



LUND UNIVERSITY

Konkurrensrättsligt intrång i immaterialrättsskyddat område

Lidgard, Hans Henrik

Published in:
Festskrift till Marianne Levin

2008

Document Version:
Manuskriptversion före sakkunniggranskning

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Lidgard, H. H. (2008). Konkurrensrättsligt intrång i immaterialrättsskyddat område. I A. Bakardjieva Engelbrekt (Red.), *Festskrift till Marianne Levin* Norstedts Juridik AB.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Konkurrensrättsligt intrång i immaterialrättsskyddat område

av Hans Henrik Lidgard*

Inledning

Astra- och Microsoft-fallen väntar på avgöranden i Förstainstansrätten. Bägge väcker viktiga principfrågor i skärningspunkten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt.

Astra¹ har fällts av kommissionen för att företaget missbrukat sin dominerande ställning. Med tveksamma och delvis felaktiga uppgifter har Astras ”blockbuster” Losec fått ett förlängt patentskydd. Trots insikt tvekade inte Astra att åberopa skyddet i flera intrångsprocesser för att hålla generisk konkurrens stången.

Microsoft² har enligt kommissionen använt sin superdominanta, upphovsrättsligt skyddade ställning för sitt operativsystem till att kontrollera marknaden för accessoriska produkter – speciellt nätverksservrar och mediaspelare. Med olika metoder har Microsoft vägrat andra utvecklare av mjukvaruprogram tillgång till den gränssnittsinformation, som behövs för att konkurrenternas produkter på ett effektivt sätt skulle kunna konkurrera med Microsofts egen programvara och blockerat marknaden för mediaspelare.

I båda fallen har kommissionen ålagt företagen höga, t.o.m. rekordhöga, böter³ och beslutet mot Microsoft är dessutom förenat med en serie ålägganden för att säkra konkurrensen på framtida marknader. Fallen väcker olika viktiga frågor och utgången av målen är ingalunda självklar. De ger också anledning att mer allmänt fundera över relationen mellan immaterialrättsskydd och konkurrensrätt.

* Hans Henrik Lidgard, professor civilrätt, Lunds Universitet. Artikeln färdigställdes i juli 2007. Efter att artikeln färdigställts har Förstainstansrätten meddelat dom i mål T 201/04 av den 17 september 2007. I allt väsentligt bekräftar domstolen kommissionens materiella beslut, utan att därmed ta ställning till kommissionens teori om ”balanserade avvägningar”.

¹ EU-kommissionen, beslut COMP/A 37.507/F3, *Astra Zeneca*, 15 juni 2005, EGT 2006 L 332/24.

² EU-kommissionen, beslut COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, 24 mars 2004, EGT 2007 L 32/23.

³ Astra erhöll sammanlagt 60 mEUR medan Microsoft hittills erhållit böter med 497,2 mEUR i första omgången och 280,5 mEUR i ett uppföljningsbeslut.

Amerikansk doktrin⁴ och rättspraxis⁵ har sedan början på 1990-talet hävdats att konflikten mellan immaterialrätt, som förlämnar temporära ensamrätter och konkurrensrätt, som kräver fri tävlan mellan marknadens aktörer, inte existerar. Rättsområdena samverkar för att säkra en dynamisk samhällsutveckling byggd på innovationer och nytänkande i kontrast mot det äldre, mer formella synsättet. 1900-talet hade präglats av en ständig dragkamp mellan de två rättsområdena och inställningen till vilket som var att betrakta som mer betydelsefullt varierade över tiden beroende på politiska bedömningar om det var skydd för nyutveckling eller konkurrens som skulle sättas främst.⁶

Efter de två kommissionsbesluten, som främst värnar om konkurrensen (ev. konkurrenterna), kan man fråga sig om den moderna ekonomiska analysen fortfarande håller. Samverkar rättsområdena eller står de trots allt fortfarande i ett motsatsförhållande? Behöver den ekonomiska analysen omprövas eller förfinas? Med denna studie, som framför allt bygger på gemenskapsrättsliga och amerikanska rättskällor,⁷ vill jag pröva hur eventuella konflikter mellan immaterialrätt och konkurrensrätt ska hanteras från en juridisk utgångspunkt.

I det följande diskuteras först om legala, rättshierarkiska överväganden ger anledning att ge det ena rättsområdet företräde framför det andra vid en konflikt. Om denna distinktion inte ger utslag, blir frågan om enligt traditionellt synsätt nyare lagstiftning ska ha företräde och vad det leder till för resultat. Ytterligare en traditionell juridisk tolkningsparameter är om den ena lagstiftningen kan anses vara en speciallag i förhållande till den andra? Frågan måste också ställas om immaterialrätten ”internaliserar” aspekter från konkurrensrätten och därmed utesluter alla väsentliga konflikter eller om trots allt vissa situationer ytterst måste lösas med tillgrepp av konkurrensrätten. Avslutningsvis tillämpas resonemanget på de två aktuella kommissionsbesluten.

⁴ *Bingaman, A.K.*, (tidigare assistant attorney general vid antitrust division U.S. Department of Justice) Antitrust, innovation and intellectual property, anförande vid Stanford Law School den 7 oktober 1994, publicerat på Justice Departments hemsida [fn. 7](#), *Anthony, S.F.*, (tidigare Commissioner vid Federal Trade Commission) Antitrust and intellectual property law: From adversaries to partners, *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, nummer 1, s. 1.

⁵ Tidiga antydningar i denna riktning ges t.ex. i två avgöranden från Federal Circuit: *LOCTITE CORP. v. ULTRASEAL CORP.*, 781 F.2d 861 (Fed. Cir. 1985) och *ATARI GAMES CORP. v. NINTENDO OF AMERICA, INC.*, 897 F.2d 1572 (Fed. Cir. 1990).

⁶ Se *Bingman*, fn. 4.

⁷ Jag har i denna uppsats särskilt penetrerat Kommissionens diskussionspromemoria från december 2005, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses tillgängligt på http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html och U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade comm'n, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007), www.usdoj.gov/atr/public/hearing/ip/222655.pdf, samt anföranden av representanter för Justice Department, som visar på en fortlöpande utveckling under de senaste årtiondena, tillgängliga på <http://www.usdoj.gov/atr/pubdocs.html>.

Har lagarna olika rang?

Den första fråga man måste ställa sig är om immaterialrättens eller konkurrensrättens respektive legala status ger det ena systemet företräde framför det andra. Finns det hierarkiska skillnader, som gör att vid en konflikt det ena systemet ska styra det andra.

Immaterialrättens rational är att belöna en rättsinnehavare med en tidsbegränsad ensamrätt. Även intellektuella prestationer ska belönas, samtidigt som samhället kräver sin tribut genom att prestationen görs tillgänglig. Den immateriella äganderätten kan jämföras med materiell äganderätt. Den amerikanska konstitutionen understryker betydelsen genom att ge kongressen fullmakt:

to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.⁸

Konkurrensrätten stöds också av fundamentala resonemang. I en konkurrensutsatt marknadsekonomi förutsätts att spelet ska vara rent och att kampen mellan de kommersiella intressena inte ska störas av konkurrensbegränsande avtal, missbruk av marknadsmakt eller strukturella förändringar. Likaså ska snedvridande statliga stödåtgärder eller fördelar för statskontrollerade monopol undanröjas. Denna inställning har kommit till uttryck i amerikansk rätt⁹ och i gemenskapsrätten fungerar artikel 81 i EG-fördraget, som förbjuder konkurrenssnedvridande avtal, som

a *fundamental provision* which is *essential* for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market.¹⁰

Med stöd av EG-domstolens dom i klassiska *Consten/Grundig*¹¹ skulle det kunna hävdas att i den europeiska rättsordningen har konkurrensrätten, som kommit till uttryck i fördragstexten, en högre rang än immaterialrätten. Domstolen uttalade att bestämmelsen i artikel 295, som klargör att fördraget inte ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordning¹², inte förhindrar tillämpningen av gemenskapsrätten när det är frågan om *utövande* av den nationella immaterialrätten och inte dess *existens*. Vid konflikt ska gemenskapsrätten ha företräde. *Consten/Grundig* är dock ett tidigt fall där parallellimportproblematiken löstes med stöd av

⁸ Den amerikanska konstitutionen, artikel I, § 8.

⁹ "Antitrust law in general and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free enterprise system as the Bill of Rights is the protection of our fundamental personal freedoms." *UNITED STATES v. TOPCO ASSOCIATION*, 450 US 596, 610 (1972).

¹⁰ EG-domstolen, mål C-126/97, *Eco/Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, 1 juni 1999, [1999] REG I-3055 (italic tillfogad).

¹¹ EG-domstolen, förenade mål 56 and 58-64, *Etablissements Consten S.a.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot EU-kommissionen* ("*Consten/Grundig*"), 13 juli 1966, REG [1966] 429.

¹² Artikel 295 stipulerar att "Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning."

konkurrensreglerna. Modellen har därefter övergivits till förmån för tillämpning av artiklarna 28 och 30 i fördraget.

