



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Clara Wrangel

Konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Hans Henrik Lidgard

Ämnesområde: Konkurrensrätt och immaterialrätt

Höstterminen 2000

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Frågeställning och syfte	5
1.3 Avgränsning och metod	5
1.4 Disposition	6
2 KONKURRENSRÄTTENS STÄLLNING INOM EG-RÄTTEN	8
2.1 Konkurrensrätten i förhållande till andra regler	8
2.2 Förhållandet mellan immaterialrätt och konkurrensrätt enligt Fördraget och Domstolens praxis	9
3 ARTIKEL 81 OCH IMMATERIALRÄTTEN	11
3.1 Generellt om immaterialrättslicenser och konkurrensregler i EU	11
3.2 Strukturen i artikel 81	12
3.3 Territoriell exklusivitet i licensavtal	13
3.3.1 Immaterialrätten om territoriell exklusivitet	13
3.3.2 1962 års julbudskap	13
3.3.3 Consten Grundig mot kommissionen	14
3.3.4 Nungesser mot kommissionen	15
3.4 Konsumtion av det immaterialrättsliga skyddet	15
3.5 Exportförbud	16
3.5.1 Javico mot YSLP	16
3.6 Slutsatser för artikel 81	19
4 ARTIKEL 82 OCH IMMATERIALRÄTTEN	20
4.1 Generellt om artikel 82	20
4.1.1 Marknadsställning	20
4.1.1.1 Relevant marknad	20

4.1.1.2	Fastställandet av dominerande ställning	21
4.1.2	Missbruk	21
4.1.2.1	Essential facilities	23
4.2	Vägran att licensiera	23
4.2.1	Volvo mot Veng	23
4.2.2	RTE & ITP mot kommissionen	24
4.2.2.1	Tolkningar av RTE & ITP mot kommissionen	27
4.3	Ensidiga hinder mot parallellimport	28
4.3.1	Micro Leader Business mot kommissionen	28
4.4	Slutsatser för artikel 82	29
5	USA	31
5.1	Allmänt om immaterialrätt och konkurrensrätt i USA	31
5.2	Licensavtal	32
5.3	Konsumtionsreglerna i USA	34
5.4	Licensvägran i USA	35
5.5	Slutsatser för USA	38
6	SVERIGE	40
6.1	Förarbeten och praxis	40
6.2	Slutsatser för Sverige	42
7	TEORIER OM LÖSNINGAR	43
7.1	Inledning	43
7.2	Schovsbo	43
7.3	Govaere	45
7.4	Anderman	47
7.5	Sammanfattning	49
8	SLUTSATSER	50
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		54
Offentligt tryck		54
EU		54
USA		54
Sverige		54
Böcker		54

Artiklar	55
RÄTTSFALL OCH KOMMISSIONSBESLUT	56
EU	56
Kommissionsbeslut	56
Domar från Förstainstansrätten	56
Domar från EG-domstolen	56
Generaladvokatsyttrande	57
USA	57
Sverige	57

Sammanfattning

Relationen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt brukar betraktas som konfliktfylld samtidigt som regelverken anses ha ett antal grundläggande mål gemensamt. Den här uppsatsen behandlar frågan om det finns situationer inom EG-rätten då konkurrensrätten har fått företräde framför immaterialrätten så att den tillåts korrigera och kringskära det immaterialrättsliga skyddet. Genom att granska tre rättsfall från gemenskapsdomstolarna konstateras det att det inom EG-rätten finns situationer då konkurrensrätten får och har fått begränsa skyddet som immaterialrättslig lagstiftning tilldelar rättighetsinnehavaren.

Uppsatsen behandlar även kort hur konflikten mellan regelverken lösts i amerikansk respektive svensk rätt. Den EG-rättsliga utvecklingen har på det här området i viss mån följt den amerikanska i det att man inom båda rättsordningarna gått ifrån en mer formalistisk inställning till immaterialrätten ur konkurrensrättslig synvinkel. Idag tar man hänsyn till de verkliga effekterna som utövande av immaterialrätter får istället för att som tidigare beakta regelverkens mål som radikalt motsatta så att utövandet av immaterialrätter måste undantagas från förbuden i konkurrensreglerna. Liksom inom EG-rätten finns det emellertid exempel på fall i amerikansk rätt då det immaterialrättsliga skyddet fått stå tillbaka till förmån för konkurrensreglerna. Medan man i USA främst beaktar ekonomiska effekter tar man inom EG-rätten även hänsyn till målet med att integrera medlemsstaternas marknader. Detta är en faktor som gör att rättsordningarnas inställningar till immaterialrätten ändå skiljer sig åt i viss mån. Den svenska inställningen framgår relativt oklart i konkurrens- och immaterialrättsliga förarbeten. Konkurrensreglerna anses i viss utsträckning kunna dra gränsen för hur långt innehavaren av en immaterialrätt får gå vid rättens utövande. De närmare avgörandena för hur denna gräns skall dras förväntas dock beslutas i rättstillämpningen som då i förarbetena uppmanas att följa utvecklingen i EG-rätten.

Utöver presentationen av hur konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt löses i EU, USA och Sverige innehåller uppsatsen en beskrivning av tre författares relativt olika teorier om hur konflikten bäst bör lösas. Medan en av författarna tycker att konflikten i princip kan och bör undvikas genom att konkurrensrättsliga hänsyn vägs in vid stiftandet av de immaterialrättsliga lagarna anser en annan att konkurrensrätten kan och bör få korrigera immaterialrätten när det är nödvändigt. Den tredje författarens åsikt är att det är bra att inkludera konkurrensrättsliga hänsyn i immaterialrättslagstiftningen så långt det går men hon är mer skeptisk till att konflikten kan undvikas helt på den vägen. Även hon tycker att konkurrensrätten bör få korrigera immaterialrätten men endast i fall då utövandet av immaterialrätten inte görs i enlighet med immaterialrättens funktion.

Förord

Mitt val av ämnesområde för detta examensarbete beror till stor del på att jag under vårterminen 2000 gick en mycket inspirerande specialkurs i europeisk konkurrensrätt som leddes av Lektor Hans Henrik Lidgard. Under kursens gång stod det klart för mig att jag ville skriva mitt examensarbete inom detta område och gärna med Hans Henrik som handledare. Så blev det också och jag har fått stor hjälp av honom med bland annat val av ämne och diskussioner kring detsamma. För all denna hjälp är jag givetvis mycket tacksam.

Jag tar gärna emot kommentarer angående det som står i uppsatsen. Jag nås då lättast på följande e-postadress: cwrangel@excite.com

*Lund i december 2000
Clara Wrangel*

Förkortningar

<u>Förkortning</u>	<u>Förklaring</u>
ANTITRUST L.J.	ANTITRUST LAW JOURNAL
CMLR	Common Market Law Reports
ECR	European Court Reports
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska Gemenskapens officiella tidning
EIPR	European Intellectual Property Review
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska Unionen
f.	följande sida
ff.	följande sidor
JO	Journal officiel des Communautés Européennes
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
OJ	Official Journal of the European Communities
p.	premiss
pp.	premisser
Prop.	proposition
s.	sida
SOU	statens offentliga utredningar
uppl.	upplaga
Vol.	Volume

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Immaterialrätten och konkurrensrätten framställs ofta som två rättsområden med inneboende konflikter. Medan konkurrensrättens grundläggande mål är att värna om effektiv konkurrens och förhindra att konkurrensen snedvrids på grund av ensamrätter kännetecknas immaterialrätten av att den tillskriver rättighetsinnehavarna just ensamrätter. I syfte att säkerställa fri prissättning strävar konkurrensreglerna bland annat efter att undanröja hinder för marknadstillträde. Ensamrätten som säkras av immaterialrätten tillåter samtidigt rättighetsinnehavaren att sätta högre pris än vad som vore möjligt utan ensamrätten och med fri konkurrens.¹

Denna förutsatta inneboende konflikt ifrågasätts emellertid ofta och istället framhävs det gemensamma målet med de två regelverken, nämligen att främja effektiviteten i ekonomin genom att uppmuntra till forskning och utveckling. Trots att immaterialrätten ger upphov till ensamrätter berättigas dess existens av att den ur ett större perspektiv befrämjar och möjliggör effektiv konkurrens. Genom immaterialrätten belönas de som lagt ner intellektuella och ekonomiska prestationer för att utveckla tekniska processer eller skapa verk som kommer resten av samhället till godo.² Rätten att hindra andra från att utnyttja den skyddade uppfinningen, verket eller varumärket anses vara en av de viktigaste delarna av immaterialrätten.³ I denna kärna av exklusivitet ingår även rätten att vara först med att marknadsföra den skyddade produkten, själv eller genom att bevilja licenser till andra.⁴ Utan denna avkastningsmöjlighet skulle det eventuellt saknas initiativ för att investera tid och pengar i uppfinningar och annat som utgör förutsättningar för ett ökat utbud av varor och tjänster. Ett sådant ökat utbud är ett gemensamt mål för såväl konkurrensrätt som immaterialrätt.⁵

Det är också detta som är utgångspunkten för den här uppsatsen, nämligen att det är rätten att vara först med att sätta den skyddade teknologin eller produkten på marknaden och att hindra andra från att utnyttja den utan att betala ersättning som utgör kärnan i det immaterialrättsliga skyddet.

Trots de gemensamma målen uppstår inte sällan situationer då utövande av immaterialrätter kommer i konflikt med konkurrensrätten. I samhällen med marknadsekonomi accepteras ensamrätter endast om de är uttryckligt tillåtna

¹ Schovsbo, Jens, *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, Danmark 1996, s. 9 f.

² Eklöf, Dan, *Konkurrensbegränsningsrätt och immaterialrättslig konventionsreglering*, NIR 1998 s. 391-405, s. 391.

³ OECD report, *Competition policy and intellectual property rights*, Paris, 1989, s. 11.

⁴ Lidgard, Hans Henrik, *Licensavtal i EU*, Stockholm 1997, s. 33 f.

⁵ Eklöf, 1998, s. 391.

av rättsordningen. Därför är det betydelsefullt att det går att fastslå gränserna för de ensamrätter som tillåts av immaterialrätten. En fråga som uppstår då är ifall dessa gränser dras med hjälp av konkurrensrättens inträde som ett överstående regelverk eller om avvägningen mellan de motstående intressena redan gjorts vid skapandet av de immaterialrättsliga reglerna så att ytterligare avvägning är överflödig.⁶

1.2 Frågeställning och syfte

Uppsatsens frågeställning är att svara på ifall det finns situationer inom EG-rätten då konkurrensrätten har företräde framför immaterialrätten. Därutöver är syftet med uppsatsen att se på några olika teorier för hur konflikten mellan regelverken kan lösas och att presentera hur konflikten lösts i amerikansk och svensk nationell rätt för att sedan jämföra de lösningarna med de som valts inom EG-rätten.

1.3 Avgränsning och metod

För att besvara frågeställningen utgår uppsatsen ifrån tre situationer då konflikt uppstår mellan immaterialrättsliga regler och EG:s konkurrensrätt. Den första situationen gäller EG-fördragets (härefter ”Fördraget”) artikel 81⁷ och konkurrensrättens inställning till territoriella begränsningar i licensavtal. De andra två situationerna avser konflikten mellan immaterialrätten och Fördragets artikel 82 och i denna del behandlas dels dominerande företag som vägrar ge licenser, dels ensidiga åtgärder vidtagna av en innehavare av en immaterialrätt för att hindra parallellimport. Det har inte varit min avsikt att göra en heltäckande genomgång av EG-rättens konkurrensreglers attityd till alla de konflikter som kan uppstå med immaterialrätten, utan istället att belysa problemet genom att se på dessa tre konfliktsituationer.

Det är endast konkurrensreglerna i EG-rätten som behandlas. Reglerna om varors fria rörlighet som också kan komma i konflikt med immaterialrätten, berörs endast kortfattat i samband med reglerna om konsumtion av immaterialrätter. Uppsatsen går inte in på specifika immaterialrättsliga reglers skydd och hur just det skyddet påverkas av konkurrensrätten. Det som behandlas är förhållandet mellan immaterialrätten generellt och konkurrensrätten.

För att avgöra hur konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt löses inom EG-rätten har jag förutom Fördragets regler utgått ifrån kommissionens och gemenskapsdomstolarnas praxis. Jag presenterar deras ställningstaganden i olika fall som är centrala för frågorna om ensidiga respektive avtalsbaserade territoriella begränsningar och dominerande

⁶ Schovsbo, 1996, s. 10 f.

⁷ Hänvisningar till artiklar i EG-fördraget görs genomgående enligt numreringen som gäller sedan den 1 maj 1999.

företags vägran att ge licenser. Därutöver har jag hämtat upplysningar i svensk och utländsk doktrin. Denna består av dels böcker, dels artiklar ur tidskrifter. I vissa fall har jag läst om rättsfallen i doktrinen och i sådana fall hänvisar jag till den bok eller den artikel där jag hämtat informationen. Det finns dock alltid en hänvisning som anger rättsfallets nummer, fullständiga namn och var det finns refererat.

Jag går inte in på de olika gruppundantagsförordningar som finns på det immaterialrättsliga området. Anledningen till detta är att det inte går att klart utläsa ifall klausuler som är tillåtna enligt undantagen är det därför att de inte strider mot konkurrensreglerna eller om de trots att de strider mot reglerna uppfyllt kraven för undantag. Därmed får man inte något klart svar på ifall det funnits någon konflikt mellan regelverken eller inte.

Ur doktrinen har jag också funnit information om olika teorier för hur konflikten mellan konkurrensrätt och immaterialrätt bör lösas vid lagstiftningsarbete och lagtillämpning. Det är rimligt att anta att det kan finnas ett obegränsat antal teorier och åsikter om hur konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt bör lösas. Jag har därför varit tvungen att begränsa framställningen till några få av dessa lösningar. För detta har jag valt tre författare vars olika teorier enligt min mening skiljer sig så från varandra att det vid ett jämförande av dem framgår hur olika synerna på konflikten kan vara.

Genom avsnitten om rättsläget i USA och Sverige tillförs uppsatsen även komparativa inslag. I delen om USA har jag framför allt koncentrerat mig på doktrin ur tidskriftsartiklar och böcker och inte gjort någon närmare analys av några rättsfall. Det har inte varit min avsikt att göra en djupare genomgång av det amerikanska rättsläget då en sådan analys ensam skulle kräva minst lika stort utrymme och minst lika mycket arbete som krävts för delen om EG-rätten, som uppsatsen främst syftar till att behandla. Delen om rättsläget i USA är alltså enbart ämnad att ge en översiktlig presentation av hur man ser på konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt där.

För det svenska rättsläget utgår framställningen främst ifrån förarbetena till olika immaterialrättsliga lagar och konkurrenslagen.

1.4 Disposition

Framställningen inleds med att presentera konflikten inom EG-rätten. Först ges en beskrivning av konkurrensrättens ställning generellt inom EG-rätten och även mer specifikt i förhållande till immaterialrätten. Därefter konkretiseras hur konflikten lösts i EG-rätten i tre situationer då frågan om konkurrensrättens eventuella företräde framför immaterialrätten aktualiserats. Det gäller synen på territoriella restriktioner i licensavtal, dominerande företags vägran att licensiera och dominerande företags ensidiga åtgärder för att hindra parallellimport.

Vad gäller territoriella restriktioner i licensavtal kommer analysen att koncentreras kring EG-domstolens (härefter "Domstolen") utslag i *Javico*-målet⁸ och innebörden av att återexportförbud i vissa fall kan vara ogiltiga därför att de står i strid med fördragets konkurrensregler. Det centrala i detta avsnitt är att undersöka ifall domstolens genom utslaget tagit ställning för att konkurrensrätten har företräde framför immaterialrätten i vissa fall.

För frågan om licensvägran av dominerande företag kommer diskussionen att utgå ifrån målet *RTE & ITP mot kommissionen*.⁹ Frågan som skall utredas är återigen om det inom EG-rätten finns stöd för att anta att immaterialrätten är underordnad konkurrensrätten så att den senare kan ha en korrigerande effekt på utövandet av rättigheter fastslagna av immaterialrätten.

Attityden till ensidiga åtgärder för att hindra parallellimport behandlas utifrån Förstainstansrättens dom i målet *Micro Leader Business mot kommissionen*¹⁰ från 1999.

Presentationen av den EG-rättsliga lösningen på konflikten följs av ett avsnitt som behandlar rättsläget i USA. Därefter behandlas förhållandet mellan den svenska konkurrensrätten och immaterialrätten och hur synen på konflikten är inom vår nationella rätt.

Sedan rättsläget inom EU, USA och Sverige behandlats följer en presentation av olika teorier om lösningar på konflikten. Jag beskriver tre författares alternativa åsikter om detta.

Uppsatsen avslutas med en sammanfattning av vad som framkommit för uppsatsens problemställning, nämligen huruvida immaterialrätten fått stå tillbaka för EG:s konkurrensrätt i vissa situationer. Vidare görs en sammanfattning av olika alternativa lösningar som beskrivits i uppsatsen utifrån EG-rätt, amerikansk och svensk rätt och de olika författarnas teorier.

⁸ Mål C-306/96, *Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (Javico)*, 28 april 1998, [1998] ECR I-1983.

⁹ Förenade målen C-241 och 242/91 P, *Radio Telefís Eireann & Independent Television Publication Ltd. mot kommissionen (RTE & ITP mot kommissionen)*, 6 april 1995, [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718.

¹⁰ Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot Kommissionen*, 16 december 1999, [1999] ECR II-3989.

2 Konkurrensrättens ställning inom EG-rätten

2.1 Konkurrensrätten i förhållande till andra regler

Konkurrensreglerna är centrala i Fördraget. Enligt dess artikel 2 är en hög grad av konkurrenskraft ett grundläggande mål för Gemenskapen och enligt artikel 3 g skall detta mål genomföras bland annat genom skapandet av ett system som ser till att konkurrensen i den inre marknaden inte snedvrids. Detta system består främst av artiklarna 81 och 82 som formulerar konkreta regler för att uppnå principerna.¹¹

Att konkurrensrätten har en framträdande roll i EG-rätten är alltså tydligt med tanke på dess placering bland principerna i Fördraget. Det är dock inte klart att denna placering har någon verklig juridisk betydelse. Domstolen har emellertid tillmätt den betydelse för att rättfärdiga tolkningsföreträde för sig själv i fall där klara svar saknats i lagstiftningen. Även Kommissionen har i sina beslut antytt att den anser att konkurrensrätten, i likhet med reglerna om varors fria rörlighet, är en grundläggande rättsprincip.¹²

I *Eco Swiss* målet¹³ slog Domstolen fast att artikel 81 skall behandlas som en av grunderna för medlemsstaternas rättsordningar. Fallet behandlade en fråga om huruvida en skiljedom var ogiltig. Enligt den aktuella nationella rätten skulle skiljedomen vara ogiltig om den stred mot grunderna för rättsordningen. Domstolen uttalade att om domen stred mot artikel 81 så stred den mot grunderna för rättsordningen och skulle därför ogiltigförklaras om sådan motsättning utgjorde grund för ogiltighet enligt nationell rätt.¹⁴

I rättsfallet *Costa mot E.N.E.L.*¹⁵ slogs det generellt fast att EG-rätten har företräde framför nationell rätt. Enligt Domstolen utgör gemenskapsrätten en särskild rättsordning som genom medlemsstaternas tillträdesakter till fördraget blivit en integrerad del av deras rättsordningar och vars regler deras domstolar är skyldiga att tillämpa. Medlemsstaterna har genom tillträdet inskränkt sina suveräna rättigheter på vissa områden och det gör det omöjligt för staterna att ge sina ensidiga lagstiftningsåtgärder företräde

¹¹ Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights The Regulation of Innovation*, New York, 1998, s. 8.

