

ISRN-nr: LIU-IEI-FIL-G--14/01098--SE

Kandidatuppsats

Affärsjuridiska programmen

Linköpings Universitet

IEI

Vårterminen 2014

Termin 6



Förhållandet mellan upphovsrätt och missbruk av dominerande ställning

The relationship between copyright and abuse of a dominant position

Rasmus Sundkvist och Fredrik Bengtsson

Handledare: Åsa Hellstadius

Sammanfattning

Upphovsrätten har som ändamål att skydda innovation och nytänkande genom att ge ensamrätt till litterära och konstnärliga verk. Dessa kan vara mycket betydelsefulla för ett företags ställning på en marknad. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning däremot har som ändamål att främja konkurrens genom att förhindra att företag i dominerande ställning snedvrider konkurrensen på marknaden. Det är uppenbart att det kan uppstå en konflikt mellan de olika regelverken eftersom upphovsrätten skyddar en enskild innehavare medan förbudet mot missbruk av dominerande ställning strävar efter att uppnå en öppen och effektiv konkurrens. Ändamålet med det upphovsrättsliga skyddet är inte att hämma konkurrensen, men det kan bli en konsekvens, speciellt om rättighetsinnehavaren är ett företag i dominerande ställning och upphovsrätten utgör ett etableringshinder till marknaden.

Vårt fokus i uppsatsen har varit att avgöra när en licensvägran av en upphovsrätt utgör missbruk av dominerande ställning. En upphovsrätt kan vara en viktig faktor vid dominansbedömningen på grund av dess utformning som en exklusiv rätt att förfoga över verket. Däremot är det klargjort av EUD att en upphovsrätt inte automatiskt ger en dominerande ställning på en konkurrensrättsligt relevant marknad, eller ens utgör en presumtion för detta. En helhetsbedömning av alla omständigheter måste alltid göras. Den gränsdragning som måste göras mellan dessa två rättsområden är inte självklar och utfallet får ofta stora ekonomiska konsekvenser för de inblandade företagen. Det finns framför allt två fall, *Magill* och *IMS Health*, där EUD har avgjort när licensvägran av en upphovsrätt utgör missbruk och genom dessa fastställt tre faktorer som är avgörande för bedömningen; (1) vägran förhindrade tillkomsten av en ny produkt för vilken det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna, (2) vägran kunde inte berättigas av objektiva skäl samt (3) vägran var av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från den härledda marknaden.

Det har uppstått en konflikt mellan SJ och MTR på grund av SJ:s vägran att låta MTR sälja biljetter via bokningssystemet på www.sj.se. MTR hävdar att SJ har missbrukat sin dominerande ställning på marknaden genom detta agerande. Vi har undersökt huruvida SJ har en dominerande ställning på marknaden och om bokningssystemet på www.sj.se är upphovsrättsligt skyddat. Slutligen har vi med tillämpning av ovanstående faktorer undersökt huruvida SJ:s beteende utgör missbruk av dominerande ställning.

Innehåll

Förkortningar	1
1 Inledning	2
1.1 Problembakgrund.....	2
1.2 Problemformulering.....	3
1.3 Syfte.....	3
1.4 Metod.....	3
1.5 Avgränsning.....	4
1.6 Presentation av ”SJ-målet”	4
2. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning.....	6
2.1 Inledning.....	6
2.2 Företag.....	8
2.3 Dominans.....	8
2.4 Missbruk.....	10
2.5 KKV:s beslut i SJ-målet.....	11
3. Upphovsrätt	13
3.1 Inledning.....	13
3.2 Upphovsrättens innehåll.....	14
3.3 Verksbegreppet.....	16
3.4 De närstående rättigheterna.....	17
3.5 Den industriella upphovsrätten.....	18
3.5.1 Databaser.....	18
4. Upphovsrättens förhållande till missbruk av dominerande ställning	19
4.1 Bakgrund.....	19
4.2 Sammanfattning av praxis.....	21
4.2.1 <i>Magill</i>	21
4.2.2 <i>IMS Health</i>	24
4.3 Slutsatser.....	27
4.3.1 Allmänt.....	27
4.3.2 Licensvägran.....	28
4.3.3 <i>Microsoft</i> -målet.....	29
5. Analys	31
5.1 Vilken påverkan har en upphovsrätt på dominansbedömningen enligt 2 kap 7 § KL och artikel 102 FEUF?.....	31
5.2 När utgör licensvägran ett missbruk av den dominerande ställningen och vilka faktorer är avgörande vid den bedömningen?.....	33
5.3 Vad blir utfallet om dessa faktorer appliceras på ett praktiskt fall?	34
5.3.1 Inledning.....	34
5.3.2 Dominansbedömning.....	34
5.3.3 Upphovsrättsbedömning.....	36
5.3.4 Missbruksbedömning.....	38
5.4 Slutsatser.....	40
5.4.1 KKV:s beslut i SJ-målet.....	40
5.4.2 Avslutande ord.....	41
6. Källförteckning.....	42

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EUD	Europeiska Unionens Domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
HD	Högsta Domstolen
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslag (2008:579)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Två rättsområden som kan komma i konflikt med varandra är konkurrenslagstiftningen och den immaterialrättsliga lagstiftningen. Även om rättsområdena delvis har samma ändamål arbetar de till stor del emot varandra, framför allt genom de tillvägagångssätt som används för att uppnå ändamålen.

Den immaterialrättsliga lagstiftningen syftar till att främja innovation, nytänkande och konkurrens genom att ge ensamrätt till nya uppfinningar, produkttyper m.m. Företag med en sådan ensamrätt kan ofta få en dominerande ställning på den aktuella marknaden. Immaterialrätten har även som ändamål, precis som konkurrensrätten, att stimulera mångfald och tillväxt på marknaden för att främja konkurrens.

Konkurrenslagstiftningens ändamål är att främja en effektiv konkurrens och väl fungerande marknader genom att förhindra konkurrensbegränsande avtal och företags missbruk av en dominerande ställning. Konkurrens är positivt eftersom det effektiviserar resursanvändning, pressar priserna samt gör det möjligt för nya företag att ta sig in på marknaden. Allt detta är till nytta för konsumenterna och det är av den anledningen som lagstiftningen existerar.