Å andra sidan kan det med fog hävdas att immaterialrätten, liksom annan äganderätt, är alltför viktig för att omfattas av Romfördragets ursprungliga bestämmelser. Suveräniteten att reglera och bedöma äganderätsfrågor bibehålls på den nationella nivån. Romfördragets artikel 30 undantar dessutom kommersiell och industriell äganderätt från fria varurörelser, men med förbehållet att de nationella reglerna inte fungerar på ett diskriminerande sätt eller som en dold handelsbegränsning. Nationell lagstiftning bygger på internationella överenskommelser som t.ex. Paris- och Bernkonventionerna eller TRIPS-avtalet.¹³ Dessa internationella förpliktelser ger viktigt tolkningsunderlag för att bedöma immaterialrättsliga spörsmål. Immaterialrättens starka ställning förtydligas numera av EGs sekundärrätt,¹⁴ med en skyldighet att genomföra en korrekt implementering och av EG-domstolens tolkningsföreträde.

Det finns således stöd för att bägge regelkomplexen har en fundamental karaktär, utan att de därmed kan jämföras med grundlag. Nationell suveränitet över äganderätsfrågor och internationella förpliktelser måste respekteras vid tolkning av immaterialrätten. Konkurrensrätten stöds av fördragets principer¹⁵ och EG-domstolens uttalanden. Ett lagtekniskt resonemang grundat på reglernas inbördes hierarkiska ordning ger knappast det ena rättsområdet större tyngd än det andra. De är bägge viktiga och konflikter får lösas med andra medel.

¹³ 1883 års Pariskonvention (industriell och kommersiell äganderätt) senast reviderad 1979 och 1886 års Bernkonvention (upphovsrätt) senast reviderad 1971 och 1994 års TRIPSavtal (immaterialrätt).

¹⁴ T.ex. Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar ("1989 års Varumärkesdirektiv"), EGT 1989 L40/1 och Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken ("1994 års Varumärkesförordning"), EGT 1994 L 11/1.

¹⁵ I detta sammanhang kan det var värt att notera att regeringschefernas förslag till ett "reformerat fördrag" av den 23 juni 2007 inverkar på bedömningen av konkurrensrättens ställning i gemenskapsrätten. På fransk begäran har målparagrafen i artikel 2 ändrats genom att hänvisningen till "free and undistorted competition" strukits. I en artikel 3.1 hänvisas enligt förslaget "bara" till "a highly competitive market economy" med en protokollsanteckning om att artikel 3 avser att också täcka ett system som motverkar snedvridning av konkurrensen. Förändringen är inte redaktionell, utan snarare ett uttryck för att vissa länder menar att konkurrenspolitiken drivits för långt. Det är däremot inte troligt att de operativa konkurrensreglerna i fördraget ändras. Stora förändringar i praxis är heller inte att vänta, men texten i det reformerade fördraget uttrycker likväl en form av nedgradering av konkurrensrättens betydelse i Europarätten. Andra sociala och ekonomiska mål kan relativt sett få en större betydelse. Medlemsländerna kan tänkas få stödja "national champions" i koncentrationsärenden och ordet "protektionism" får ett ökat svängrum. Även den nationella immaterialrätten påverkas naturligtvis i någon mån av en sådan åtgärd. Se Presidency Conclusions, 23 juni 2007, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf.

Är senare lagstiftning avgörande för en bedömning av företrädesfrågan?

En andra tolkningsgrundsats vid lagkonflikt är att senare kommande lagstiftning ska ges företräde framför äldre. Skälet är helt enkelt att senare lagstiftning på ett bättre sätt borde spegla gällande normer i samhället och i brist på annat tolkningsunderlag bör denna inställning fälla avgörandet. Så särskilt stark är kanske inte principen. På goda grunder kan det hävdas att lagstiftaren känner lagen och äldre lagstiftning anpassas när nya regler introduceras. Har det inte skett är presumptionen att den nya lagen ska överensstämma med äldre rätt.

Romfördragets konkurrensregler är intakta sedan 1958 medan sekundärrätten under det senaste decenniet genomgått en modernisering där ekonomiska överväganden kommit att spela en avgörande roll. Parallellt med denna fortgående gemenskapsutveckling förvandlas den nationella konkurrensrätten.¹⁶ Den är inte beroende av, men ändå sammanflätad med, EG-rätten och ofta är såväl gemenskapsregler som nationella regler samtidigt tillämpliga.¹⁷

All immaterialrättslig reglering var ursprungligen nationell, även om regelverken byggde på internationella överenskommelser. Med varumärkesdirektivet som första provballong har gemenskapen under de senaste årtiondena mer och mer tagit över den immaterialrättsliga regleringen. Den nationella immaterialrättslagstiftningen är ofta av äldre datum, men genomgår ständiga uppdateringar. Det postmoderna informationssamhället ställer nya krav. Utvecklingen inom bioteknik, telekommunikation, informationsteknologi och nanoteknologi, för att nämna några, tvingar fram nya internationella överenskommelser och nya regionala eller nationella lagstiftningsprodukter.

Vid en jämförelse framstår såväl den konkurrensrättsliga som den immaterialrättsliga regleringen som omfattande, komplexa och under ständig förvandling. Utvecklingen har gått mycket snabbt. Under sådana förhållanden förefaller lagarnas ålder ovidkommande och denna tolkningsmetod kan rimligen inte utnyttjas för att avgöra om någondera lagstiftningskomplexet ska ha företräde framför det andra.

¹⁶ Den nuvarande svenska konkurrenslagen antogs 1993. Den har i stort sett ändrats en gång varje år sedan dess. Ett nytt ändringsförslag – SOU 2006:99, En ny konkurrenslag, betänkande av utredningen om en översyn av konkurrenslagen – innebär en ordentlig ommöblering i lagtexten.

¹⁷ Den nationella konkurrensrätten kan inte härledas till internationella förpliktelser. Inte heller har den drivits fram av tvingande EG-harmonisering. Konkurrenslagen i Sverige och många andra EG-medlemsstater har däremot inspirerats av gemenskapsrätten och de svenska förarbetena innehåller uttalanden om att reglerna ska tolkas i överensstämmelse med sin gemenskapsrättsliga motsvarighet. Prop. 1992/93:56 s. 21. Se även SOU 2006:99 s. 126 ff.

Kan immaterialrätten betraktas som *lex specialis* i förhållande till den bredare konkurrensrätten?

En ytterligare traditionell tolkningsparameter är om lagarna kan anses olika specialiserade. Enligt traditionellt synsätt ska speciallagstiftning ges företräde framför mer allmänt formulerade regler, om de har samma hierarkiska rang. Återigen är rationalen att i speciallagstiftningen har de speciella förhållandena övervägts mer noggrant än som ofta är fallet i en mer generell lagstiftning.

Frågan är därför om konkurrensrätten eller immaterialrätten kan anses mer generellt utformad än den andra. Går det att ge ett allmänt svar på frågan eller är svaret beroende av den konkreta frågeställningen?

Konkurrensrätten är en bred policyinriktad lagstiftning

Konkurrensrätten har genom den amerikanska antitrusträtten mer än 100 år på nacken. I Europa har en missbrukslagstiftning under den senare halvdelen av 1900-talet förvandlats till en långtgående förbudslagstiftning. Förståelsen för konkurrensrättens inverkan på samarbetsklimatet mellan företag har successivt vuxit. Från att ha varit ett expertområde har medvetenheten om konkurrensrättens effekter successivt vuxit först inom företagen och sedan även i vidare kretsar. I skrivande stund har Trelleborgskoncernens amerikanska dotterbolag eventuellt varit inblandat i en amerikansk kartell. Samma dag som misstanken blev känd sjönk företagets aktiekurs med 10%. Domen i asfaltkartellmålet i juli 2007 kommenterades på varje respektabel ledarsida. Bägge yttringarna visar att påföljderna inte bara är legala.

Konkurrensrätten, företagsfrihetens Magna Carta,¹⁸ syftar till effektivitet i näringslivet till största möjliga konsumentnytta. Måttstocken för den amerikanska konkurrensrätten är hur prisbildningen påverkas, medan européer även framhåller andra värden. Kraven på företagets uppträdande är både allmänt formulerade i fördragstexten och synnerligen precisa i den sekundära rätten. Kan det styrkas att ett agerande har till syfte eller följd att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids på ett märkbart sätt, åligger det företagen att styrka att det finns balanserande effektivitetsvinster.

Lagstiftningen är offentlighetsrättslig i den bemärkelsen att den framför de krav samhället ställer på ett riktigt agerande och överträdelser sanktioneras med böter. Den har också betydande civilrättsliga inslag med klargörande att förbjudna avtal är civilrättsligt ogiltiga och att överträdelser kan leda till skadestånd.

Konkurrensrätten sätter en övergripande standard, som grundas på ett marknadsekonomiskt synsätt, och den måste betraktas som grundläggande och generell även om den länge uppfattats som en näringspolitisk speciallagstiftning.

¹⁸ Se fn. 9.