¹² Lidgard, Hans Henrik, *Competition Classics Material & cases on European Competition Law and Practises*, Lund, 2000, s.17 f.

¹³ Mål C-126/97, *Eco Swiss mot Benetton*, 1 juni 1999, [1999] ECR 3055.

¹⁴ Gustafson, Åsa och Hoet, Lorelien, *Eco Swiss-målet: några kommentarer*, i ny JURIDIK 4:99, Stockholm 1999, s. 84 -101, s. 84.

¹⁵ Mål 6/64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L. (Costa mot E.N.E.L.)*, [1964] ECR 585.

framför de gemensamt stiftade lagarna. Enligt domskälen i *Costa mot E.N.E.L.* har all EG-rätt, oavsett form, företräde framför all nationell rätt.¹⁶ Detta har dock bestridits vad gäller grundläggande rättigheter i nationell rätt och Domstolen har tagit hänsyn till sådana rättigheter genom att slå fast att de utgör en integrerad del av gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper. Domstolen hämtar i sådana fall ledning i nationell rätt men den har vidhållit att det är gemenskapsrätten som gäller och att den nationella rätten enbart fungerar som inspirationskälla.¹⁷

2.2 Förhållandet mellan immaterialrätt och konkurrensrätt enligt Fördraget och Domstolens praxis

Artiklarna 81 och 82 utgör de främsta medlen i ett system som syftar till att förhindra att konkurrensen på den inre marknaden snedvrids. Artikel 81 är tillämplig på "... alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden [...] som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden, ..."18. Inom detta tillämpningsområde faller även avtal med immaterialrätter som grund, till exempel licensavtal. Artikel 82 förbjuder missbruk av dominerande marknadsställning och däri regleras ensidigt handlande av företag. Sådant handlande kan som vi skall se gälla olika former av utövande av immaterialrätter.¹⁹

Domstolen har också fastslagit i flera fall att utövandet av immaterialrätter inte får strida mot vare sig konkurrensreglerna eller reglerna om varors fria rörlighet. Det finns ingen regel i fördraget som uttryckligen avgör hur långt man får gå vid utövandet av immaterialrätter innan konkurrensreglerna träder in. Däremot har Domstolen uttalat att Fördragets regler inte kommer att sätta hinder i vägen för ett "normalt utövande" av immaterialrätter. Detta har sagts i fall som *Parke Davis*²⁰ och *Deutsche Grammophon*^{21 22}.

Redan i *Consten Grundig*-fallet²³ slogs det fast att utövandet av en immaterialrätt inte kan rättfärdiga brott mot konkurrensreglerna. Däremot betonades att Fördragets regler inte inverkar på beviljandet av

¹⁶ Pålsson, Sten och Quitzow, Carl Michael, *EG-RÄTTEN Ny rättskälla i Sverige*, Stockholm, 1993, s. 132 ff.

¹⁷ Pålsson och Quitzow, 1993, s. 123.

¹⁸ Artikel 81.1 i EG-fördraget.

¹⁹ Anderman, 1998, s. 8.

²⁰ Mål 24/67, *Parke, Davis & Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm (Parke Davis)*, [1968] ECR 55, [1968] CMLR 47.

²¹ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon mot Metro*, 8 juni 1971, [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631.

²² Anderman, 1998, s. 8 f.

²³ Förenade målen 56/64 och 58/64, *Établissement Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen (Consten Grundig)*, 13 juli 1966, [1966] ECR 429, [1966] CMLR 418.

immaterialrätter i medlemsstaterna. Skulle en immaterialrätt vara knuten till ett avtal som strider mot artikel 81, kan Kommissionen dock förbjuda agerandet.²⁴ Enligt Fördragets artikel 30 hindras inte förekomsten av nationella immaterialrättsliga skydd av reglerna om varors fria rörlighet och artikel 295 säger att Fördraget inte skall påverka medlemsstaternas egendomsordning. Dessa klausuler åberopades i *Consten Grundig*-fallet men Domstolen slog fast att artiklarna inte utesluter EG-rättslig påverkan på utövandet av nationell immaterialrätt. Artikel 30 kan enligt Domstolen inte begränsa tillämpligheten av artikel 81.²⁵

I *Parke Davis*-fallet klargjordes att Domstolen skiljer mellan beviljandet av immaterialrätter och utövandet av desamma. Domstolen uttalade att existensen av medlemsstaternas rätt att bevilja immaterialrätter inte påverkas av förbuden i artiklarna 81 och 82 och inte heller utövandet av sådana rättigheter i sig. Det krävs mer än enbart normalt utövande av immaterialrätter för att stoppas av Fördragets konkurrensregler. Uppdelningen i immaterialrätters existens respektive utövande har återkommit i senare praxis. Med existens menas grunderna för beviljandet av en immaterialrätt och inte hur rätten utövas. I några fall har det dock hävdats att immaterialrättsens existens även innefattar dess grundläggande funktion och specifika innehåll men detta påstående är inte oomtvistat.²⁶

I *Deutsche Grammophon*²⁷ uttalade Domstolen att en innehavare av en immaterialrätt inte anses befinna sig i en dominerande ställning enbart därför att han utövar sin exklusiva rätt att marknadsföra den skyddade produkten.²⁸

Hur förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt yttrat sig i senare praxis kommer jag att gå in på i det följande då jag skall titta närmare på några konkreta situationer då konflikt mellan regelverken uppstått och hur den då har lösts i Domstolen.

²⁴ Anderman, 1998, s. 10.

²⁵ Govaere, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London 1996, s. 62 f.

²⁶ Anderman, 1998, s. 10 ff.

²⁷ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*.

²⁸ Anderman, 1998, s. 12.

3 Artikel 81 och immaterialrätten

3.1 Generellt om immaterialrättslicenser och konkurrensregler i EU

Vid en ytlig överblick kan det tyckas att det för utomstående parter inte är stor skillnad mellan att innehavaren av en immaterialrätt behåller exklusiviteten för sig själv med all ensamrätt intakt och att rätten licensieras med restriktioner för till exempel territorium eller användningsområde. Den ensamrätt och exklusivitet som följer av den i lag instiftade immaterialrätten delas genom licensavtalet endast upp så att två får nytta av den istället för en.²⁹

Detta synsätt visar emellertid inte hela sanningen eftersom just uppdelandet av exklusiviteten lätt kan användas för att möjliggöra otillåtet samarbete mellan parter som annars hade varit konkurrenter. Det är också sådant samarbete som artikel 81 i Fördraget syftar till att förhindra. Det är därför en betydelsefull uppgift för konkurrensmyndigheter att dra gränsen mellan äkta licensavtal och sådana som används i konkurrensbegränsande syfte.³⁰

För att avgöra denna fråga ser man inom de flesta konkurrensrättsliga system till ifall avtalet slutits mellan parter på olika nivåer av ekonomin och på olika marknader. Sådana vertikala avtal anses utgöra ett mindre hot mot konkurrensen än så kallade horisontella avtal där parterna är eller kunde ha varit konkurrenter på en marknad. Man kan dock inte genom denna uppdelning dra några säkra slutsatser angående risken med ett licensavtal. Horisontella avtal kan vara positiva för konkurrensen och sakna snedvridande inslag. Parterna i vertikala avtal kan vara potentiella konkurrenter trots att det inte verkar så och dessutom kan vertikala avtal hjälpa till att stärka horisontellt samarbete mellan parter på samma nivå. Uppdelningen är ändå till hjälp eftersom det vid horisontella avtal ofta är större risk för konkurrensbegränsning. Vertikala avtal får oftast konkurrensbegränsande effekt endast då speciella marknadsvillkor föreligger. Sådana villkor är förekomsten av en hög koncentrationsnivå på licensgivarens marknad, att en stor del av licensavtalen innehåller samma begränsningar och att det finns hinder mot marknadstillträde. Vidare finns det vissa avtalsvillkor som ökar sannolikheten för att ett vertikalt licensavtal skall få negativ effekt på konkurrensen. Förekomsten av dessa situationer och villkor utgör endast indikatorer på att sådan negativ effekt kan uppstå och sedan måste i det enskilda fallet en bedömning av effekten göras. Till

²⁹ Anderman, 1998, s. 27.

³⁰ Anderman, 1998, s. 27 f.

skillnad från det amerikanska systemet där man som vi skall se främst tar hänsyn till ekonomiska faktorer beaktar man inom EG-rätten även målet med integration av de enskilda medlemsstaterna till en gemensam marknad. EG-rättens konkurrenssystem är också mer formbundet än det amerikanska.³¹

3.2 Strukturen i artikel 81

Domstolen har som det sägs ovan i kapitel 2 i ett flertal fall konstaterat att ett licensavtal inte i sig utgör någon konkurrensbegränsning. Däremot kan det strida mot artikel 81.1 om det är ett medel eller mål för eller ger effekt till ett handlande vars effekt eller syfte är att begränsa konkurrensen.³²

Artikel 81 har ett brett tillämpningsområde och är konstruerad så att även om ett förfarande strider mot 81.1 kan kommissionen besluta att det undantags från artikelns förbud om det "... bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås..."³³.

Denna konstruktion med möjlighet till undantag i 81.3 innebär att relativt stor valfrihet lämnats åt kommissionen vid undantagsprocessen så att det först då avgörs fullt ut vilka avtal som inte kan accepteras på grund av deras konkurrensbegränsande effekter. De grundläggande kraven i 81.1 måste dock vara uppfyllda för att regeln alls skall vara tillämplig.³⁴ De två första rekvisiten är att det måste föreligga ett avtal eller någon form av överenskommelse mellan två företag och att detta avtal måste ha effekt på handeln mellan medlemsstaterna. Jag kommer inte att närmare gå in på dessa rekvisit utan istället titta närmare på det tredje. För att artikeln skall kunna påverka förekomsten av ett licensavtal krävs det att avtalet har som syfte eller effekt att begränsa konkurrensen.³⁵

Ett avtals konkurrensbegränsande effekt har av Domstolen och Kommissionen vanligtvis avgjorts genom ett tvåstegstest. Först frågar man sig om avtalet har som syfte eller effekt att begränsa parternas kommersiella handlingsfrihet. Är svaret ja, måste det sedan avgöras om syftet eller effekten är märkbar.³⁶

³¹ Anderman, 1998, s. 28 ff.

³² Anderman, 1998, s. 35.

³³ Artikel 81.3 i EG-fördraget.

³⁴ Anderman, 1998, s. 40.

³⁵ Artikel 81.1 i EG-fördraget.

³⁶ Anderman, 1998, s. 48.

3.3 Territoriell exklusivitet i licensavtal

3.3.1 Immaterialrätten om territoriell exklusivitet

En licens är enligt kontinentaleuropeiska immaterialrättsregler en i tid begränsad upplåtelse av det nationella skydd som rättighetsinnehavaren besitter på grund av de immaterialrättsliga reglerna. Detta skydd som innehavaren av en immaterialrätt har gäller för det land där det har beviljats. Rättighetsinnehavaren kan söka och erhålla skydd i flera olika länder men varje lands skydd är oberoende och separat från de övrigas. För till exempel en patenterad produkt gäller i så fall flera olika patent, ett i varje land där sådant söks och beviljats. När en avtalspart genom en licens får rätt att agera under ett patent så gäller den rätten ur immaterialrättens utgångspunkt bara det territorium där just det skyddet beviljats. De övriga patenten gäller fortfarande obegränsat i de andra länderna och ger innehavaren rätt att hindra att hans rätt kränks, även om det är någon som fått licens i ett annat land som utför den kränkande handlingen.³⁷

3.3.2 1962 års julbudskap

Före *Consten Grundig*³⁸ ansåg Kommissionen att exklusiva licensavtal inte var konkurrensbegränsande så länge avtalet höll sig innanför den aktuella immaterialrättens område. Det vill säga att den ensamrätt som licensgivaren åtnjöt enligt immaterialrätten fick han dela med andra utan att det ansågs begränsa konkurrensen.³⁹

EG-rätten var som vi kommer få se influerad av det amerikanska synsättet som rådde vid den här tiden. Enligt denna inställning gav immaterialrätten en sorts immunitet mot tillämpning av konkurrensreglernas förbud. Så länge avtalet inte gav skydd som gick längre än det som immaterialrättens regler gav, var avtalet tillåtet även enligt konkurrensreglerna.⁴⁰ Denna uppfattning visade kommissionen bland annat i 1962 års tillkännagivande om patentlicensavtal ("julbudskapet")^{41, 42}.

Exklusiva licenser för särskilda områden där licensgivaren förband sig både att inte ge licens till någon annan och att inte själv tillverka eller sälja den aktuella produkten, stred enligt julbudskapet inte mot artikel 81.1. Sådana avtalsklausuler ansåg kommissionen bara innebära att rättighetsinnehavaren delade med sig av den exklusiva rätt som följde av immaterialrätten. Ett skäl

³⁷ Lidgard, 1997, s. 105.

³⁸ Kommissionens beslut 1964/566/EEG, *Grundig-Consten*, den 23 september 1964, JO 161/2545. Förenade målen 56/64 och 58/64, *Consten Grundig*.

³⁹ Anderman, 1998, s. 52 f.

⁴⁰ Se nedan under 5.1.

⁴¹ Kommissionens officiella tillkännagivande om patentlicensavtal, EGT 1962 nr 139/2922 av den 24 december 1962.

⁴² Anderman, 1998, s. 52 f.

som kommissionen uppgav till detta var att det inte ansågs troligt att sådana avtal skulle påverka handeln mellan medlemsstaterna vid den tidpunkten.⁴³ Inställningen inom EG-rätten var vid denna tid att även om exklusiva licensavtal hade konkurrensbegränsande effekter så gick den nationella immaterialrättslagstiftningen före konkurrensreglerna.⁴⁴

3.3.3 Consten Grundig mot kommissionen

Denna tillåtande attityd till exklusiva licenser och immaterialrätter över huvud taget förändrades dock i samband med *Consten Grundig*-fallet.⁴⁵ *Consten Grundig* gällde ett exklusivt distributionsavtal vars territoriella skydd stärktes med en varumärkeslicens. Målet hade effekt på licensavtal generellt eftersom det slog fast att vertikala avtal kan strida mot artikel 81.1. Dessutom sade Domstolen att nationella varumärkesregler inte, som tidigare hade varit kommissionens uppfattning, gick före EG-rättens konkurrensregler.⁴⁶ Det var dock inte den exklusiva varumärkeslicensen som i sig ansågs strida mot konkurrensreglerna utan att användandet av den kunde bidra till att stoppa parallellimport.⁴⁷

Allt fler licensavtal måste nu enligt kommissionen anmälas för eventuellt undantag enligt artikel 81.3 och ansågs alltså inte undgå förbudet i artikel 81.1. Detta gällde bland annat exklusiva licensavtal.⁴⁸ I flera kommissionsbeslut från 1970-talet fanns sådana avtal i sig strida mot artikel 81.1 eftersom licensgivaren då förband sig att inte avtala om fler licenser och därmed möjliggöra att tekniken kunde bli tillgänglig för andra licenstagare.⁴⁹

Det är inte klart vad kommissionens anledning till den nya attityden var. Det kan ha berott på att den inte längre ansåg att geografiskt exklusiva licenser föll inom immaterialrättens kärnområde.⁵⁰ Kommissionen liksom Domstolen drog en gräns mellan bestämmelser som täcktes av immaterialrättens existens och sådana som istället var utövande. Utövande av immaterialrätt kunde vara förbjudet om det stred mot konkurrensreglerna.⁵¹ I *Consten Grundig* byggde emellertid Domstolens avgörande främst på att EG-rätt går före nationell rätt. Därför skulle de gemensamma konkurrensreglerna gå före de nationella immaterialrättsliga reglerna.⁵²

⁴³ Anderman, 1998, s. 53 f.

⁴⁴ Lidgard, 1997, s. 48.

⁴⁵ Förenade målen 56/64 och 58/64, *Consten Grundig*.

⁴⁶ Lidgard, 1997, s. 49.

⁴⁷ Anderman, 1998, s. 63.

⁴⁸ Anderman, 1998, s. 58.

⁴⁹ Lidgard, 1997, s. 56.

⁵⁰ Anderman, 1998, s. 60.

⁵¹ Govaere, 1996 s. 62 f.

⁵² Lidgard, 1997, s. 50.

3.3.4 Nungesser mot kommissionen

Kommissionens stränga inställning till licensavtal både vad gällde exklusivitet och andra klausuler höll i sig fram till Domstolens dom i *Nungesser*⁵³. Här bekräftade Domstolen sin uppfattning ifrån *Consten Grundig* att exklusiva licensavtal inte automatiskt bryter mot artikel 81.1. Återigen vände sig Domstolen däremot mot avtal som söker åstadkomma absolut områdesskydd.⁵⁴ Domstolen gjorde en uppdelning i öppna och slutna exklusiva licensavtal. Öppna avtal är inte konkurrensbegränsande eftersom de enbart gäller mellan avtalsparterna. Licensgivaren åtar sig att inte bevilja fler licenser i området och att inte själv konkurrera med licenstagaren där. De begränsar rätten för licenstagaren att direkt sälja produkten utanför det avtalade området. Slutna avtal strävar däremot till att hindra konkurrensen från parter utanför avtalet genom att sätta upp hinder mot parallellimport.⁵⁵ Licenstagaren åtar sig i sådana avtal att förhindra att produkten sedan den satts på marknaden exporteras till ett annat område än det avtalade och säljs där.⁵⁶

Domstolens syfte med *Nungesser* var inte att dra en gräns mellan konkurrensrätt och immaterialrätt. Istället gjorde den en avvägning mellan behovet av incitament för integration av tillverkningsprocesser och vikten av att skydda mellanstatlig handel. Distinktionen mellan existens och utövande av en immaterialrätt nämndes inte och inte heller frågan om innehållet och utrymmet för det immaterialrättsliga skyddet. Utgången grundades på de speciella omständigheterna som förelåg med ny teknologi och stort behov av skydd för att det skulle vara möjligt att sprida den.⁵⁷ Därför tolkades målet strikt av kommissionen.⁵⁸

3.4 Konsumtion av det immaterialrättsliga skyddet

Nungesser innebar inte någon egentlig förändring av Domstolens ställningstagande till konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt. Öppna exklusiva licensavtal strider inte mot artikel 81.1 av den anledningen att de inte är konkurrensbegränsande. Slutna sådana avtal är däremot konkurrensbegränsande och strider mot artikeln men eftersom de sträcker sig utanför förhållandet mellan parterna syftar de till att konstruera ett starkare territoriellt skydd än vad som kan fås av enbart immaterialrätten. När *Nungesser* kom hade Domstolen nämligen redan slagit fast att immaterialrätter inte kan användas för att hindra att en vara rör sig fritt

⁵³ Mål 258/78, *Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen*, 8 juni 1982, [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278.

