensrättsliga påföljder vilket gör sambandet mellan immaterialrätten och konkurrensrätten än mer viktigt.

Kommissionen och domstolen har sedan länge accepterat en högre prissättning av produkter skyddade av immaterialrätter, utan att missbruk anses föreligga. Syftet med detta är att det skall fungera som en slags belöning för innovationen. Detta gäller även den exklusiva rätten som immaterialrätten medför så att det inte anses vara missbruk av dominerande ställning att utesluta konkurrens från andra som vill sälja eller tillverka produkten som har ett immaterialrättsligt skydd. Ribban för att missbruk skall anses föreligga är alltså högre om ett företag innehar en immaterialrätt jämfört med ett företag som uppnått en dominerande ställning på något annat sätt.³⁰

Lösningen av konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt i gemenskapsrätten kan sammanfattas som att konkurrensrätten får sista ordet. En bedömning enligt konkurrensregeln i artikel 82 sker om missbruk föreligger eller ej. Bedömningen görs med visst hänsynstagande till att det är en immaterialrätt som skapat den dominerande ställningen genom att ribban för ett konstaterat missbruk höjs något, eftersom detta är syftet med hela immaterialrätten. Å andra sidan leder immaterialrättsskyddet till att marknadsavgränsningen görs snävare och det därigenom blir lättare att komma in i artikel 82.

³⁰ Anderman, s 180.

4. Två rättsfall

I föregående kapitel redogjorde jag för hur immaterialrätten och konkurrensrätten förhåller sig till varandra enligt de gemenskapsrättsliga reglerna. Nedan i detta kapitel har jag beskrivit och analyserat hur reglerna tillämpats i två rättsfall där tvångslicenser utdömts. Jag har även försökt sammanfatta rättsutvecklingen och dragit slutsatser om hur och varför tvångslicenser utdömts.

Det finns huvudsakligen två rättsfall inom gemenskapsrätten som handlar om företag som blivit dömda att tvångslicensiera ut sina immaterialrättsliga rättigheter till konkurrenter för att företaget har missbrukat en dominerande ställning som de uppnått på grund av innehavet av en immaterialrätt. De två rättsfallen är föremål för mycket åsikter och mycket kritik. Jag har nedan refererat de två rättsfallen och slutligen sammanfattat vilka rättsliga slutsatser som kan dras utifrån dem. Utifrån dessa rättsliga slutsatser har jag sedan beskrivit vilka effekter och biverkningar domsluten kan leda till i ett längre perspektiv.

4.1 Magill³¹

4.1.1 Omständigheter i rättsfallet

Under rubriken 3.2 beskrev jag att företag som uppnått en dominerande ställning på grund av innehavet av en immaterialrätt särbehandlas genom att de kan ta ut ett något högre pris för olika varor utan att det anses vara missbruk av dominerande ställning. Detta som en slags belöning för innovationen. I Magill ställdes frågan hur mycket ett företag kunde särbehandlas och var gränsen skall dras för ett missbruk av dominerande ställning på grund av en immaterialrätt.

Magill handlade om tre stora TV-bolag på Irland som hade upphovsrätt till informationen om vilka TV-program som skulle sändas. Informationen gavs till dagstidningar två dagar i förväg och i samband med det gavs tillstånd till dagstidningarna att återge informationen. TV-bolagen förbehöll sig dock rätten till försäljning av veckovisa TV-tablåer, som gavs ut i egen regi. Magill ville ge ut en heltäckande TV-guide, innehållande programtablåer för samtliga TV-kanaler. För att möjliggöra detta krävdes att Magill fick tillgång till det upphovsrättsskyddade materialet i form av TV-bolagens programtablåer. TV-bolagen vägrade ge tillgång vilket Magill ansåg vara missbruk av dominerande ställning.

EG-domstolen hänvisade i målet till en tidigare dom, som också berörde vägran att licensiera något som åtnjöt immaterialrättsligt skydd, Volvo mot

³¹ Mål C-241, 242/91, Radio Telefis Eireann m fl mot kommissionen.

Veng.³² Erik Vengs företag ville sälja pirattillverkade framskärmar till Volvobilar. Framskärmarna var mönsterskyddade. Volvo vägrade upplåta licenser till Veng som då hävdade att Volvo missbrukade sin dominerande ställning.

EG-domstolen fastställde att Volvo som immaterialrättsinnehavare hade rätt att hindra andra från att tillverka, sälja och importera skyddade produkter. Enligt domstolen var det en del av det särskilda innehållet i immaterialrättens exklusiva skydd. Volvos mönsterrätt ansågs vara kärnan i immaterialrätten och licensvägran ansågs därför inte utgöra missbruk så länge Volvo själv tillhandahöll produkterna till rimliga priser.

Exklusivitet är själva kärnan i immaterialrätten och skulle alla företag som innehar en immaterialrätt vara tvungna att licensiera ut sina rättigheter skulle exklusiviteten bytas ut mot en ersättningsrätt och därmed skulle immaterialrättens syfte förringas. Domstolen beskrev tre fall då ett utövande av en immaterialrätt kan anses vara missbruk. De tre fallen var i) godtycklig leveransvägran av reservdelar till fristående reparatör, ii) uttagande av oskäligt höga priser samt iii) avslutande tillverkning av reservdelar för bilmodell som fortfarande fanns på marknaden. Volvo mot Veng bidrog således med en icke uttömmande lista av exempel på missbruk. Rättsläget klargjordes sedan ytterligare i samband med Magill och IMS Health.

I Magill fastslogs att vägran att licensiera inte i sig själv kan vara ett missbruk av dominerande ställning. Dock kan licensvägran vara missbruk om det föreligger särskilda omständigheter. Domstolen ansåg att särskilda omständigheter förelåg i Magill och utdömde därför tvångslicens. De särskilda omständigheterna var att i) immaterialrättsskyddet användes av parterna för att hindra marknadstillträdet av en ny produkt som potentiellt efterfrågades av konsumenterna, ii) det fanns inget substitut för en heltäckande veckoguide, iii) godtagbara objektiva skäl saknades för licensvägran samt iv) TV-bolagen reserverade andrahandsmarknaden för veckovis utkommande TV-tidningar genom att omöjliggöra konkurrens på den marknaden.

4.1.2 Analys av rättsfallet

Genom EG-domstolens avgörande i Magill blev illusionen om immaterialrättsinnehavares immunitet i förhållande till artikel 82 avskrivnen. Det viktigaste var dock att domskälen underströk att restriktivitet skall råda vid utdömmande av tvångslicenser på grund av dominerande ställning. En ensidig licensvägran skall endast i särskilda fall anses vara missbruk av dominerande ställning. Immaterialrätter skall enligt domen åtnjuta en särställning i förhållande till artikel 82 i EG-fördraget.³³

³² Mål C-238/87 AB Volvo mot Erik Veng (UK) Ltd.

³³ Eklöf, s 267.

Ett frågetecken som tyvärr ej blev besvarat i Magill är om de speciella omständigheterna som avgjorde att det var fråga om missbruk av en dominerande ställning skall ses som kumulativa eller ej. Är hindrandet av en ny produkts marknadsinträde en nödvändig faktor för fastställandet av missbruk? Vad hade hänt om TV-bolagen hade korslicensierat och därigenom framställt en ny veckoguide. I så fall hade en veckoguide inte varit en ny produkt men TV-bolagen hade likväl reserverat en dominerande ställning på andrahandsmarknaden.

Kärnan i rättsfallet är dock begreppet särskilda omständigheter. När finns särskilda omständigheter och vilka särskilda omständigheter skall beaktas för att ett missbruk av dominerande ställning skall anses föreligga. Är det tillräckligt att ett företag hindrar en ny produkts marknadsinträde? Enligt Eklöf är den senare omständigheten ett mycket viktigt element, samtidigt bör det påpekas att EG-domstolen underströk att TV-bolagen monopoliserade marknaden för veckovisa TV-guides. Eklöf finner stöd för sin tes, om att ett hindrande av en ny produkt aktiverar artikel 82, i rättsfallen *Ladbroke*³⁴ och *Laserdisken*³⁵. I *Ladbroke* förhindras en ny produkt marknadsinträde trots en tydlig efterfrågan från konsumenterna. I *Laserdisken* menar generaladvokaten att filmbolag som blockerar uppkomsten av en uthyrningsmarknad för laserskivor, som efterfrågas av konsumenterna, missbrukar sin ställning.³⁶

Utöver begreppet särskilda omständigheter diskuteras det i doktrinen huruvida essential facilities-doktrinen fick något genombrott i samband med EG-domstolens dom i *Magill*.³⁷ Essential facilities-doktrinen innebär att ett dominerande företag kontrollerar en facilitet som andra, svagare aktörer måste ha tillgång till för att kunna bedriva konkurrerande verksamhet. Det talas om ”upstream-” och ”downstream-marknader”. För att kunna bedriva verksamhet på downstream-marknaden måste ett företag ha tillgång till upstream-marknaden. Ett tydligt exempel är telekommunikationsmarknaden. För att bedriva operatörsverksamhet måste ett företag ha tillgång till telenätet som i de flesta länder byggts upp och utvecklats med allmänna medel i skydd av monopol.³⁸

Inom EG kan alltså en marknadsaktör som kontrollerar en infrastruktur, som andra aktörer på marknaden måste ha tillgång till för att kunna utöva sin verksamhet, begränsa konkurrensen genom att utestänga konkurrenter från den nödvändiga infrastrukturen. Därigenom skaffar eller upprätthåller ett företag en monopolställning på marknaden. Ett sådant förfarande kan därmed tänkas strida mot artikel 82.³⁹

³⁴ Mål T-504/93, *Tiercé Ladbrokes SA mot kommissionen*.