Konkurrensrätten viker för specialreglerade områden

Konkurrensrätten får stå tillbaka för annan speciallagstiftning.¹⁹ Arbetsrätten är ett sådant område.²⁰ Så länge den fackliga verksamheten gäller just fackliga intressen av typen löner och andra arbetsvillkor, föreligger ett undantag från de konkurrensrättsliga reglerna.²¹ Arbetstagare får organisera sig och samverka för att nå sina syften, även om de fackliga åtgärderna kan ha betydande effekter på de marknadsekonomiska förutsättningarna.²² Inget hindrar att fackföreningarna i sin tur sluter sig samman för att därigenom kunna driva sina intressen med större tyngd. Gränsen går där intressena snarast kan anses vara kommersiella. Där upphör det fackliga undantaget.

I amerikansk rättspraxis har diskussionen förts ett steg vidare. I *Trinko*²³ gällde frågan om telebolaget Verizon hade missbrukat en dominerande ställning på telefonimarknaden och därför kunde åläggas tredubbelt skadeståndsansvar med stöd av den amerikanska antitrusträtten. Företaget hade medgivit brott mot 1996 års amerikanska Telecommunications Act genom att inte ha givit konkurrenter rättvis tillgång till accessnätet. Överträdelsen ledde till att den amerikanska övervakningsmyndigheten meddelade bötesbeslut, åtgärdsskyldigheter och rapporteringskrav. I en separat grupp talan krävde advokaten Trinko Verizon på amerikanska abonnenters vägnar på tredubbel ersättning för den skada, som individerna kunde anses tillfogade. Fallet är kanske främst diskuterat för att Supreme Court uttryckligen avvisade tanken på en speciell ”essential facility” doktrin.²⁴ I detta sammanhang är det dock viktigare att konstatera att domstolen fastställde att, i och

¹⁹ I svensk rätt anses det att offentliga regleringar inte ska brytas av konkurrensrättsliga överväganden. Se Prop. 1992/9:56 s. 70.

²⁰ 2§ konkurrenslagen klagör att lagen inte ska tillämpas på avtal inom arbetslivet rörande lön och andra anställningsvillkor.

²¹ EG-domstolen, mål C-67/96, *Albany International BV och Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, den 21 september 1999, REG [1999] I-5751, punkt 60: ”Det framgår således av en ändamålsenlig och sammanhängande tolkning av fördragets samtliga bestämmelser att avtal som slutits inom ramen för kollektiva förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter i dessa syften inte skall anses omfattas av artikel 85.1 i fördraget, på grund av deras beskaffenhet och syfte.”

²² Förslag till avgörande av generaladvokat Paolo Mengozzi, i mål C-341/05, *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl. ("Vaxholmsfallet")*, föredraget den 23 maj 2007, ännu ej publicerat. Begäran om förhandsavgörande från arbetsdomstolen rörande bl.a. grundläggande rättigheter, skydd för arbetstagare och social dumpning – allt åtgärder, som naturligtvis har en inverkan på konkurrensförhållanden.

²³ Se *VERIZON COMMUNICATIONS INC., v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP*, (“Trinko”), 540 U.S. 398 (2004).

²⁴ Id. “We conclude that Verizon's alleged insufficient assistance in the provision of service to rivals is not a recognized antitrust claim under this Court's existing refusal-to-deal precedents. This conclusion would be unchanged even if we considered to be established law the "essential facilities" doctrine crafted by some lower courts, under which the Court of Appeals concluded respondent's allegations might state a claim. ... We have never recognized such a doctrine, see *ASPEN SKIING Co.*, 472 U.S. 585 at 611, n. 44, 86 L. Ed. 2d 467, 105 S. Ct. 2847; *AT&T CORP. v. IOWA UTILITIES Bd.*, 525 U.S. 366 (2002) at 428, 142 L. Ed. 2d 834, 119 S. Ct. 721 (opinion of Breyer, J.), and we find no need either to recognize it or to repudiate it here.”

med att en speciallagstiftning förelåg, kunde konkurrensreglerna inte tillämpas. I situationer där det föreligger en reglerande speciallagstiftning har konkurrensrätten begränsad betydelse. En samlad samhällsekonomisk avvägning och de allmänna domstolarnas begränsade förmåga att bedöma den tekniska lagstiftningen talar emot att tillämpa antitrustregler parallellt med speciallagen.²⁵

I *Credit Suisse Securities*²⁶ förstärker Supreme Court uppfattningen att konkurrensrätten inte inverkar på lagstiftning som regleras av annan myndighet – i detta fall federal finanslagstiftning. Lagstiftningen innebar en förhållandevis stor frihet för ”investment bankers” och innehöll en frizon i förhållande till konkurrensrätten för information i samband med börsintroduktioner. Dessa aktiviteter reglerades i stället av den speciella finanslagstiftningen. I domsmotiven angavs följande faktorer som kritiska: (i) särskild övervakningsmyndighet har kontrollansvaret; (ii) myndigheten utövar sitt ansvar; (iii) en tillämpning av såväl finanslagstiftningen som antitrusträtten skulle leda till motstridiga resultat; och (iv) denna konflikt påverkar de förhållanden som finanslagstiftningen avser att reglera.

Finanslagstiftningen ansågs stå i ett klart motsatsförhållande till antitrustreglerna och Securities Exchange Commission bedömdes ha bättre förutsättningar än antitrustdomstolar att avgöra hur frågorna skulle hanteras.

Rättsfallen föranleder frågan om de enskilda ländernas immaterialrättsmyndigheter kan anses ha större möjligheter än konkurrensmyndigheter och domstolar att med stöd av den specialiserade lagstiftningen avgöra hur gränser ska dras och att konkurrensreglerna därför inte ska tillämpas.

Immaterialrätten är ett undantag från huvudregeln om fri konkurrens

Immaterialrätten är inte på samma sätt som konkurrensrätten ett sammanhållet rättssystem. Lagarna bygger i princip på grundtanken att kompensera upphovsmannen och säkra offentliggörande för att därmed lägga grunden för vidareutveckling. Fast det är en sanning med modifikation. Varumärkesrättens grundidé är snarare att säkra särskiljningsförmåga för att skydda konsumenter. Lagarna har tillkommit vid olika tidsepoker och skiljer sig åt vad avser den ensamrätt som upphovsmannen tillförsäkras och de undantag och begränsningar som skyddet leder till. Upphovsrätten har en särställning genom att rätten uppkommer automatiskt och inte bygger på ett registrerings- eller utövningsförfarande. Upphovsrätten skiljer sig också genom den extremt långa skyddstid som utövaren tillförsäkras.

²⁵ Id. “Allegations of violations of § 251(c)(3) [Telecommunications Act] duties are difficult for antitrust courts to evaluate, not only because they are highly technical, but also because they are likely to be extremely numerous, given the incessant, complex, and constantly changing interaction of competitive and incumbent LECs implementing the sharing and interconnection obligations. ... We think that Professor Areeda got it exactly right: “No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremediable by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency.”

²⁶ *CREDIT SUISSE SECURITIES (USA) LLC v. BILLING*, 18 juni 2007, 127 S.Ct. 2383. Domstolen hänvisade till *GORDON v. NEW YORK STOCK EXCHANGE*, 422 U.S. 659 (1975).

Var och en av immaterialrättslagarna tar sikte på en mycket speciell situation. Patenträtten skyddar en uppfinning/idé, designskyddet en särpräglad form, varumärkesskyddet ett särskiljande kännetecken och upphovsrätten ett konstnärligt uttryck. På det sättet måste lagarna bedömda var för sig anses specialiserade. I vissa sammanhang, men inte alltid, kan de olika skydds rättigheterna användas parallellt.²⁷ Det är egentligen bara beträffande patent och växtförädlarskydd, som det uttryckligen är utsagt att dubbelskydd inte ska förekomma. Men även när lagarna ses som ett sammanhängande rättssystem måste bedömningen vara att det rör sig om en specialiserad lagstiftning, som tillgodoser ett tämligen snävt skyddsändamål.

Immaterialrättsskyddet kan ses som ett undantag från principen att fri konkurrens ska råda. EG-fördragets artikel 30 bekräftar immaterialrättens ges en särställning, men inte från konkurrensreglerna, utan från reglerna om fria varurörelser. Undantaget gäller främst rättens existens, medan utövandet styrs av sista satsen i artikel 30. Immaterialrätten innehåller i sig mycket få bestämmelser och anvisningar om hur rätten kan utnyttjas och överlåtas och inga särskilda regler, som motverkar ett missbruk. Såväl EU-kommissionen som gemenskapsdomstolarna har genom åren ansett sig kompetenta att avgöra om detta sker i överensstämmelse med konkurrensrättens krav.

De industriella och kommersiella äganderätterna är särskilt reglerade och speciella myndigheter övervakar hanteringen. Myndighetskontrollen avser dock främst hur skyddet beviljas och upprätthålls. Tillsynsmyndigheten inflytande över hur skyddet utnyttjas kan inte jämföras med specialmyndigheternas kontroll över telefoni och finansmarknaderna. Bedömningen av intrångsfrågor och kontrollen av hur skyddet utnyttjas faller på domstolarna snarare än immaterialrättsmyndigheterna. Till viss del har specialdomstolar upprättats,²⁸ men många frågor hanteras av de allmänna domstolarna.