Konflikten består i att de ändamål som finns med konkurrensrätten respektive immaterialrätten som sagt till stor del arbetar emot varandra. Immaterialrätten syftar till att skydda rättighetsinnehavaren på marknaden medan konkurrensrätten strävar efter en öppen marknad med effektiv konkurrens. Skyddet för rättighetsinnehavaren kan hämma konkurrensen på marknaden om denna immaterialrätt är en avgörande faktor för att ta sig in på marknaden. Syftet med det immaterialrättsliga skyddet är inte att hämma konkurrensen, men det kan bli en konsekvens, speciellt om rättighetsinnehavaren är ett företag med dominerande ställning.

Den gränsdragning som måste göras mellan dessa två rättsområden är inte självklar och utfallet får ofta stora ekonomiska konsekvenser för de inblandade företagen. Det finns ett fåtal exempel på rättsfall när EU-domstolen har haft att

avgöra vad som ska premieras. Nämnas kan *Magill*- och *IMS Health*-målen där frågan var om företagets vägran att bevilja licens till dess upphovsrättsligt skyddade system utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.

Ett aktuellt svenskt exempel som påminner om *IMS Health*-målet är SJ:s vägran att låta en konkurrent sälja biljetter via bokningssystemet på www.sj.se för tågresor mellan Stockholm och Göteborg¹. Hur hanteras konflikter mellan den upphovsrättsliga ensamrätten och konkurrensrättens förbud mot missbruk av dominerande ställning?

1.2 Problemformulering

- Vilken påverkan har en upphovsrätt på dominansbedömningen enligt 2 kap 7 § KL och artikel 102 FEUF?
- När utgör licensvägran ett missbruk av den dominerande ställningen och vilka faktorer är avgörande vid den bedömningen?
- Vad blir utfallet om dessa faktorer appliceras på ett praktiskt fall?

1.3 Syfte

Vårt syfte med uppsatsen är att undersöka gällande rätt angående hur innehavet av en upphovsrätt påverkar bedömningen av ett företags ställning på marknaden ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Vidare kommer vi att utreda när licensvägran kan utgöra missbruk av en dominerande ställning och framför allt vilka faktorer som är avgörande vid den bedömningen. Slutligen kommer vi att analysera utgången av ett fall med tillämpning av dessa faktorer samt uttala oss om resultatet.

1.4 Metod

Vi har i vårt arbete använt oss av relevant lagtext, både nationell rätt och EU-rätt, för att fastställa gällande rätt inom området. Vi har även undersökt praxis och doktrin.

¹ Augustsson, Tomas, SJ vill inte släppa in konkurrenterna, *SvD*, 2014-02-18, http://www.svd.se/naringsliv/nyheter/sverige/sj-i-sajtbrak-med-nya-konkurrenter_8997422.svd (2014-03-26).

Till en början har vi redogjort för relevanta lagrum för både förbudet mot missbruk av dominerande ställning och upphovsrätt för att kartlägga rättsläget. Fortsättningsvis har vi granskat två rättsfall, *Magill*² och *IMS Health*³, där områdena kolliderat och skapat tvister för att se hur frågan behandlats i domstol. På grund av bristen på praxis har vi även lagt vikt vid doktrin, både konkurrens- och immaterialrättslig.

Till sist har vi använt oss av den information vi har erhållit för att tillämpa den på ett fall, *SJ-målet*⁴, och analyserat huruvida deras beteende utgör missbruk av dominerande ställning samt om utfallet är önskvärt eller inte.

1.5 Avgränsning

Inom konkurrensrätten har vi begränsat oss till förbudet mot missbruk av dominerande ställning, vilket regleras i 2 kap 7 § konkurrenslagen (KL). Eftersom den svenska lagen och dess tillämpning är baserad på EU-rätt har vi även använt oss av motsvarande EU-rättsliga bestämmelse, art 102 FEUF. På immaterialrättens område har vi behandlat upphovsrätten ur ett svenskt perspektiv. Slutligen har vi behandlat konflikten mellan missbruk av dominerande ställning och upphovsrätt.

1.6 Presentation av ”SJ-målet”

Det har uppstått en konflikt mellan SJ och MTR angående biljettförsäljning på SJ:s hemsida, www.sj.se. MTR planerar att börja bedriva tågtrafik i Sverige och vill därför ha möjlighet att sälja biljetter via bokningssystemet på hemsidan. SJ vägrar däremot att släppa in MTR på hemsidan och MTR hävdar därför att SJ, genom detta förfarande, missbrukar sin dominerande ställning på marknaden.⁵

SJ är ett svenskt järnvägsbolag för persontrafik som bedriver trafik runt om i hela Sverige. SJ grundades 1856 och var då myndigheten Statens Järnvägar, men 2001

² Förenade målen C- 241/91 och 242/91, *Magill, RTE, ITP mot Kommissionen*, REG 1995, s. I-743.

³ Mål C-418/01, *NDC Health GmbH & Co. KG och NDC Health Corporation mot kommissionen och IMS Health Inc.*, REG 2004, s. I-3401.

⁴ Se avsnitt 1.6.

⁵ Augustsson, Tomas, SJ vill inte släppa in konkurrenterna, *SvD*, 2014-02-18, http://www.svd.se/naringsliv/nyheter/sverige/sj-i-sajttrak-med-nya-konkurrenter_8997422.svd (2014-04-27).

bolagiserades tågverksamheten och blev SJ AB.⁶ Företaget ägs av svenska staten och hade länge monopol på tågtrafik i Sverige, men denna marknad har successivt öppnats för konkurrens och 1 oktober 2010 blev Sverige det första landet i Europa med en helt avreglerad marknad för kommersiell persontågtrafik.⁷

MTR är ett bolag från Hongkong som bedriver tåg- och tunnelbanetrafik i flera länder runt om i världen, bl.a. i Sverige där de ansvarar för drift, underhåll och planering av Stockholms tunnelbana.⁸ Företaget planerar att bedriva kommersiell persontågtrafik på sträckan mellan Stockholm och Göteborg, med start under år 2015.