³⁵ Mål C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributörer mot laserdisken*.

³⁶ Eklöf, 310 f.

³⁷ Eklöf, 310 f.

³⁸ Westin, s 153 ff.

³⁹ Westin, s 154.

Läran om essential facilities är omdiskuterad och omskriven. Det riktas ofta kritik mot lärans bristande precision, inte bara när den tillämpas i Europa utan även i ursprungslandet USA. Supreme Court har, precis som EG-domstolen, aldrig nyttjat termen essential facility och det råder tvivel om någon av de nämnda domstolarna verkligen anammat denna lära. Ett amerikanskt justitieråd uttalade redan 1999 om läran att den var "an antitrust doctrine that this court has never adopted", nämnas bör att uttalandet skedde som obiter dictum.⁴⁰ Under 2004 ansåg Supreme Court sig oförmögen att varken bekräfta eller förkasta doktrinen som "established law" utan sade istället att den var "crafted by some lower courts".⁴¹

Generaladvokaten konstaterade, i rättsfallet Bronner⁴², att kommissionen tveklöst anser att essential facilities-läran inryms i artikel 82, även om EG-domstolen till skillnad från kommissionen aldrig begagnat sig av begreppet. Enligt generaladvokatens utredning bör essential facilities-läran ses som ett specialfall under rubriken kontraheringsplikt som rymmer underrubriken kontraheringstvågrän. Således bör enligt generaladvokaten läran kunna tillämpas vid licensvågrän eftersom det är en typ av kontraheringstvågrän.⁴³

Avgörandet i Magill har av flera experter uppfattats som ett uttryck för essential facilities-doktrinen. Sett till omständigheterna i fallet är en sådan tolkning ej orimlig. TV-företagen kontrollerar en kritisk produktionsresurs, i fallet programinformationen, och förbehåller sig en downstream-marknad, i fallet marknaden för veckovis utkommande TV-guiden.⁴⁴

EG-domstolen hänvisade dessutom direkt till sitt gamla avgörande i Commercial Solvents, som av många uppfattats som en av de första tillämpningarna av essential facilities-doktrinen. Commercial Solvents var det enda företaget i världen som framställde en viss råvara som levererades till bland annat företaget Zoja som förädlade råvaran. Det fanns således en upstream-marknad för själva råvaran och en downstream-marknad för förädlade råvaror, Commercial Solvents kontrollerade upstream-marknaden. När företaget sedan ville etablera sig på downstream-marknaden, det vill säga marknaden för råvaran i sin förädlade form, slutade man leverera råvaran till Zoja. Commercial Solvents ansågs ha utnyttjat sin ställning på upstream-marknaden för att ta kontroll över downstream-marknaden och dömdes för missbruk av dominerande ställning. Råvaran ansågs vara den nödvändiga infrastrukturen.⁴⁵

EG-domstolen jämförde och likställde i Magill de aktuella TV-bolagens upphovsrättsskyddade information med den råvara som företaget Commercial Solvents behärskade. Commercial Solvents fungerade alltså som direkt prejudikat för EG-domstolens bedömning i Magill. EG-

⁴⁰ AT&T Corp. V. Iowa Utilities Bd., (1999).

⁴¹ Verizon Communications Inc. V. Trinko et al.(2004).

⁴² Mål C-7/97, Oscar Bronner mot Kommissionen.

⁴³ Eklöf, s 308 f.

⁴⁴ Eklöf, s 310.

⁴⁵ Mål 7/73, Commercial Solvents Corp. mot Kommissionen.

domstolen använde Commercial Solvents som mall vid bedömningen av om TV- bolagen utnyttjade sin ställning på upstream-marknaden för att inta en dominerande position på downstream-marknaden.⁴⁶ Likheterna i målen är för mig alldeles för tydliga för att kunna nonchaleras.

4.2 IMS Health⁴⁷

4.2.1 Omständigheter i Rättsfallet

IMS Health är ett bolag som erbjuder tjänster som insamling bearbetning och tolkning av uppgifter om regional försäljning av läkemedelsprodukter i Tyskland. Bolaget har sedan 1970-talet utvecklat ett system där Tyskland delas in i ett komplicerat rutnät. Strukturen åtnjuter upphovsrättsligt skydd och går under namnet 1860-strukturen. Systemet utvecklades av IMS Health tillsammans med leverantörer och kunder under flera års tid. I rättsfallet ville ett konkurrerande företag få en licens till strukturen vilket IMS Health vägrade. Konkurrenten hävdade då att IMS Health missbrukade sin dominerande ställning och ville få en tvångslicens vilket EG-domstolen slutligen utdömde.

Alla köpare, ett stort antal läkemedelsföretag, hade sina system knutna till 1860-strukturen, vilket var en starkt bidragande orsak till att tvångslicensen utdömdes. Kommissionen fastslog att det förelåg en inlåsning hos köparna och att 1860-strukturen var en industrispecifik de facto-standard. Skulle andra aktörer försöka träda in på marknaden och sälja information enligt 1860-strukturen skulle det vara upphovsrättsintrång.

Upphovsrätten utgjorde, precis som i Magill, en inträdesbarriär för nya aktörer. Jag anser dock att inträdesbarriärerna var något olika till sin beskaffenhet. I Magill var det omöjlig att träda in på marknaden och tillverka en TV-guide utan den upphovsrättskyddade informationen, medan ett företag på sikt hade kunnat konkurrera med IMS om de hade erbjudit en ny, bättre produkt som köparna skulle vara intresserade att ställa om till, vilket eventuellt hade kunnat gynna konkurrensen.

4.2.2 Analys av rättsfallet

EG-domstolen definierade ytterligare, men klagjorde tyvärr ej fullständigt, vilka särskilda omständigheter som krävs för att en tvångslicens skall utdömas på grund av missbruk av dominerande ställning. Dessutom klagjorde rättsfallet att de tre omständigheterna som nämndes i Magill är kumulativa. Frågorna som kvarstår är dock vad som skall räknas som objektiva skäl att neka en licens och vad som skall anses vara en ny produkt.

⁴⁶ Eklöf, s 311.

⁴⁷ Mål C-418/01, IMS Health mot NDC.

Klagande i målet hänvisar till essential facilities-doktrinen. Den innebär som jag nämnde ovan att en marknad endast fungerar om marknadens samtliga aktörer har tillgång till olika former av nödvändiga faciliteter (essential facilities). Om ett företag eller ett antal företag tillsammans kontrollerar den nödvändiga faciliteten, i IMS Health en infrastruktur, kan det leda till problem för marknaden.

EG-domstolen utvecklade synen på nödvändiga faciliteter i fallet Oscar Bronner⁴⁸. En mindre österriskisk tidningsdistributör önskade få tillgång till en utdelningstjänst som den dominerande distributören Mediaprint hade byggt upp. Mediaprint vägrade Oscar Bronner tillgång och EG-domstolen fastslog att en sådan vägran endast utgör missbruk under förutsättning att i) den eliminerar all konkurrens från den som efterfrågar tjänsten, (ii) vägran ej är objektivt godtagbar, samt (iii) tjänsten som sådan är oundgänglig för att den som efterfrågar den skall kunna bedriva sin verksamhet. Avtalsvägran utgör endast missbruk om det är fråga om en nytting som är absolut nödvändig för den behövande och ej bara en tjänst som är önskvärd för bättre konkurrensställning. EG-domstolens dom gav således ej Oscar Bronner någon rätt att nyttja Mediaprints distributionssystem.

Konkurrensverket åberopade doktrinen om nödvändiga faciliteter i ett ärende angående tillträde till postens postboxanläggningar.⁴⁹ Aktörer på postmarknaden hävdade att tillgång till postens postboxanläggningar var nödvändig för att kunna bedriva verksamhet på postmarknaden och därmed utgjorde en nödvändig facilitet. Postens regler missgynnade övriga aktörer, vilket innebar missbruk av dominerande ställning. Det skall bedömas som missbruk av dominerande ställning om ett företag som innehar en nödvändig facilitet utnyttjar denna för att stärka sin ställning på en annan besläktad marknad som är konkurrensutsatt. Det kan ske genom att neka konkurrenter tillträde till den nödvändiga faciliteten men också genom att bevilja tillträde på mindre fördelaktiga villkor än som gäller för de egna aktiviteterna. Konkurrensverket konstaterade att tillträde till postboxsystemet var nödvändigt för den typ av verksamhet det var fråga om och, även om det i och för sig vore teoretiskt möjligt, med föreliggande marknadsförhållanden ej kan anses rimligt att bygga upp ett parallellt postboxsystem.

Konkurrensverket tog i fallet hänsyn till att postens postboxsystem var uppbyggt under ett antal år då posten kunde verka i skydd av monopollagstiftning. Investeringar i den berörda infrastrukturen var alltså ej resultatet av kommersiella beslut och risktagande på en konkurrensutsatt marknad. Ett mycket förståndigt övervägande anser jag eftersom dominanspositionen var frukten av ett rättsligt privilegium. Företag som uppnått en dominansposition på grund av tillfälligheter eller rättsliga privilegium anser jag lättare skall kunna tvingas licensiera ut sin rättighet för att ge samtliga marknadsaktörer samma förutsättningar.

⁴⁸ Mål C-7/97, Oscar Bronner mot Kommissionen.

⁴⁹ Konkurrensverkets beslut den 13 oktober 1997, dnr 389/96, Posten Sverige AB.