Traditionella tolkningsmetoder kan således knappast anses ge företräde för det ena lagstiftningskomplexet framför det andra. Analysen bekräftar dock att immaterialrättsskyddets uppkomst och innehåll regleras av speciallagstiftningen. Immaterialrättsmyndigheterna är kompetenta att utföra denna granskning och bestämma vad som ska skyddas, men dessa myndigheter kontrollerar inte hur rätten utövas.

²⁷ Huruvida Maglite-ficklampan skyddas av upphovsrätten är föremål för prövning i Högsta Domstolen. Maglite form kan också diskuteras från en patenträttslig, varumärkesrättslig och designrättslig utgångspunkt. Se Hovrätten över Skåne och Blekinge, mpl T-916/05, dom 16 februari 2007, samt speciellt Ulf Bernitz rättsutlåtande av den 12 februari 2003 till Helsingborgs Tingsrätt i samma ärende (mål T 1696/99).

²⁸ Federal Circuit är överinstans i amerikanska patentärenden. I Sverige får Stockholms Tingsrätt successivt en allt starkare ställning i immaterialrättsmål och inom EU kan ett förverkligande av Patentförordningen leda till att en specialdomstol inrättas för överprövning i patentmål.

”Internalisering”

Om nu de traditionella metoderna för att hantera lagkonflikter inte ger utslag behöver andra vägar prövas. Det kan finnas anledning att försöka precisera exakt på vilka punkter som direkt konflikt kan uppkomma. Är det så att immaterialrätten innehåller (”internaliserar”) konkurrensrättsliga värderingar²⁹ och därmed utesluter behov av ytterligare en kontrollstation med hjälp av konkurrensrätten?

De immaterialrättsliga lagarna har tillkommit i syfte att skapa ett bra klimat för forskning och utveckling och medverka till en dynamisk samhällsutveckling. Medvetenheten om att ensamrätten också har en baksida, som behöver balanseras, förefaller att ha funnits även vid tidigare reglering.

Strikt kontroll och begränsade skyddstider

Den materiella äganderätten är långtgående och begränsningarna få. Helt klart är att samhällsekonomiska hänsyn inte tillåtit samma generösa inställning för den industriella och kommersiella äganderätten. Här har införts tidsmässiga begränsningar och krav på noggrant preciserad anmälan, som begränsar skyddets sakliga omfattning. Syftet med dessa krav är att inte låta exklusiviteten hindra samhällsutvecklingen mer än nödvändigt.

Upphovsrätten avviker, som framhållits, påtagligt från de övriga immaterialrättslagarna. Den uppkommer automatiskt i och med att ”verket” producerats och utan krav på registrering eller andra specifika åtgärder. Skyddet är vidare tidsmässigt mycket långt. Så länge det rör sig om individuellt framställda verk har dessa fördelar begränsad kommersiell betydelse. Det är det specifika uttrycket som skyddas och inte konceptet eller idén.³⁰

Utöver dessa avvägningar innehåller immaterialrättslagstiftningen en serie andra begränsningar, som gör att man med fog kan hävda att konkurrensrättsliga aspekter internaliserats i lagstiftningen. Det är särskilt tydligt inom patenträtten, som får utgöra exempel för den fortsatta diskussionen.

Undantag från skydd

Patentskyddet är begränsat till uppfinningar som är nya, har uppfinningshöjd och kan användas i industriell produktion. Lagstiftningen undantar t.ex. upptäckter, vetenskaplig teorier, konstnärliga skapelser, affärsmetoder och datorprogram. Grunden för dessa begränsningar vilar på samhällsekonomiska överväganden.

²⁹ Begreppet ”internalisering” har lånats från Jens Schovsbo, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996. I sin avhandling menar Schovsbo att så i huvudsak är fallet och behovet av konkurrensrättslig överprövning inskränker sig till missbrukssituationer. Se framför allt inledningskapitlet s. 9-18.

³⁰ Det finns många sätt att uttrycka sig som författare, målare och kompositör. Synsättet blir däremot besvärande när det tillämpas på ny teknik. Problem uppkommer när mindre skyddsvärda prestationer kopplade till den digitala utvecklingen kan åberopa sig på upphovsrätten och därmed förhindra teknikutveckling och under lång tid kräva ekonomiska fördelar.

Därutöver utsäger svensk lag, som i sin tur bygger på den Europeiska Patentkonventionen,³¹ att förfarande för kirurgisk eller terapeutisk behandling eller för diagnostisering inte är uppfinningar. Sådana begränsningar görs inte i den amerikanska patentlagen, som tillåter skydd för medicinska metoder. Samma gäller europeiska begränsningar för meddelande av patent på uppfinningar, som strider mot goda seder eller allmän ordning eller utgör biologiska förfaranden. Dessa medicinskt relaterade begränsningarna torde också vara betingade av en allmänt etisk inställning – vilket inte minst framgår av tillkomsten av Bioteknikdirektivet.³² Vissa förfaranden är så oönskade att de inte ska patentskyddas eller har en så viktig hälsobetydelse att de inte ska kunna monopoliseras.

”Fair use”

Intrycket förstärks när undantagen från ensamrätten granskas. Enligt 3§ Patentlagen gäller inte skyddet mot privat bruk; rätten konsumerats till följd av rättsinnehavarens egna dispositioner; och uppfinning får utnyttjas för experiment som avser själva uppfinningen. Sistnämnda inskränkning i skyddet benämns ofta ”forskningsundantaget” och uppfattningen om dess räckvidd är inte entydig. Begränsningarna har motsvarigheter i den tilltänkta europeiska Patentförordningen och kan jämföras med ”first sale” och ”fair use” doktrinerna i amerikansk rätt.

Dessa inskränkningar i patentskyddets ensamrätt bygger närmast på samhällsekonomiska avvägningar. Inskränkningarna ska tålas antingen för att de inte har kommersiella effekter, eller för att uppfinnaren inte ska dubbelkompenseras eller för att vidareutvecklingen inte ska hindras.

Tvångslicensiering

Det tydligaste exemplet på internalisering är möjligheten att ingripa med tvångslicensiering.

Förslaget till Europeisk Patentförordning sammanfattar en europeisk syn på tvångslicensiering. Enligt artikel 21 i utkastet till Patentförordning kan tvångslicenser meddelas av kommissionen om ett patent inte utnyttjas inom fyra år från ansökan eller tre år efter det att patent meddelades. Likaså kan tvångslicens meddelas om ett beroendepatent innebär ett avsevärt tekniskt eller ekonomiskt framsteg jämfört med den ursprungliga uppfinningen. Tvångslicens kan också ifrågakomma i krislägen eller andra synnerligen brådskande situationer. Slutligen kan tvångslicenser meddelas när konkurrensskadlig verksamhet måste åtgärdas. Systemet med tvångslicenser ska, i överensstämmelse med artikel 5 i Pariskonventionen och artikel 27.1 och artikel 31 i TRIPS-avtalet, skydda mot missbruk av patenträttigheter. Tvångslicens får endast meddelas om den potentielle licenstagaren först gjort skäliga affärsmässiga, men resultatlösa, ansträngningar att utverka patentinnehavarens tillstånd.

³¹ Europeiska patentkonventionen (“EPC”) av den 5 oktober 1973.

³² Europaparlamentets och rådets direktiv 98/44/EG av den 6 juli 1998 om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar (“1998 års Bioteknikdirektiv”), EGT 1998 L 213/13.

Det kan finnas anledning att understryka att det sällan meddelas tvångslicenser i Europa. I Sverige har sådan licens bara meddelats i några enstaka fall och med undantag för Storbritannien förefaller situationen vara likartad i andra västeuropeiska länder. Bioteknikdirektiver³³ kan föranleda en förändring i synsättet. Möjligheten till tvångslicenser understryks i direktivet, men om verkligheten blir sådan återstår att se. Det finns många skäl till att institutet inte fått något genomslag historiskt och dessa har inte undanröjts.³⁴

Motsvarande bestämmelser om tvångslicens saknas i amerikansk patenträtt. Den amerikanska inställningen är helt negativ till tvångslicensiering på immaterialrättslig grund och accepterar inte heller tvångslicensiering med stöd av antitrustreglerna.³⁵

Sammantaget kan man konstatera att patenträtten i första hand reglerar skyddets uppkomst och utsträckning i tid och rum. Begränsningarna i amerikansk patenträtt är få om rekvisiten för beviljande är uppfyllda. I Europa begränsas möjligheterna att erhålla skydd och ensamrättens omfattning av skäl, som närmast har en etisk karaktär eller som av andra skäl bör tålas av rättsinnehavaren. I så måtto är det rätt att tala om en immaterialrättslig internalisering och att det saknas anledning att tillämpa konkurrensrätten på dessa förhållanden.³⁶ Skillnaden mellan det amerikanska och europeiska synsättet är intressant och speglar en olikartad inställning till patenträttens tekniska funktion och äganderättens orubblighet.