MTR anför att tillgången till SJ:s hemsida är en s.k. nödvändig nyttighet för att de ska kunna träda in på marknaden och konkurrera med SJ, eftersom hemsidan är det naturliga valet för de flesta kunder när de ska boka en tågresor på internet och det saknas såväl faktiskt som potentiellt substitut till den. Det utgör därmed ett oöverstigligt hinder till marknaden för MTR. Den relevanta marknaden ska enligt MTR utgöras av onlineförsäljning av fjärrtågbiljetter i Sverige, på vilken SJ har en marknadsandel på över 50 procent och därmed en dominerande ställning. De anför vidare att det är behäftat med stora kostnader att utveckla ett eget biljett- och bokningssystem, bl.a. investerings- och marknadsföringskostnader. Det faktum att SJ tillåter andra företag, bl.a. Blå Tåget och Veolia, att sälja biljetter via bokningssystemet på www.sj.se medför att MTR drabbas av en omotiverad särbehandling som är att likställa med diskriminering. Av det ovan anförda följer att SJ inte har visat att de har objektivt godtagbara skäl för sin vägran att låta MTR sälja biljetter via www.sj.se.⁹

SJ anför att hemsidan endast är en försäljningskanal av flera. De marknadsför inte hemsidan som en separat säljkanal, utan SJ som ett varumärke. Vidare hävdar de att det inte finns några hinder för MTR att utveckla en egen försäljningskanal och frågan i ärendet är endast att MTR vill undgå kostnader för att utveckla en sådan. De anför vidare att den relevanta marknaden är marknaden för persontrafik i Sverige, på vilken tågtrafiken står för högst 15 procent. Därmed har SJ under inga

⁶ <http://nyhetsrum.sj.se/topplaenkar/om-sj.html> (2014-05-12).

⁷ <https://www.transportstyrelsen.se/sv/Nyhetsarkiv/Forst-i-Europa-med-helt-avreglerad-jarnvagsmarknad/> (2014-05-25).

⁸ <http://www.mtrstockholm.se/om-oss> (2014-05-26).

⁹ KKV:s beslut, dnr 178/2014, s 2.

omständigheter en dominerande ställning. Angående MTR:s påstående om diskriminering hänvisar SJ till fallet *Bronner*¹⁰ som stadgar att otillåten diskriminering endast kan förekomma mellan befintliga kunder och är således irrelevant i detta fall.¹¹

SJ har för närvarande konkurrens på sträckan mellan Stockholm och Göteborg av Blå Tåget som sedan december 2011 bedriver reguljär persontågtrafik på sträckan Göteborg – Stockholm – Uppsala med stopp i Skövde och Hallsberg från torsdag till söndag varje vecka. Tågen består av renoverade vagnar från 1960-talet med restaurang och bar ombord. De riktar sig framför allt till kunder som vill att själva resan ska vara en del av målet samt till kunder som reser i arbetet och behöver eluttag och internet.¹² Blå Tåget tillåts sälja sina biljetter som en integrerad del av bokningssystemet på SJ:s hemsida. Även Veolia, som bl.a. driver Snälltåget¹³, säljer sina biljetter via www.sj.se. SJ motiverar detta med att Blå tåget och Veolia bedriver en verksamhet som kompletterar SJ:s, till skillnad mot MTR som skulle bedriva en direkt konkurrerande verksamhet.¹⁴

2. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning

2.1 Inledning

Syftet med förbudet mot missbruk av dominerande ställning är att företag med en dominerande ställning på marknaden inte ska kunna använda sin position för att antingen utnyttja den mot konkurrenter för att begränsa konkurrensen, eller utnyttja den mot konsumenter.¹⁵

Ett företag får ha såväl en dominerande ställning som en monopolställning på marknaden utan att det är förbjudet. Det är emellertid förbjudet för ett företag med en sådan ställning att missbruka denna. Missbruket av den dominanta ställningen

¹⁰ Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG m.fl.*, REG 1998, s I-07791.

¹¹ KKV:s beslut, dnr 178/2014, s 3-4.

¹² <http://www.blataget.com/om> (2014-05-26).

¹³ <http://snalltaget.se/om-oss> (2014-05-26).

¹⁴ Augustsson, Tomas, SJ vill inte släppa in konkurrenterna, *SvD*, 2014-02-18,

http://www.svd.se/naringsliv/nyheter/sverige/sj-i-sajtbrak-med-nya-konkurrenter_8997422.svd (2014-04-27).

¹⁵ Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §.

leder till negativa effekter på marknaden för konkurrenter, vilket till slut blir till skada för konsumenterna.¹⁶

Förbudet mot missbruk av dominerande ställning regleras i svensk rätt i 2 kap 7 § KL. Även EU har lagstiftning om missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF och det är efter denna som den svenska motsvarigheten har skapats. Den svenska konkurrenslagstiftningen och lagstiftningen från EU tillämpas parallellt. Lagstiftningen från EU gäller när det är en situation som påverkar Sverige samt ett annat medlemsland. Det kan även bli tillämpligt när det uppstår en situation mellan två svenska företag, men det ska kunna påverka samhandeln för att det ska prövas med EU:s konkurrensregler.

7 § Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- 1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,*
- 2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,*
- 3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller*
- 4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.*

Den svenska och europeiska lagstiftningen om förbud mot missbruk av dominerande ställning är identiska i sin uppställning angående vilka missbruk som är förbjudna.¹⁷ Detta beror som sagt på att den svenska lagstiftningen skapats efter reglerna från EU.

Vid bedömningen av om ett företag missbrukar sin dominerande ställning är det tre steg som måste vara uppfyllda för att förbudet ska bli tillämpligt. Förbudet mot

¹⁶ Prop. 2007/08:135 s 73.

¹⁷ Se artikel 102 FEUF.

missbruk av dominerande ställning är endast tillämpligt på företag, således är det första steget i bedömningen att avgöra om parten i fråga är ett företag. Nästa steg är att avgöra om detta företag har en dominerande ställning på marknaden. Slutligen måste avgöras om företaget har missbrukat sin dominerande ställning.¹⁸

2.2 Företag

Ett företag anses enligt 1 kap. 5 § KL vara fysiska och juridiska personer som bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Företagsbegreppet har inom EU-rätten tolkats vidsträckt och ska i princip omfatta varje fysisk och juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Verksamhetens inriktning mot ekonomisk vinst har därvid ingen betydelse för bedömningen av om ett företag i konkurrensrättslig mening föreligger. Avgörande i frågan är om någon form av ekonomisk eller kommersiell verksamhet bedrivs.¹⁹ EUD har stadgat att ekonomisk verksamhet består i att erbjuda varor eller tjänster i utbyte mot betalning på en marknad.²⁰ Statliga och kommunala organ ska anses vara företag om de bedriver en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, men inte när det gäller myndighetsutövning.²¹ Inte heller sport i sig är att anse som ekonomisk eller kommersiell verksamhet, men många kommersiella aktiviteter som utgör ekonomisk verksamhet kan associeras med sport, t.ex. licensiering av TV-rättigheter och försäljning av souvenirer.²²

2.3 Dominans

En vanligt förekommande definition av dominansbegreppet är: *”En dominerande ställning definieras som att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende, i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna.”*²³

¹⁸ Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31.