Anmärkningsvärt med domen i IMS Health är dock att diskussionen om två marknader ej förs över huvud taget. I Magill ansågs frågan vara av nästan avgörande beskaffenhet men i IMS Health diskuterades inte ens problematiken. Genom att ignorera betydelsen av två marknader utvidgade EG-domstolen utrymmet och möjligheterna att få tvångslicenser utdömda i enlighet med artikel 82.⁵⁰

I Magill var ett tungt vägande skäl att de dominanta företagen hindrade ett mindre företag att erbjuda en ny produkt. I och med att EG-domstolen utdömde en tvångslicens i IMS Health, trots att det dominerande företaget ej hindrade en ny produkts marknadsinträde, så sänktes ribban för att utdöma tvångslicenser på immaterialrättens område med stöd av artikel 82.⁵¹

I jämförelse med IMS Health bör noteras att Magill inte endast handlade om företag i dominerande ställning utan TV-bolagen var de enda leverantörerna av korrekt programinformation som fanns att tillgå. Det fanns ingen annan som på något sätt kunde känna till vilka TV-program som skulle sändas. I IMS Health var tillgången till informationen inte det väsentliga. Det väsentliga i IMS Health var rätten att kunna använda ett visst dataformat, ett format som ett företag utvecklat under många år tillsammans med sina kunder för att få en så väl fungerande handel som möjligt. Konkurrenter inom marknaden för liknande tjänster kan utveckla andra, nya format och har över tiden alltid kunnat utveckla liknande dataformat. Må hända att det är svårt och det finns en inträdesbarriär för att ta sig in på marknaden men det är inte, som i Magill, omöjligt för konkurrenter att utveckla en konkurrerande produkt. Sett till dessa omständigheter går IMS Health ett steg längre än Magill när det gäller tvångslicenser på grund av dominerande ställning.

Ytterligare en effekt av IMS Health är att gemenskapslagstiftningen tar ytterligare steg ifrån den amerikanska synen på utdömande av tvångslicenser på grund av dominerande ställning. Att det finns skilda sätt att lösa liknande problem i olika lagstiftningar är naturligt men att öka klyftan mellan Europa och USA på immaterialrättsområdet bör föregås av en omfattande diskussion med företrädare för de olika branscherna och experter på området. Flera röster har höjts i USA för att diskussionen i IMS Health ej tillräckligt fokuserade på vilka effekter domen kommer att ha på innovationsbenägenheten.⁵² Covington & Burling anser exempelvis att EG-domstolen borde överväga de ekonomiska effekterna av tvångslicenser mycket noggrannare och däribland särskilt den ”kylande” effekten på innovationsviljan.⁵³

⁵⁰ Hull, Atwood och Perrine, Compulsory Licensing, kapitel 9.

⁵¹ Hull, Atwood och Perrine, Compulsory Licensing, kapitel 9.

⁵² Glazer, The Ims Health case: A U.S. Perspective.

⁵³ Hull, Atwood och Perrine, Compulsory Licensing, kapitel 9.

5 Tvångslicensers syfte och effekter

Ovan under rubriken 4 beskrev och analyserade jag två stycken rättsfall. I detta kapitel skall jag förklara syftet med utdömda tvångslicenser samt förklara vilka effekter och biverkningar tvångslicenser kan få.

5.1 Tvångslicensers syfte

Syftet med tvångslicenser är att skapa en sund balans mellan investerarskyddet för innovatörer och möjligheten för nya aktörer att slå sig in på marknaden. Att hitta rätt avvägning mellan den immaterialrättsliga skyddsfunktionen och konkurrensen på marknaden är en svår balansakt. För konkurrensrätten för stort utrymme finns det risk för att företag ej vill satsa pengar på nya projekt och innovationer och får immaterialrättsskyddet för stort utrymme finns det risk för snedvriden konkurrens och orimliga belöningar för väldigt lite arbete samt en risk för att vidareutvecklingen av olika innovationer hämmas.

5.1.1 Tvångslicenser som säkerhetsventil mot missbruk

Tvångslicenser utgör en viktig säkerhetsventil mot missbruk av eller grovt utnyttjande av ensamrätter som ej är samhällsekonomiskt önskvärt. Ett viktigt syfte med tvångslicenser är att motverka undertryckande av immaterialrätter, det vill säga att immaterialrätter endast används i blockerande syfte, exempelvis att en innovation ej utnyttjas.⁵⁴

Många innovationer och teknologiska utvecklingar är varken självständiga eller omöjliga att förbättra, de bygger ofta på tidigare kunskaper och arbeten som ofta leder till framtida uppfinningar och nya applikationer. För att underlätta processen, att en ny aktör tar vid där den tidigare aktören inte kunde eller ville fortsätta, finns det speciella funktioner i immaterialrättssystemet. Immaterialrättens utformning, tidslängd och bredd är därför betydelsefulla parametrar som avvägning mellan å ena sidan incitament för att åstadkomma första generationen av en innovation och å andra sidan senare förbättringar och utvecklingar av densamma. För att belöna den som står för en initial innovation, som möjliggör för vidareutvecklingar, bör immaterialrätten även göra det möjligt att tillgodogöra sig värdet av andra generationens innovationer som bygger på det initiala arbetet.⁵⁵

⁵⁴ Levin, Lärobok i Immaterialrätt, s 35.

⁵⁵ Dahlman, Glader, Reidhav, s 179 f.

Vidareutvecklingar är således samhällsekonomiskt minst lika viktiga och värdefulla som ursprungsinnovationen. Det kan innebära att innovationer som inte blir tillräckligt lönsamma, i förhållande till den nedlagda kostnaden, förrän de vidareutvecklats behöver ett brett och långvarigt skydd för att åstadkomma tillräckliga incitament i ett inledningsskede. Å andra sidan är det viktigt att ge incitament till investeringar i kommande generationer av innovationer.⁵⁶

Immaterialrättsskyddets blockerande effekter kan vara betydande. Är den initiala innovationen mycket lönsam ges immaterialrättsinnehavaren ej incitament till vidareutvecklingar och förbättringar.

Immaterialrättsinnehavaren vill ej heller licensiera ut sin rätt med vetskap om risken att någon annan utvecklar en produkt som konkurrerar ut den ursprungliga. Skyddets bredd är helt avgörande för denna diskussion. Desto bredare skydd desto större är det område som andra aktörer är utestängda ifrån, det kan röra liknande uppfinningar, tekniska lösningar eller vidareutvecklingar.⁵⁷

Ett brett immaterialrättsligt skydd anses ge en blockerande effekt av andra aktörers forskning och utveckling på det berörda området. Alltför breda skyddsomfång leder till att det är viktigt att vara först på ett område vilket leder till snabb initial forskning, ofta av konkurrerande karaktär. Den som vinner ”patent-racet” tar hem spelet och får monopol på utvecklingen inom ett visst område.⁵⁸ Detta leder till att det finns många förlorare som inte kan använda sina investerade pengar till något över huvud taget, inte ens till vidareutvecklingar eller till något annat i ett senare skede av processen. Monopolsituationen och vinnare av racet kan appliceras på IMS Health. Företaget var först, fick ett immaterialrättsligt skydd, utvecklade produkten tillsammans med kunderna och hämmade därigenom utvecklingen av andra, eventuellt bättre, datasystem.

Smala immaterialrättsskydd möjliggör i större utsträckning för innovatörer att få immaterialrättsligt skydd på innovationer som liknar den ursprungliga eller vidareutvecklingar av den ursprungliga innovationen. Smala immaterialrättsskydd anses därför stimulera något långsammare forskning av komplementär karaktär.⁵⁹

Generellt kan breda immaterialrättsskydd stimulera grundforskning inom ett område, medan smalt skyddsomfång stimulerar utvecklingar, förbättringar och applikationer då dessa i större utsträckning kan skyddas och kommersialiseras helt oberoende av grundforskningen. Är immaterialrättsskyddet alltför smalt kan det dock leda till små eller inga incitament. Samtidigt som den blockerande effekten som breda immaterialrättsskydd kan leda till uppvägs av att immaterialrättsinnehavaren, till rätt pris, finner det attraktivt och lönsamt att

⁵⁶ Dahlman, Glader, Reidhav, s 180.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

licensiera sin innovation till parter som kan vidareutveckla den. På så sätt kan den initiala innovatören få del av de vinster som grundinnovationen ger upphov till i senare led av utvecklingen. En väl fungerande marknad kan motverka patents blockerande effekter samtidigt som originalinnovatörens incitament tillvaratas. Härigenom sprids innovationen i samhället.⁶⁰

Vid tillfällen där det immaterialrättsliga skyddet blir alltför omfattande i förhållande till samhällets nytta, samtidigt som incitamentsfunktionen ej förringas, så kan tvångslicenser vara ett sätt att möjliggöra vidareutveckling av innovationer. En tvångslicens omöjliggör på så sätt undertryckande av patent och fungerar som avhjälpande av ett alldeles för omfattande immaterialrättsskydd. Det krävs dock en tydlig balans, används tvångslicenser alltför frekvent som avhjälpande kan incitamentsfunktionen i immaterialrätten falla bort vilket leder till att innovationsbenägenheten minskar och hela systemet fallerar.

5.1.2 Tvångslicenser som marknadsreglering

Konkurrensrättens syfte är, som jag beskrev ovan under 2.2, att skapa en konkurrenssituation på marknaden som gynnar konsumenterna. Genom tvångslicensinstitutet kan konkurrensen påverkas till konsumenternas och samhällets fördel. Tvångslicenser är ett sätt att skapa en konkurrensutsatt marknad som påverkar innovationsviljan positivt. Men exakt hur en marknad skall se ut för att påverka innovationsviljan positivt råder det delade meningar om.

Två huvudteorier finns om vilken marknadsstruktur som är eftersträvarvärd för att gynna innovationsviljan. Joseph Schumpeter å ena sidan hävdar att stora starka företag är de bästa innovationsproducenterna. Han förordar därför starka immaterialrättsskydd som leder till monopolställningar på diverse marknader.⁶¹ Kenneth Arrow å andra sidan menar att konkurrens är den viktigaste sporen för innovation. Han förordar därför svaga immaterialrättsskydd och en stark konkurrensrätt. Jag har nedan utvecklat och förklarat de båda teorierna och sammanfattat vilken betydelse tvångslicenser har utifrån de olika teorierna.