⁵⁴ Lidgard, 1997, s. 60.

⁵⁵ Anderman, 1998, s. 64 f.

⁵⁶ Anderman, 1998, s. 97.

⁵⁷ Anderman, 1998, s. 67.

⁵⁸ Anderman, 1998, s. 92.

mellan medlemsstaterna sedan den satts på marknaden med rättighetsinnehavarens samtycke. Immaterialrätten är då konsumerad och ett sådant hinder skulle strida mot reglerna om varors fria rörlighet.⁵⁹ Senare har Domstolen klargjort att immaterialrätten inte konsumeras förrän den skyddade produkten satts på marknaden i EES med rättighetsinnehavarens samtycke.⁶⁰

Denna inställning stämmer överens med den konkurrensrättsliga attityden till skapande av absolut områdesskydd inom EU i licensavtal. Det var ju sådana absoluta områdesskydd som Domstolen klart förbjöd i både *Consten Grundig* och *Nungesser*.

3.5 Exportförbud

Exportförbud kan definieras som en skyldighet i ett distributionsavtal att inte sälja utanför det territorium som avtalats eller att inte sälja till territorier som tilldelats någon annan av producenten eller där producenten själv verkar. Förbudet kan gälla enbart aktiv försäljning så att åtagandet endast gäller avtalsparternas egen försäljning men det kan även syfta till att begränsa tredje mans möjlighet att sälja vidare en vara i ett annat territorium. Sådan försäljning kan begränsas genom att distributören lovar att inte sälja till någon misstänkt parallellimportör eller genom att han blir skyldig att skriva in ett exportförbud i avtalet med sina köpare.⁶¹

Genom domen i *Nungesser* blev det i viss mån fastslaget att en ömsesidig exklusivitet där parterna lovar att inte aktivt sälja i varandras territorier accepteras såsom inte i sig stridande mot artikel 81.1. Det som däremot var förbjudet var att avtalet satte upp hinder för att en produkt sedan den satts på marknaden i ett land, och immaterialrätten konsumerats, fördes till ett annat land. Det var inte tillåtet att avtalet medförde en skyldighet för licensgivaren och alla licenstagare att hindra att utomstående exporterade de aktuella fröna till licenstagarnas respektive områden. Då uppstod nämligen ett absolut områdesskydd och detta stred mot artikel 81.1.⁶²

3.5.1 Javico mot YSLP

Avtal som skapar absoluta områdesskydd inom gemenskapen är förbjudna i sig eftersom redan det objektiva syftet anses begränsa konkurrensen.⁶³ I

⁵⁹ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*, punkt [13].

⁶⁰ Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (Silhouette)*, [1998] ECR I-4799, [1998] 2 CMLR 953.

⁶¹ Lidgard, Hans Henrik, *Konkurrensrätt och parallellimport – Exportförbudsklausuler*, i ERT 2000:2 s. 103-122 (Lidgard 2000 II), s. 104.

⁶² Lidgard, 1997, s. 112 ff.

⁶³ Lidgard, 2000 II, s. 106 f.

Javico-målet⁶⁴ slog Domstolen fast att dessa klausuler även kan vara förbjudna i avtal som gäller export till länder utanför EU.

YSLP hade ingått distributionsavtal med *Javico* som innehöll åtagande för *Javico* att endast sälja produkterna i de avtalade territorierna och att endast sälja till återförsäljare i dessa territorier.⁶⁵ När produkter sålda till *Javico* ändå dök upp i EU sade YSLP upp kontrakten och *Javico* fälldes för kontraktsbrott i en fransk domstol.⁶⁶ *Javico* överklagade domen och hävdade att klausulerna stred mot Fördragets artikel 81.1 och därför var ogiltiga enligt artikel 81.2.⁶⁷ Den franska besvärsinstansen begärde då förhandsavgörande från Domstolen enligt Fördragets artikel 234 där den frågade bland annat om avtal som förbjuder återförsäljare att sälja utanför det avtalade området, vare sig det sker genom direkt försäljning eller genom återexport, strider mot artikel 81.1.⁶⁸

Domstolen sade att klausuler som skapar ett absolut områdesskydd utanför EU inte är i sig förbjudna därför att deras syfte inte är att begränsa konkurrensen på den gemensamma marknaden.⁶⁹ De kan emellertid strida mot artikel 81.1 om de får sådan effekt.⁷⁰ Domstolen räknade sedan upp tre omständigheter som kunde innebära att exportförbudsklausuler utanför EU fick konkurrensbegränsande effekt och därför stred mot artikel 81.1. Dessa omständigheter angavs vara en oligopolistisk marknad för den relevanta produkten, betydande skillnader i de pris som tas ut utanför respektive inom Gemenskapen och att avtalet i ljuset av tillverkarens ställning på marknaden riskerar att påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁷¹ Det kan därför verka som om det endast under relativt speciella omständigheter kommer att vara förbjudet med återexportklausuler i avtal avsedda för handel utanför EU. Det har emellertid hävdats att i varje fall kravet på prisskillnader inte är särskilt relevant eftersom det inte skulle bli aktuellt med parallellimport alls om inte priserna skiljer sig åt ganska mycket. Det är även oklart i vilken mån avsaknad av de övriga kraven verkligen skulle kunna motivera exportförbud om det i ett konkret fall förelåg stora prisskillnader men inte de övriga förutsättningarna.⁷²

Javico behandlade återexportförbud i ett distributionsavtal och gällde inte vid första anblicken någon licens av immaterialrätter. Det sades inte något om det tillåtna eller otillåtna i att förbjuda återexport i förhållande till immaterialrättsliga regler. YSLP åberopade inte sin varumärkesrätt mot parallellimportörerna för att hindra försäljningen av sina produkter i

⁶⁴ Mål C-306/96, *Javico*.

⁶⁵ Mål C-306/96, *Javico*, pp. [5-6].

⁶⁶ Mål C-306/96, *Javico*, p. [7].

⁶⁷ Mål C-306/96, *Javico*, p. [8].

⁶⁸ Mål C-306/96, *Javico*, p. [9].

⁶⁹ Mål C-306/96, *Javico*, pp. [20-21].

⁷⁰ Mål C-306/96, *Javico*, p. [22].

⁷¹ Mål C-306/96, *Javico*, premisserna [23-26].

⁷² Lidgard, 2000 II, s. 115.

skyddade territorier utan enbart det avtalade återexportförbudet i förhållande till *Javico*. Därför uppstod inte någon klar konflikt mellan konkurrensregler och immaterialrättsregler men däremot en underförstådd sådan. Inskrivandet av en exportförbudsklausul i distributionsavtalet utgjorde ett utövande av rätten att vara först med att sätta en immaterialrättsligt skyddad produkt på marknaden i EES. I *Silhouette-fallet*⁷³ som kom efter *Javico* konstaterades att varumärkesrätten inte konsumeras för varor som satts på marknaden utanför EES.

Dessutom innebär utgången att det blir relevant att fråga sig om YSLP skulle ha fått återropa sin immaterialrätt för att stoppa parallellimporten trots att en avtalsklausul med samma innebörd kunde vara ogiltig därför att den kunde strida mot artikel 81.1.

Man vet inte vad utgången hade blivit ifall YSLP förutom exportförbudet hade återropat sin immaterialrätt. En möjlighet är att parallellimporten hade kunnat stoppas trots att exportklausulen var ogiltig. En annan är att parallellimporten hade varit tillåten och att YSLP inte hade fått använda sitt varumärkesskydd för att hindra den därför att ett sådant användande skulle ha stridit mot artikel 81.1.

Domstolens praxis från *Consten Grundig*⁷⁴ talar i viss mån för att den senare lösningen skulle ha valts. I *Consten Grundig* sade ju Domstolen att konkurrensrätten skulle ha företräde framför den nationella immaterialrätten och att det inte var tillåtet att använda immaterialrättens regler för att skapa ett absolut områdesskydd.⁷⁵

Förhållandena i *Javico* skiljer sig dock från dem i *Consten* på ett par punkter. För det första gällde konflikten i *Consten* nationell immaterialrätt och gemensam konkurrensrätt. Idag finns det ett varumärkesdirektiv⁷⁶ som enligt Domstolens senare dom i *Silhouette* alltså funnits ge skydd för varumärkesrätten inom EES även efter att en skyddad vara satts på marknaden utanför detta område. Varumärkesrätten är därmed harmoniserad och det är inte längre nationella regler som står mot gemenskapsrättens konkurrensregler.⁷⁷ Dessutom gällde *Consten* skapandet av ett absolut områdesskydd inom gemenskapen med hjälp av det immaterialrättsliga skyddet. Efter *Consten* har Domstolen som det sägs ovan fastslagit att sådan uppdelning av den gemensamma marknaden med hjälp av immaterialrättens regler strider mot reglerna för varors fria rörlighet och därför konsumeras immaterialrätten regionalt när en vara satts på marknaden med rättighetsinnehavarens samtycke. *Javico* gällde däremot en uppdelning av marknaden utanför EES.

⁷³ C-335/96, *Silhouette*.

⁷⁴ Förenade målen 56/64 och 58/64, *Consten Grundig*.

⁷⁵ Lidgard, 2000 II, s. 118.

⁷⁶ Rådets Direktiv 89/104/EEC av den 21 december 1988 om inbördes tillnärmande av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning, EGT 1989 L 40, s.1.

⁷⁷ Lidgard, 2000 II, s. 118.

3.6 Slutsatser för artikel 81

Domstolen skiljer mellan existensen eller essensen i immaterialrätten och utövandet av densamma. För att klausuler i licensavtal skall påverkas av konkurrensreglerna skall de inte vara en del av immaterialrättens essens. Därmed verkar det som om Domstolen i alla fall har som utgångspunkt att det finns en kärna av immaterialrätten och så länge ett licensavtal håller sig inom den kärnan kommer det inte att förbjudas av konkurrensreglerna. Domstolens definition av vad som tillhör essensen i immaterialrätten har emellertid varierat betydligt genom åren och det går inte att säkert säga vad i immaterialrätten som tillhör kärnan och därför inte kan påverkas av konkurrensreglerna.⁷⁸

Rätten att vara först med att sätta en vara på marknaden är som vi har sett en grundläggande del av det immaterialrättsliga skyddet. Genom reglerna för varors fria rörlighet har Domstolen dock slagit fast en regional konsumtionsprincip som innebär att immaterialrätten konsumeras för en skyddad produkt sedan den satts på marknaden inom EES med rättighetsinnehavarens samtycke. Det är alltså fortfarande tillåtet enligt konsumtionsreglerna att återöppna sitt immaterialrättsliga skydd för att hindra parallellimport från länder utanför EES trots att varan satts på marknaden i ett sådant land med samtycke. Då finns nämligen skyddet kvar och enligt skyddet har man rätt att själv vara först med att sätta varan på marknaden.

I *Javico* har emellertid Domstolen slagit fast att det kan strida mot konkurrensreglerna i artikel 81 att skriva in exportförbud i avtal med länder utanför EES. Trots att immaterialrätten i en sådan situation inte har konsumerats kan det alltså vara otillåtet att utöva rätten genom att skriva in exportförbudet i avtalet. Enligt Domstolen skulle sådana exportförbud vara förbjudna endast under vissa omständigheter. Även om det fortsättningsvis kommer att krävas särskilda omständigheter för att exportförbud utanför EU skall strida mot artikel 81, så finns det situationer där utövandet av den grundläggande rätten att vara först med att marknadsföra en skyddad produkt i territorier där det immaterialrättsliga skyddet finns kvar genom att skriva in exportförbudsklausuler i avtalet, är förbjudet.

⁷⁸ Govaere, 1996, s. 114.

4 Artikel 82 och immaterialrätten

4.1 Generellt om artikel 82

För att ett företags agerande skall falla under reglerna i Fördragets artikel 82 måste det inneha en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del därav. Vidare skall företaget missbruka denna dominerande ställning på ett sätt som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁷⁹ Bedömningen av ett företags agerande under artikeln består alltså av tre huvudsakliga delmoment. Det första är att konstatera ifall företags marknadsställning är dominerande. Är den det blir nästa fråga ifall företaget agerat på ett sätt som inneburit att det missbrukat denna dominerande ställning. Det tredje momentet sedan de två första frågorna besvarats jakande är att avgöra ifall missbruket kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁸⁰ I det följande kommer de två första momenten att behandlas utifrån hur innehavet av en immaterialrätt påverkar bedömningen.

4.1.1 Marknadsställning

4.1.1.1 Relevant marknad

Innan företags marknadsställning kan bedömas måste den relevanta marknaden definieras, såväl produktmässigt som geografiskt. För att avgöra vilken den relevanta produktmarknaden är utgår man ifrån en produkt. Ofta finns det emellertid substitut som kan ersätta den produkten så att marknaden ändå inte blir en enproduktsmarknad.⁸¹

I kommissionens praxis har förekomsten av en immaterialrätt kunnat medföra att den relevanta produkten definieras smalt så att endast den produkt som är skyddad av immaterialrätten omfattas. Detta innebär ofta att mycket få substitut kan finnas och att marknaden lätt blir en enproduktsmarknad. I vissa fall kan en snäv definition av produkten innebära att förekomsten av substitut helt utesluts och företaget därför anses vara så dominerande att det innehar ett *de facto* monopol. Det är alltså viktigt att se om immaterialrätten kan medföra att produkten definieras så smalt så att den relevanta marknaden anses bestå av en produkt, nämligen den skyddade. Sådan effekt får immaterialrätten om produktens form är viktig för funktionen så att bara den skyddade produkten kan utföra

⁷⁹ Artikel 82 i EG-fördraget.

⁸⁰ Lidgard, 2000, s. 322.

⁸¹ Anderman, 1998, s. 151.

funktionen. Kommissionen definierar ofta produkten smalt när den utgör en nödvändig resurs som andra är beroende av i angränsande marknader.⁸²

En liknande utveckling har skett för definitionen av relevant geografisk marknad. Då immaterialrätter är inblandade begränsas det geografiska området ofta till det skyddade territoriet och det görs inte någon bedömning av möjligheten till konkurrens från andra som kan tränga in på marknaden trots att de befinner sig utanför. Kommissionen tar alltså inte mycket hänsyn till utbytbart vid definitionen av den geografiska marknaden.⁸³

4.1.1.2 Fastställandet av dominerande ställning

Domstolen har flera gånger betonat att innehavet av en exklusiv immaterialrätt inte i sig medför att ett företag intar en dominerande ställning. Ställningen avgörs av storleken på efterfrågan från konsumenter för produkten och av att det saknas verkliga alternativ från konkurrenter. Däremot utesluter inte faktumet att den dominerande ställningen orsakas eller till och med uppmuntras av nationell immaterialrättslagstiftning att artikel 82 kan vara tillämplig.⁸⁴

Tekniskt försprång kan vara en indikation på dominans hos ett företag. Det har framförts argument mot detta eftersom det kan anses minska incitamenten för att företag skall satsa på forskning och utveckling men Domstolen och kommissionen besvarar kritiken med att dominansen i sig inte är förbjuden. Det krävs ju att ställningen missbrukas. Eftersom dominerande företag har ett speciellt ansvar är det dock av stor betydelse hur ett företags marknadsställning avgörs. I vissa fall har innehavet av immaterialrättsligt skydd ansetts stärka ett företags dominans och det gäller speciellt när produktmarknaden definieras smalt.⁸⁵

4.1.2 Missbruk

Konstateras det att innehavaren av en immaterialrätt innehar en dominerande ställning innebär det att företaget har ett speciellt ansvar att inte låta sitt handlande snedvrída eller begränsa konkurrensen på den gemensamma marknaden. När graden av dominans är högre krävs det mindre för att ett agerande skall utgöra missbruk. Vid en första anblick verkar de exempel på missbruk som räknas upp i artikel 82 främst gälla skydd för det dominerande företags kunder och konsumenter. Exempelen som räknas upp gäller oskäligen priser och avtalsvillkor, begränsning av produktion, marknader och teknisk utveckling, diskriminerande behandling av vissa avtalsparter och kopplingsförbehåll. Kommissionen och Domstolen har sedan länge accepterat att prissättningen för produkter skyddade av

⁸² Anderman, 1998, s. 160 ff.

⁸³ Anderman, 1998, s. 165 ff.

⁸⁴ Anderman, 1998, s. 169.

⁸⁵ Anderman, 1998, s. 172 f.

immaterialrätter är en del av belöningen för innovationen så att sådana priser tillåts sättas högre utan att missbruk föreligger. Detta gäller även den exklusiva rätten som immaterialrätten medför så att det inte i sig ansetts kunna utgöra missbruk att utesluta konkurrens från andra som vill tillverka eller sälja produkten. Så långt innebär inte artikel 82 någon långtgående begränsning av immaterialrättsinnehavarens rättigheter.⁸⁶

Artikeln har emellertid tolkats vidare till att även förbjuda missbruk som får strukturella effekter på marknaden och som riktas mot konkurrenter. Detta gäller både förstahandsmarknaden och andrahandsmarknader. Exempel på detta är att ett dominerande företags förvärv av ett annat företag med en konkurrerande immaterialrätt har ansetts kunna utgöra missbruk i *Tetra Pak I*⁸⁷. Ett annat exempel på handlande som ansetts kunna utgöra missbruk trots att det riktar sig direkt mot konkurrenter och inte finns uppräknat i artikel 82 är när dominerande företag sätter sina priser för lågt, något som ansågs vara ett missbruk i *AKZO*⁸⁸. Denna vidare tolkning motiveras av att det indirekt skyddar konsumenterna att se till att den redan försvagade konkurrensen på en marknad med dominerande företag inte reduceras ännu mer. Dessutom följer det Fördragets syfte att säkerställa effektiv konkurrens såsom det slås fast i dess artikel 3. I *Michelin*⁸⁹ slog Domstolen fast att när ett dominerande företags handlande riskerar att påverka strukturen på marknaden genom att försvaga konkurrensen är det ett missbruk om företaget använder andra än normala metoder för att konkurrera.⁹⁰ Sådana normala metoder anses användas då det är företagets kompetens som orsakar dess ökade styrka i förhållande till konkurrenterna.⁹¹

Den vidare tolkningen av missbrukskriteriet är speciellt relevant i förhållande till utövandet av immaterialrätter. Rätten att utesluta konkurrens är ju en inneboende och grundläggande del av exklusiviteten som immaterialrätten innebär. Frågan är i vilken utsträckning som utövande av immaterialrätter är konkurrens med så kallade ”normala” metoder.⁹²

Som redan nämnts i avsnitt 2.2 slog Domstolen i *Parke Davis*⁹³ fast att det krävs mer än ett normalt utövande av en immaterialrätt för att utövandet skall kunna strida mot konkurrensreglerna. Om utövandet av en immaterialrätt faller inom immaterialrättens speciella innehåll så krävs det något ytterligare element för att handlandet skall karaktäriseras som

⁸⁶ Anderman, 1998, s. 180 f.