¹⁹ Prop. 1992/93:56, s. 66.

²⁰ Mål C-35/96 Kommissionen mot Italien, REG 1998 s. I-3851, punkt 36.

²¹ Prop. 1992/93:56, s. 66.

²² Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 1 kap. 5 §*, Lexino, 2014-03-31.

²³ Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31 med vidare hänvisning till MD 2007:26 Ekfors I; Prop. 1992/93:56 s. 85; mål 27/76 United Brands, REG 1978 s. 207, p 65.

För att avgöra om ett företag har en dominerande ställning måste först en relevant marknad avgöras, vilket är den marknad företaget driver sin verksamhet på. Avgränsningen av den relevanta marknaden bestäms av dels en produktmarknad, dels en geografisk marknad.²⁴ Den produktmarknad som anses relevant bestäms på grundval av produkternas utbytbarhet. Produkter som innehar liknande eller samma egenskaper när det gäller pris, användning, konsumenters och andra användares uppfattning anses vara inbördes utbytbara och hör således till samma produktmarknad. Ett exempel på när två närliggande produkter inte ansetts utgöra samma produktmarknad är marknadsdomstolens bedömning i MD 2000:2 där domstolen ansåg att buss och tåg inte var utbytbara och därmed inte tillhör samma produktmarknad.²⁵ Inte heller flyg har ansetts utbytbart mot tåg utan utgör en egen marknad på grund av bland annat faktorerna pris, restid och bekvämlighet.²⁶

Det område där det berörda företaget tillhandahåller produkter eller tjänster anses utgöra den relevanta geografiska marknaden, inom vilket likartade konkurrensvillkor föreligger och kan skiljas ifrån andra angränsande geografiska områden med skillnader i konkurrensvillkoren. För att avgöra områdets utbredning är transportmöjligheter och transportkostnader viktiga faktorer att väga in i bedömningen.²⁷ Ett företag kan exempelvis vara dominerande på en nationell marknad men en liten aktör när det kommer till den europeiska marknaden för en viss produkt. Det kan således agera mer fritt på EU-nivå där företaget är en mindre aktör, men det måste agera mer försiktigt och med ansvar för marknaden på nationell nivå.²⁸

En stark ställning på marknaden med liten hänsyn till konkurrenters agerande anses vara kriterier på ett företag med en dominerande ställning. En marknadsandel över 40 % på den relevanta marknaden är ett tecken på en dominerande ställning för ett bolag.²⁹ Om företaget har en hög marknadsandel behöver företaget inte ta hänsyn till konkurrenter, eftersom de behåller sin position oavsett vad konkurrenterna gör. Andra faktorer som måste vägas in är t.ex. hur svårt det är för nya företag att ta sig in på marknaden utan att konkurreras

²⁴ Prop. 2007/08:135 s 70-71.

²⁵ MD 2000:2 s 20-21.

²⁶ KKV:s beslut, dnr 902/1998 p 77.

²⁷ Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 372, 09/12/1997, p 7-8.

²⁸ Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31.

²⁹ Konkurrensverket, 2012-02-01, <http://www.konkurrensverket.se/t/Page.aspx?id=362> (2014-03-31).

ut direkt av det dominerande företaget, företagets finansiella styrka samt den teknologi, patent och andra immaterialrättigheter företaget har tillgång till. En helhetsbedömning måste göras för att avgöra dominansen på marknaden.³⁰

2.4 Missbruk

Ett företag med en dominerande ställning får inte genom sitt agerande skada konkurrensen på marknaden. De olika sorters missbruk som tas upp i lagstiftningen kan delas upp i två olika typer av missbruk, exploaterande och utestängande. När det dominerande företaget använder sin ställning på marknaden för att vinna handelsfördelar som det inte hade fått genom normal och effektiv konkurrens, är det exploaterande missbruk. Det följer av rättspraxis att exploaterande missbruk kan delas upp i tre olika typer, överprissättning och oskäligen avtalsvillkor, diskriminering samt kopplingsförbehåll. Överprissättning och oskäligen avtalsvillkor omfattas av 2 kap. 7 § 2 st. 1 p KL, och berör påtvingandet av oskäligen priser eller andra oskäligen avtalsvillkor som ett företag kan använda sig av för att missbruka sin dominerande ställning. Ett missbruk föreligger när priset är oskäligt eller när priset inte står i rimligt förhållande till det ekonomiska värdet.³¹ Att exempelvis använda sig av monopolpriser mot kunder och konsumenter är ett exploaterande missbruk som inte är tillåtet.³² Diskriminering är den andra typen av exploaterande missbruk och tas upp i 2 kap. 7 § 2 st. 3 p KL. Diskriminering definieras som lika villkor på olika transaktioner eller olika villkor på likvärdiga transaktioner när det gäller prissättning av en produkt eller tjänst. Det första steget i bedömningen är att avgöra om transaktionerna i fråga är likvärdiga och detta omfattar en utvärdering av kostnader för leverans av produkten eller tjänsten som säljs. Det andra steget är att avgöra om företaget har tillämpat olika villkor på transaktionerna.³³ Kopplingsförbehåll är den tredje typen av exploaterande missbruk och tas upp i 2 kap. 7 § 2st. 4 p KL. Rättspraxis från Sverige och EU saknas och kan inte ge någon vägledning angående kopplingsförbehåll som exploaterande missbruk.³⁴ Ett exempel på kopplingsförbehåll är att ett företag utnyttjar sin position genom att

³⁰ Konkurrensverket, 2012-02-01, <http://www.konkurrensverket.se/t/Page.aspx?id=362> (2014-03-31).

³¹ Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31.

³² MD 2005:27 (Luftfartsverket).

³³ Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, 7. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s 759.