5.1.2.1 Marknadsstruktur och innovation

Schumpeters teori om att stora företag är de bästa innovationsproducenterna baserar han huvudsakligen på två argument. För det första menar han att stora företag har den nödvändiga ekonomiska styrkan som krävs för att investera i kostsamma och osäkra forsknings- och utvecklingsprojekt, samtidigt som de kan utnyttja stordriftsfördelarna i olika projekt. Stora företags breda spektra av produkter ger sådana företag möjlighet att åtnjuta fördelarna av oväntade forsknings- och utvecklingsresultat på ett sätt som små företag aldrig har möjlighet till. För det andra så anser Schumpeter att stora företag på monopolmarknader kan tillägna sig fördelarna av en

⁶⁰ Dahlman, Glader, Reidhav, s 181.

⁶¹ Glader, s 44 f.

satsning på innovationsprojekt bättre och därigenom finansiera ytterligare forsknings- och utvecklingsprojekt med de pengar som de tjänat på sin monopolställning.⁶²

Arrow menar däremot att konkurrens är ett ytterst viktigt incitament för forskning. Han menar att när immaterialrätter ger ett starkt skydd för en produkt så har en monopolist färre incitament att forska vidare i jämförelse med ett företag som står inför hård konkurrens och riskerar att förlora sin starka ställning om företaget ej jobbar vidare. Han hävdar också att ett företag i monopolställning som ej fortsätter att forska ej blir straffade för undermålig vidareutveckling eller bristande forskning som det borde. Ett sådant företag kommer att bibehålla sin dominanta position oavsett ansats till vidare forskning och utveckling.⁶³ Monpolföretagets generösa intäktsströmmar kommer att fortsätta helt oberoende av om företaget satsar resurser på innovation eller ej och företagets nytta av innovationen, definierat som ökad vinst, blir då endast marginell. För ett företag som genomför motsvarande innovation på en konkurrensutsatt marknad, blir skillnaden i vinst högre än för monopolisten. Arrows slutsats blir att fungerande konkurrens är en bättre morot för innovation än monopol.⁶⁴

En ekonom vid namn Scherer menar, i likhet med Arrow, att en monopolist kommer att försena innovationer på marknaden. En monopolist är ej enligt Scherer intresserad av att "kannibalisera" på sin egen vinst.⁶⁵ F.M. Scherer och David Ross utredde förhållandet mellan en produkts utvecklingshastighet och nivån på konkurrensen, de tog utgångspunkt i ett exempel med två företag som är engagerade i ett forsknings- och utvecklingsprojekt av en ny produkt. Enligt deras exempel så har det dominerande företaget, av de två, fördelar genom att redan vara närvarande på en marknad, i form av rykte, nätverk, kundkrets och så vidare. Därför kan det dominerande företaget sälja mer av den utvecklade produkten om den introduceras av de båda företagen samtidigt. Under sådana omständigheter kommer, enligt dem, företagen att satsa på att öka hastigheten av utvecklingen om konkurrens föreligger. Ett litet företag har i sådana fall mer att tjäna på att vara först ut på marknaden med en produkt, om det mindre företaget har möjlighet att ta marknadsandelar av det större företaget och därigenom sälja mer av produkten. I ett sådant läge kommer det stora företaget, som initialt inte vill öka farten på utvecklingen på grund av dess trygga monopolsituation, inse att det måste öka farten, medvetna om risken att annars förlora marknadsandelar. Scherer och Ross menar att ett ökat antal konkurrerande företag kommer att snabba på produktutvecklingen till en viss punkt då små marknadsandelar leder till att företagens avkastning ej täcker vad de investerat i utvecklingsprojekt.⁶⁶

⁶² Glader, s 45.

⁶³ Glader, s 45.

⁶⁴ Konkurrensverket, s 59 f.

⁶⁵ Konkurrensverket, s 60.

⁶⁶ Glader, s 45 f.

Scherer och Ross menar att konkurrens stimulerar forskning och utveckling upp till en viss nivå. Särskilt när teknologiska förändringar kan ske snabbt och oväntat och leder till stora vinster för innovatören. De kom fram till en inverterad U-kurva som innebär att forskning och utveckling gynnas som mest när det finns fyra företag som sammanlagt har marknadsandelar på 50-55 %. Enligt dem är det den perfekta balansen på marknaden.⁶⁷

En ytterligare viktig faktor är att skapa en bra marknadsbalans och ge utrymme för potentiella konkurrenter. Därigenom kan stora inträdesbarriärer undvikas. Med andra ord måste nytillträde till diverse marknader underlättas. Ett typiskt exempel på detta är datorföretaget Intel som på grund av ökad konkurrens från IBM och Xerox tvingades att öka sina satsningar på forskning och utveckling.⁶⁸

Det råder alltså delade meningar om hur en marknad skall se ut för att gynna innovationsbenägenheten bäst. Det råder dock ingen tvekan om att marknadsstruktur och innovationsbenägenhet har ett samband. Det råder ej heller tvekan om att stora inträdesbarriärer till marknader hämmar innovationsviljan.

5.1.2.2 Tvångslicensers möjlighet att påverka marknadsstrukturen

Sammanfattningsvis kan således sägas att teorierna om vilka marknadsstrukturer som främjar innovation bäst går kraftigt isär och att någon teori ej har starkare stöd än någon annan. Det råder dock en enad uppfattning om att konkurrenstrycket på en produktmarknad påverkar företagets vilja att satsa på innovationer. Däremot finns det inget entydigt svar på hur detta samband ser ut i praktiken. Å ena sidan ger en effektiv konkurrens goda skäl för företag att uppnå konkurrensfördelar genom att satsa på innovationer. Å andra sidan ger marknadsmakt ett företag större ekonomiska resurser som de kan satsa på forskning och utveckling. Intellectuella äganderätter kan ses som både skadliga samhällsmonopol och som en förutsättning och incitament till innovation.⁶⁹

De skilda tekniska förutsättningarna och möjligheterna, olika innovationers vitt skilda karaktär och skillnader i statliga anslag och ekonomiska möjligheter varierar mycket från bransch till bransch och marknad till marknad. Dessa nämnda omständigheter sammantaget gör att det blir svårt att dra generella slutsatser. Dock kan sägas att ett visst mått av konkurrens krävs för att uppnå incitament till forskning och utveckling. Företag i en stabil monopolsituation har få incitament för att driva forskningen och utvecklingen framåt i snabb takt.⁷⁰

På grund av att marknader och branscher är så olika och utvecklingen och behovet av teknologiska produkter varierar så har en diskussion uppkommit

⁶⁷ Glader, s 46.

⁶⁸ Konkurrensverket, s 60.

⁶⁹ Konkurrensverket, s 60 f.

⁷⁰ Glader, s. 54.

huruvida olika marknader och sektorer skall vara mer immuna än andra från konkurrensrättsliga ingrepp. Ekonomerna David S Evans och Richard Schmalensee menar att konkurrensen inom nya teknologiska branscher endast finns i investeringarna i och resultaten av forskning och utveckling. Företag konkurrerar om att komma fram till nya banbrytande idéer och produkter och lägger ner all kraft på ”winner-takes-all” tävlingar istället för priskonkurrens på en marknad som stegvis utvecklas. De menar att företag kommer att erhålla relativt korta dominanspositioner. Underskattas sådana företags känslighet för marknadssvängningar och nya uppfinningar så finns det enligt Evans och Schmalensee risk för felaktiga konkurrensrättsliga ingrepp.⁷¹

Evans och Schmalensee anser att det är viktigt att skilja mellan å ena sidan branscher där marknader ständigt förstörs på grund av nya uppfinningar och utvecklingar och å andra sidan marknader som gradvis vidareutvecklas på grund av nya uppfinningar. Marknader som ständigt förstörs på grund av nya uppfinningar är marknader där det finns flera aktörer som är villiga att satsa på innovation för en stund i solen, där det är lönsamt att vinna ett race och njuta fördelarna av det under en kortare tid. Det är marknader som mår bra och där företagen hela tiden sporrar varandra till nya uppfinningar. Marknader som gradvis utvecklas är marknader där alltför breda skydd kan hämma utvecklingen, på sådana marknader är det viktigt att nya företag får möjlighet att ta vid där de tidigare slutade.⁷²

Evans och Schmalensee menar ej att vissa sektorer skall vara immuna från konkurrensrättsliga ingrepp. Dock menar de att konkurrensrätten i sin bedömning måste ta hänsyn till olika marknaders specifika karaktär. Varje marknad skall bedömas för sig där ett antal faktorer skall vägas in. Som exempel anser de att dominansbedömningen skall beakta befintliga och potentiella ”innovationshot”. På vissa marknader är en ledande position ej garanterad för all framtid på grund av möjligheten att producera en viss kapacitet. Bygger ett företags ledande position på en immateriell rättighet kan den dominanta positionen vara ömtålig på grund av nya innovationer som slår ut företag som tidigare hade en dominant ställning.⁷³

Generella slutsatser kan alltså inte dras och olika marknader behöver olika avvägningar mellan konkurrens och monopol. Tvångslicenser kan då användas på olika marknader för att reglera balansen. När en marknad har för lågt konkurrenstryck på grund av ett dominerande företag så kan en tvångslicens utdömas som en flexibel marknadsreglering och på så sätt jämna ut förhållandena på marknaden och öka incitamenten för innovation. Dock måste företag som har lagt ner stora summor och hårt arbete för att uppnå en viss position respekteras och inte drabbas för hårt av en utdömd tvångslicens så att deras arbete har varit förgäves eftersom incitamenten i det längre perspektivet då försvinner. Nästa gång samma företag skall satsa

⁷¹ Peeperkorn, s 534.