Däremot går det knappast att påstå att immaterialrätten reglerar hur äganderätten får utövas. Hur rättsinnehavaren tillverkar, marknadsför, säljer och distribuerar sina

³³ Id. Artikel 12 behandlar tvingande korslicensiering mellan patent- och växtförädlarrätt. Systemet överensstämmer med TRIPS-avtalet

³⁴ Proceduren för att få en tvångslicens är inte okomplicerad. Begäran om tvångslicens ska ha föregåtts av förhandlingar. En tvångslicens ger en rätt, men innebär inte tillgång till know how och dokumentation. Dessutom är licensen inte exklusiv och förutom att ersättning ska erläggas har rättighetsinnehavaren till huvudpatent en rätt till en returlicens till beroendepatent. Allt detta kopplat med att det kan upplevas som oskäligt att tvinga sig till annans patent har kanske medverkat till att institutet inte utnyttjats i någon betydande utsträckning.

³⁵ INDEPENDENT SERVICE ORGANIZATIONS v. XEROX CORPORATION, Feb. 17, 2000, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Käranden påstod att Xerox leveransvägran av patentskyddade reservdelar stred mot konkurrensrätten. Domstolen fastställde emellertid att "Patent owner who brings suit to enforce statutory right to exclude others from making, using, or selling claimed invention is exempt from antitrust laws, even though such suit may have anticompetitive effect." Xerox kunde inte tvingas sälja eller upplåta licens till sina skyddade produkter oavsett motiven för denna vägran. Domstolen hänvisade till section 271(d) Patent Act, 35 U.S.C. § 271(d) (1999), som stadgar: "[n]o patent owner ... shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having ... (4) refused to license or use any rights to the patent ...". Leveransvägran föll således inom ramen för patentskyddet och stred inte mot antitrusträttens krav.

³⁶ De konkurrensrättsliga ingreppen får inskränkas till att påverka immaterialrättsmyndigheterna. I OECD-rapporten "Roundtable on competition, patents and innovation" av den 25 september 2005 (DAF/Comp(2006)22) föreslås just att patentmyndigheter ska skärpa upp beviljandeprocessen.

produkter styrs inte alls av immaterialrätten. Inte heller är reglerna om frivilliga upplåtelser utförliga. Lagstiftningen hindrar inte tillämpning av konkurrensregler, utan det framgår snarare av tvångslicensreglerna att sådana överväganden kan bli nödvändiga.

Konkurrensrättsliga inbrytningar

Genomgången av regelsystemens inbördes förhållande tyder således på att konkurrensrättsliga ingrepp i immaterialrättsliga förhållanden inte kan uteslutas och att de i första hand kommer ifråga när rätten missbrukas. Frågan är om konkurrensrättsliga överväganden helt ska styra eller om konkurrensrätten måste anpassas till att det faktiskt föreligger en immaterialrättslig äganderätt. Frågeställningen aktualiseras såväl vid överlåtelser som vid det egna utövandet.

Licensförhållanden

När immaterialrätt upplåts sker det genom ett licensavtal. Det saknas detaljerad reglering i immaterialrätten, som styr förhållandet mellan parterna. Avtalsfriheten är stor och den allmänna avtalsrätten och köprätten kompletterar när avtalet är otydligt. Däremot har de konkurrensrättsliga reglerna ansetts tillämpliga på denna avtalsform.

Den amerikanska inställningen har svajat fram och tillbaka under 1900-talet. Tidigt uppfattades immaterialrätten som undantagen från konkurrensrätten.³⁷ Inställningen ändrades i slutet på 1940-talet.³⁸ *Per se*-analys tillämpades på t.ex. kopplingsförbehåll, bruttoprissättning, marknadsuppdelning, grant backs och angreppsförbud. Den amerikanska positionen kom förmodligen till sitt skarpaste uttryck genom de s.k. ”Nine No-Nos”,³⁹ som Justice Department torgförde som en form av enkla, tydliga riktlinjer i mitten på 1970-talet. Inställningen har därefter åter modifierats och 1995 års Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property⁴⁰ visar en direkt positiv inställning till teknologitransferering.

³⁷ E. BEMENT & SONS v. NATIONAL HARROW CO., 186 U.S. 70 (1902). (Trots inbyggd prisöverenskommelse undantogs patentpool från konkurrensrättslig bedömning).

³⁸ U.S. v. LINE MATERIAL CO., 333. U.S. 287 (1948). (Patentpool med prisöverenskommelse *per se* förbjuden).

³⁹ 1970 års ”Nine No-Nos”. Se *Wilson, B.*, Patent and Know-How License Agreements, Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions, anförande den 6 november 1970 inför the Fourth New England Antitrust Conference. Förutom de i titeln uppräknade restriktionerna omfattades även kopplingsförbehåll, royaltybegränsningar, konkurrensklausuler, vidareförsäljningsbegränsningar och minimiprissättning.

⁴⁰ 1995 års Antitrust Guidelines for the licensing of intellectual property utfärdade av U.S. Department of Justice och Federal Trade Commission den 6 april 1995, tillgängliga på Justice departments hemsida, fn. 7.

Tre tydliga ställningstaganden i 1995 års Antitrust Guidelines styr idag det amerikanska synsättet: (i) Immaterialrätt - med sin rätt att exkludera - ska jämföras med annan äganderätt; (ii) marknadsmakt presumeras inte enbart till följd av immaterialrättsskydd; och (iii) teknologitransferering bidrar till välfärdsutveckling och konkurrensrätten ska uppmuntra licensiering. Bedömningen följer i huvudsak en "rule-of-reason" standard och marknadsmakt – d.v.s. förmågan att bestämma pris – avgör om aktiviteten ska ifrågasättas.⁴¹ Immaterialrättsinnehav innebär inte immunitet från konkurrensreglerna⁴², men inte heller en presumtion av marknadsmakt enligt en numera entydig rättspraxis.⁴³

Den europeiska utvecklingen har varit likartad. En inledningsvis positiv inställning⁴⁴ svängde till en strängare inställning, som utgick ifrån att redan exklusivitet gjorde att licensavtalet föll under förbudet i artikel 81. 1984 års patentförordning⁴⁵ uppfattades som en tvångströja där kommissionen detaljerat föreskrev såväl vad avtalet fick innehålla som en lång lista på förbjudna bestämmelser. Den strikta hållningen kom till uttryck i *Windsurfing International*,⁴⁶ som är det enda domstolsfall där ett licensavtal blivit föremål för en grundligare analys. Licensavtalet fick bara innehålla bestämmelser, som omfattades av en inskränkt bedömning av immaterialrättsskyddet och vid en granskning visade det sig inte vara mycket.

Det stod tämligen klart att denna formella och restriktiva inställning hämmade teknologiutbyte till skada för en dynamisk samhällsutveckling och genom 1996 och 2004 års gruppundantag för teknologitransferering har EU-kommissionen infört ett mer balanserat synsätt grundat på ekonomiska kriterier. Kommissionens riktlinjer i

⁴¹ Id., punkt 2. General principles. *Bingaman, A.K.*, Antitrust, innovation and intellectual property, anförande vid Stanford Law School den 7 oktober 1994, publicerat på Justice Departments hemsida, fn. 7.

⁴² *INDEPENDENT SERVICE ORGANIZATIONS v. XEROX CORPORATION*, Feb. 17, 2000, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

⁴³ Se uttalande den 14 maj 1996 av Joel E. Klein, deputy assistant attorney general, inför Kongressens juridiska utskott i anslutning till lagförslag H.R. 2674 "The intellectual property antitrust protection act of 1995". Lagförslaget har inte antagits. Uttalandet, som innehåller en omfattande hänvisning till relevant rättspraxis, är tillgängligt på Justice Departments hemsida, fn. 7. Sedan uttalandet har Supreme Court med hänvisning till bl.a. 1995 års Guidelines fastställt att någon presumtion inte föreligger. *ILLINOIS TOOL WORKS, INC v. INDEPENDENT INC, INC.* 547 U.S. 1002 (2007).

⁴⁴ Commission Notice of 24 December 1962 on patent licensing agreements ("Julbudskapet"), JO 1962 139/2922 (återkallat 1984).

⁴⁵ Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal EGT 1984 L 84/219 (ersatt av 1996 års Teknologiförordning).

⁴⁶ EU-kommissionen, beslut 83/400/EEG, *IMA AG mot Windsurfing*, 11 juli 1983, EGT 1983 L 229/1. EG-domstolen, mål 193/83, *Windsurfing International Inc. mot EU-kommissionen*, 25 februari 1986, [1986] REG 611.

anslutning till 2004 års gruppundantag⁴⁷ visar också stor överensstämmelse med 1995 års amerikanska riktlinjer. Om parterna har en marknadsandel understigande 20-30% och licensavtalet inte innehåller "hard-core" begränsningar faller licensiering i allmänhet under gruppundantaget. Särskilda regler gäller för korslicensiering och patentpooler, som utförligt behandlas i 2004 års riktlinjer.