⁸⁷ Mål T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen (Tetra Pak I)*, 10 juli 1990, [1990] ECR II-309, [1991] 4 CMLR 122.

⁸⁸ Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, 3 juli 1991, [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215.

⁸⁹ Mål 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen*, 9 november 1983, [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282.

⁹⁰ Anderman, 1998, s. 181 f.

⁹¹ Korah, Valentine, *Technology Transfer Agreements and the EC competition rules*, Oxford 1996, s. 51.

⁹² Anderman, 1998, s. 187.

⁹³ Mål 24/67, *Parke Davis*.

missbruk. Frågan är vilka dessa ytterligare element är. Domstolen har inte klart preciserat kriteriet utan endast gett exempel på sådant handlande i specifika fall.⁹⁴

4.1.2.1 Essential facilities

Enligt kommissionen och Domstolen har ett företag i en dominerande ställning ett speciellt ansvar när det äger en resurs som dess konkurrenter behöver ha tillgång till för sin verksamhet på en angränsande marknad (en s.k. *essential facility*).⁹⁵ Att vägra konkurrenter tillgång till den nödvändiga produkten kan i sådana fall utgöra ett missbruk av den dominerande ställningen som företaget innehar. I *Commercial Solvents*⁹⁶ slog Domstolen fast att detta gäller för fysiska produkter när ett företag slutar leverera till befintliga kunder på en andrahandsmarknad där företaget själv tänker börja konkurrera och där leveransvägran innebär att konkurrenten utesluts från marknaden. Fallet klargjorde emellertid inte vad som gäller för nya kunder och potentiella konkurrenter och inte heller om leveransvägran eller licensvägran från en immaterialrättsinnehavare kan utgöra missbruk.⁹⁷ Kommissionen har tolkat Domstolen långtgående och menat att *essential facilities*-doktrinen gäller både för nya kunder och när immaterialrätter är inblandade.⁹⁸

4.2 Vägran att licensiera

4.2.1 Volvo mot Veng

Frågan om licensvägran kan vara ett missbruk då exklusiviteten grundar sig på immaterialrätter prövades av Domstolen i målet *Volvo mot Veng*⁹⁹. Volvo vägrade ge Veng licens att tillhandahålla reservdelar till Volvobilar och använde sig av sitt mönsterskydd för att hindra Veng från att importera kopior av Volvos reservdelar till Storbritannien. Domstolen konstaterade att rätten att hindra andra från att tillverka, sälja och importera skyddade produkter utgör en del av det särskilda innehållet i immaterialrättens exklusiva skydd. En skyldighet för innehavaren av ett mönsterskydd att ge licenser för att tillhandahålla produkter med det skyddade mönstret skulle innebära att han berövades innehållet i ensamrätten. Den slog därefter fast att vägran att licensiera inte i sig kan vara ett missbruk av dominerande ställning. Domstolen gick emellertid vidare och angav tre situationer då

⁹⁴ Govaere, 1996, s. 112 f.

⁹⁵ Anderman, 1998, s. 176.

⁹⁶ Förenade målen 6 och 7/73, *Itituto Chemioterapico Italiano & Commercial Solvents Corp. mot kommissionen*, 6 mars 1974, [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

⁹⁷ Anderman, 1998, s. 196.

⁹⁸ Anderman, 1998, s. 203 f.

⁹⁹ Mål 238/87, *AB Volvo mot Erik Veng (U.K.)*, 5 oktober 1988, [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122.

utövandet av ensamrätten kan vara missbruk. Det gällde godtycklig leveransvägran av reservdelar till fristående reparatörer, uttagande av oskäligt höga priser för reservdelar eller att sluta tillverka reservdelar för en viss bilmodell trots att flera exemplar fortfarande används.¹⁰⁰

De första två situationerna av missbruk skulle kunna åtgärdas genom en skyldighet att leverera och det skulle inte behövas någon tvångslicens. Det tredje exemplet gällde emellertid immaterialrättsinnehavarens rätt att besluta att sluta tillverka vissa reservdelar. För att komma till rätta med ett sådant missbruk skulle det krävas att han antingen själv började tillverka eller gav någon annan licens att göra det. Det har hävdats att en sådan skyldighet skulle motsvara en tvångslicens och att Domstolen därför slog fast att det skulle vara tillåtet med ett ingrepp i immaterialrättens grundläggande exklusivitet.¹⁰¹

Av Volvo-fallet framgick alltså att utövandet av immaterialrätter i vissa fall kan vara missbruk av dominerande ställning. Däremot fastslogs inte närmare när just vägran att licensiera är missbruk och inte heller vad som gäller då utövandet av immaterialrätt påverkar andrahandsmarknader. Veng ville få tillträde till den marknad som immaterialrätten skyddade, det vill säga förstahandsmarknaden.¹⁰²

Som det sägs ovan hade kommissionen tillämpat *essential facilities*-doktrinen även på situationer där den nödvändiga resursen skyddades av en immaterialrätt och när det var en ny kund som vägrades leverans eller licens. Så länge ett dominerande företag sträckte ut sin exklusivitet till en andrahandsmarknad spelade det ingen roll att dominansen berodde på immaterialrättsligt skydd.¹⁰³ Domstolen hade emellertid inte tagit ställning till detta förrän i *RTE & ITP mot kommissionen*¹⁰⁴.

4.2.2 RTE & ITP mot kommissionen

RTE & ITP mot kommissionen handlade ursprungligen om två irländska och ett engelskt TV-bolags vägran att bevilja licenser för informationen i sina TV-programlistor för att ett fjärde företag, Magill, skulle kunna publicera dem i en veckotidning med TV-program. TV-bolagen hade faktiska monopol över programlistorna eftersom de själva var listornas enda källor. Dessutom hade de upphovsrättsligt skydd för listorna enligt brittisk och irländsk lag. Denna upphovsrätt ansåg TV-bolagen ge dem rätt att reservera rätten att publicera veckotidningar med den egna kanalens program till sig själva. De gav vissa licenser till tidningar men bara för en del av veckans program. Den enda möjligheten att få full information om alla kanaler för en

¹⁰⁰ Anderman, 1998, s. 197.

¹⁰¹ Schovsbo, 1996, s. 259.

¹⁰² Anderman, 1998, s. 199.

¹⁰³ Anderman, 1998, s. 199.

¹⁰⁴ Förenade målen C-241 och 242/91 P, *RTE & ITP mot kommissionen*..

hel vecka var att köpa alla tre kanalernas egna tidningar. Magill publicerade ändå en veckotidning med alla tre kanalernas program och stämde därför för kränkning av upphovsrätten.¹⁰⁵

Innan publicerandet hade Magill klagat till kommissionen. Genom att vägra att licensiera hävdade Magill att TV-bolagen missbrukade sina dominerande ställningar. Kommissionen antog ett beslut¹⁰⁶ där den biföll Magills anmälan och beordrade TV-bolagen att upphöra med missbruket genom att licensiera utomstående företag att publicera veckotidningar med TV-programmen.¹⁰⁷ Relevanta produktmarknader var enligt kommissionen marknaderna för vart och ett av TV-bolagens veckolistor. Dessa marknader var inte samma som marknaden för en övergripande veckotidning med alla tre kanalernas TV-program. De var även separata från själva TV-sändningsmarknaden. Det legala och faktiska monopolet som TV-bolagen innehade på sina respektive marknader för TV-program medförde att de hade dominerande ställningar på de relevanta marknaderna.¹⁰⁸

Kommissionen konstaterade att TV-bolagens agerande utgjorde en sådan begränsning av produktion och marknader som förbjuds i artikel 82 (b) och att det inte fanns något godtagbart skäl till denna begränsning. Därför hade de missbrukat sin dominerande ställning. Ett ytterligare moment som utgjorde missbruk var att TV-listorna var en nödvändig resurs på marknaden för veckovis presentation av alla tre kanalernas program. Genom att vägra licensiera begränsades konkurrensen på denna andrahandsmarknad. Bolagens invändning att agerandet endast utgjorde ett utövande av deras immaterialrätt lämnades utan avseende av kommissionen. Skyddet av upphovsrätt kunde inte motivera agerande som stred mot artikel 82.¹⁰⁹ Kommissionen ifrågasatte själva existensen av immaterialrätten och motiverade inte sin slutsats med att det förelåg något ytterligare element förutom normalt utövande av immaterialrätten.¹¹⁰ Den sade istället att den inte ansåg att önskan att skydda de aktuella immaterialrätterna var berättigad.¹¹¹

Kommissionens beslut överklagades av alla tre TV-bolagen till Förstainstansrätten¹¹² som fastslog beslutet. Den angav dock en annan grund

¹⁰⁵ Anderman, 1998, s. 204 f.

¹⁰⁶ Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill TV Guide Limited mot Independent Television Publication Limited, British Broadcasting Corporation & Radio Telefis Eireann (Magill)*, 21 december 1988, EGT 1989 L 78/43, [1989] 4 CMLR 757.

¹⁰⁷ Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill*, artiklarna 1 och 2.

¹⁰⁸ Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill*, p. [20-22].

¹⁰⁹ Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill*, p. [23].

¹¹⁰ Govaere, 1996, s. 137 ff.

¹¹¹ Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill TV Guide Limited mot Independent Television Publication Limited, British Broadcasting Corporation & Radio Telefis Eireann*, p. [24].

¹¹² Mål T-69/89, *Radio Telefis Eireann mot kommissionen*, [1991] ECR II-485, [1991] 4 CMLR 586. Mål T-70/89, *The British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Limited mot kommissionen*, [1991] ECR II-535, [1991] 4 CMLR 669. Mål T-76/89,

för att finna att bolagens handlande utgjorde missbruk. Den höll sig till den traditionella uppdelningen mellan existens och utövande av immaterialrätt och upprepade det som Domstolen slagit fast i sin praxis, nämligen att normalt utövande av den exklusiva rätten inte i sig strider mot artikel 82.¹¹³ Förstainstansrätten sade att om vissa omständigheter föreligger så att det är uppenbart att immaterialrätten utövas på ett sådant sätt att syftet med utövandet klart står i strid med målen för artikel 82 så kan det vara ett missbruk. I så fall utövas inte rätten i enlighet med immaterialrättens verkliga funktion och då har EG-rätten företrädare framför utövandet av nationell immaterialrätt.¹¹⁴

Förstainstansrättens slutsats baserades på bolagens agerande vid utövandet av upphovsrätten och den ifrågasatte inte rakt ut det berättigade i att skydda TV-listor över huvud taget. Den underkände utövandet och inte existensen av upphovsrätten. Det har emellertid hävdats att det inte är lätt att förlika denna slutsats med utgångspunkten i skillnaden mellan existens och utövande och att domen genom att inte tillåta utövandet av exklusiviteten i immaterialrätten kom mycket nära att underkänna själva existensen.¹¹⁵

Detta bortseende från skillnaden mellan existens och utövande angav Generaladvokat Gulmann som en anledning för att rekommendera Domstolen att ändra Förstainstansrättens dom som överklagats av två av bolagen. Han tyckte bland annat att Förstainstansrätten underkände existensen av skyddet och inte parternas utövande därav. Han höll med om att listorna inte var värda upphovsrättsligt skydd men tyckte inte att Domstolen fick pröva den frågan på grund av dess praxis att inte pröva existensen av immaterialrätt utan endast utövandet.¹¹⁶

Domstolen konstaterade att faktumet att ett dominerande företags handlande utgör utövande av en immaterialrätt inte kan utesluta att det ändå är missbruk. Vidare sade den att utövande av rätten att vägra ge licens inte är något missbruk i sig. Däremot ansåg den att det i *Volvo mot Veng* fallet tydligt slagits fast att sådant utövande kan vara missbruk under särskilda omständigheter.¹¹⁷ Domstolen fann att det i *RTE & ITP mot kommissionen* förelåg sådana exceptionella omständigheter att utövandet av upphovsrätten var ett missbruk. Dessa omständigheter var att parterna använde sig av sitt skydd för att hindra marknadsinträdet av en ny produkt för vilken det fanns en efterfrågan bland konsumenter och att det saknades godtagbara objektiva skäl för licensvägran. Dessutom reserverade bolagen andrahandsmarknaden

Independent Television Publications Limited mot kommissionen, [1991] ECR II-575, [1991] 4 CMLR 745. Alla domarna kom den 10 juli 1991.

¹¹³ Mål T-69/89, *Radio Telefís Éireann mot kommissionen*, p. [69].

¹¹⁴ Mål T-69/89, *Radio Telefís Éireann mot kommissionen*, p. [71].

¹¹⁵ Govaere, 1996, s. 143 f.

¹¹⁶ Förenade målen C-241 och 242/91 P, *Radio Telefís Éireann & Independent Television Publication Ltd. mot kommissionen*, 6 april 1995, [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718. Generaladvokatens yttrande av den 1 juni 1994, pp. [123-127].

¹¹⁷ Förenade målen C-241 och 242/91 P, *RTE & ITP mot kommissionen*, pp. [48-50].

för veckovis utkommande TV-tidningar för sig själva genom att utesluta konkurrensen på den marknaden.¹¹⁸

Vidare bekräftade Domstolen att kommissionen är berättigad att påföra tvångslicenser med kraft av artikel 3 i Förordning 17/62¹¹⁹. Det krävdes alltså aktivitet från företagets sida i form av att bevilja licenser för att de skulle anses ha upphört med missbruket. Därmed fastslogs det att innehavare av immaterialrätter kan vara skyldiga att dela med sig av den skyddade rätten till utomstående parter.¹²⁰

4.2.2.1 Tolkningar av RTE & ITP mot kommissionen

Domstolens godkännande av resonemanget om reservation av andrahandsmarknader som en form av missbruk kan innebära att den accepterade att grunden för *essential facilities*-doktrinen även gäller för immaterialrätter, dock under vissa omständigheter. En omständighet i fallet var att företagets ställning på förstahandsmarknaden inte enbart var dominerande utan att de innehade ett *de facto* monopol. En andra omständighet var att den nödvändiga resursen var oundgänglig för konkurrenter på andrahandsmarknaden. Det får alltså inte finnas några alternativa produkter eller källor för tillgång till resursen. En tredje omständighet var att den direkta följden av bolagens licensvägran var att de behöll sina monopol på andrahandsmarknaden.¹²¹

Domen kan emellertid också tolkas så att missbruket låg i att företagen förhindrade tillkomsten av en ny produkt på andrahandsmarknaden som de inte själva erbjöd. Det kan alltså hända att det för att missbruk skall anses föreligga inte räcker att ett dominerande företag reserverat en andrahandsmarknad för sig själv genom att vägra tillgång till en nödvändig resurs utan att det dessutom krävs att företagen därigenom hindrar tillkomsten av en ny produkt. Domen ger i vilket fall som helst stöd för att *essential facilities*-doktrinen måste beaktas även då resursen skyddas av en immaterialrätt.¹²²

Vid en jämförelse med Domstolens dom i *Volvo mot Veng* är det inte klart vad det var i fallet *RTE & ITP mot kommissionen* som gjorde att en annan slutsats nåddes i det fallet. Trots att Domstolen i *RTE & ITP mot kommissionen* hänvisar till *Volvo* finns det de som hävdar att dess resonemang i fallen var olika varandra. I *Volvo* uttryckte Domstolen klart att en skyldighet att licensiera skulle innebära att immaterialrätten tömdes på innehållet av den exklusiva rätten. Därför kunde inte vägran att licensiera i sig utgöra ett missbruk och det gjordes ingen bedömning av eventuella

¹¹⁸ Förenade målen C-241 och 242/91 P, *RTE & ITP mot kommissionen*, pp. [54-56].

¹¹⁹ Rådets förordning 17/62/EEG av den 6 februari 1962 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, JO 1962 13/204.

¹²⁰ Govaere, 1996, s. 148.

¹²¹ Anderman, 1998, s. 109.

¹²² Anderman, 1998, s. 209 f.

konkurrensbegränsande effekter som vägran kunde få. I *RTE & ITP mot kommissionen* blev slutsatsen den motsatta.¹²³ Det finns emellertid andra som tycker att Domstolen i *Volvo* visst slog fast att även utövanden som faller innanför immaterialrättens verkliga kärna kan strida mot artikel 82 under särskilda omständigheter.¹²⁴

I *RTE & ITP mot kommissionen* intog Domstolen samma inställning som Förstainstansrätten till den traditionella skillnaden mellan existens och utövande av immaterialrätt. Det var utövandet av upphovsrätten genom att vägra förse konkurrenter med den skyddade informationen som utgjorde missbruk. Därmed sades inte något om det tillåtna i existensen av det upphovsrättsliga skyddet. Det finns dock de som hävdar att skyddet i praktiken tömdes på allt innehåll.¹²⁵

Enligt vissa bedömare tillämpades artikel 82 i *RTE & ITP mot kommissionen* snarare därför att TV-listorna inte ansågs skyddsvärda än därför att utövandet av skyddet var otillåtet. Men istället för att som Förstainstansrätten göra bedömningen av om utövandet av rätten var ”normal” i ljuset av immaterialrättens funktion, hänvisade Domstolen till de exceptionella omständigheterna i fallet. Därmed kvarstår problemet med att avgöra när sådana exceptionella omständigheter föreligger.¹²⁶

4.3 Ensidiga hinder mot parallellimport

4.3.1 Micro Leader Business mot kommissionen

I december 1999 kom Förstainstansrättens dom i målet *Micro Leader Business mot kommissionen*¹²⁷. Bakgrunden i målet var att Microsoft hade förbjudit att programvara distribuerad på den kanadensiska marknaden såldes utanför denna marknad.¹²⁸ För att stärka förbudet hade företaget vidtagit åtgärder som att märka de kanadensiska varorna, utfärda annorlunda användarlicenser och hota med civil- och straffrättsliga påföljder för de avtalspartners som bedrev import eller återförsäljning av kanadensisk programvara i Frankrike.¹²⁹ Syftet med åtgärderna var att hindra Micro Leader och andra från att sälja franskspråkiga varor marknadsförda i Kanada i Europa.¹³⁰ Micro Leader hade parallellimporterat programvara från Kanada och sålt i Europa i konkurrens med de auktoriserade återförsäljarna. Micro Leader klagade till kommissionen och hävdade att Microsofts förbud mot parallellimport påverkade återförsäljningspriserna på Microsofts varor i

¹²³ Govaere, 1996, s. 148.