⁷² Peeperkorn, s 534 f.

⁷³ Peeperkorn, s 535.

på forskning och utveckling så underlåter företaget att göra det, medvetna om risken att deras resultat kan bli föremål för tvångslicensiering.

Förutsättningar för marknadsinträde är centralt för all konkurrensrättslig analys. Brett skydd för redan befintliga starka företag minskar naturligtvis konkurrenstrycket på marknaden och därigenom incitamenten att få innovationsutvecklingen att gå vidare. Dominanta företag har, som nämndes ovan, intresse av att behålla marknaden som den är. Inträdesbarriärer betyder att det blir svårare för nya aktörer att ta sig in på marknaden vilket minskar möjligheten att utveckla och driva på olika marknader eller till och med omöjliggör bildandet av nya marknader.⁷⁴

När det gäller att underlätta marknadsinträde så kan tvångslicenser också spela en avgörande roll. I IMS Health så fanns det omfattande inträdesbarriärer vilka ansågs hämma marknaden och tvångslicens utdömdes vilket ledde till en öppnare marknad och friare konkurrens. Tvångslicenser kan således användas som ett instrument att riva ner stora inträdesbarriärer och därigenom konkurrensutsätta marknader och öka incitamenten för innovationer, på så sätt korrigeras marknadsdefekter och snedvridna marknader. Tvångslicenser kan också användas som redskap mot alltför stora inträdesbarriärer samtidigt som det är ett redskap för att få fart på utvecklingen och motverka undertryckande av patent och dylikt.

Tvångslicensinstitutet är således flexibelt och användbart i många olika situationer. Denna fördel kan dock också bli till en nackdel om institutet används för ofta. Blir tvångslicenser alltför vanliga och ej endast utdömda i tydliga missbruksfall finns det risk för att företag ej vågar satsa på nya produkter och innovation. Denna linje, med tvångslicenser i tydliga missbruksfall och ej i tid och otid, är viktig att EG-domstolen följer, detta återkommer jag till nedan.

5.2 Tvångslicensers effekter

Det är av vikt att konstatera att tvångslicenser endast skall användas som ett remedium vid missbruk och vid problem och störningar på marknader. Tvångslicenser får aldrig användas godtyckligt och därigenom förringa konkurrensrättens och immaterialrättens syften. Immaterialrätten bygger på ensamrätt och skydd för intellektuella prestationer, vilket rättsordningen bör värna om.

I de två rättsfall som jag har refererat ovan så har konkurrensrätten haft företräde framför immaterialrätten, vars syfte ej har beaktats och respekterats fullständigt enligt kritiker. Från en konkurrensrättslig utgångspunkt kan konstateras att innehavet av en dominerande ställning till följd av en immaterialrätt egentligen ej skiljer sig från innehavet av en dominerande ställning till följd av någon annan orsak. Kärnpunkten är

⁷⁴ Glader, s 54.

frågan huruvida utnyttjandet av immaterialrätten kan anses utgöra missbruk av dominerande ställning.⁷⁵

Som jag skrev under 4.2.2 så har kritiska röster höjts om att diskussionen efter IMS Health ej har fokuserat på vilken påverkan rättsfallet har på innovationsviljan hos företag. Jag kan delvis hålla med i denna kritik. Som jag har skrivit ovan är risken med alltför frekvent utdömande av tvångslicenser att företag drar öronen åt sig och ej satsar på forskning och utveckling. Det skall nämnas att varken Magill eller IMS Health hade några större kostnader i samband med skapandet och utvecklandet av deras immaterialrätter. Det finns dock inga garantier för att EG-domstolen ej i framtiden kommer att utvidga möjligheterna för att utdöma tvångslicenser.

Den initiala kostnaden för en intellektuell prestation är relativt hög medan kostnaden att reproducera samma prestation ofta är väldigt låg. Det gäller såväl forskning om hur en sjukdom botas som författandet av en bok eller skapandet av ett datorprogram. Kostnaden att producera den första tabletten, boken eller disketten är mycket hög medan kostnaden för att göra kopior och distribuera dessa är väldigt låg. Dessutom kan en producents kostnader för att förhindra spridning eller kopiering också vara höga.⁷⁶

I IMS Health säger domstolen att IMS skall få ”reasonabel royalty” eftersom de ej kommer att göra en ”unreasonabel loss” på att tvingas licensiera ut sin struktur. Kommissionen uppskattar inte IMS insats tillräckligt enligt vissa kritiker.⁷⁷ Som ett enkelt exempel kan tas att ett företag sysslar med forskning i 10 olika projekt. Endast ett av de 10 projekten lyckas och bär frukt. Det enda projektet som lyckas skall då finansiera de 9 misslyckade. För att företaget ej skall gå med sammanlagd förlust så krävs alltså stora inkomster från det enda lyckade projektet. Vid erhållandet av en skälig royalty, som klart understiger en framförhandlad royalty, på det enda lyckade projektet så kan omöjligt intäkterna av det lyckade projektet täcka förlusterna av de 9 misslyckade projekten. I ett längre perspektiv kan detta dessutom leda till att företag som sysslar med en viss typ av riskfylld forskning och utveckling nästa gång ej vågar satsa på 10 olika projekt och marknaden går därmed eventuellt miste om ett stort framsteg.

Enligt min åsikt kan detta problem lösas på två olika sätt. En lösning är att höja den royalty företaget erhåller. Det skall vara en hög royalty och ej endast en skälig royalty vid utdömda tvångslicenser. En annan lösning är att i sammanhanget väga in vilka kostnader ett företag har haft för att utveckla produkten. Är det frågan om ett projekt som har kostat en stor summa pengar så måste ribban för att utdöma en tvångslicens vara hög. Är det tvärtom så att kostnaden för att utveckla produkten ej har varit alltför stora kan det lättare bli fråga om en tvångslicens.

⁷⁵ Gustafsson, Westin, Wragel, Bökwall, s 134.

⁷⁶ Dahlman, Glader, Reidhav, s 174.

⁷⁷ Hull, Atwood och Perrine, Compulsory Licensing, kapitel 9.

Dominanta positioner kan i vissa fall kan uppkomma genom tillfälligheter, på grund av ren tur eller vara följden av ett rättsligt privilegium. I sådana fall anser jag det ej vara felaktigt att beakta hur den dominanta positionen har uppkommit i missbruksbedömningen. Företag som ej lagt ner alltför mycket kraft för att nå en dominant position bör lättare kunna tvingas att licensiera ut sin immaterialrätt, allt i linje med principen att belöning för en innovation eller prestation skall stå i proportion till insatsen och arbetsansträngningen.

6 Alternativ till dagens regler

Tvångslicenser på grund av missbruk av dominerande ställning utdöms idag uteslutande med stöd av artikel 82. För att göra tvångslicenser till ett något flexiblere instrument och därigenom eventuellt mer accepterat så kan det tänkas att det krävs ett komplement till artikel 82 eller en ny lösningsmodell för lösandet av konflikten mellan konkurrensrätt och immaterialrätt.

Det skulle enligt mig vara intressant med diskussioner om införandet av en så kallad fair use doktrin i europeisk immaterialrätt. En slags generalklausul som skulle innebära att ett begränsat användande av en skyddad rättighet är acceptabelt så länge användandet gynnar konkurrensen mer än det drabbar immaterialrättsinnehavaren. Samtidigt finns det en debatt om lösandet av konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt skall lösas helt och hållet av immaterialrättens regler eller om lösningen skall vara ett konkurrensrättsligt ingrepp i immaterialrättssfären som rättsläget är idag.

Ovan i kapitel 5 har jag diskuterat tvångslicensers syfte och effekter. I detta kapitel skall jag titta kritiskt på artikel 82 och undersöka om det finns några alternativ till denna regel eller åtminstone något komplement. Jag har dessutom sökt svara på frågan om det finns något samband med sättet en tvångslicens utdöms på och vilka effekter en tvångslicens medför. Finns ett motiverat och välgrundat lagstöd för utdömandet av en tvångslicens så ökas eventuellt acceptansen för utdömandena av tvångslicenser. Jag har också analyserat de två huvudlinjerna för lösningen på konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt.

6.1 En intern lösning

Det immaterialrättsliga skyddet kan, som jag nämnt ovan, utformas på vitt skilda sätt, smala eller breda omfång, långa eller korta tidsbegränsningar och så vidare. Schovsbo menar att konkurrensproblem som rör immaterialrättsområdet kan och bör lösas inom ramen för den immaterialrättsliga regleringen, en så kallad intern lösning inom immaterialrätten.⁷⁸

Schovsbo menar att utformningen och avgränsningen av det immaterialrättsliga skyddet skall vara utformat på ett sådant sätt att det förebygger konkurrensproblem. Ett exempel är att must match reservdelar kan fränkännas skydd. Det är reservdelar som estetiskt måste passa originalprodukten och därför inte är utbytbara med någon annan produkt, exempelvis en karosdel till en bil. Genom att fränkerkänna ett sådant skydd så avvärjs en dominansposition.⁷⁹ Problemet med en sådan lösning blir att

⁷⁸ Schovsbo, Graensefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, s 17 ff.

⁷⁹ Ibid.

dominanspositioner blir svåra att bibehålla trots att ett företag lyckas ta fram en bra produkt, detta kan eventuellt minska både viljan att satsa på utveckling och viljan att därigenom bli ett ledande företag eftersom det ej är särskilt lönsamt. Dessutom är det en vettig lösning för mönsterrätten och must match reservdelar medan en sådan regels generella giltighet och effektivitet kan diskuteras när det gäller andra områden än mönsterrätten vilket gör regeln tämligen svårtillämpad på andra immaterialrättsliga områden.