Det amerikanska och europeiska synsättet har således konvergerat. Skillnaden ligger främst i synen på prissamarbete, marknadsuppdelning och kvoteringar. Dessa uppfattas som "hard core" och förbjudna i sig i Europa medan den amerikanska inställningen, utan att helt ha frångått möjligheten att tillämpa en *per se* analys, i större utsträckning faller tillbaka på en balansering av avtalets skadliga och positiva effekter.⁴⁸

Det är således främst i situationer där verkligt marknadsinflytande föreligger, som det blir aktuellt att diskutera hur samhällsekonomiska och konkurrensrättsliga överväganden ska få påverka utnyttjandet av en immaterialrättsligt skyddad ställning.⁴⁹ Immaterialrättsinnehav är inte liktydigt med marknadsstyrka. Normalt finns det alternativ, som konkurrerar med den immaterialrättsligt skyddade produkten. Marknadsinflytandet får fastställas i det enskilda fallet, men bör i vart fall överstiga de frizoner på 20-30% marknadsandel som konkurrenslagstiftningen medger.

Frågan uppkommer då hur maktställningen kan missbrukas. I Europa betraktas prisöverenskommelser, kvoteringar och marknadsuppdelning som förbjudna, medan kunduppdelning, kopplingsförbehåll, konkurrensförbud och grant backs betraktas som allvarliga, men där bedömningen i det enskilda fallet kan bli olika. USA har successivt ändrat attityden från *per se*-förbud till en skälighetsbedömning. Senast förklarade Supreme Court att vertikal prisbindning ska bedömas enligt "rule-of-reason".⁵⁰

Missbruk av dominerande ställning

Microsoft-fallen i USA och Europa lånar sig till en relevant jämförelse. Microsoft har med skicklighet och tuffa affärsmetoder tillskansat sig en superdominant ställning och under det senaste årtiondet haft myndigheterna i hasorna. I bägge fallen gäller

⁴⁷ Kommissionens tillkännagivande: Guidelines of 27 April 2004 on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ 2004 C 101/2.

⁴⁸ Se *Delrahim, M.*, The long and winding road: Convergence in the application of antitrust to intellectual property. Anförande den 6 oktober 2004 tillgängligt på Justice Departments hemsida, fn. 7.

⁴⁹ I *Micro Leader Business* ansåg sig kommissionen inte kompetent att ingripa mot Microsofts globala marknadsuppdelning med hänvisning till att företaget utnyttjade sin upphovsrätt och att denna inte konsumerats vid försäljning i Kanada. Förstainstansrätten återförvisade ärendet för bedömning av om Microsofts prissättningen kunde anses falla under förbudet i artikel 82. Kommissionens uppfattning att det förelåg en konkurrensrättslig immunitet godtogs inte. Förstainstansrätten, mål T-198/98, *Micro Leader Business mot EU-kommissionen*, 16 december 1999, REG [1999] II-3989.

⁵⁰ *INDEPENDENT SERVICE ORGANIZATIONS v. XEROX CORPORATION*, fn. 42.

frågan om Microsoft missbrukat sin dominerande ställning genom att bl.a. med stöd av sin upphovsrätt på operativområdet förhindra konkurrenter att utveckla konkurrerande mjukvaruprogram som kompletterar operativsystemet.

I den amerikanska förstainstansen fastslog domare Jackson att antitrusträttens *per se*-förbud överträtts⁵¹ och domstolen beordrade Microsofts uppdelning i inbördes konkurrerande enheter.⁵² Federal Circuit intog en mer nyanserad hållning och fann med ett dynamiskt rule-of-reason-resonemang att Microsofts forskningsanstängningar var samhällsekonomiskt viktiga och att skyddet skulle respekteras.⁵³ Den slutsatsen innebar emellertid inte att Microsoft fritt kunde utnyttja sin rätt i förhållande till konkurrenterna, utan

Microsoft's primary copyright argument borders upon the frivolous. The company claims an absolute and unfettered right to use its intellectual property as it wishes. ... That is no more correct than the proposition that use of one's personal property, such as a baseball bat, cannot give rise to tort liability.⁵⁴

Den amerikanska synen förefaller numera grundmurad. Ett företag kan inte med stöd av konkurrensrättsliga regler tvingas meddela licens till konkurrenter. Företaget är fritt att välja vem man vill göra affärer med.⁵⁵ Däremot kan företaget med sina affärsmetoder orsaka samhällsekonomisk skada, som föranleder konkurrensrättsliga sanktioner. Microsoft-fallet har förlikts i USA.

I EU kom kommissionen med sitt beslut mot Microsoft⁵⁶ i mars månad 2004, kort tid innan EG-domstolen meddelade sitt viktiga avgörande i *IMS Health*.⁵⁷ Beslutet är omfattande, men innebär i princip att kommissionen fäller Microsoft för att ha missbrukat en "overwhelmingly dominant position" på gränsen till monopolställning genom att inte förse mjukvarukonkurrenter med tillgång till gränssnittsdata till sitt upphovsrättsligt skyddade operativsystem och genom att

⁵¹ *UNITED STATES v. MICROSOFT CORP.*, 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C.2000) ("*Conclusions of Law*").

⁵² *UNITED STATES v. MICROSOFT CORP.*, 97 F.Supp.2d 59, (D.D.C.2000) ("*Final Judgment*").

⁵³ *UNITED STATES v. MICROSOFT CORP.*, 253 F.3d 34, (Fed. Cir. 2001). Domstolen fastställde att Microsoft missbrukat sin dominerande ställning för operativsystem, att det inte fanns stöd för att Microsoft försökt monopolisera den sekundära marknaden för web-läsare och framför allt att integrering av operativsystem och web-läsare också kunde ses som en naturlig och betydelsefull utveckling av *en produkt* snarare än en koppling mellan *två separate produkter*. Detta förefaller vara huvudfrågan både i USA och EU.

⁵⁴ *Id.*, sid. 63.

⁵⁵ Se *Pate, R.H.*, Competition and intellectual property in the U.S.: Licensing freedom and the limits of antitrust, anförande den 3 juni 2005 vid EU Competition Workshop, Florens, Italien, tillgängligt på Justice Departments hemsida, fn. 7.

⁵⁶ EU-kommissionen, beslut COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, fn. 3.

⁵⁷ EG-domstolen, mål C-418/01, *IMS Health GmbH & Co OHG mot NDC Health GmbH*, 29 april 2004, [2004] REG I-5039.

integrera sin mediaspelare i operativsystemet skapat ett oacceptabelt kopplingsförbehåll.⁵⁸

Kommissionens resonemang bygger på den teoribildning, som EG-domstolen utvecklat i anslutning till leveransvägrans- och "essential facility" fallen,⁵⁹ men kommissionen går ett steg vidare och lanserar en teori om balanserade avvägningar ("incentives balance"). Microsofts rätt att få sin immaterialrätt respekterad och företagets vilja att satsa på innovationer ställs mot hur hela industrins intresse påverkas.⁶⁰ Återigen är det de konkurrensrättsliga övervägandena som kommer i förgrunden. En viktig fråga är om ett superdominant bolag har en alldeles speciell skyldighet att inte utnyttja sin ställning på ett sätt som kan skada konkurrenter eller konsumenter.⁶¹ Beslutet är överklagat till Förstainstansrätten.⁶²

Missbruk av immaterialrättsskydd

Immaterialrättsskyddet utnyttjas för att utestänga konkurrenter. Det är dess egentliga föremål, men utestängandet kan i vissa situationer vara av ett sådant slag att

⁵⁸ Problematiken behandlas i Kommissionens diskussionspromemoria från december 2005, fn. 7. Beträffande vägran att tillhandahålla nödvändig information uttalas på s. 68: "241. A special case arises when an undertaking refuses to supply information in a way that allows it to extend its dominance from one market to another. This is the case for information necessary for interoperability between one market and another. Although there is no general obligation even for dominant companies to ensure interoperability, leveraging market power from one market to another by refusing interoperability information may be an abuse of a dominant position. 242. Even if such information may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same high standards for intervention as those described in the previous subsection."

⁵⁹ Se EG-domstolen, mål C-241/91 & C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Ltd mot EU-kommissionen ("Magill")*, 6 April 1995, [1995] REG I-743 och mål C-481/01 P(R), *IMS Health*, fn.57, (upphovsrätt till ett system för att presentera läkemedelsförsäljning på ett systematiskt sätt. Tvångslicens kan beordras under följande förutsättningar: (i) produkten är nödvändig för att bedriva den speciella verksamheten; (ii) vägran att meddela licens förhindrar introduktion av en ny och efterfrågad produkt; (iii) vägran är oskäligen och förhindrar konkurrens på nedströms marknad

⁶⁰ Beslut COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, fn. 3, paragraph 709 – 729, speciellt 725.

⁶¹ Id., paragraph 435 med referenser till EG-domstolen, förenade mål C-395/96 P & C 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge mot EU-kommissionen*, [2000] REG I-1365, punkt 137. I detta mål uttalade EG-domstolen i punkt 132: "Vid bedömningen av ett dominerande företags agerande måste man nämligen beakta att ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig i en maktposition som gör det till en oundgänglig handelspartner."