¹²⁴ Schovsbo, 1996, s. 263.

¹²⁵ Govaere, s. 146.

¹²⁶ Govaere, s. 149.

¹²⁷ Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot kommissionen*.

¹²⁸ Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot kommissionen*, p. [1].

¹²⁹ Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot kommissionen*, p. [36].

¹³⁰ Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot kommissionen*, p. [2].

Frankrike. Förbudet var enligt Micro Leader ett sätt att indirekt ålägga de franska återförsäljarna högre priser än de kanadensiska och genom sitt agerande hade Microsoft tillämpat olika villkor för likvärdiga transaktioner för sina kanadensiska och franska handelsparter. Detta utgjorde enligt Micro Leader missbruk av Microsofts dominerande ställning. Faktumet att Microsoft genom åtgärderna utövade sin upphovsrätt gav dem enligt Micro Leader inte rätt att kringgå bestämmelserna i artikel 82.¹³¹

Kommissionen avlog Micro Leaders anmälan och därför vände sig Micro Leader till Förstainstansrätten med begäran att kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras.

Förstainstansrätten fann att Kommissionen inte tillräckligt hade utrett ifall Microsofts beteende utgjorde ett missbruk av dominerande ställning. Missbruket skulle i så fall bestå i att Microsoft på ett otillåtet sätt uppehöll högre priser på marknaden inom EES än på den kanadensiska marknaden. Så skulle fallet vara om de tog ut ett högre pris på sina varor av de europeiska återförsäljarna än av de kanadensiska och genom utövande av sin upphovsrätt såg till att prisskillnaderna kunde bestå genom att parallellimport förhindrades. Det europeiska priset måste också vara orimligt högt för att ett missbruk skulle föreligga. Förstainstansrätten påpekade att förbudet mot import inte i sig utgjorde missbruk eftersom upphovsrätten till exemplar som sålts utanför EU inte konsumerats enligt varumärkesdirektivets artikel 4 c. Importförbudet och de vidtagna åtgärderna var alltså bara ett utövande av Microsofts upphovsrätt. Detta utövande kan emellertid under vissa omständigheter leda till ett beteende som utgör missbruk och det var den frågan som inte utretts tillräckligt.

Förstainstansrätten hänvisade här till fallet *RTE & ITP mot kommissionen*.

¹³²

4.4 Slutsatser för artikel 82

Sammanfattningsvis kan det konstateras att Domstolen i förhållande till artikel 82 om missbruk av dominerande ställning fastställt att immaterialrätten då vissa exceptionella omständigheter föreligger får vika för konkurrensrätten. Förstainstansrätten angav som skäl till detta i *Magill*-fallen att gemensam konkurrensrätt går före nationell immaterialrätt om utövandet av den nationella immaterialrätten skulle strida mot immaterialrättens funktion. Detta bekräftades inte av Domstolen som istället hänvisade till de exceptionella omständigheterna i fallet där en ny produkt stoppades av innehavare av upphovsrätt och där dessa innehavare reserverade andrahandsmarknaden till sig själva.

¹³¹ Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot kommissionen*, p. [44-45].

¹³² Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot kommissionen*, p. [51-59].

Utgången i *RTE & ITP mot kommissionen* bekräftades i *Micro Leader*-fallet. Förstainstansrätten ogiltigförklarade kommissionens beslut att avslå klagomålet eftersom det inte tillräckligt utretts om det förelåg sådana särskilda omständigheter att utövandet av upphovsrätten stred mot artikel 82. I det fallet var inte omständigheterna sådana att Microsoft genom sitt utövande hindrade en ny produkt från att uppstå eller reserverade en andrahandsmarknad för sig själva. De vidtog åtgärder för att skydda rätten att vara först med att sätta en vara på marknaden och därigenom kan de ha uppehållit högre priser på den franska marknaden än i Kanada för likvärdiga transaktioner.

I både *RTE & ITP mot kommissionen* och *Micro Leader* har gemenskapsdomstolar uttalat att utövande av delar av kärnan i immaterialrätten kan vara missbruk av dominerande ställning. I *RTE & ITP mot kommissionen* gällde det rätten att hindra andra från att utnyttja den skyddade produkten i strid med immaterialrätten och i *Micro Leader* rätten att vara först med att sätta en skyddad produkt på gemenskapsmarknaden.

5 USA

5.1 Allmänt om immaterialrätt och konkurrensrätt i USA

Länge såg man på immaterialrätten med misstanke i förhållande till konkurrensbegränsningsreglerna i USA. Ett exempel på detta är en lista uppställd av det amerikanska justitiedepartementet på 70-talet över nio förfaranden i samband med patentlicensiering som i princip betraktades som förbjudna i sig.¹³³ På senare tid har dock såväl domstolar som konkurrensmyndigheter erkänt att de två regelsystemen har gemensamma mål och därmed intagit en mer balanserad inställning till förfaranden som tidigare sågs som i sig förbjudna.¹³⁴ Även denna mer tillåtande syn har emellertid modifierats på sista tiden.¹³⁵

En grundläggande del av immaterialrätten är möjligheten att hindra andra från att dra nytta av det som omfattas av rätten. Förr förutsattes detta med nödvändighet innebära att innehavaren av en immaterialrätt intog en monopolställning som ofrånkomligen stod i konflikt med syftet med konkurrensreglerna. Så ser man det inte längre utan tar i beaktande att det ofta finns lättillgängliga substitut för den skyddade produkten och att uppfinningen kan ha litet ekonomiskt värde. Immaterialrätter ses idag på samma sätt som andra äganderätter och innebörden av rätterna är ju i viss mån densamma, nämligen möjligheten att utestänga andra från att få tillgång till och använda sig av egendomen.¹³⁶

Konkurrensfrågor som berör immaterialrätter beaktas inte enbart under den amerikanska rättens konkurrensbegränsningsregler utan granskas även i ljuset av en ”patent-missbruksdoktrin”. Konkurrensbegränsningsreglerna har en offentlighetsrättslig karaktär medan ”patent-missbruksdoktrinen” hindrar rättighetsinnehavaren från att kräva ersättning vid kränkning av hans rättighet om han har missbrukat rätten vid dess utövande. Ofta bryter ett handlande mot de två regelverken samtidigt varför hänsyn måste tas till dem båda.¹³⁷

Sedan domstolarna på senare tid haft att ta ställning till nya frågor orsakade av alltmer komplexa marknader och teknologier har ansvaret för konkurrensbegränsningar i förhållande till immaterialrätten utsträckts. I

¹³³ De s.k. ”nine no-nos”.

¹³⁴ Gellhorn, Ernest och Kovacic, William E., *Antitrust law and economics in a nutshell*, 4 uppl. USA, 1994, s. 409.

¹³⁵ Hovenkamp, Herbert, *Symposium: Intellectual property rights and federal antitrust policy*, i *Journal of Corporation Law*, Spring99, Vol. 24 Issue 3, s. 477-484, s. 477.

¹³⁶ Gellhorn, 1994, s. 410.

¹³⁷ Gellhorn, 1994, s. 414 f.

motsvarande mån har skyddet för de immateriella rättigheterna krympt.¹³⁸ Nedan diskuteras hur denna inställning har märkts bland annat i domstolarnas attityd till företags vägran att licensiera.

Under tiden då konkurrensrätt och immaterialrätt ansågs representera ofrånkomligen motsatta intressen löste man konflikten genom att låta immaterialrätten ge immunitet mot utövande av konkurrensrätten. Så länge ett licensavtal eller andra handlingar genom vilka rättighetsinnehavaren utövade sin immaterialrätt höll sig inom ramarna för den i lag beviljade ensamrätten kunde agerandet inte angripas trots att det egentligen ansågs uppfylla kriterierna för konkurrensbegränsning. Tog man däremot ett steg utanför den lagliga ensamrätten var handlandet förbjudet eftersom det stred mot konkurrensreglerna. I det enskilda fallet gjordes alltså ingen prövning av huruvida konkurrensen faktiskt påverkats negativt av agerandet utan det centrala låg i att bedöma ifall gränserna för ensamrätten som beviljats av immaterialrätten överskridits.¹³⁹

Sedan attityden började förändras på 70-talet ses immaterialrätten idag som jämförbar med andra äganderätter och det krävs mer för att ett brott mot konkurrensreglerna skall föreligga än enbart ett överskridande av skyddet som man erhåller från immaterialrätten. Samtidigt ger förekomsten av en immaterialrätt inte längre immunitet mot ansvar enligt konkurrensreglerna. Denna nya syn märks bland i det amerikanska justitiedepartementets riktlinjer för bedömning av licensavtal för immaterialrätter från 1995.^{140 141}

5.2 Licensavtal

Tre principer ligger till grund för de amerikanska riktlinjerna för bedömning av licensavtal. För det första är immateriella rättigheter likställda med andra former av egendom ur konkurrensrättens synvinkel. För det andra skall marknadsstyrka inte presumeras enbart på grund av innehav av immaterialrätter. För det tredje anses licensiering av immaterialrätter stimulera konkurrens eftersom det möjliggör för företag att kombinera produktionsfaktorer som kompletterar varandra. Av den första principen framgår att förekomsten av en konkurrensbegränsande effekt är nödvändig för att ett brott mot konkurrensreglerna skall föreligga och inte enbart att gränsen för immaterialrätten överskridits. Den andra principen medför att marknadsstyrka måste avgöras med hänsyn till tillgången på substitut för

¹³⁸ Hovenkamp, 1999, s. 477.

¹³⁹ Tom, Willard K. och Newberg, Joshua A, *Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field*, 66 ANTITRUST L.J. 167 (1997), s. 167-229, s. 171 f.

¹⁴⁰ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 6, 1995. Finns t.ex. på Internet på <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm> (2000-09-18).

¹⁴¹ Tom och Newberg, 1997, s. 173 f.

produkter. Den tredje principen betonar det betydelsefulla vertikala inslag som finns i licensavtal och att de därför ofta är positiva för konkurrensen.¹⁴²

Förutom ovannämnda tre principer ger riktlinjerna ledning vid bedömning av enskilda licensavtals effekter på konkurrensen. De identifierar vilka avtal som troligtvis begränsar konkurrensen och uppställer avvägningstest där negativa effekter på konkurrensen ställs mot effektivitetsfördelar som avtalen medför. Denna inställning kallas för *rule of reason* och utgör en avvikelse från den tidigare mer formalistiska attityden. Endast vissa klausuler i licensavtal anses fortfarande olagliga i sig utan att någon avvägning av deras effekter behöver göras. Exempel på sådana klausuler är samordning av priser, samordnad begränsning av utbud, marknadsuppdelning mellan horisontella parter och fastställande av slutpriser.¹⁴³

Enligt riktlinjerna bör man först avgöra om parterna till avtalet främst står i horisontellt eller vertikalt förhållande till varandra. Detta skall dock bara vara en hjälp vid avvägningen eftersom inte alla horisontella avtal är konkurrensbegränsande samtidigt som vissa vertikala avtal kan vara det. En annan bedömning som enligt riktlinjerna skall göras är graden av koncentration på den relevanta marknaden. Dessutom är storleken på parternas marknadsandelar av stor vikt eftersom sammanlagda andelar på mindre än 20 procent medför att avtalet faller inom en konkurrensrättslig frizon.¹⁴⁴ Sådana avtal kan endast drabbas av ansvar enligt konkurrensreglerna om de innehåller någon klausul som är förbjuden i sig.¹⁴⁵

Avvägningen av ett licensavtals ekonomiska effekter görs enligt riktlinjerna i två steg. Först avgörs ifall någon begränsning av konkurrensen troligen kommer inträffa på grund av avtalet. Ifall svaret är ja, skall det undersökas om begränsningen är nödvändig för att uppnå för konkurrensen positiva effekter som uppväger de negativa. En korrekt avvägning av ett avtals effekter kräver ofta en uttömmande bedömning av marknadsförhållandena. Men även i fall då marknadsstrukturen visar att avtalet kan få för konkurrensen negativa konsekvenser krävs att en avvägning görs för att se om det finns positiva effekter som uppväger de negativa. Denna avvägning skall göras i alla fall då svaret på den första frågan är ja, det vill säga även då avtalet är horisontellt.¹⁴⁶

¹⁴² Tom och Newberg, 1997, s. 173 f.

¹⁴³ Anderman, 1998, s. 30 f.

¹⁴⁴ Anderman, 1998, s. 31.

¹⁴⁵ Anderman, 1998, s. 139.

¹⁴⁶ Anderman, 1998, s. 31 f.

5.3 Konsumtionsreglerna i USA

I USA tillämpas i stort sett en internationell konsumtionsprincip för immaterialrätter. Rättighetsinnehavaren kan inte åberopa sin immaterialrätt för att stoppa parallellimport eller återimport av varor som satts på marknaden av honom eller med hans samtycke oavsett om detta skett i eller utanför USA. Däremot kan rättighetsinnehavaren begränsa licenstagare och köparens möjlighet att återinföra skyddade varor genom att kontraktuellt förbjuda sådan återimport. För exemplar som skyddas av patent gäller internationell konsumtion fullt ut.¹⁴⁷

För produkter med varumärkesrätt kan parallellimport hindras om varumärket har helt olika ägare i USA respektive utlandet och exemplaret i fråga tillverkats utanför USA av en producent som inte tillhör samma concern som den amerikanska rättighetsinnehavaren. I sådana fall konsumeras inte rätten till varumärket och detta står i enlighet med rekvisitet för konsumtion att exemplaret satts på marknaden med rättighetsinnehavarens samtycke. Vidare har amerikanska varumärkesinnehavare möjlighet att hindra återimport av varor som sålts utomlands genom att se till att sådana varor inte är likadana som de som säljs i USA. Är de inte det får parallellimport inte ske eftersom det då finns risk för att konsumenterna inte får vad de förväntar sig.¹⁴⁸

För upphovsrätter gäller internationell konsumtion om exemplaret har tillverkats i USA. Upphovsrättsinnehavaren kan inte hindra återimport av varor som han sålt utomlands. Något förvånansvärt är dock att om varan tillverkats utomlands kan producenter med upphovsrätt i USA hindra parallellimport trots att exemplaret satts på marknaden med hans samtycke utanför USA. I det senare fallet gäller alltså inte global konsumtion.¹⁴⁹ Däremot konsumeras alltid upphovsrätten för exemplar som sålts i USA med rättighetsinnehavarens samtycke, så kallad nationell konsumtion.¹⁵⁰

Amerikanska producenter med produktion i USA kan alltså hindra parallellimport av varor som satts på marknaden med hans samtycke utanför USA på främst två sätt. Det ena är att göra skillnader i varor som är destinerade för utländska marknader och det andra är att skriva in återexportförbud i licens- eller köpekontrakten. Frågan är om sådana återexportförbud fångas upp av den amerikanska konkurrensrätten så att de är förbjudna. De betraktas inte som i sig förbjudna¹⁵¹ och en prövning enligt den ovan diskuterade avvägningsmetoden skulle nog i det flesta fall inte resultera i att en sådan klausul ansågs strida mot konkurrensreglerna. Territoriella restriktioner tillåts nämligen uttryckligen i den amerikanska

¹⁴⁷ Zandra-Symes, Lynda J. och Basista, Joseph J., Using U.S. Intellectual Property Rights to Prevent Parallel Imports, i [1998] E.I.P.R. 219-225, s. 219 f.

¹⁴⁸ Zandra-Symes och Basista, 1998, s. 220 ff.

¹⁴⁹ Zandra-Symes och Basista, 1998, s. 224 f.

¹⁵⁰ Zandra-Symes och Basista, 1998, s. 222.

¹⁵¹ Zandra-Symes och Basista, 1998, s. 220.

patentlagen,¹⁵² dock med begränsning av konsumtionsprincipen, vilket innebär att avtalade förbud mot återexport tillåts mellan parterna medan man inte kan hindra köparen av en patenterad produkt från att använda och sälja den var han vill.¹⁵³ Dessutom är inställningen i de amerikanska riktlinjerna för licensavtal att begränsningar av motpartens handlingsfrihet i vertikala förhållanden främst är effektivitetshöjande och att de i de flesta fall inte medför begränsningar av konkurrensen.¹⁵⁴

Men även om konkurrensrätten i något fall skulle förbjuda användningen av återexportklausuler skulle det inte betyda att konkurrensrätten i sådana fall hade företräde framför immaterialrätten. Enligt de amerikanska immaterialrättsliga reglerna gäller ju som vi har sett framför allt en global konsumtionsprincip och ett tillåtande av återexportklausuler medför i själva verket längre gående möjligheter att skydda sin immaterialrätt än vad som framgår av de immaterialrättsliga reglerna.

5.4 Licensvägran i USA

Vid avgörande av om vägran att licensiera immateriella rättigheter utgör ett brott mot konkurrensreglerna utgår man i amerikansk doktrin ofta från vad som gäller för vägran att handla som görs av andra parter i monopolställningar som inte beror på immaterialrätter. Generellt gäller enligt den amerikanska konkurrenslagen¹⁵⁵ att ett företag, trots monopolställning, får ensidigt vägra att göra affärer med andra företag. Ett sådant handlande strider däremot mot lagen om syftet är att uppnå eller bibehålla en monopolställning. Det subjektiva uppsåtet med handlandet är alltså viktigt.¹⁵⁶

Därutöver har en *essential facilities* modell utvecklats som också kan utgöra grund för att en vägran att ingå avtal strider mot konkurrensreglerna. Enligt denna modell är ett företag skyldigt att låta sina konkurrenter använda en resurs på skäligena villkor om den är nödvändig för konkurrenternas överlevnad. Det har utvecklats ett test i amerikansk praxis för att avgöra tillämpligheten av modellen. Enligt detta skall 1) ett företag i monopolställning kontrollera en nödvändig resurs; 2) det vara i praktiken omöjligt för konkurrenterna att kopiera resursen; 3) monopolhållaren vägra konkurrenterna tillgång till resursen och 4) delad användning av resursen vara genomförbart.¹⁵⁷

¹⁵² 35 U.S.C.A. § 261 the Patent Misuse Reform Act of 1988, Pub.L.No. 100-703, 102 stat, 4674 (nov/19/1988).