³⁴ Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31.

kräva att kunden även köper en annan produkt, som inte har ett samband med den första varan.³⁵

När det dominanta företaget istället försöker begränsa konkurrensen på marknaden genom att göra det svårare för nya företag att ta sig in på marknaden, sker ett utestängande missbruk.³⁶ Utestängande missbruk kan kategoriseras i fem olika typer av missbruk: exklusiv handel, kopplingsförbehåll, underprissättning, leveransvägran och marginalpress. Dessa återfinns i 2 kap. 7 § 2 st. KL. Exklusiv handel är den första typen av utestängande missbruk och med det menas att det dominerande företaget avskiljer konkurrenter från marknaden genom att kräva att deras handelspartner endast handlar med dem. Nästa typ av missbruk är kopplingsförbehåll och kombinationserbudanden vilket innebär en skyldighet för kunden att även köpa en annan produkt eller tjänst som erbjuds av det dominerande företaget. Underprissättning är den tredje typen och innebär att ett dominerande företag prissätter produkten eller tjänsten till ett pris som understiger kostnaderna i syfte att slå ut konkurrenter från marknaden. Den fjärde typen av missbruk är leveransvägran och det innebär att det dominerande företaget vägrar att ingå avtal eller avbryter ett befintligt avtal. Den femte och sista typen av utestängande missbruk är marginalpress. En situation där marginalpress kan förekomma är när det dominerande företaget kontrollerar en infrastruktur som konkurrenter behöver tillgång till för att ha möjlighet att erbjuda sina egna tjänster på samma marknad som det dominerande företaget. Det dominerande företaget kan i denna situation antingen ta ut överpris av konkurrenterna för tillgång till infrastrukturen, eller ett underpris på varan eller tjänsten i handel till slutkund så att konkurrenterna inte klarar av priskonkurrensen.³⁷

2.5 KKV:s beslut i *SJ*-målet³⁸

KKV meddelade beslut i den uppstådda konflikten mellan SJ och MTR i maj 2014. Frågan behandlades dock enbart från ett konkurrensrättsligt perspektiv. KKV börjar med att definiera den relevanta marknaden och om SJ innehar en

³⁵ <http://www.konkurrensverket.se/t/Page.aspx?id=362#1> (2014-05-26).

³⁶ MD 2007:26 (Ekfors).

³⁷ Bastidas Venegas, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31.

³⁸ KKV:s beslut, dnr 178/2014.

dominerande ställning på denna.³⁹ KKV slog fast vid bedömningen av den relevanta marknaden att utgångspunkt ska tas i snävast tänkbara marknad som i detta fall är tågtrafik mellan Stockholm och Göteborg. Därefter är frågan om denna marknad ska utvidgas till att även omfatta ett större geografiskt område och andra trafikslag. De börjar med att utreda den geografiska marknaden och konstaterar att båda parter har anfört att den ska bestämmas till Sverige i sin helhet. Däremot avser MTR endast att bedriva tågtrafik mellan Stockholm och Göteborg och för att utvidga sin verksamhet till andra sträckor tillkommer väsentliga kostnader för MTR. Trafik på andra sträckor kan inte heller anses utgöra substitut för tågresor på den förstnämnda sträckan. Därmed är det mycket som talar för att den relevanta geografiska marknaden utgörs av sträckan mellan Stockholm och Göteborg.

Nästa steg i marknadsbedömningen är huruvida andra trafikslag, t.ex. buss, flyg och bil, kan utgöra substitut för kunderna. Andra tågoperatörer och en forskarrapport från Kungliga tekniska Högskolan⁴⁰ uppger att dessa trafikslag konkurrerar med tågresor på den aktuella sträckan. KKV hänvisar även till EU-rättslig praxis för att visa på att olika trafikslag kan vara utbytbara med varandra. De avslutar däremot med att konstatera att det inte är nödvändigt att slutligt fastställa relevant marknad i ärendet samt att det inte heller är nödvändigt att avgöra huruvida onlineförsäljning av tågbiljetter är en egen marknad på vilken SJ har en dominerande ställning.

I missbruksbedömningen tar KKV utgångspunkt i stadgandet att ”företag har rätt att fritt välja handelspartner och disponera över sina tillgångar” men att vägran att träffa avtal kan utgöra missbruk under vissa förutsättningar. KKV hänvisar till ett uttalande från EUD i rättsfallet *Bronner*⁴¹ i vilket tre villkor utformats för att det ska vara missbruk:

- Vägran är av beskaffenhet att eliminera all konkurrens på nedströmsmarknaden från företaget som efterfrågar nyttigheten,
- vägran inte är objektivt berättigad, och att

³⁹ Se förutsättningarna i avsnitt 1.6.

⁴⁰ Nellidal, Bo-Lennart, *Utveckling av utbud och priser på järnvägslinjer i Sverige 1990-2013 och utvärdering av avreglering och konkurrens samt Utvecklingen av länshuvudmännens trafik*, 2013, aktbilaga 91.

⁴¹ Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG m.fl.*, REG 1998, s 1-07791.

- nyttigheten i sig är nödvändig för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte finns något faktiskt eller potentiellt alternativ till nyttigheten.⁴²

KKV börjar med att utreda det sistnämnda villkoret och konstaterar att det saknas lagliga eller tekniska hinder för MTR att utveckla ett eget biljettförsäljningssystem. Utredningen visar även att det, utan orimligt stora kostnader, är möjligt att nå tillräckligt många potentiella kunder med en egen försäljningskanal för att kunna konkurrera på den aktuella sträckan. De nödvändiga marknadsföringskostnader MTR uppger för att kompensera ett vägrat tillträde av SJ utgör en relativt låg andel av de totala kostnaderna som krävs för inträdet på marknaden.

Således är det visat att tillgång till SJ:s hemsida inte är nödvändigt för att träda in och konkurrera på sträckan mellan Stockholm och Göteborg och SJ:s vägran utgör inte missbruk av dominerande ställning. Därmed behövde KKV inte ta ställning till de två resterande villkoren från *Bronner* och det saknar betydelse om SJ har en dominerande ställning eller inte. KKV ansåg således att det inte fanns skäl till att fortsätta utreda ärendet. Ett beslut från KKV kan inte överklagas men MTR kan på egen hand väcka talan vid domstol.

Eftersom KKV endast gjorde en konkurrensrättslig bedömning har hänsyn inte tagits till eventuella immaterialrätter. Bedömningen hade eventuellt blivit annorlunda om hänsyn tagits till de möjliga upphovsrättsliga skydden för bokningssystemet på www.sj.se. Fortsättningsvis följer därmed en redogörelse för de upphovsrättsliga reglerna.