En intern lösningsmodell kräver också att en kontroll sker över hur immaterialrätter utövas. I många fall ger blotta innehavet av en immaterialrätt upphov till en dominansposition. I vissa fall kan det då vara lämpligt att anförtro särskilda organ tillsyn över hur immaterialrätter utövas. Vid en sådan kontroll bör det understrykas att skyddsobjekten ej skall ifrågasättas utan att det endast skall röra sig om kontroll av själva utövandet. Exempelvis kan övervakande organ se till att prissättning och villkor är skäliga och att vissa nyttjare ej diskrimineras. Dessutom kan kontroll ske så att ingen otillbörligt vägrar att kontrahera med särskilda nyttjare. Ett eventuellt missbruk förebyggs då genom en systematisk och institutionaliserad kontroll och övervakning.⁸⁰

Det främsta problemet med en offentlig övervakning och detaljstyrning av den typ som Schovsbo förespråkar är att den strider mot grundläggande marknadsekonomiska principer om en fri marknad. Dessutom rör Schovsbos modell dominanspositioner och missbruk som är lätta att identifiera och förutse. Alla konkurrensstörningar är inte alltid så statiska att de går att lösa på ett enkelt sätt inom immaterialrätten. Det kommer således vid utformningen av immaterialrätten vara omöjligt att förutse samtliga potentiella konkurrensstörningar. Dessutom skulle det bli problematiskt rent rättstekniskt med en intern lösning. Låt säga att en databasstruktur i 99 fall av 100 ej ger upphov till en dominerande ställning, i det hundrade fallet utgör strukturen en standard och företaget som utvecklat strukturen missbrukar sin dominerande ställning. Hur skall detta problem lösas rättstekniskt? En reglering som försöker undvika ett sådant missbruk riskerar definitivt att hämma utvecklingen av de 99 strukturer som ej kommer att ge upphov till en dominerande ställning på grund av flertalet krångliga regler som egentligen endast är ämnade för det hundrade fallet.

Utformningen av ett immaterialrättsskydd blir ofrånkomligen generellt och schabloniserat med tanke på hur många produkter som skall åtnjuta skydd i flertalet olika situationer. Konkurrensrätten däremot, och särskilt artikel 82, fungerar som en prövning in casu. Regeln gör att det krävs en prövning för varje enskilt tillfälle, vilket leder till en flexibel lagregel som lätt kan användas på vitt skilda områden. Endast efter en faktafokuserad, individualiserad bedömning som inkluderar en marknadsavgränsning kan konkurrensstörningar identifieras. Dock bör det understrykas att en regel med minutiös prövning in casu kan uppfattas som oförutsebar och

⁸⁰ Eklöf, s 340.

godtycklig vilket kan leda till att olika företag ej vet vilka regler man skall förhålla sig till.

Det är mycket svårt för lagstiftaren att förutse konkurrensproblem och utifrån rättsteknisk synpunkt reglera immaterialrätten in i minsta detalj så att den kan möta otillbörligt utövande av marknadsinflytande. Immaterialrätten är ej kapabel, åtminstone ej ensam att vare sig förutse, förebygga eller kontrollera samtliga konkurrensstörningar som kan uppstå. Särskilt inte störningar på marknader där innovationstakten är hög och nya uppfinningar avlöser varandra. Marknader där ena dagens uppfinning ger ett visst företag ensamrätt medan nya uppfinningar en kort tid därefter gör att samma företag riskerar att gå under. Immaterialrättens huvudsyfte är ej att reglera konkurrenssituationer. En sådan reglering är knappt möjlig att genomföra. En perfekt balans kräver då och då ett konkurrensrättsligt ingrepp i den immaterialrättsliga sfären, konkurrensrätten är mer lämpad för denna typ av bedömningar.

Samtidigt vill jag understryka att det konkurrensrättsliga ingreppet måste vara förutsebart. Godtyckliga ingrepp utan stöd i lag eller praxis kan kullkasta hela immaterialrätten. Med detta i tankarna vill jag understryka att det finns ett behov av tydliga lagregler och praxis. I de fall där tvångslicenser har utdömts hade man kunnat önska sig något utförligare motiveringar och tydligare riktlinjer att följa i framtiden. EG-domstolen bör sätta ner foten när den får tillfälle och då göra det rejält. Istället för helt individualiserade domar hade man kunnat önska sig domar med generella principer på området som lättare kan användas till stöd vid nya domar så att det finns en klar röd tråd att följa, en tydligare rättspraxis.

6.2 En extern lösning

Den andra huvudmodellen innebär att det måste finnas utrymme för andra rättsregler att ingripa i de fall där immaterialrätten står i strid med grundläggande behov av konkurrens. Anderman förespråkar denna lösningsmodell och menar att det är omöjligt, eller åtminstone alltför optimistiskt att tro att immaterialrätten i varje enskilt fall kan möta de krav som en sund konkurrens ställer. Balansen mellan immaterialrättslig exklusivitet och konkurrens kräver därför, enligt honom, punktvisa konkurrensrättsliga ingripanden.⁸¹

Anderman menar att det skall finnas en vettig balans mellan den insats som en rättighetsinnehavare har gjort och den utdelning som kommer honom till godo. Han är tveksam till om så alltid är fallet. Det skall enligt denna tes betonas att individuella rättigheter delas ut oberoende av de egentliga egenskaperna hos det immaterialrättsskyddade objektet. Några konkurrensavvägningar skall ej heller göras som beaktar innehavarens marknadsposition eller eventuella effekter på marknaden. I det enskilda fallet kan dock en konkurrensrättslig intervention vara påkallad trots ett

⁸¹ Anderman, s 3 ff.

välbalanserat immaterialrättsligt skydd. Utvidgas immaterialrättens område till att omfatta regleringen av konkurrensstörningar kan detta drabba fel parter. Införs regler inom immaterialrätten som skall värna om konkurrensen kan det leda till ett mindre skydd och därmed otillräckliga vinster för vissa mindre företag som ej stör konkurrensen medan reglerna uppfyller sitt syfte mot de större företagen som stör konkurrensen på marknaden.

Det intressanta med Andermans åsikter är enligt mig att regler blir mer allmänt hållna och lättare att tillämpa. Å andra sidan finns risken för att reglerna också tenderar till att bli mer oförutsebara. Vid en konflikt mellan immaterialrätt och konkurrensrätt måste reglerna utformas schabloniserat och generellt och dessutom kunna tillämpas på ett flexibelt sätt. Anderman är vidare noggrann med att påpeka att konkurrensrätten skall tillämpas på ett sätt så att immaterialrättens effektivitets- och konkurrensfrämjande funktion i minsta möjliga utsträckning störs.

Trots att det finns tydliga skillnader mellan Andermans och Schovsbos sätt att attackera problemen så anser jag ej att modellerna bör ställas mot varandra. Den stora skillnaden är modellernas utgångspunkter. Internaliseringsmodellen utgår från att det går att förutse och identifiera de problem som uppstår samt att dessa problem kan lösas genom internaliseringsåtgärder. Andermans idé bygger på att inga problem går att förutse och därigenom kan de ej lösas inom iandematerialrätten, varför konkurrensrätten bör användas som komplement. Det finns således ingen direkt motsättning mellan den interna och den externa modellen. Immaterialrätten bör utformas så att konkurrensmekanismer ej störs. I de fall där konkurrensmekanismer trots allt störs så kan konkurrensrätten träda in och lösa problemen.

6.3 Generalklausul - fair use

Jag nämnde ovan att Schovsbo och Andermans teorier ej står i direkt konflikt med varandra, varför en kompromiss är ett möjligt alternativ. Jag måste även påpeka att jag anser att diskussionen om antingen eller är negativ för rättsutvecklingen. Enligt min åsikt är en lösning med flera komplementärare regler är att föredra.

Utrymmet för att få en tvångslicens till stånd utifrån artikel 82 begränsas klart och tydligt av rekvisiten dominans och missbruk. Det kan finnas fall där tredje mans nyttjande av en immaterialrätt kan ha starka, positiva effekter på konkurrensen och utvecklingen men dominanskriteriet är ej uppfyllt och artikel 82 aktiveras därmed aldrig. Det kan därför anses finnas ett glapp så till vida att artikel 82 ej åtgärdar alla konkurrensstörningar och driver ej alltid utvecklingen framåt. Artikel 82 kan ej tillgripas som ett trollspö så fort ett konkurrensproblem identifieras.

En generalklausulsregel som finns inom upphovsrätten i USA, i form av fair use, uppställer inga krav på vare sig dominans eller missbruk. En sådan regel inom europeisk immaterialrätt hade kunnat vara ett bra komplement

till dagens regler. En generalklausul i form av fair use möjliggör nyttjande av ett skyddat verk när nyttan av ett sådant användande överstiger den skada som orsakas upphovsrättsinnehavaren.

Det kan tänkas att det finns ett antal situationer då en konkurrents nyttjande av en immaterialrätt kan gynna konkurrensen trots att företaget som åtnjuter immaterialrättsskyddet ej är dominant. Vid sådana tillfällen kan artikel 82 ej aktiveras på grund av rekvisiten dominans och missbruk. En generalklausul som innebär att ett användande som främjar konkurrens och ej skadar immaterialrättsinnehavaren mer än marknaden drar nytta kan vara ett möjligt komplement till artikel 82. Viktigt att understryka är att en generalklausul aldrig kan ersätta artikel 82 utan endast användas som en smidig förmån för oauktorerat men legitimt nyttjande i fall där en fullskalig marknadsanalys ej är behövlig.