¹⁵³ Gellhorn, 1994, s. 421.

¹⁵⁴ Tom och Newberg, 1997, s. 203.

¹⁵⁵ The Sherman Act section 2.

¹⁵⁶ Burling, James C., Lee, William F., Krug, Anita K., *The antitrust duty to deal and intellectual property rights*, i Journal of Corporation Law, Spring99, Vol.24 Issue 3, s. 527-553, s.528.

¹⁵⁷ Burling m.fl.1999 s. 529.

Både bedömningen av uppsåt och av *essential facilities* används för att motivera brott mot konkurrensreglerna utan att någon klar linje mellan deras tillämplighet har dragits. Den amerikanska högsta domstolen¹⁵⁸ har emellertid inte tagit ställning till någon av metoderna utan istället använt en annan för att avgöra om handelsvägran utgör ett brott mot konkurrensreglerna. Först konstateras ifall vägran utgör en del av en plan att uppnå eller bibehålla monopolställning. Om så är fallet måste företaget motivera sitt handlande med legitima ekonomiska skäl för att undgå ansvar enligt konkurrensreglerna. Själva effekten som vägran har på konkurrensen har inte varit avgörande och har inte heller granskats närmare av domstolen i de fall på området som uppmärksammats.¹⁵⁹

Det kan alltså konstateras att det saknas klara riktlinjer för när en vägran att ingå avtal i fall då inga immaterialrätter berörs utgör brott mot konkurrensreglerna.¹⁶⁰

Frågan om vad som gäller när ett företag ensidigt vägrar att leverera när immaterialrätter är inblandade har bara tagits upp en gång i högsta domstolen och då berördes inte förekomsten av immaterialrätter närmare i domskälen¹⁶¹. Frågan är därmed inte avgjord. Ett skäl som hävdas i debatten mot att tillåta att argumenten för tvång vid vägran att handla när immaterialrätter inte är inblandade utsträcks till att gälla när sådana rätter finns är att det finns regler i både den amerikanska konstitutionen och andra lagar som erkänner att syftet med immaterialrätten och konkurrensrätten är detsamma, nämligen ökad konkurrens. Därför argumenteras det för att avvägningen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt redan har gjorts i lagstiftningen i den utsträckning som behövs. Det anses därför inte lämpligt att det av domstolarna åläggs skyldighet att göra immaterialrättsligt skyddade resurser tillgängliga utöver vad som krävs enligt den lagstiftningen.¹⁶²

Domstolarna har fastslagit i flera mål att så länge en immaterialrätt har erhållits lagligt så kan handlande som tillåts av de immaterialrättsliga reglerna inte ge upphov till ansvar för brott mot konkurrensrätten. Varken uppsåt eller ekonomiska skäl spelar därmed någon roll vid bedömningen av en vägran att licensiera eftersom det i normalfallet inte skulle strida mot konkurrensrätten.¹⁶³ I patentlagen¹⁶⁴ står det uttryckligen att en ensidig vägran att licensiera inte utgör något missbruk av patentet. Några domstolar har tolkat lagrummet så att det även utesluter konkurrensrättsligt ansvar trots att detta inte kan utläsas ur ordalydelsen. Det hävdas att paragrafen

¹⁵⁸ The Supreme Court.

¹⁵⁹ Burling m.fl.1999 s. 529 f.

¹⁶⁰ Burling m.fl.1999 s. 531.

¹⁶¹ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 504 U.S. 451 (1992).

¹⁶² Burling m.fl.1999 s. 532.

¹⁶³ Burling m.fl. 1999 s. 532 f.

¹⁶⁴ 35 U.S.C. § 271(d), the Patent Misuse Reform Act of 1988, Pub.L.No. 100-703, 102 stat, 4674 (nov/19/1988).

åtminstone visar att det saknas anledning att tro att den amerikanska kongressen är missnöjd med den traditionellt sett starka rätten att vägra licenser. Rätten att vägra licensiera patent har även åberopats analogt i fall som gällt upphovsrätt.¹⁶⁵

I åtminstone två rättsfall har amerikanska domstolar, dock inte högsta domstolen, emellertid applicerat den traditionella bedömningen om skyldighet att handla på fall som gällt immaterialrätter. I det ena fallet ansågs det tillåtna i att vägra licensiera bero på patenthavarens subjektiva syfte medan domstolen i det andra fallet beaktade både syfte och *essential facilities*- doktrinen utan att väga in immaterialrättsliga hänsyn. I det första fallet, *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*¹⁶⁶, fastslog domstolen att en giltig immaterialrätt endast skapar en presumtion för att det föreligger legitima affärsmässiga skäl för ett konkurrensbegränsande handlande. Juryn hade inte instruerats att beakta rättigheterna som medges i de immaterialrättsliga lagarna och detta fastslogs efter överklagande vara fel. Men eftersom immaterialrättsligt skydd endast ansågs utgöra presumtion för att legitima skäl föreligger och denna presumtion fanns vara motbevisad i fallet gjordes ingen ändring i domslutet. Företaget hade brutit mot konkurrensrättens regler genom att vägra licensiera därför att skälet till vägran inte var att skydda sin rätt enligt patentet.¹⁶⁷

Fallet har kritiserats av två skäl. Det ena skälet är att domstolen konstaterade att om resultatet blir en utsträckning av monopolkraft från en marknad till en annan kan detta vara skäl för att en vägran att licensiera bryter mot konkurrensreglerna. Enligt kritikerna är det inte ett tillräckligt skäl eftersom det ingår i patentets natur att uppfinningen som det skyddar kan användas på flera marknader och därmed få viss konkurrensbegränsande effekt på varje marknad som den används eller inte används på. Det andra skälet till kritiken är den avgörande vikt som domstolen gav åt företagets syfte med att vägra. Skillnaden är inte stor mellan att vägra licensiera därför att man vill maximera inkomsterna av sitt patent och skydda sin ensamrätt och att vägra därför att man vill bibehålla ett konkurrensmässigt försprång genom att stänga ute sina konkurrenter från användning av den skyddade rätten. Dessutom strider avgörandet enligt somliga mot den ovannämnda paragrafen i patentlagen och mot högsta domstolens upprepade ställningstagande för att en patentinnehavare inte under några omständigheter är skyldig att licensiera ett lagligt erhållet patent.¹⁶⁸

Kritiken till trots har en vägran att licensiera funnits strida mot konkurrensrätten i åtminstone ett fall till som åberopade motiveringen i det senast nämnda Kodak-fallet. Det var i fallet *Integrax Corp. v. Intel*

¹⁶⁵ McGowan, David, *Networks and intention in antitrust and intellectual property*, i *Journal of Corporation Law*, Spring99, Vol. 24 Issue 3, s. 485-526, s. 490.

¹⁶⁶ 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

¹⁶⁷ Burling m.fl.1999 s. 535 f.

¹⁶⁸ Burling m.fl.1999 s. 536.

*Corp.*¹⁶⁹ Förutom Intels syfte med licensvägran togs även en diskussion om *essential facilities* med i skälen till utgången. Licensen som vägrades utgjorde enligt domstolen en sådan nödvändig icke-substituerbar resurs att konkurrenter inte kunde konkurrera effektivt utan tillgång till den. Dessutom tog domstolen i beaktande att företaget saknade legitima affärsmässiga skäl till att vägra. Domstolen baserade sig på Kodak-fallet och konstaterade att immaterialrätter inte ger någon grund för att vägra licensiera och att ett patent inte ger någon immunitet mot konkurrensrättsligt ansvar.¹⁷⁰

5.5 Slutsatser för USA

Före inträdet av synen på immaterialrätter som vanliga äganderätter skyddades immaterialrättsinnehavares handlande mot tillämpning av konkurrensreglerna av att det omfattades av immaterialrätten. Därmed intog immaterialrätten på ett sätt en överordnad roll gentemot konkurrensrätten. Men egentligen behövdes kanske denna lösning av konflikten till förmån för immaterialrätten bara därför att konkurrensreglerna tillämpades så strängt. Hade man krävt en verklig konkurrensbegränsande effekt i varje fall hade det eventuellt saknats anledning att låta immaterialrätten ge immunitet eftersom det enligt dagens amerikanska synsätt oftast inte uppstår konkurrensbegränsande effekter om immaterialrätten tillämpas korrekt.

Idag ser man i USA inte regelverken som nödvändigtvis stående mot varandra och istället görs en avvägning av effekten på konkurrensen i varje enskilt fall.

Innebär detta då att konkurrensrätten inte heller idag går före immaterialrätten? Kanske, men dagens metod innebär att handlande som enligt de gamla reglerna klart skulle anses falla innanför immaterialrättens gränser och därmed skulle vara immuna mot påverkan från konkurrensrätten, idag kan bedömas ha en negativ effekt på konkurrensen och därför vara förbjudna. Ett exempel på detta är tvångslicenser, som trots att immaterialrättens lagar klart avvisar möjligheten till intrång på rättighetsinnehavarens rätt att vägra licens till sin immaterialrätt som han vill, har meddelats med stöd av konkurrensreglerna. Exklusiviteten med rätten att utestänga andra från den skyddade teknologin eller produkten är ju en grundläggande del av immaterialrätten. I de här fallen har den rätten åsidosatts därför att utövandet av den stred mot konkurrensreglerna.

Det är alltså möjligt att den nya amerikanska synen som intar en mer balanserad hållning till förhållandet mellan immaterialrätt och konkurrensrätt kan innebära ökade möjligheter för konkurrensrätten att under vissa omständigheter sätta immaterialrätten åt sidan.

¹⁶⁹ 3 F. Supp. 2d 1255, 1279 (N.D. Ala. 1998).

¹⁷⁰ Burling m.fl.1999 s. 537 f.

Till skillnad från tidigare skall dock bedömningen göras utifrån den verkliga effekten som handlandet får på konkurrensen och i de flesta fall anses vertikala begränsningar, som avtal gällande immaterialrätter oftast utgör, göra mer för att öka en effektiv konkurrens än att begränsa den. Den övergripande attityden tycks därför vara att utövande av immaterialrätter inte är konkurrensbegränsande. Kritiken som följt fallen där vägran att licensiera medfört ansvar för brott mot konkurrensreglerna talar för att den allmänna uppfattningen bland doktrin och även flera domstolar som inte följt de aktuella domarna är att avvägningen mellan konkurrenshänsyn och det positiva i ensamrätten redan gjorts i samband med stiftandet av de immaterialrättsliga lagarna. En utökad tillämpning av konkurrensreglerna på bekostnad av immaterialrätten bör enligt kritikerna inte påföras av domstolarna.¹⁷¹

¹⁷¹ Burling m.fl.1999 s. 532.

6 Sverige

6.1 Förarbeten och praxis

I förarbetena till de svenska immaterialrättsliga lagarna och konkurrenslagen konstateras att det finns en potentiell konflikt mellan konkurrensrätt och immaterialrätt. Det görs emellertid inte någon närmare utredning om hur konflikten bör lösas eller vad det finns för eventuella skäl till att konkurrensrätten laghierarkiskt skulle gå före immaterialrätten. Istället konstateras det som mer eller mindre självklart i de immaterialrättsliga förarbetena att konkurrensrätten kan begränsa det immaterialrättsliga skyddet. De klarare gränserna förväntas dras upp av rättstillämpningen.¹⁷²

I förhållande till patenträtten var utgångspunkten i äldre utredningar att konkurrensbegränsningslagen inte skulle vara avsedd att medföra begränsningar i patenträtten så länge den inte utnyttjades för att åstadkomma någon annan konkurrensbegränsning än sådana som är direkt sammankopplade med patentet.¹⁷³

I varumärkesrättens förarbeten uttalade emellertid departementschefen att det borde vara möjligt med konkurrensrättsliga ingripande även mot sådana konkurrensbegränsningar som har stöd i själva varumärkesrätten.¹⁷⁴

I förhållande till reglerna om tvångslicenser sägs det i förarbetena till patentlagen att patenträttigheter i vissa fall kan utnyttjas på ett sätt som strider mot samhälleliga intressen. I sådana fall måste det finnas en möjlighet för det allmänna att ingripa. Möjligheten till tvångslicenser genom regler i patentlagstiftningen bör dock enligt departementschefen endast finnas för missförhållanden som inte kan rättas till på något annat sätt genom mer allmänna medel. Som exempel på sådana allmänna medel nämns lagstiftningen mot konkurrensbegränsning.¹⁷⁵

I förarbetena till ändring i patentlagen från 1977 förutsätts det också att konkurrenslagstiftningen kan inskränka omfattningen av ensamrätten som patentlagen ger till patenthavaren. Till stöd för denna uppfattning åberopas dels det ovan beskrivna uttalandet av departementschefen från 1966, dels ett rättsfall från dåvarande marknadsrådet (numera marknadsdomstolen).¹⁷⁶

¹⁷² Eklöf, 1998, s. 398.

¹⁷³ SOU 1951:27 s. 560.

¹⁷⁴ Prop. 1960:167 s. 37.

¹⁷⁵ Prop. 1966:40 s. 179.

¹⁷⁶ Prop. 1977/78:1 Del A s. 330 f.

Målet som åberopades är det så kallade Dubbman-målet¹⁷⁷. I detta mål intog marknadsrådet med utgångspunkt i immaterialrättsliga och konkurrensrättsliga förarbeten ståndpunkten att det är möjligt att ingripa med konkurrensbegränsningslagstiftningen som stöd även mot konkurrensbegränsningar som faller inom patenträttens ram. Ett i och för sig rättsenligt utnyttjandet av patent som grundar sig i den legala ensamrätten kan vara förbjudet om det innebär konkurrensbegränsningar med längre gående verkan än vad som får anses rättfärdigat av patenträtten. Marknadsrådet fann därför i målet att kvoteringsbestämmelser i ett patentlicensavtal var otillåtna trots att sådana begränsningar ansågs ligga inom ramen för patentskyddet.

På upphovsrättens område sägs det i en proposition om rättsligt skydd för databaser att det måste finnas en rimlig balans i ensamrätten. I upphovsrättslagen har det gjorts en avvägning mot allmänna intressen vid införandet av reglerna som begränsar upphovsrättsinnehavarens ensamrätt i olika situationer. Förutom dessa begränsningar konstateras det i denna proposition att begränsningar även kan följa av annan lagstiftning. Som exempel på sådana lagar nämns konkurrenslagen och rättegångsbalken.¹⁷⁸ Detta resonemang upprepas i förarbetena till ändringar i upphovsrättslagen från 1997 där det sägs att ”Sålunda hindrar inte upphovsrätten tillämpning av konkurrenslagstiftningen...”¹⁷⁹. Det sägs dock inte någonting om varför konkurrenslagen kan begränsa ensamrätten som ges av upphovsrättslagen.

Inställningen som uttrycks i förarbetena till konkurrenslagen verkar till större del än de immaterialrättsliga förarbetena vara inspirerad av EG-rättens utgångspunkt att skilja mellan restriktioner som håller sig inom de olika immaterialrätternas så kallade essens och sådana som går utanför den ramen.¹⁸⁰ Konkurrenslagens 6 och 19 §§ är hämtade från artiklarna 81 och 82 i Fördraget.¹⁸¹ Enligt förarbetena påverkar inte förbudet i 6 § avtal som endast gäller överlåtelse eller upplåtelse av immaterialrättigheter mot ersättning. Först när avtal innehåller villkor som går ”... längre än vad som är nödvändigt för att trygga utnyttjandet av rättigheten som sådan”¹⁸² kan det bli fråga om förbud. Vidare sägs det att konflikter mellan konkurrenslagen och den immaterialrättsliga lagstiftningen bör lösas i rättsutvecklingen genom att hänsyn tas till reglernas respektive syften. Det sägs att man då bör sträva efter att närma sig EG-rätten, men att eftersom Fördraget har en överordnade ställning till nationell immaterialrätt är full överensstämmelse kanske inte möjlig att uppnå.¹⁸³ Kanske kan detta uttalande tolkas så att den svenska

¹⁷⁷ MD 1972:7.

¹⁷⁸ Prop. 1996/97:111 s. 14.

¹⁷⁹ Prop. 1996/97:129 s. 7.

¹⁸⁰ Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm, 1996, s. 74.

¹⁸¹ Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 6 uppl. Stockholm, 2000, s. 406.

¹⁸² Prop. 1992/93:56 s. 70.

¹⁸³ Prop. 1992/93:56 s. 70 f.

konkurrensrätten till skillnad från den EG-rättsliga inte ligger på en högre normhierarkisk nivå än den svenska immaterialrätten.¹⁸⁴

6.2 Slutsatser för Sverige

Konkurrenslagen kan enligt sina förarbeten inte användas för att begränsa själva ensamrätten som immaterialrätten ger. Tanken med de immaterialrättsliga lagarna är att de skall innefatta en avvägning i förhållande till allmänna intressen. Lagen kan emellertid användas för att motverka klara missbruk vid utövandet av immateriella ensamrätter. I vissa situationer kan alltså utövandet av en immaterialrätt anses konkurrensbegränsande och stoppas av konkurrenslagstiftningen även enligt svensk rätt.¹⁸⁵

I de immaterialrättsliga lagarnas förarbeten tas det närmast för givet att den ensamrätt som de beviljar kan begränsas av konkurrenslagen. Det sägs emellertid inte någonting om varför konkurrensrätten har företräde.

Den svenska inställningen till konflikten mellan konkurrensrätt och immaterialrätt verkar följa den EG-rättsliga synen. Utgångspunkten i konkurrenslagens förarbeten sägs vara att konkurrensbegränsningar som är nödvändiga för att trygga utnyttjandet av den immaterialrättsliga ensamrätten som sådan är tillåtna. Denna inställning ger intrycket av att det finns en skyddad kärna av immaterialrätten som konkurrensrätten inte rör. Inom EG-rätten har det dock som vi har sett visat sig att Domstolen i vissa situationer kan bedöma att omständigheterna är så speciella att rättigheter som den själv har sagt tillhör grunddelarna av immaterialrätten inte kan utövas utan att det strider mot konkurrensreglerna. Enligt förarbetena till den svenska konkurrenslagen bör gränsen mellan rättsområdena dras närmare genom rättstillämpningen och vid denna gränsdragning bör EG-rätten stå som förebild. Därför är det kanske inte otänkbart att det även inom svensk rättspraxis dyker upp ett fall där utövande av kärnan i immaterialrätten, rätten att hindra andra från att få tillgång till den skyddade produkten, förbjuds av konkurrensrätten därför att omständigheterna i fallet är speciella. Man skall dock inte glömma uttalandet i konkurrenslagens förarbeten att full överensstämmelse mellan den svenska och EG-rättsliga lösningen på konflikten kan begränsas av att EG-rätten har företräde framför nationell rätt och detta kan innebära lösningar som inte är möjliga i den helt svenska rätten.