3. Upphovsrätt

3.1 Inledning

Upphovsrätten är en grundlagsskyddad rättighet som kommer till uttryck i 2 kap. 16 § regeringsformen (1974:152). Där stadgas att ”författare, konstnärer och fotografer har rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag”. Lagen

⁴² Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG m.fl.*, REG 1998, s 1-07791, p 41.

som reglerar denna ensamrätt är lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Av regeringsformen framgår även att det endast är fysiska personer som innehar denna rättighet. Ett företag kan således inte anses som upphovsman till ett verk, det vore grundlagsstridigt. Däremot kan en upphovsrätt upplåtas eller överlåtas till en juridisk person.⁴³

3.2 Upphovsrättens innehåll

1 § URL stadgar att upphovsmannen har en ensamrätt till sitt verk. Därefter följer en exemplifierande uppräkningslista av vad som kan anses vara ett verk som avslutas med det generella uttrycket ”verk som har kommit till uttryck på något annat sätt”. Lagstiftaren har inte velat begränsa verksbegreppet till en viss form utan det ska tolkas i en vidsträckt bemärkelse.⁴⁴

Vad upphovsmannens rätt till sitt verk innebär stadgas i 2 § URL. Det är en uteslutande rätt, med de inskränkningar som föreskrivs i URL, för upphovsmannen att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick.

Upphovsmannen har som sagt, enligt 2 § 3 st. URL, en uteslutande rätt att välja om och när ett verk ska offentliggöras, de s.k. ekonomiska befogenheterna. Dessa är:

- rätt att framställa exemplar av verk – mångfaldiganderätt
- rätt att överföra verk till allmänheten – överföringsrätt
- rätt att framföra verk offentligt – framföranderätt
- rätt att visa exemplar av verk offentligt – visningsrätt
- rätt att sprida exemplar av verk till allmänheten – spridningsrätt⁴⁵

Utöver de ekonomiska befogenheterna följer med upphovsrätten en ideell rätt till ett verk, som även brukar kallas för *droit moral* efter det franska uttrycket. Den

⁴³ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, 13., omarb. uppl., Jure, Stockholm, 2013, s 31.

⁴⁴ Godenhielm, Berndt, *Verkshöjd såsom allmän förutsättning för upphovsrättsligt skydd*, NIR, 4/1981, s 278, s 280.

⁴⁵ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s 77.

regleras i 3 § URL och innebär två olika rättigheter. Den första är en rätt för upphovsmannen att, när verket framställs eller görs tillgängligt för allmänheten, bli angiven med namn eller känd pseudonym på det sätt som god sed kräver. Den andra rättigheten innebär att andra inte får ändra eller framföra verket på ett sådant sätt att det är kränkande för upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende.⁴⁶

Något som är viktigt att komma ihåg är att syftet bakom verket är ointressant. Att syftet med verket är att uppmåna till brott, framkalla känsloupplevelser, ge anvisningar till en dator eller att ge information till människor är således irrelevant för bedömningen av om verket uppfyller kraven för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd.⁴⁷

I 2 kap. URL finns bestämmelser om inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt. Till exempel får vem som helst enligt 12 § URL framställa en eller ett fåtal kopior av ett offentliggjort verk för privat bruk, med vissa undantag. Detta är ett exempel på när ett upphovsrättskyddat verk får utnyttjas utan tillåtelse av eller ersättning till upphovsmannen. Ett annat slag av inskränkning är en form av tvångslicensiering när verket får användas utan tillåtelse men ersättning ska betalas. En upphovsman kan även frivilligt välja att överlåta eller upplåta licens till verket.⁴⁸

Det är dock endast de ekonomiska befogenheterna som kan inskränkas eller överlåtas/upplåtas vilket innebär att upphovsmannens ideella rätt måste iakttas även när verket utnyttjas med stöd av en inskränkingsbestämmelse.⁴⁹

En upphovsrätt är som huvudregel begränsad till utgången av det sjuttionde året efter upphovsmannens dödsår. Huvudregeln stadgas i 43 § URL där det även stadgas att om det finns flera upphovsmän till samma verk beräknas skyddstiden från den sist avlidnes dödsår. I 44 § URL finns en specialregel för verk som har offentliggjorts utan att upphovsmannen är känd. Upphovsrätten gäller i dessa fall till utgången av det sjuttionde året efter det år då verket offentliggjordes. Om

⁴⁶ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s.95

⁴⁷ A.a., s 60.

⁴⁸ Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009, s 22.

⁴⁹ A.a., s 22.

upphovsmannen däremot ger sig tillkänna inom denna tid gäller bestämmelserna i 43 §. För verk som varken har en känd upphovsman eller offentliggjorts räknas tiden från det år då verket skapades, enligt 44 § 3 st. URL. Det finns även en specialregel i 44a § som stadgar att om ett verk inte har givits ut inom den tid som avses i 43 eller 44 § har den som därefter för första gången ger ut eller offentliggör verket sådan rätt till verket som motsvarar de ekonomiska befogenheterna. Rätten gäller då till utgången av det tjugofemte året efter det att verket gavs ut eller offentliggjordes.⁵⁰

3.3 Verksbegreppet

Vad krävs för att någonting ska anses vara ett verk i upphovsrättslagens mening? I propositionen stadgas att verket måste vara skapat av någon, det får inte vara rent mekaniskt frambringat. Det måste även uppvisa en viss *självständighet och originalitet* för att vara ett verk i upphovsrättslagens mening.⁵¹

Ett kriterium som fungerar som en hjälpnorm vid bedömningen är det så kallade *dubbelskapandekriteriet*. Med det menas att det ska vara praktiskt taget omöjligt att två personer oberoende av varandra skapar något som är nära överensstämmande.

Ett sammanfattande uttryck för vad som krävs för att ett verk ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd är att verket måste uppnå en viss verkshöjd. Uttrycket innebär att verket ska skilja sig tillräckligt mycket från tidigare verk. Vad som är tillräckligt är något som får avgöras i varje enskilt fall med hjälp av ovanstående kriterier.

Nämnas ska även att man kan erhålla upphovsrättsligt skydd genom att sammanställa verk eller delar av verk, till exempel ett uppslagsverk. Detta stadgas i 5 och 18 § URL och ger sammanställaren upphovsrätt till sitt verk, dock utan att inskränka de ursprungliga verkens rätt. Det ställs samma krav för att erhålla upphovsrättsligt skydd för ett samlingsverk som för vilket annat verk som helst.⁵²

⁵⁰ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s 74.

⁵¹ Proposition 1960:17 s 379.

⁵² Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s 56-57.