Problemen med en generalklausulslösning är främst risken för att den kan inverka negativt på investeringsviljan på grund av generalklausulens bristande förutsebarhet. Vidare kan en regel av generalklausulkaraktär medföra många, långa och kostsamma intrångsprocesser. Risken för att dras in i en sådan process skulle dessutom avskräcka företag från användning av skyddat material som i och för sig vore laglig.

Genom införandet av fair use inom patenträtten skulle många fördelar uppnås. Jag tror att viss forskning på exempelvis universiteten, och även på andra ställen, idag lider av en oro för att göra intrång i någon annans patent. Genom införandet av fair use skulle sådan rädsla kunna undvikas och forskning på de institutioner som är mest lämpade för det intensifieras, utan rädsla för intrång. Samhällets nytta prioriteras utan större lidande för rättighetsinnehavaren. Risken för undertryckande av patent skulle också minska. Låt säga att ett företag som sysslar med försäljning av onkologisk behandlingsutrustning och cancerforskning uppfinner ett cancertvaccin. Företaget måste då göra en cost benefit analys genom att väga vinsten av att marknadsföra vaccinet mot förlusten av att deras övriga onkologiska verksamhet skulle bli betydligt mindre lukrativ. Med en fair use doktrin skulle vaccinet definitivt exploaterats för samhällets bästa.

En eventuell generalklausul skall således ses som en regel separat från möjligheten till tvångslicens med stöd av artikel 82. För komplicerade situationer med konkurrensstörande moment, där en marknadsanalys krävs för att utreda marknadsinflytande, potentiellt missbruk och eventuella negativa effekter bör konkurrensrätten och artikel 82 tillgripas. Vid smärre konkurrensstörningar som ej lämpligen skall hanteras av artikel 82 kan en generalklausul vara ett lämpligt instrument.

Jag anser alltså det vara av vikt att inse att en lösning ej blir antingen eller utan en generalklausulliknande internalisering används som komplement till artikel 82. Det förefaller adekvat med en bestämmelse som vid atypiska och oförutsebara situationer möjliggör nyttjande av immaterialrättsskyddat material när nyttan av ett sådant nyttjande överstiger skadan för

immaterialrättsinnehavaren. Glappet som finns i artikel 82 på grund av dominans och missbrukskriteriet undviks då på ett smidigt sätt. Jag vill också understryka vikten av att förutsebarhet prioriteras vid utformandet av en sådan regel. Regeln måste vara tydlig och domslut och domskäl i frågor som rör ämnet måste vara klara och tydliga så att marknaden vet exakt vad den har att förhålla sig till.

7 Slutsatser

Immaterialrätten och konkurrensrätten har, som jag har beskrivit ovan, vitt skilda intressen som ofta kommer i konflikt med varandra. Konkurrensrätten äger ej ensam förmågan att tillskapa produkter eller marknader, det kan endast marknadens parter göra med hjälp av olika egendomsrätter, såsom immaterialrätter. Eklöf hävdar att konkurrensrätten ej kan eller bör ha något inflytande över upphovsrättens utformning, tolkning och tillämpning. Han menar att upphovsrätten utgör primär marknadsrätt och enligt honom bör den i rättstillämpningen ses som ett autonomt system som bör vara fritt från den specifika konkurrensrättsliga analysmodellen samtidigt som han medger att allmänna konkurrensrättsliga överväganden bör prägla institutet upphovsrätt.⁸²

Jag är villig att hålla med Eklöf i detta påstående. Jag hävdar dessutom att dessa åsikter lätt kan appliceras på immaterialrätten i stort. Eklöf skriver vidare att konkurrensrätt skall ses som en sekundär marknadsrätt såtillvida att den endast kan motverka hinder mot konkurrens, utveckling och innovation. Konkurrensrätten skall enligt Eklöf ta hänsyn till upphovsrättens utvecklingsfrämjande funktion och ej påverka denna negativt.⁸³ Med detta vill jag understryka vikten av att rättsområdena fungerar i harmoni. En sund balans är eftersträvansvärd med ett system där konkurrensrätten endast ingriper när det är nödvändigt efter en noggrann bedömning i det enskilda fallet och immaterialrättens syften ej förringas. Konkurrensrättens vikt och funktion skall dock aldrig glömmas bort. Konkurrensrätten är ett mycket viktigt instrument som används för att korrigera marknadsdefekter och driva på utvecklingen.

Jag anser att immaterialrättens reglering kan och skall utformas så att konkurrensstörningar undviks i det längsta utan att immaterialrättens syften förringas, en slags internalisering så långt som möjligt. Vid de tillfällen konkurrensstörningar trots allt uppkommer, anser jag att konkurrensrätten skall gå in och korrigera dessa störningar med hjälp av bland annat artikel 82 och tvångslicenser.

De teknologiska möjligheterna, kostnader för att satsa på utveckling och karaktären på innovationer skiljer sig mycket från bransch till bransch och marknad till marknad. Detta gör att immaterialrättsliga regler ofta tenderar till att bli generella och allmängiltiga vilket är ytterligare en anledning till att ge konkurrensrättens minutiösa in casu bedömning utrymme att avgöra.

Risken med tvångslicenser som döms ut enligt artikel 82 är att de får en hämmande effekt på företags vilja att satsa på forskning och utveckling. Riskerar ett ledande företag att tvingas licensiera ut rättigheter till sina

⁸² Eklöf, s 14 f.

⁸³ Eklöf, s 15.

konkurrenter så finns det risk för att företagen ej vågar satsa på nya projekt eftersom de ej anser det vara lönsamt i längden.

Immaterialrättens huvudsyfte skall endast kränkas i nödfall anser jag. Konkurrensrätten kan gå in och korrigera marknadsdefekter i vissa fall men då anser jag att det måste vara förutsebart och befogat. Immaterialrätten har ett antal konkurrensbegränsande regler i form av krav på offentliggörande, tidsbegränsningar av olika slag och diverse skyddsomfång. Dessa regler är i de flesta fallen tillräckliga och konkurrensrättens intrång i immaterialrättssfären skall därför vara få och välmotiverade. Så länge de konkurrensrättsliga inträngen i immaterialrättssfären, i form av tvångslicenser, sker konsekvent och förutsebart anser jag att oron för att tvångslicenser med stöd av artikel 82 leder till att företag ej vågar satsa på forskning och utveckling är obefogad.

Det finns tillfällen där immaterialrätter leder till konkurrensmässiga marknadsdefekter som ej är nyttiga för marknaden. Vid sådana tillfällen anser jag att konkurrensrätten är det enda möjliga instrumentet att rätta till detta och tvångslicenser med stöd av artikel 82 är då en flexibel lösning. Dock anser jag som nämnt att utdömmande av tvångslicenser bör ske på ett förutsebart sätt och restriktivitet skall råda vid bedömningarna.

De två rättsfallen jag refererade ovan rör upphovsrätt där det krävdes en låg tröskel för att uppnå ett immaterialrättsligt skydd. Omständigheterna i de båda rättsfallen är speciella. Många vill dock peka på de möjliga konsekvenser som ett alltför frekvent utdömmande av tvångslicenser kan leda till utifrån dessa rättsfall. Domstolen utvidgade omständigheterna i Magill och IMS Health och ingenting talar för att omständigheterna ej kan utvidgas ännu en gång i ett nytt avgörande.

Ett angränsande problem till företags rädsla att satsa på innovationer och utveckling är domstolens motiveringar i Magill och IMS Health. I båda rättsfallen är motiveringarna oklara, det är svårt att se hur en domstol kommer att döma i ett liknande fall i framtiden. Domstolen har ej heller satt upp tydliga regler för när en licensvägran skall ses som missbruk av dominerande ställning. En tydlig och uttömmande lista på vad som konstituerar missbruk av dominerande ställning är en önskvärd nyhet. De oklara listorna på särskilda omständigheter i Magill och IMS Health är föga vägledande och en anledning till den oro som är knuten till tvångslicensinstitutet. Oklarhet och oförutsebara domslut är en orsak till både oro och eventuellt mindre satsning på forskning och utveckling.

Jag vill också understryka att företag som missbrukar sin ställning genom att vägra licens eller ta ut ett högt pris på en immaterialrättsligt skyddad vara som företaget själv har utvecklat endast i undantagsfall bör kritiseras enligt min åsikt. Konsumenter får visserligen betala ett något högre pris för varan i fråga. Det höga priset kan emellertid vara motiverat med tanke på företagets kostnader för framtagande och utvecklande av varan. Konsumenter kan kortsiktigt förlora på att få betala ett högre pris och hade troligtvis hellre sett

en hårdare konkurrensbild som hade lett till lägre priser. Kan företaget ej ta ut ett högre pris på grund av att företaget måste licensiera ut sin rättighet till konkurrenter, för att en hårdare konkurrens kräver det, så finns direkt risken för att nya produkter ej kommer fram eftersom företag ej finner det lönsamt att satsa på forskning och utveckling. Alternativet kan i det längre perspektivet bli att konsumenter ej har någon vara alls att betala ett högre pris för, eftersom företagen ej finner det lönsamt att utveckla nya produkter.

Som jag nämnt ovan är det också viktigt att andra företag tar vid där det föregående slutar och vidareutvecklar produkter. Att utdöma tvångslicenser är ett sätt att driva på utvecklingen mot hårdare konkurrens men även att göra så att olika produkter lättare vidareutvecklas. När ett företag har nått så långt det förmår med en produkt så skall nästa företag kunna ta vid och göra de förbättringarna som det nya företaget är bäst på. Företaget som tog fram produkten från början skall ej kunna förhindra vidareutvecklingar genom att sitta på ett patent som de ej vidareutvecklar. Samtidigt måste innovationsprestationen i första ledet belönas och företaget som kommer med den ursprungliga uppfinningen måste tjäna sin beskärda del på de upppoffringar de har gjort i form av tid och pengar. En hög royalty och inte bara en skälig royalty till företaget som kommer med innovationen i första ledet är att föredra enligt min åsikt. Tvångslicenser blir således ett sätt att främja utvecklingen i led två så att ett nytt företag tar vid där det tidigare slutade och produktutvecklingen går framåt.