¹⁸⁴ Pehrson, Lars, *Förhållandet mellan immaterialrätten och konkurrensbegränsningsrätten inom EG, EES och Sverige*, i Vennebog til Mogens Koktvedgaard, redaktör Marianne Levin, Stockholm, 1993, s. 385-401, s. 401.

¹⁸⁵ Koktvedgaard och Levin, 2000, s. 22 f.

7 Teorier om lösningar

7.1 Inledning

Som vi har sett finns det olika åsikter om hur långt Domstolen verkligen har gått i utövandet av EG-rättens konkurrensreglerna i förhållande till immaterialrätten. Olika tolkningar av fallet *RTE & ITP mot kommissionen* ger olika svar på hur långt konkurrensrätten har fått begränsa immaterialrätten. Det råder även oenighet angående hur konflikten lämpligast bör lösas.

7.2 Schovsbo

Det finns på det här området flera olika teorier och Jens Schovsbo¹⁸⁶ presenterar i sin bok *Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten* två huvudsakliga alternativ för detta. Ett sätt är att låta konkurrensrätten träda in i konkreta konfliktsituationer och korrigera det immaterialrättsliga skyddet. Han kallar denna metod för *tverfortolkning* som på svenska kan översättas med korstolkning. Den andra metoden är den som han själv förespråkar och den går ut på att man vid lagstiftningen strävar efter att undgå konflikterna så att den konkurrensmässiga avvägningen tas in i de immaterialrättsliga lagarna. Därmed uppstår inte frågan om ifall och hur långt konkurrensrätten skall få tillämpas innanför immaterialrätten. Den här metoden kallar han för internalisering.¹⁸⁷

Enligt Schovsbo är utgångspunkten inom EG-rätten att immaterialrätten har företräde framför konkurrensrätten och att konkurrensmyndigheterna får acceptera immaterialrätten som den är. Det gäller både immaterialrätten som system och dess konkreta konsekvenser i form av innehavarnas utövande. Han menar att den legala ensamrätten i immaterialrätten visar att lagstiftaren tyckt att hänsyn till effektiv konkurrens ur ett kortare perspektiv väger mindre tungt än ökat välbefinnande och effektiviserad konkurrens över en längre tid. Av den anledningen är det inte upp till konkurrensmyndigheterna att åsidosätta denna avvägning och ge konkurrensrätten företräde. Principen om immaterialrättens företräde ger dock enligt Schovsbo inte så mycket konkret vägledning utöver att konkurrensrätten måste tåla ”normalt” utövande av immaterialrätt. Detta synsätt visar sig enligt honom bland annat i Domstolens praxis där det som tillhör immaterialrättens särskilda innehåll inte angrips. Domstolens praxis anser han för övrigt står helt i överensstämmelse med traditionell nationell rätt. Som exempel på det anger han den tidigare amerikanska synen på uppdelning i sådant som ligger innanför respektive utanför patentets område och därför var i sig tillåtet

¹⁸⁶ Adjunkt, lic.jur., LL.M och lektor vid Københavns Universitet.

¹⁸⁷ Schovsbo, 1996, s. 12.

respektive förbjudet. Inom den nordiska rätten ger han som exempel det svenska Dubbman-avgörandet.¹⁸⁸

Schovsbo menar att utgången i *Volvo*-fallet där begäran om tvångslicens avslogs berodde på att Domstolen beaktade immaterialrättens företräde. Fallet innebar emellertid inte att konkurrensrätten ansågs vara utan betydelse eftersom det sades att missbruk enligt artikel 82 kan föreligga i monopolsituationer som beror på förekomsten av en immaterialrätt. Domstolen fastslog enligt honom att tvångslicenser kan komma ifråga. Dock endast under särskilda omständigheter. Immaterialrättens särskilda innehåll är därför enligt honom inte någon absolut gräns utan enbart ett praktiskt sätt att uttrycka att avgörandet av ifall konkurrensrätten kan bli aktuell beror på en konkret avvägning. Utgångspunkten för denna konkreta avvägning är principen om immaterialrättens företräde som visar sig i att normalt utövande av immaterialrätten, som till exempel licensvägran, inte kan orsaka ingrep utan att det krävs något extra.¹⁸⁹

Enligt Schovsbo berodde utgången i *RTE & ITP mot kommissionen* på att det fanns något extra förutom normalt utövande av immaterialrätten. Domstolen slog enligt honom åter fast att normalt utövande inte påverkas och avgörandet var därför enligt honom helt i överensstämmelse med *Volvo*.¹⁹⁰

Domen i *RTE & ITP mot kommissionen* visar enligt Schovsbo att avvägningen som ligger till grund för immaterialrättens ensamrätt under vissa omständigheter inte gäller. I sådana situationer fungerar konkurrensrätten som ett externt och efterföljande korrektionsmedel. I allmänhet uppstår det inte enligt honom några problem vid lösningen av konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt. Däremot kan det bli svårigheter att göra avvägningen som ju baseras på att konkurrensrätten måste tåla normalt utövande av immaterialrätten i fall där marknadsvillkoren är skeva. I *RTE & ITP mot kommissionen* förelåg sådana skeva marknadsvillkor därför att de skyddade listorna innehöll grundläggande information. I *Volvo* berodde skevheten på behovet av kompatibilitet mellan reservdelarna och bilmodellerna. I sådana fall där marknadsvillkoren inte är normala och där skevheten utmynnar i ett missbruk drar sig Domstolen enligt honom inte för att låta konkurrensreglerna slå igenom.¹⁹¹

Schovsbo är av den uppfattningen att utvecklingen inom EG-rätten går mot ett mer väldefinierat och precist immaterialrättsskydd som är baserat på konkurrensrättsliga överväganden. Han tycker att den bästa rättstekniska lösningen för detta är att internalisera konkurrensrätten i immaterialrätten och pekar på några exempel där EG-rätten vid harmonisering av

¹⁸⁸ Schovsbo, Jens, *Som skabt for hinanden Immaterial- og konkurrenceretlig beskyttelse af kompatible produkter*, NIR 1997, s. 16-47, s. 21 f.

¹⁸⁹ Schovsbo, 1997, s. 22 f.

¹⁹⁰ Schovsbo, 1997, s. 23 f.

¹⁹¹ Schovsbo, 1997, s. 24.

immaterialrättens regler använt sig av den metoden.¹⁹² I de gränsområden med skeva marknadsförhållanden där konflikten uppstår anser han att den bästa lösningen är internalisering.¹⁹³ Ingrepp av konkurrensrätten genom till exempel tvångslicenser bör enligt honom begränsas till sådana extraordinära fall av missbruk av den immaterialrättsliga ensamrätten som han tycker att *RTE & ITP mot kommissionen* var exempel på. Han opponerar sig starkt emot att konkurrensrättsliga tvångslicenser tillåts ingå som ett bärande och allmänt led i regleringen av immaterialrätter.¹⁹⁴

7.3 Govaere

Doktor Inge Govaere¹⁹⁵ representerar en åsikt för hur konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt bör lösas som skiljer sig från Schovsbos. Hon anser att *RTE & ITP mot kommissionen* kan ha öppnat dörren för orättfärdiga begränsningar av immaterialrätten i framtiden. Detta beror enligt henne på Domstolens oklara motivering av slutsatsen i *RTE & ITP mot kommissionen*. Det hade varit bättre att klart påpeka att det var det immaterialrättsliga skyddet i fallet som inte var motiverat istället för att hävda att utövandet under omständigheterna stred mot artikel 82. Hon förespråkar användandet av ett funktionalitetstest istället för uppdelningen i existens och utövande av immaterialrätter.¹⁹⁶

Enligt Govaere används det inom EG-rätten tre alternativa metoder för att komma till rätta med de negativa effekterna av potentiella missbruk av immaterialrätter. Metoderna är lagstiftning, tillämpning av konkurrensreglerna och användning av reglerna för varors fria rörlighet. Hon tycker emellertid att alla dessa metoder har väsentliga brister och presenterar därför ett funktionalitetstest som en bättre alternativ lösning.¹⁹⁷

Lagstiftningsalternativet är enligt Govaere det bästa av de tre använda metoderna. Vid harmonisering av de immaterialrättsliga lagarna kan hänsyn tas till konkurrensmålen så att avvägningen till stor del görs i lagstiftningen och konflikter därmed undviks. I viss utsträckning håller hon alltså med i Schovsbos resonemang kring fördelarna med internalisering. Konkurrensreglerna förlorar inte helt sin betydelse med den här metoden men de skall bara träda in då utövandet av immaterialrätten får exceptionella och oförutsedda negativa effekter. Hon menar dock att det finns ett betydande problem med metoden och det är att medlemsstaterna traditionellt sett visat sig ovilliga att överlämna sin suveränitet att lagstifta på området till gemenskapen. I väntan på harmonisering anser hon att det tillåtna i

¹⁹² Schovsbo, 1996, s. 273.

¹⁹³ Schovsbo, 1997, s. 25.

¹⁹⁴ Schovsbo, 1996, s. 275.

¹⁹⁵ Professor vid Universiteit Gent i Belgien.

¹⁹⁶ Govaere, 1996, s. 149 f.

¹⁹⁷ Govaere, 1996, s. 299.

utövandet av immaterialrätten avgörs nästan helt av Domstolens inställning i förhållande till reglerna om konkurrens och varors fria rörlighet.¹⁹⁸

Govaere hävdar att Domstolens metod att göra skillnad mellan immaterialrätters utövande respektive existens där endast utövandet kan begränsas inte egentligen ger några svar. Gränsen är oklar därför att kopplingen mellan existens och utövande är så stark. Formellt sett kan Domstolen bibehålla immaterialrättens existens samtidigt som den töms på innehåll därför att utövandet inte tillåts. Exempel på detta är enligt henne fallen *Consten Grundig* och *RTE & ITP mot kommissionen*.¹⁹⁹

Hon anser att Domstolen vid första anblicken verkar hålla med de som hävdar att avvägningen mellan konkurrenshänsyn och immaterialrättens exklusiva rättigheter görs redan vid stiftandet av immaterialrättens regler. Därför är det bara sådana begränsningar av konkurrensen som inte finns inneboende i rättigheterna eller är nödvändiga för att skydda deras funktion som kan stoppas av konkurrensreglerna. Huvudregeln är att avtal som gäller essensen i immaterialrätten inte bryter mot artikel 81.1 och att det krävs något ytterligare element utom normalt utövande av exklusiviteten för att artikel 82 skall vara tillämplig. Ser man närmare på konkreta fall menar hon emellertid att det inte går att säga vad som är essensen som skyddas i immaterialrätten och inte heller vad det krävs för ytterligare element för att dess utövande skall vara missbruk. Den formella uppdelningen mellan existens och utövande gör att det blir svårt att förutse vad som är tillåtet och inte. Domstolen har istället för att klargöra gränserna valt att avgöra från fall till fall hur långt utövandet av immaterialrätter får gå. Enligt Govaere fanns det inte i *RTE & ITP mot kommissionen* något ytterligare konkurrensbegränsande handlande utöver utövandet av det särskilda innehållet i immaterialrätten. Hon tycker att det är beklagligt att Domstolen inte bekräftade Förstainstansrättens resonemang om upphovsrättens funktion i *RTE & ITP mot kommissionen*. De hade varit bättre att motivera TV-bolagens skyldighet att licensiera med att utövandet av upphovsrätten för TV-listorna inte gjordes i enlighet med upphovsrättens funktion än att hänvisa till speciella omständigheter eller att överföra *essential facilities* doktrinen till immaterialrättens område. Det största felet i Domstolens attityd är enligt henne att den förbiser att förhållandet mellan konkurrensrätten och ensamrätten redan vägts in i det immaterialrättsliga skyddet. Immaterialrätten har redan de begränsningar som behövs för att uppehålla tillräckligt med konkurrens genom till exempel reglerna om begränsning i tid, krav på offentliggörande och möjligheter till tvångslicenser. Därför behövs inte *essential facilities* doktrinen för att förklara utgången i *RTE & ITP mot kommissionen*. Det skulle räcka att säga att Domstolen följde Förstainstansrättens resonemang om att bolagens utövande av skyddet gick utöver det upphovsrättsliga skyddets funktion.

¹⁹⁸ Govaere, 1996, s. 300 f.

¹⁹⁹ Govaere, 1996, s. 302.

Upphovsrätten är nämligen inte ämnad att skydda idéer eller fakta, utan enbart att skydda formen genom vilken idén uttrycks.²⁰⁰

Govaere presenterar en alternativ metod för att lösa konflikten. Hon menar att Domstolen bör överge åtskillnaden mellan existens och utövande och istället göra en bedömning av ifall den aktuella immaterialrätten har dels beviljats, dels utövats i enlighet med den specifika rättighetens funktion. Endast i de fall då beviljandet eller utövandet inte kan motiveras utifrån behovet av att skydda den specifika rättens funktion bör beviljandet eller utövandet stoppas av reglerna för varors fria rörlighet respektive konkurrensreglerna²⁰¹. Denna metod skulle enligt henne göra reglerna förutsebara och dessutom erkänna immaterialrätternas fulla värde i EG-rätten.²⁰²

7.4 Anderman

Ett tredje alternativ för bästa lösning på konflikten mellan konkurrensrätt och immaterialrätt inom EG-rätten läggs fram av Steven Anderman²⁰³ i hans bok *EC competition law and intellectual property rights*. Hans uppfattning är att gränserna för immaterialrätten sätts och bör sättas av konkurrensrätten och han håller inte med de som anser att konkurrensreglerna går för långt.²⁰⁴ Anderman tycker inte att Domstolens attityd till konflikten är otydlig eller att det är svårt att avgöra enligt vilka regler Domstolen drar gränsen mellan tillåtet och otillåtet utövande av immaterialrätter. Enligt honom står det klart vid en grundlig genomgång av Domstolens praxis att gränsen dras med hjälp av Fördragets konkurrensregler och att Domstolen sedan länge slagit fast att förbuden i artikel 81 och 82 ger ovillkorliga restriktioner för utövandet av immaterialrätter. Han menar att Domstolen genomgående hållit fast vid att när regelverken kommer i konflikt med varandra måste utövandet av immaterialrätterna böja sig för konkurrensreglerna. Grunden för detta synsätts lades enligt honom i *Consten Grundig* och det bekräftades i *RTE & ITP mot kommissionen*. Det finns inte någon kärna av tillåtet utövande av immaterialrätt. De yttre gränserna för vad som är tillåtet sätts av konkurrensreglerna.²⁰⁵

Han tycker inte att konkurrensreglernas begränsning av vad som är tillåtet utövande av immaterialrätter underminerar syftet med immaterialrätten att

²⁰⁰ Govaere, 1996, s. 302 ff.

²⁰¹ När det gäller beviljandet av immaterialrätter enligt medlemsstaternas nationella lagar är det inte konkurrensreglerna utan reglerna om varors fria rörlighet som är aktuella för att bedöma ifall reglerna får otillåten effekt på den gemensamma marknaden. Frågan om när sådana regler kan angripas av EG-rätten faller utanför denna framställning. Govaeres teori går emellertid ut på att både konkurrensrätten och reglerna om varors fria rörlighet bör användas för att komma till rätta med oönskade effekter av immaterialrätten.

²⁰² Govaere, 1996, s. 312 f.

²⁰³ Professor vid University of Essex i Storbritannien.

²⁰⁴ Anderman, 1998, s. 246.

²⁰⁵ Anderman, 1998, s. 9 ff.

vara ett system för belöning och incitament för investeringar i forskning och utveckling. En anledning till detta är att konkurrensreglerna endast begränsar utövandet av immaterialrätter under exceptionella omständigheter. Innehavet av en immaterialrätt medför inte i sig att företaget anses inta en dominerande ställning på marknaden. Det är vidare tillåtet för ett företag att uppnå dominans genom användning av immaterialrättsligt skydd så länge det håller sig på den skyddade produktens marknad. Begränsningarna av utövandet sker enligt honom först då immaterialrättsinnehavaren har ett *de facto* monopol. Då skiljer man inte mellan immaterialrätter och andra tillgångar som är så kallade *essential facilities*. Ägaren av sådana nödvändiga resurser måste handla med aktörer på andrahandsmarknaden. Tillämpningen av *essential facilities* doktrinen behöver enligt Anderman inte alls resultera i att incitamenten för forskning och utveckling minskar. Doktrinen gäller endast beteende på andrahandsmarknaden och denna marknad är enligt honom en biprodukt till det verkliga incitamentet som är belöningen som erhålls på förstahandsmarknaden. Dessutom ställer reglerna krav på att innehavaren av immaterialrätten får skälig ersättning för att dela med sig av sin nödvändiga resurs.²⁰⁶

Han håller inte heller med de som hävdar att konkurrensreglernas begränsningar utesluter att full uppskattning ges åt immaterialrättens värde. Konkurrensreglernas gränser syftar enligt honom till att stoppa otillbörlig utsträckning av marknadskraften till andra marknader än den skyddade produktens. Det är alltså fortfarande marknadskrafterna som avgör immaterialrättens värde på förstahandsmarknaden.²⁰⁷

Anderman har även invändningar mot argumentet att immaterialrättens regler själva innehåller avvägningen mellan vikten av att möjliggöra marknadstillträde och behovet av belöning för skapande och kreativitet. Det är enligt honom överdrivet optimistiskt att förvänta sig att de immaterialrättsliga lagarna själva kan reglera utövandet av immaterialrätter så uttömmande att de i tillräcklig utsträckning beaktar allmänna samhällsintressen och i synnerhet behovet av en effektiv konkurrens. Reglerna för beviljande av immaterialrätter tar nämligen inte hänsyn till den sökandes marknadsstyrka eller uppfinningen eller verkets kvalitet mer än att minimikraven för skydd skall vara uppfyllda. Vidare görs det inte någon noggrann bedömning av balansen mellan fördelar och nackdelar för samhället som skyddet innebär i det enskilda fallet. Dessutom ger reglerna oftast en standardtid för skyddet som gäller alla som uppfyller kraven för den aktuella immaterialrätten. Han tycker att immaterialrättslagarnas utgångspunkt att ersättningen till innehavaren av rätten lämpligast bestäms av marknaden förutsätter att det verkligen finns en marknad som reglerar ersättningen. Eftersom immaterialrätter kan medföra mycket stor marknadsstyrka blir det i sådana fall istället den styrkan som avgör värdet

²⁰⁶ Anderman, 1998, s. 246 ff.