3.4 De närstående rättigheterna

Det finns arbeten och framställningar som inte riktigt når upp till kraven för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd men som ändå har ansetts skyddsvärda efter samma principer som de upphovsrättsliga verken. Dessa kallas för de närstående rättigheterna och regleras i 45-49a §§ upphovsrättslagen.

I 45-48 §§ stadgas en ensamrätt för utövande konstnärer, framställare av ljud- eller bildupptagningar samt radio- och TV-företag till deras respektive prestationer. Alla slag av prestationer skyddas mot att det görs kopior av upptagningar av dem och framföranden och utsändningar skyddas även mot att inspelas. Skyddet är utformat som uteslutanderätter för rättighetshavarna. Skyddet gäller i femtio år från tidpunkten när ett framförande skedde för inspelning, en ljud-, film- eller videoupptagning gjordes eller en utsändning inspelades.⁵³

I 49 § stadgas det s.k. katalogskyddet. För att erhålla skydd krävs att man framställt en katalog, en tabell eller ett annat dylikt arbete som omfattar en sammanställning av ett stort antal uppgifter eller utgör resultatet av en väsentlig investering. Framställaren erhåller en rätt att framställa exemplar av arbetet och att göra det tillgängligt för allmänheten. Det är själva sammanställningen av uppgifterna som skyddas, inte uppgifterna i sig. Exempel på skyddade arbeten är tidtabeller, försäljningskataloger och databaser som inte når upp till kraven för upphovsrättsligt skydd såsom litterärt verk.⁵⁴

Till sist stadgas den s.k. fotorätten i 49a § URL. Den som har framställt en fotografisk bild, fotografen, har uteslutande rätt att framställa exemplar av bilden och göra den tillgänglig för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick. Enligt 2 stycket nämnda paragraf gäller skyddet även bilder som har framställts genom ett förfarande som är att jämföra med fotografi, till exempel röntgenbilder och digitalt lagrade bilder. Fotorätten innefattar även en ideell rätt som motsvarar upphovsrättens ideella rätt. Skyddet är begränsat till femtio år efter det år bilden framställdes.⁵⁵

⁵³ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s 127-128.

⁵⁴ A.a., s 123-125.

⁵⁵ A.a., s 119-123.

3.5 Den industriella upphovsrätten⁵⁶

Upphovsrätten associeras ofta med de klassiska verken, till exempel böcker och musik. En del av upphovsrätten som ofta inte är lika självklar är den industriella upphovsrätten. Den består av verk som har en mer utpräglad nyttofunktion än de klassiska verken och ingår ofta i komplexa ekonomiska och tekniska system, bland annat olika typer av datorprogram. Innebörden av detta är att upphovsrätten ofta har en direkt inverkan på ett företags möjligheter att ta sig in på eller behålla sin position på marknaden.⁵⁷

Ett svenskt exempel på detta är NJA 1995 s 256 (Nummerbank) där en systematisk förteckning över 7-siffriga nummer för ca 100 000 artiklar i elbranschen ansågs uppnå upphovsrättslig verkshöjd. HD ansåg att databasstrukturen visade sådan originalitet och självständighet samt gav uttryck för sådant tekniskt kunnande och uppvisade ”en sådan logisk uppbyggnad att det får betraktas som nära nog uteslutet att resultatet av en likartad arbetsprestation skulle få samma form” att upphovsrättsligt skydd förelåg för verket.

3.5.1 Databaser

När man pratar om den industriella upphovsrätten är databaser ett viktigt inslag. En databas definieras i databasdirektivet till en samling av verk, data eller andra självständiga element som sammanställts på ett systematiskt och metodiskt sätt och som var för sig är tillgänglig genom elektroniska medier eller på något annat sätt.⁵⁸ En databas kan, enligt tredje artikeln i det s.k. databasdirektivet⁵⁹, erhålla upphovsrättsligt skydd om basen av urvalet och organiseringen av material utgör en originell och intellektuell skapelse. Några andra grunder än de nämnda får inte inverka på skyddsbedömningen enligt direktivet. Således får inget annat villkor än det immateriella verkets egenart, i synnerhet inte databasens kvalitet eller estetiska värde, tillämpas vid bedömningen.⁶⁰

⁵⁶ Begreppet industriell upphovsrätt är hämtat från Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens – särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, men är inte allmänt vedertaget. Andra benämningar på samma sak är bl.a. tekniska verk och praktiska verk.

⁵⁷ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, [Ny, red. och uppdaterad utg.], Iustus, Uppsala, 2005, s 86-87.

⁵⁸ Databasdirektivet artikel 1(2).

⁵⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv om rättsligt skydd för databaser 96/9/ EG (databasdirektivet).

⁶⁰ Harenko, Kristiina, *Nordisk databasskydd i ljuset av EG-rätten*, NIR, 6/2005, s 623, s 625.

Man har däremot valt att inte definiera vad en databas är i den svenska upphovsrättslagen vilket innebär att även sådana databaser som inte uppfyller villkoren i databasdirektivet kan erhålla upphovsrättsligt skydd enligt upphovsrättslagen. Både dessa verk och verk som uppfyller kraven enligt databasdirektivet kan åtnjuta skydd genom 1 § och 5 § URL. För att erhålla skydd krävs således att de allmänna upphovsrättsliga förutsättningarna är uppfyllda.⁶¹

En databas kan många gånger erhålla skydd som ett litterärt verk om den avser att förmedla information i någon form och anses uppfylla kravet på originalitet.⁶² Om en databas inte anses uppfylla villkoren för ett upphovsrättsligt verk kan den istället åtnjuta skydd genom katalogskyddet i 49 § upphovsrättslagen. För att erhålla skydd ska det vara ett arbete som omfattar en sammanställning av ett stort antal uppgifter eller utgör resultatet av en väsentlig investering.⁶³ Viktigt att notera är att EUD har klargjort att den väsentliga investeringen ska avse upprättandet av databasen och inte insamlandet av uppgifterna i sig.⁶⁴

4. Upphovsrättens förhållande till missbruk av dominerande ställning

4.1 Bakgrund

Redan vid första anblicken förstår man att immaterialrätten och konkurrensrätten kan ställas mot varandra. Konkurrensrätten strävar efter att en effektiv marknad ska skapas och upprätthållas. Detta samtidigt som immaterialrätten ger innehavaren av en immaterialrätt en skyddad position på marknaden. Om denna immaterialrätt är framgångsrik har den möjlighet att motverka konkurrensrättens ändamål att reducera konkurrensbegränsande effekter.⁶⁵

Konflikten kvarstår mellan rättsområdena när det kommer till upphovsrätt och förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Upphovsrätten syftar som sagt till att stimulera intellektuellt skapande genom att ge ensamrätt till det skapade

⁶¹ Harenko, Kristiina, *Nordisk databasskydd i ljuset av EG-rätten*, s 626.