Vidare kan konstateras att oavsett om man är anhängare till Schumpeters teori om att monopolmarknader och starka immaterialrätter gynnar innovation bäst eller om man är anhängare till Arrows teori att stark konkurrens och svaga immaterialrätter gynnar innovation bäst så kan det dock anses säkerställt att ett visst mått av konkurrens alltid behövs. Utan någon konkurrens över huvud taget slår sig de dominanta företagen till ro och de mindre företagen finner ingen nytta att uppfinna något nytt eftersom det trots allt är omöjligt att konkurrera. Inträdesbarriärerna tenderar dessutom att bli oöverstigliga på en marknad utan konkurrens och med företag som agerar oberoende av sina konkurrenter. Tvångslicenser med stöd av artikel 82 är då ett sätt att skapa konkurrens på marknader som av olika anledningar ej har någon.

Är då tvångslicenser med stöd av artikel 82 det enda möjliga remediet mot företag som vägrar licensiera ut sina rättigheter? Jag anser, som jag skrev i kapitel 6, att det finns ett glapp i artikel 82. För att artikel 82 skall aktiveras krävs att båda rekvisiten *missbruk* och *dominerande ställning* uppfylls. Jag anser att det finns fall där konkurrenters nyttjande av immaterialrättsskyddade objekt är mer gynnsamt för marknaden än det är skadligt för företaget som innehar immaterialrätten. I sådana fall bör eventuellt en kompletterande regel finnas, eventuellt en generalklausulsliknande lösning där visst nyttjande av en skyddad rättighet tillåts utan att rekvisiten missbruk och dominerande ställning behöver vara uppfyllda. Den amerikanska idén inom upphovsrätten med fair use är en

möjlig lösning. Nyttjande av en immaterialrätt är godtagbart så länge nyttan av nyttjandet överstiger skadan för immaterialrättsinnehavaren.

Enligt mig bör ribban för ett missbruk av en dominerande ställning som uppnåtts på grund av en immaterialrätt vara högre än ett missbruk som uppkommit på annan grund. Skälet till detta anser jag vara den stora ekonomiska risk som oftast ligger till grund för framtagandet av en skyddsvärd produkt. Ribban bör enligt min åsikt i immaterialrättsfallen eventuellt också variera beroende på hur stor insats i form av exempelvis tid och pengar ett företag lagt ner på utvecklingen av en produkt. Har ett företag utvecklat en medicin eller något annat där den initiala kostnaden är stor i förhållande till reproduktionskostnaden anser jag att det skall krävas betydande störningar i konkurrensen för att ett missbruk av dominerande ställning skall kunna fastställas. Vikt fästs då vid medicinens livsviktiga funktion, sådan forskning främjas. Att mediciner skall nå alla behövande är enligt min åsikt en annan fråga som jag ej tänker behandla här.

Är anledningen till den dominerande ställningen en tillfällighet eller följden av något rättsligt privilegium eller dylikt anser jag dessutom att ribban för vad som skall anses vara missbruk bör sänkas. En sådan bedömning skulle ge fördelar och incitament för viss livsnödvändig forskning såsom läkemedelsforskning och dylikt framför forskning som mänskligheten egentligen klarar sig utan, till exempel skönhetsprodukter med mera. Genom en sådan bedömning får företag som satsat mycket pengar på något och verkligen lyckats ta fram en bra produkt, som eventuellt är livsnödvändig för vissa delar av jordens befolkning, njuta av fördelarna och företag som uppnått sin starka marknadsposition på grund av en tillfällighet lättare stöta på konkurrens.

Jag anser ej att tvångslicenser med stöd av artikel 82 leder till att företag ej vågar satsa på forskning och utveckling. Jag anser dock att tvångslicenser måste utdömas med tydligt stöd i lag och rättspraxis på ett förutsebart sätt. Tvångslicenser är enligt min åsikt ett bra remedium mot marknadsdefekter när institutet används med starkt underbyggda argument och tydligt stöd i rättspraxis. Tvångslicenser ökar konkurrensen och tvingar företag att snabba på utvecklingen. Institutet motverkar också undertryckande av immaterialrätter och leder då till att olika företag gör det de är bäst på och att nya företag tar vid där det föregående ej kan eller vill utveckla en innovation längre. Jag anser att tvångslicenser med stöd av artikel 82 skall utdömas men att restriktivitet skall råda vid bedömningen och en tydlig lista på förutsättningar som konstituerar missbruk av dominerande ställning bör finnas för att öka förutsebarheten.

Effekterna av en tvångslicens är inte att företag ej vågar satsa på forskning och utveckling, denna oro är enligt mig obefogad. Används tvångslicensinstitutet med tydligt stöd i rättspraxis och starkt underbyggda argument så kommer det tvärtom att gynna utvecklingen och innovationsviljan. Utdöms tvångslicenser med tydligt lagstöd och på ett förutsebart sätt så gynnas konkurrensen och utvecklingen går snabbare

framåt. Undertryckande av immaterialrätter omöjliggörs och konkurrensen leder till att alla företag gör det de är mest lämpade för samtidigt som konkurrensen sporrar företagen att vara först med en produkt och därigenom vinna marknadsandelar. Sambandet mellan den insats som ett företag gör och den vinst som åtnjuts kommer att vara i proportion till varandra. Företag som uppnått dominant positioner på grund av tillfälligheter eller rättsliga privilegier kommer tvingas att konkurrera på lika villkor. Huvudsaken är att vi får en tydligare praxis huruvida tvångslicenser med stöd av artikel 82 skall utdömas eller ej och på vilka grunder. En klar och tydlig lista på vad som skall anses vara missbruk av dominerande ställning i de fall de dominant företagen uppnått sin position tack vare innehavet av en immaterialrätt.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Regeringens proposition 1992/93:56, Ny konkurrenslagstiftning

Övrig litteratur

Anderman, Steven D, EC Competition law and intellectual property rights
The regulation of innovation, Oxford University Press, (Oxford 1998)

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, Norstedts Juridik
AB, (Stockholm 1999)

Dahlman, Christian, Glader, Marcus, Reidhav, David, Rättsekonomi En
introduktion, Studentlitteratur, (Lund 2004)

Eklöf, Dan, Upphovsrätt i konkurrens – Särskilt om tvångslicensiering, Print
Center, Stockholms universitet, (Stockholm 2004)

Glader, Marcus, Innovation Markets and competition analysis – EU
competition law and US antitrust law, Intellecta DocuSys, (Malmö 2004)

Gustafsson, Leif, Westin, Jacob, Wrangel, Clara, Bökwall, Carl, Svensk
konkurrensträtt, 2:a upplagan, Norstedts Juridik AB, (Stockholm 2004)

Koktvegaard, Mogens, Laerebog i Immaterialret 6:e reviderede udgave,
Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, (Köpenhamn 2002)

Koktvegaard, Mogens, Laerebog i Konkurrenceret 5:e udgave, Jurist og
Økonomiforbundets forlag, (Köpenhamn 2003)

Levin, Marianne, Immaterialrätten – En introduktion, Norstedts Juridik AB,
(Stockholm 1999)

Levin, Marianne, Lärobok i Immaterialrätt, 9:e upplagan, Norstedts Juridik
AB, (Stockholm 2007)

Schovsbo, Jens, Graensefladespørgsmål mellem immaterialretten og
konkurrenceretten, Jurist og Økonomiforbundets forlag, (Köpenhamn 1996)

Westin, Jacob, Europeisk konkurrensträtt, Studentlitteratur AB, (Stockholm
2007)

Wetter, Carl, Karlsson, Johan, Rislund, Olle, Östman, Marie,
Konkurrenslagen en handbok andra upplagan, Thomson fakta, (Angered
2002)

Whish, Richard, Competition Law, fourth edition, Oxford University Press, (USA 2005)

Artiklar och rapporter

Glazer, Kenneth, The Ims Health case: A U.S. Perspective,
<http://gmu.edu/departments/law/////gmulawreview/issues/13-6/documents/Glazer09Formatted.pdf>
Senast besökt 20071101

Hull, David W, Atwood, James R och Perrine, James B, Compulsory Licensing, kapitel 9,
<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522hulldoc.pdf>
Senast besökt 20071101

Konkurrensen i Sverige, Konkurrensverkets rapportserie 2006:4, NRS Tryckeri, (Sverige 2006)

Peeperkorn, Luc, IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance, World Competition 26(4) 527-539, Kluwer Law International, (Nederländerna 2003)

Rättsfallsförteckning

Mål 27/76, United Brands Co m fl mot Kommissionen

Mål 22/78, Hugin kassaapparater AB m fl mot Kommissionen

Mål C-241, 242/91, Radio Telefis Eireann m fl mot Kommissionen

Mål C-7/97, Oscar Bronner mot Kommissionen

Mål T-504/93, Tiercé Ladbrokes SA mot Kommissionen

Mål C-179/90, Porto di Genua mot Siderurgica Gabrielli SpA

Mål C-238/87, AB Volvo mot Erik Veng (UK) Ltd

Mål C-61/97, Foreningen af danske videogramdistributörer mot laserdisken

Mål C-418/01, IMS Health mot NDC

Mål 7/73, Commercial Solvents Corp. mot Kommissionen

AT&T Corp. V. Iowa Utilities Bd., (1999).

Verizon Communications Inc. V. Trinkoet al.(2004).

Konkurrensverkets beslut den 13 oktober 1997, dnr 389/96, Posten Sverige AB