⁶² Microsoft överklagade kommissionens beslut den 7 oktober 2007, EGT 2004 C179/18. Förstainstansrätten avvisade begäran om inhibition, inte för att talan saknade grund utan för att det inte förelåg en trängande situation. Förstainstansrätten, mål T-201/04 R, *Microsoft Corporation mot EU-kommissionen*, 22 december 2004, [2004] REG II-4463. Kommissionen har 2006 följt upp sitt beslut med ytterligare en omgång böter om 280,5 mEUR för bristande uppfyllande av ålägganden i 2004 års beslut. Se kommissionens pressrelease IP/06/979 av den 12 juli 2006. Dessutom har kommissionen i mars 2007 varnat Microsoft att dagsböter kan aktualiseras om Microsoft inte fullt ut hörsammar 2004 års beslut. Se pressrelease IP/07/269 av den 1 mars 2007.

ingrepp måste kunna ske. Ogiltiga patent ska undanröjas och en licenstagare får inte med icke-angrepps klausuler hindras vidta åtgärder för att få patentet ogiltigförklarat.

Från en svensk och europeisk utgångspunkt är den amerikanska hanteringen av NobelPharma⁶³ av stort intresse. Med stöd av sitt amerikanska patent för tandimplantat stämde NobelPharma en amerikansk konkurrent under påstående om patentinfrång. Konkurrenten genstämde med yrkande att patentet skulle ogiltigförklaras. Enligt genkärörelset hade uppfinnarna undanhållit information, som visade att patentförelålet hade offentliggjorts före ansökan på ett nyhetsförstörelende sätt. Bevis förelåg om att detta undanhållande skett på ett medvetet vilseledande sätt och att patent inte skulle ha meddelats om riktiga uppgifter varit kända.

Federal Circuit klargjorde att om patentinnehavaren var medveten om bristerna, oavsett om det rörde sig om felaktig information eller utelämnande av väsentlig information, när stämmningsansökan ingavs kunde det leda till ansvar enligt antitrustlagstiftningen.⁶⁴ Oetiskt agerande är ett försvar i en intrångsprocedure och fungerar som en sköld. Patentinnehavaren riskerar att patentet ogiltigförklaras, men inte mer. Vilseledande ("fraudulent") agerande fungerar närmast som ett spjut i den potentiella intrångsgörarens hand och ger rätt att yrka antitrusträttsens tredubbla skadestånd. Domstolen fann att det ursprungliga patentet hade erhållits till följd av det vilseledande agerandet och att NobelPharma varit medvetet om situationen när stämmningsansökan ingavs och att syftet med stämmningsansökan var att begränsa svarandens konkurrensförelåga. Skadeståndet fastställdes till 3.3 millioner USD, vilket domstolen tredubblade.

Mot denna bakgrund är det intressant att granska EU-kommissionens beslut i Astra-ärelendet.⁶⁵ Losec var resultat av en kraftfull forskningssatsning för att ersätta behandlingen av magsår med H2-blockerare. Ett brett patentskydd täckte produkten⁶⁶ och marknadsmottagandet blev gynnsamt. Losec blev snabbt världens mest sålda läkemedel och svarade för 40% av bolagets omsättning. Nettovinsten på Losec uppgick 1998 till 11,8 miljarder kronor. Framgång i läkemedelsindustrin lockar dock snabbt generisk konkurrens och omedelbart när patentskyddet löpt ut i Tyskland fick 11 generiska konkurrenter marknadsföringstillstånd för sina kopior.

Kommissionen ingrep mot Astras vilseledande uppgifter vid begäran om patentförelångning enligt SPC-förelörden.⁶⁷ Astra uppgav som basår för förelångning

⁶³ *NOBELPHARMA AB, v. IMPLANT INNOVATIONS, INC.*, 141 F.3d 1059, (Fed. Cir. 1998) med referens till *WALKER PROCESS*, 382 U.S. 178, i vilket Supreme Court fastställde att för att "strip [a patentee] of its exemption from the antitrust laws because of its attempting to enforce its patent monopoly, an antitrust plaintiff is first required to prove that the patentee obtained the patent by knowingly and willfully misrepresenting facts to the PTO. The plaintiff in the patent infringement suit must also have been aware of the fraud when bringing suit."

⁶⁴ Nobelpharma, fn. 63, slutet av domens Section III.

⁶⁵ Kommissionen, beslut 2006/859/EC (COMP/A 37.507/F3), *Astra Zeneca*, fn. 3.

⁶⁶ Id. punkt 519.

⁶⁷ Rådets förelörden (EEG) nr 1768/92 av den 18 juni 1992 om införande av tillägsskydd för läkemedel ("SPC Förelörden"), EGT 1992 L 182/1.

det land där första marknadsföringstillstånd inklusive prisöverenskommelse nåtts, trots att förordningen bara talar om det tekniska marknadsföringstillståndet. För Astra innebar skillnaden att ca 6-12 månaders skyddstid skulle gå förlorade i flera länder. Korrespondens i ärendet visade att Astras patentavdelning redan på ett tidigt stadium var klar över osäkerheten i bedömningen, men ansåg att ett vidmakthållande av Astras tolkning inte skulle kunna ha någon annan konsekvens än att tiden för tilläggskyddet kortades.⁶⁸ 2003 fastställde EG-domstolen att Astras tolkning var felaktig.⁶⁹ Trots detta klarläggande och det faktum att skyddet löpt ut i Tyskland, stämde Astra 1999 flera av de generiska aktörerna för patentintrång.

Den andra invändningen kommissionen riktade var att Astra introducerat en ny galenisk form (Losec MUPS) och samtidigt återkallat registrering för en kapselform (Losec capsules) i syfte att försvåra för generisk konkurrens och begränsa parallellhandeln med produkten. Även denna fråga blev föremål för EG-domstolens prövning.⁷⁰

Av handlingar i målet framgår det att Astra utformat en genomtänkt strategi, som syftade till att med alla tänkbara medel hålla konkurrenterna stängna så länge som möjligt. Med tanke på de stora värden som stod på spel föreföll alla åtgärder fullt motiverade.⁷¹

I sitt beslut understryker kommissionen att ett dominerande företag har ett särskilt ansvar att inte låta sitt agerande påverka konkurrensen och att företaget är skyldigt att agera på ett sätt som är proportionellt i förhållande till de mål man eftersträvar.⁷² Ansvaret omfattar även hur företaget utnyttjar det offentligt rättsliga systemet. Kommissionen betraktar Losec som en drastisk uppfinning ("fundamental invention") i motsats till en vidareutveckling ("incremental innovation"), vilket bl.a. talar för att produkten närmast är att betrakta som en egen relevant produktmarknad. Kommissionen understryker att Astras ursprungliga feltolkning av basdagen för SPC inte är en grund för beslutet. Däremot angriper kommissionen med stöd av konkurrensreglerna Astras vilseledande information till de olika patentmyndigheterna. Särskilt allvarligt är att Astra även efter EG-domstolens klargörande fortsätter med sin vilseledande strategi i de olika nationella patentförfarandena och intrångsprocesserna.

I beslutets Avsnitt D.5 behandlas kommissionens inställning till den speciella patentproceduren. Här hävdar kommissionen att dikotomin "existens/utövning" är död och ersatt av immaterialrättens speciella föremål. Kommissionen framhåller att

Competition law is specifically designed to control anticompetitive private conduct entailing restrictions of competition, in particular by

⁶⁸ Beslut COMP/A 37.507/F3, *Astra Zeneca*, fn. 3, punkt 200.

⁶⁹ I mål C 127/00, *Hässle AB mot Ratiopharm GmbH*, [2003] REG I-14781 fastslog EG-domstolen att datum för det tekniska marknadsföringstillståndet är avgörande. Se speciellt punkt 79 i domen.

⁷⁰ EG-domstolen, mål C-15/01, *Paranova Läkemedel a.o.*, 8 maj 2003, REG [2003] I-4175.

⁷¹ Beslut COMP/A 37.507/F3, *Astra Zeneca*, fn. 3, punkt 271.

⁷² Id. punkt 325.

excluding competitors. Where the conduct has anticompetitive objects and effects, it may give rise to liability under competition law ...⁷³

Kommissionen bedömde de två överträdelserna som allvarliga. Både vilseledandet av de nationella patentmyndigheterna och åberopandet av den vilseledande informationen i de nationella domstolsförfarandena ansågs strida mot konkurrensreglerna. Likaså fann kommissionen att återkallandet av registrering för kapslar och introduktionen av en ny galenisk form var en medveten konkurrensbegränsning. Böterna fastställdes till sammanlagt 60 MEUR. Ärendet är överklagat till Förstainstansrätten.⁷⁴

Sammantaget kan det konstateras att några större skillnader inte förefaller göra sig gällande mellan USA och Europa vad gäller hanteringen av immaterialrättsupplåtelser. Möjligen understryks marknadsuppdelningsförbudet och de övriga ”hard core” begränsningarna hårdare i Europa samtidigt som den amerikanska trenden mot ökad tillämpning av ”rule-of-reason” är helt klar.⁷⁵

När det gäller tvingande upplåtelser är den amerikanska uppfattningen mer bestämd. Ingen ska tvångsvis, varken med stöd av immaterialrätt eller konkurrensrätt, behöva kontrahera med annan part. Detta innebär dock inte att företagen har frikort att agera på ett sätt som skapar samhällsekonomiskt negativa effekter. I Europa är synen annorlunda. Tvångslicenser kan meddelas med stöd av immaterialrätten – även om de är sällsynt förekommande. Tvångslicenser är också en möjlig konkurrensrättslig påföljd, som undantagsvis kan aktualiseras för att säkra konkurrens på en nedströms marknad.