²⁰⁷ Anderman, 1998, s. 248.

och inte själva uppfinningen. Immaterialrättens regler kan inte säkerställa att marknadskrafterna på en marknad fungerar.²⁰⁸

Han håller dock med om att immaterialrättens regler kan ta hänsyn till och reglera utrymmet för skyddet så att tillgång till marknader och uppfinningar säkras, till exempel genom regler om tvångslicenser och krav på att tekniska lösningar inte utnyttjas för att stänga ute konkurrenters alternativa lösningar därför att de inte kan användas på huvudprodukten.²⁰⁹

Slutligen betonar han att möjligheter till marknadstillträde också utgör ett viktigt incitament för forskning och utveckling. Balansen mellan immaterialrättsligt skydd och starka konkurrensregler är viktig för att möjliggöra spridning av teknologier som enligt honom kan begränsas av för starka immaterialrättsliga skydd.²¹⁰

7.5 Sammanfattning

De tre teorier som presenteras här om hur konflikten bör lösas är förstås bara exempel på olika lösningar som förespråkas av olika personer. De belyser emellertid enligt min mening hur olika inställningarna till konflikten kan vara och säkert ofta är.

Enligt Schovsbo kan man undvika att konflikten uppstår i de flesta situationerna genom att avvägningen av de två regelverkens hänsyn tas in i immaterialrättens regler och att domstolarna erkänner att avvägningen redan är gjord. Endast i fall med mycket speciella omständigheter bör enligt honom konkurrensreglerna få korrigera skyddet i immaterialrätten. Govaere håller i viss mån med Schovsbos i att internalisering är en bra lösning men är inte lika positiv till att problemen verkligen kommer kunna lösas på den vägen. Hon förespråkar därför att domstolarna gör ett funktionalitetstest där de avgör ifall beviljandet eller utövandet av immaterialrätten i det konkreta fallet står i enlighet med den aktuella immaterialrättens funktion. Anderman är ännu mer skeptisk än Govaere till det möjliga i att undvika konflikten genom immaterialrättens regler. Hans inställning är istället att det är nödvändigt att konkurrensreglerna tillåts sätta gränserna för utövandet av immaterialrätten för att de för de två regelverken gemensamma målen att uppmuntra forskning och utveckling skall upprätthållas. Enligt honom kan inte de immaterialrättsliga reglerna ensamma beakta och försäkra att tillräcklig hänsyn tas till viktiga samhällsintressen och däribland betydelsen av en effektiv konkurrens.

²⁰⁸ Anderman, 1998, s. 248 f.

²⁰⁹ Anderman, 1998, s. 249.

²¹⁰ Anderman, 1998, s. 250 f.

8 Slutsatser

Vi har nu sett hur en effektiv konkurrens utgör ett av målen för gemenskapen och hur artikel 81 anses vara en grundläggande rättslig princip inom EG-rätten. Vi har även sett att Domstolen slagit fast att gemenskapsrätt generellt har företräde framför nationell rätt.

Utgångspunkten inom EG-rätten är att existensen av nationell immaterialrätt inte skall begränsas av konkurrensreglerna. Däremot kan utövandet av rättigheterna vara förbjudna om de används som instrument för att missbruka en dominerande ställning eller ger effekt eller utgör medel för ett avtal som i sig självt är förbjudet. Det finns de som hävdar att det därför finns en kärna av immaterialrätten som inte berörs och att endast i mycket speciella fall tillåts korrigeringar av denna kärna göras med hjälp av konkurrensreglerna. Andra menar att eftersom gränsen mellan vad som är immaterialrättsens existens respektive utövande är så oklar så finns det inte någon sådan kärna av immaterialrätter som inte rörs. Enligt denna uppfattning kan konkurrensrätten i princip begränsa immaterialrätten oavsett hur den utövas om konkurrensen begränsas mer än vad som kan godtas ifrån fall till fall.

Uppsatsen belyser tre situationer där två grundläggande delar av det immaterialrättsliga skyddet utövades. Dessa två grunddelar av immaterialrättsinnehavarens skydd är dels rätten att vara först med att sätta den skyddade produkten på marknaden, dels rätten att exkludera andra från att utnyttja den skyddade teknologin eller resursen.

För utövandet av rätten att först sätta den skyddade produkten på marknaden togs målen *Javico* och *Micro Leader* upp. I båda fallen fann gemenskapsdomstolarna att agerande från företag som gick ut på att skydda rätten och som inte i sig innehöll något mer än detta utövande av immaterialrätten, kunde strida mot artikel 81 respektive 82 därför att omständigheterna i övrigt kan ha varit sådana att det enkla utövandet av den grundläggande rätten stred mot reglerna.

RTE & ITP mot kommissionen visade Domstolens inställning till exklusiviteten i immaterialrätten. Även i detta fall fann Domstolen att trots att företag vid utövandet av immaterialrätter inte går längre än vad som följer av den legala ensamrätten kan sådant utövande vara missbruk av dominerande ställning på grund av omständigheterna i övrigt.

Företagen kan inte vara säkra på att deras agerande inte strider mot konkurrensreglerna därför att det endast är ett utövande av grundläggande delar av immaterialrätten. Istället är det omständigheterna i övrigt som avgör ifall konkurrensreglerna brutits. Min slutsats är därför att det finns situationer inom EG-rätten då konkurrensreglerna begränsar

immaterialrätten och där konkurrensrätten därmed har fått företräde framför immaterialrätten.

För USAs och Sveriges del har vi sett hur attityderna även där är att det inte finns något principiellt hinder mot att konkurrensrätten får begränsa immaterialrätten. I USA har man gått från en hårdare och mer formalistisk inställning till immaterialrättsliga avtal till en mer balanserad sådan där alla ekonomiska effekter av ett avtal tas in i beräkningen vid avvägningen. I samband med detta har man emellertid även lämnat synen på immaterialrätten som immunitetsberättigande. Tidigare ansågs ett avtal vara immunt mot ansvar enligt konkurrensreglerna så länge det höll sig inom immaterialrättens skyddsutrymme. Tog man ett steg utanför var det emellertid förbjudet eftersom målen med immaterialrätt respektive konkurrensrätt ansågs oförenliga och därför kunde endast det som verkligen omfattades av immaterialrättens skydd undgå ansvar. Enligt dagens metod tar man hänsyn till de verkliga effekterna och inte endast till om avtalet formellt hamnar inom eller utanför det immaterialrättsliga skyddet. En effekt av detta är emellertid att det även för avtal som förr ansågs immuna därför att de föll innanför skyddet idag skall göras en avvägning och att de därför kan vara förbjudna.

Som vi har sett var även EG-rätten influerad av det amerikanska synsättet med ett slags immunitet för utövande av immaterialrätter under tiden för kommissionens julbudskap. Denna attityd har alltså övergivits både i EU och USA för en bedömning av ett avtals verkliga effekter på konkurrensen. En skillnad mellan det amerikanska systemet och det EG-rättsliga på den här punkten är att medan man i USA främst tar hänsyn till ekonomiska faktorer vid bedömningen beaktar man inom EG-rätten även målet med integration av de enskilda medlemsstaterna till en gemensam marknad.

Liksom i EU är inte heller vägran att licensiera något absolut tillåtet i USA trots att det i den amerikanska patentlagen står att en vägran att licensiera ett lagligt erhållet patent inte utgör något missbruk av patentet. I åtminstone två fall har som vi har sett amerikanska domstolar funnit att en ren vägran att ge licens till en immaterialrätt kan utgöra ett brott mot konkurrensreglerna och medföra ansvar enligt desamma..

Även den svenska synen är att det saknas en kärna av immaterialrätten som inte påverkas av konkurrensreglerna. I förarbeten och praxis framgår det att även ett utövande av immaterialrätten som håller sig inom det legala skyddet kan strida mot konkurrensreglerna och bör korrigeras av dem. Den svenska konkurrenslagen innehåller regler som är direkt hämtade från artiklarna 81 och 82 i Fördraget och i lagens förarbeten sägs det att den svenska rättstillämpningen bör sträva efter att närma sig den EG-rättsliga när den närmare drar gränsen mellan konkurrensrätten och immaterialrätten.

Vi har även sett hur olika attityderna till konflikten kan vara inom den EG-rättsliga doktrinen. Medan Schovsbo tycker att konflikten i princip kan och

bör undvikas genom internalisering av konkurrensrättsliga hänsyn i immaterialrätten anser Anderman att konkurrensrätten kan och bör få korrigera immaterialrätten när det är nödvändigt. Govaere står för en tredje inställning som innebär att internalisering i lagstiftningen är bra så länge det går men hon är mer skeptisk till att konflikten kan undvikas helt på den vägen. Även hon tycker att konkurrensrätten bör få korrigera immaterialrätten men endast i fall då utövandet av immaterialrätten inte görs i enlighet med immaterialrättens funktion.

Jag tycker att internalisering är en bra lösning på konflikten så långt det går. Det är ju redan så att man vid stiftande av immaterialrättsliga lagar tar hänsyn till motstående samhällsintressen och behovet av uppmuntran och belöning för uppfinnare och upphovsmän vägs mot behovet av att inte ge för långt gående ensamrätter och att bibehålla en effektiv konkurrens. Man har bestämt sig för att låta behovet av effektiv konkurrens på kort sikt vika för de intressen som ligger bakom immaterialrätten där bland annat önskan av effektiv konkurrens på längre sikt ingår. Därför instämmer jag med de som tycker att konkurrensrätten inte bör få gå in och korrigera situationer med konkurrensbegränsningar som redan tagits med i avvägningen för då skulle sådana faktorer få ”väga dubbelt”.

Om de konkurrenshänsyn som motiverar ingrepp i immaterialrätten istället tas i beaktande vid stiftandet av de immaterialrättsliga lagarna slipper man problemet med två regelverk som skall avvägas mot varandra i varje konkret konfliktsituation. För att detta skall fungera i EG-rätten krävs det sannolikt att de immaterialrättsliga reglerna harmoniseras fullt ut. Annars gäller ju principen om EG-rättens företräde och rättsosäkerheten består. Vid harmoniseringen bör alltså de hänsyn till målet med en effektiv konkurrens som krävs vägas in så att reglerna utformas så att det inte skall gå att följa dem och samtidigt bryta mot konkurrensreglerna. Det vore givetvis den bästa lösningen för de enskilda rättighetsinnehavarna som då inte behöver oro sig för att bryta mot konkurrensreglerna. I viss mån är detta nog tillvägagångssättet som används vid den harmonisering av immaterialrätten som sker i gemenskapsrätten.

Som vi har sett finns det emellertid situationer som är så exceptionella att trots att det aktuella avtalet eller den ensidiga åtgärden utgör utövande av det särskilda innehållet i immaterialrätten så anses ingrepp av konkurrensreglerna nödvändigt och motiverat. Det kan uppstå svårigheter med att ta hänsyn till sådana exceptionella fall vid lagstiftningsarbetet. Det är troligen inte möjligt att föreställa sig alla tänkbara fall där en konflikt kan uppstå som motiverar avsteg från den verkliga immaterialrätten. Sådana situationer är ju exceptionella och kommer därför inte upp först i tankarna. Domstolen skulle antagligen med hänvisning till konkurrensrätten som grundläggande mål och rättsprincip se sig motiverad att frångå de harmoniserade immaterialrättsliga reglerna i en situation som inte reglerats i lagen men där ett utövande av den innersta rätten skulle strida mot konkurrensreglerna. Så trots att det är eftersträvansvärt att immaterialrätten

redan på lagstiftningsstadiet noga beaktar och väger in målen med en effektiv konkurrens kommer man nog inte att kunna utesluta alla tänkbara konfliktsituationer i framtiden.

I sådana situationer tror jag att Domstolen kommer låta konkurrensrätten gå före och det kan vara en bra lösning om det är tydligt att immaterialrättens och konkurrensrättens syften annars förfelas därför att de speciella omständigheterna inte tagits i beaktande vid lagstiftningen. Utgångspunkten bör dock enligt min mening vara att immaterialrätterna respekteras och att de konkurrenshänsyn som man anser väger tyngre än syftena med immaterialrätten ges företräde genom begränsningar av skyddet i de immaterialrättsliga lagarna. Det ger rättssäkerhet och gör tillämpningen av reglerna förutsebara för immaterialrättsinnehavarna.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EU

Fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen i konsoliderad version efter Amsterdamfördraget (EG-fördraget).

Kommissionens officiella tillkännagivande om patentlicensavtal, EGT 1962 nr 139/2922 av den 24 december 1962.

Rådets Direktiv 89/104/EEC av den 21 december 1988 om inbördes tillnärmande av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning, EGT 1989 L 40, s.1.

Rådets förordning 17/62/EEG av den 6 februari 1962 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, JO 1962 13/204.

USA

Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 6, 1995. Finns t.ex. på Internet på

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm> (2000-09-18).

The Sherman Act.

35 U.S.C., the Patent Misuse Reform Act of 1988, Pub.L.No. 100-703, 102 stat, 4674 (nov/19/1988).

Sverige

SOU 1951:27 Betänkande med förslag till lag om skydd mot samhällsskadlig konkurrensbegränsning.

Prop. 1960:167 med förslag till varumärkeslag m.m.

Prop. 1966:40 med förslag till patentlag m.m.

Prop. 1977/78:1 om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Prop. 1996/97:111 Rättsligt skydd för databaser m.m.

Prop. 1996/97:129 Ändringar i upphovsrättslagen.

Böcker

Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights The Regulation of Innovation*, New York, 1998.

Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm, 1996.

Gellhorn, Ernest och Kovacic, William E., *Antitrust law and economics in a nutshell*, 4 uppl. USA, 1994.

Govaere, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, London 1996.

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

Korah, Valentine, *Technology Transfer Agreements and the EC competition rules*, Oxford 1996.

Lidgard, Hans Henrik, *Competition Classics Material & cases on European Competition Law and Practises*, Lund, 2000.

Lidgard, Hans Henrik, *Licensavtal i EU*, Stockholm 1997.

OECD report, *Competition policy and intellectual property rights*, Paris, 1989.

Pålsson, Sten och Quitzow, Carl Michael, *EG-RÄTTEN Ny rättskälla i Sverige*, Stockholm, 1993.

Schovsbo Jens, *Grænsefladepørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten*, Danmark, 1996.

Artiklar

Burling, James C., Lee, William F., Krug, Anita K., *The antitrust duty to deal and intellectual property rights*, i Journal of Corporation Law, Spring99, Vol.24 Issue 3, s. 527-553.

Eklöf, Dan, *Konkurrensbegränsningsrätt och immaterialrättslig konventionsreglering*, NIR 1998 s. 391-405.

Gustafson, Åsa och Hoet, Lorelien, *Eco Swiss-målet: några kommentarer*, i ny JURIDIK 4:99, Stockholm, 1999, s. 84-101.

Hovenkamp, Herbert, *Symposium: Intellectual property rights and federal antitrust policy*, i Journal of Corporation Law, Spring99, Vol. 24 Issue 3, s. 477-484.

Lidgard, Hans Henrik, *Konkurrensrätt och parallellimport – Exportförbudsklausuler*, i ERT 2000:2 s. 103-122.

McGowan, David, *Networks and intention in antitrust and intellectual property*, i Journal of Corporation Law, Spring99, Vol. 24 Issue 3, s. 485-526.

Pehrson, Lars, *Förhållandet mellan immaterialrätten och konkurrensbegränsningsrätten inom EG, EES och Sverige*, i Vennebog til Mogens Koktvedgaard, redaktör Marianne Levin, Stockholm, 1993, s. 385-401.

Schovsbo, Jens, *Som skabt for hinanden Immaterial- og konkurrenceretlig beskyttelse af kompatible produkter*, NIR 1997, s. 16-47.

Tom, Willard K. och Newberg, Joshua A, *Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field*, 66 ANTITRUST L.J. 167 (1997), s. 167-229.

Zandra-Symes, Lynda J. och Basista, Joseph J., *Using U.S. Intellectual Property Rights to Prevent Parallel Imports*, i [1998] E.I.P.R. 219-225.

Rättsfall och kommissionsbeslut

EU

Kommissionsbeslut

Kommissionens beslut 1964/566/EEG, *Grundig-Consten*, den 23 september 1964, JO 161/2545.

Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill TV Guide Limited mot Independent Television Publication Limited, British Broadcasting Corporation & Radio Telefis Eireann (Magill)*, 21 december 1988, EGT 1989 L 78/43, [1989] 4 CMLR 757.

Domar från Förstainstansrätten

Mål T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen (Tetra Pak I)*, 10 juli 1990, [1990] ECR II-309, [1991] 4 CMLR 122.

Mål T-69/89, *Radio Telefis Eireann mot kommissionen*, 10 juli 1991, [1991] ECR II-485, [1991] 4 CMLR 586.

Mål T-70/89, *The British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Limited mot kommissionen*, 10 juli 1991, [1991] ECR II-535, [1991] 4 CMLR 669.

Mål T-76/89, *Independent Television Publications Limited mot kommissionen*, 10 juli 1991, [1991] ECR II-575, [1991] 4 CMLR 745.

Mål T-198/98, *Micro Leader Business mot Kommissionen*, 16 december 1999, [1999] ECR II-3989.

Domar från EG-domstolen

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

Förenade målen 56/64 och 58/64, *Établissement Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen (Consten Grundig)*, 13 juli 1966, [1966] ECR 429, [1966] CMLR 418.

Mål 24/67, *Parke, Davis & Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm (Parke Davis)*, [1968] ECR 55, [1968] CMLR 47.

Mål 78/70, *Deutsche Grammophon mot Metro*, 8 juni 1971, [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631.

Förenade målen 6 och 7/73, *Itituto Chemioterapico Italiano & Commercial Solvents Corp. mot kommissionen*, 6 mars 1974, [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

Mål 258/78, *Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen*, 8 juni 1982, [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278.

Mål 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen*, 9 november 1983, [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282.

Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, 3 juli 1991, [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215.

Mål 238/87, *AB Volvo mot Erik Veng (U.K.)*, 5 oktober 1988, [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122.

Förenade målen C-241 och 242/91 P, *Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Ltd. mot kommissionen*, 6 april 1995, [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718.

Mål C-306/96, *Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (Javico)*, 28 april 1998, [1998] ECR I-1983.

Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (Silhouette)*, [1998] ECR I-4799, [1998] 2 CMLR 953.

Mål C-126/97, *Eco Swiss mot Benetton*, 1 juni 1999, [1999] ECR 3055.

Generaladvokatsyttrande

Förenade målen C-241 och 242/91 P, *Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Ltd. mot kommissionen*, 6 april 1995, [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718. Generaladvokatens yttrande av den 1 juni 1994.

USA

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 504 U.S. 451 (1992).
Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co. 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

Integrgraph Corp. v. Intel Corp. 3 F. Supp. 2d 1255, 1279 (N.D. Ala. 1998).

Sverige

MD 1972:7.