Det faktum att ett bolag tillskansar sig patentskydd med illojala medel leder både i USA och i Europa till att patentskyddet kan gå förlorat. I USA kan konkurrensrätten komplettera när företaget medvetet och på ett vilseledande sätt utnyttjar det felaktigt beviljade patentet till att exkludera konkurrenter. Situationen förefaller att vara likartad i Europa, men här kan själva vilseledandet av myndigheten, i vart fall enligt kommissionens uppfattning, också karaktäriseras som en konkurrensrättsligt otillåten åtgärd. Amerikansk rättspraxis drar en tydligare skiljelinje mellan den immaterialrättsliga hanteringen och den konkurrensrättsliga.

⁷³ Id. punkt 741-749, speciellt 744.

⁷⁴ Förstainstansrätten, mål T-321/05, *AstraZeneca mot EU-kommissionen*, EGT 2005 C 271/24, meddelande av den 25 augusti 2005 om att överklagande ingivits.

⁷⁵ Senast demonstrerades trenden av Supreme Court i *LEEGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC. v. PSKS, INC.*, 28 juni 2007, ännu ej publicerad, i vilket domstolen överger *per se* bedömningen av vertikala minimipriser och därmed ersätter klassiska *DR. MILES MEDICAL CO. v. JOHN D. PARK & SONS CO.*, 220 U.S. 373 (1911).

Sammanfattning och slutsatser

Genomgången av hur immaterialrättsskyddet balanserats mot konkurrensrättsliga bedömningar ger en mångtydig bild:

- Lagarnas respektive legala status ger inte anledning att ge det ena systemet företräde framför det andra;
- Lagarnas tidsmässiga tillkomst kan inte vara avgörande för en bedömning av företrädesfrågan;
- Immaterialrätten styr rättens uppkomst och existens och bevakas av kompetenta myndigheter. Här är immaterialrätten en specialreglering i förhållande till den mer generella konkurrensrätten;
- Däremot innehåller immaterialrätten mycket rudimentära regler rörande hur rätten får utövas, som inte förhindrar full tillämpning av de konkurrensrättsliga reglerna;
- Immaterialrätten täcker inte situationer när företag missbrukar sin marknadsmakt och konkurrensrätten måste tillåtas komplettera för att undanröja samhällsekonomiskt skadliga verkningar.

Det föreligger skillnader mellan det amerikanska och europeiska synsättet. Utgångspunkten i USA är att immaterialrätten är en äganderätt, som ska respekteras och det är först vid uppenbara och allvarliga missbruk av skyddet, som ett konkurrensrättsligt ingrepp aktualiseras. I Europa ser i vart fall EU-kommissionen att utövandet av det immaterialrättsliga skyddet måste överensstämma med den konkurrensrättsliga bedömningen. Konkurrensrätten kan därmed användas för att ingripa i olika förhållanden om det inte är klart utsagt att området är undantaget från bedömningen.

I princip borde det inte finnas anledning att skilja mellan de olika immaterialrättigheterna. De bakomliggande resonemangen är likartade. Likväl framstår upphovsrätten som speciell. Bristen på kontroll av verkshöjd genom registreringsförfarande, den långa skyddstiden och begränsade internaliseringen av konkurrensfrämjande åtgärder ger upphovsrätten en särställning. Upphovsrättsliga ärenden är också mer frekvent förekommande i rättspraxis. Frågan är dock om det är med konkurrensrättsliga åtgärder som upphovsrättsliga problem ska hanteras. Det förefaller rimligare att upphovsrätten blir föremål för en översyn, som gör att lagstiftningen anpassas till övriga immaterialrättigheter. Är det egentligen möjligt att tillämpa samma regler för utövande konstnärer, som framställer unika produkter, som för närmast industriellt framforskad informationsteknologi?

Allmänt ger den amerikanska rätten intryck av att ha funnit ett tydligare förhållningssätt till gränsdragningsfrågor genom att inte tveka om respekten för immaterialrätten. Det är bara när det föreligger ett uppenbart och flagrant missbruk av immaterialrättigheter, som ett konkurrensrättsligt ingripande förefaller motiverat. Med det synsättet har konkurrensrätten ytterst, men endast i särskilda fall, företräde framför

immaterialrätten. Det betyder att redan EG-domstolens resonemang i *Magill* och *IMS Health* avviker från det amerikanska synsättet. Denna inställning förefaller dock allmänt accepterad i Europa och framstår också som motiverad från en europeisk immaterialrättslig utgångspunkt. Villigheten att göra inskränkningar i den immateriella äganderätten är betydligt större här än i USA. Stor försiktighet bör dock iakttas med att låta dessa speciella förhållanden utvidgas till nya områden.

I allt väsentligt framstår det som om rättsutvecklingen i USA och Europa anpassat sig väl till 1990-talets ekonomiska analys. Immaterialrätten och konkurrensrätten samverkar för att skapa ett dynamiskt samhällsklimat. Immaterialrätten respekteras, men gränser sätts för att förhindra samhällsskadliga effekter. Strikta formella regler har i allt väsentligt uppluckrats till förmån för balanserade avvägningar byggda på ekonomiska realiteter. Möjligen fokuserar Europa fortfarande alltför mycket på ”hard core” överträdelser.

Tillämpas resonemanget på de aktuella fallen så finns det goda grunder att anta att Astra förtjänar sina böter om det fastslås att företaget verkligen har en dominerande ställning. Företaget har trots insikt om att skyddet sannolikt inte gällt försökt hämma konkurrensen på ett otillåtet sätt. Med ett amerikanskt synsätt på patentmissbruk torde dominans inte ens vara en förutsättning för ingrepp. I Europa måste en dominerande ställning konstateras för att artikel 82 ska äga tillämpning.

Däremot är det mer tveksamt hur Microsoft ska hanteras. Företaget har med skicklighet och forskningsansträngningar drivit utvecklingen framåt och tillskansat sig en överlägsen position för sitt operativsystem.⁷⁶ Microsoft menar sig ha rätt att bygga vidare på denna grund för att ständigt utveckla bättre helhetslösningar, som efterfrågas av konsumenterna. Kommissionens uppfattning förefaller närmast att vara att operativsystemet är en standard, som ska göras brett tillgänglig (mot skäligen ersättning) för företag, som vill skapa accessoriska produkter i konkurrens med Microsoft. Kommissionens konstruktion med en test som balanserar Microsofts motiv att bedriva forskning mot industrin som helhet förefaller vara en tveksam utvidgning av EG-domstolens krav på att särskilda omständigheter ska föreligga.⁷⁷

Ett annat synsätt är att Microsoft med sin skicklighet vunnit spelet. För det ska man ha guldmedalj – inte böter. För att återställa konkurrensen kan tvångsåtgärder i form av licenser eller uppdelning av företaget i konkurrerande enheter behöva tillgripas.⁷⁸ Framgång med ett sådant synsätt kräver säkerligen att amerikanska och

⁷⁶ Konkurrensreglerna överträds inte enligt Judge Learned Hand när marknadsmakten är ett resultat av ”superior skill, foresight and industry”, U.S. v. ALUMINIUM CO OF AM. (“ALCOA”), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁷⁷ Ett speciellt problem är att upphovsrätten inte hanterar informationsteknologi på ett bra sätt. Skyddet är för otydligt och vidsträckt för säkra såväl den intellektuella insatsen som samhällets krav på att utvecklingen ska kunna drivas vidare.

⁷⁸ Domare Jackson fastställde att Microsoft skulle delas upp i två separate enheter: En enhet för "Operating Systems Business" (Windows 98 and Windows 2000) och en för "Applications Business" (resten av Microsoft's verksamhet i form av applikationer t.ex. browser, mediaspelare och office paket). Final Judgment, fn. 52, §§ 1.a, 1.c.i), sid. 64. Motsvarande möjlighet till strukturella åtgärder erbjuds numer även i EU: Rådets förordning 1/2003/EG av den 16 december 2002 om implementering av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 i fördraget, EGT 2004 L 1/1 ,artikel 7.

europiska konkurrensmyndigheter samverkar och är helt överens, vilket förefaller osannolikt i detta fall. Synsättet strider dessutom mot ett annat av Learned Hands välkända uttalanden: “[t]he successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins.”⁷⁹

⁷⁹ ALCOA, fn 76, s. 430.