⁶² A.a., s 626.

⁶³ se avsnitt 2.2.3.

⁶⁴ Mål C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd mot Svenska Spel AB*, REG 2004, s. I-10497.

⁶⁵ Gölstam, Carl Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2007, Uppsala, 2007, s.99.

verket medan förbudet mot missbruk av dominerande ställning syftar till att skapa en fungerande marknad där inte ett eller ett fåtal företag kan styra marknaden.

Det finns inga klara gränser mellan rättsområdena som kan definieras utav förarbeten eller lagstiftning, samtidigt som rättspraxis i hög grad har prägel av *in casu*-avgöranden. Det som sägs är kortfattat att ”konkurrensrätten kan användas för att angripa överlåtelser eller upplåtelser av upphovsrätter om villkoren går längre än vad som är nödvändigt för att trygga rättigheten som sådan”.⁶⁶ Förekomsten av upphovsrättsligt skydd är inget som konkurrensrätten kan använda för att angripa eller upphäva, men däremot dess utövande.⁶⁷

En upphovsrätt har ofta stor betydelse för konkurrensförutsättningarna på den aktuella marknaden och är ett viktigt konkurrensmedel i en marknadsekonomi. Lagstiftningen innehåller däremot endast några få bestämmelser om upphovsrätters utnyttjande. Den är främst inriktad på rättigheternas uppkomst och innebörd vilket medför att det står en rättighetshavare fritt att förfoga över rättighetens kommersiella utnyttjande, inom närings- och avtalsfrihetens gränser.⁶⁸

Inte heller konkurrenslagen innehåller några regler om hur rättsområdena ska förhålla sig till varandra. Det ankommer på domstolarna att bestämma var gränsen ska dras. Ett uttalande i propositionen till den gamla konkurrenslagen belyser väl lagstiftarens vilja:

”Konflikter mellan konkurrenslagen och den immaterialrättsliga lagstiftningen får ytterst lösas med beaktande av de skilda regleringarnas syften. Det får som hittills ankomma på rättsutvecklingen att närmare dra upp de gränser som bör gälla i det här avseendet.”⁶⁹

Upphovsrättens konkurrensbegränsande effekt består i att ensamrätten kan skapa ett inträdeshinder på marknaden som gör det svårt, eller praktiskt taget omöjligt, för andra företag att slå sig in på denna. Detta gäller inte minst den industriella upphovsrätten eftersom den ofta skapar en inträdesbarriär till en ekonomiskt

⁶⁶ Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, NIR, 4/2001, s 542, s 542.

⁶⁷ A. a., s 542.

⁶⁸ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s 334.

⁶⁹ Prop. 1992/93:56 s. 71.

värdefull marknad som inte är upphovsrättsrelaterad.

Ett exempel på detta är vikten av en dators operativsystem i ett upphovsrättsligt perspektiv. Operativsystemet möjliggör för alla program på datorn att samverka med hårdvara, bildskärm och övriga program. Det är så att säga spindeln i nätet. Att inneha rättigheten till ett operativsystem medför att man får inflytande även över andra marknader som påverkas av systemet, eftersom dessa produkters framgång är beroende av att de är kompatibla med operativsystemet.⁷⁰

Rättsområdena har dock inte endast motstridiga effekter. Upphovsrätten kan även verka konkurrensfrämjande eftersom det ger innehavaren ett skydd att ensam utnyttja verket för att få ekonomiskt utbyte. Det medför att utvecklingen konstant drivs framåt och effektiviseras vilket gynnar konkurrensen.⁷¹

Nedan kommer vi att presentera två rättsfall från EU-domstolen där denna problematik har aktualiserats, *IMS Health* och *Magill*. Vidare kommer vi även att redogöra för diskussion och analys ur doktrinen, både utifrån rättsfallen och i övrigt.

4.2 Sammanfattning av praxis

4.2.1 *Magill*⁷²

I *Magill*-avgörandet vägrades det irländska företaget *Magill TV Guide Ltd* (*Magill*) tillstånd av *Radio Telefis Eirann (RTE)*, *Independent Television Publications Ltd (ITP)* och *BBC* att skapa en fristående programtidning i Irland och Nordirland, innehållande programlistor över TV-stationernas program. Merparten av hushållen i Irland och 30-40 procent av hushållen i Nordirland kunde vid tiden för avgörandet ta emot *RTE:s*, *ITV:s* och *BBC:s* sändningar. *RTE*, *ITP* och *BBC* vägrade ge ut programlistorna eftersom dessa var upphovsrättsligt skyddade enligt brittisk och irländsk lagstiftning.

Det fanns vid tidpunkten ingen allmän veckovis återkommande TV-guide som redovisade program från alla kanaler på den irländska respektive nordirländska

⁷⁰ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 87-88.

⁷¹ Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s. 335.

⁷² Förenade målen C- 241/91 och 242/91, *Magill, RTE, ITP mot Kommissionen*, REG 1995, s. I-743.

marknaden, utan varje TV-station gav ut ett programblad om sina egna program. Däremot distribuerade alla företagen dagligen uppgifter om sina sändningar gratis till tidningar genom att upplåta licens där man fastställde villkoren för uppgifternas publicering. Således kunde dagliga programuppgifter publiceras i tidningarna.

Magill hade för avsikt att ge ut sin programtidning veckovis där de skulle publicera uppgifter om kanal, datum, tid och rubrik för sändningar om de olika irländska TV-programmen. Det fanns en klar efterfrågan på ett dylikt programblad, som publicerades i många andra länder i Europa.

Domstolen ansåg att TV-företagen hade en dominerande ställning på marknaden i och med att de hade ett faktiskt monopol på uppgifterna om sina egna program och därmed hade möjlighet att hindra en verklig konkurrens på den aktuella marknaden. Det faktum att företagen hade en dominerande ställning på marknaden och vägrade upplåta licens till *Magill* utgör inte i sig ett missbruk av den dominerande ställningen. Domstolen ansåg däremot att *RTE:s*, *ITP:s* och *BBC:s* agerande utgjorde missbruk genom att de förhindrade uppkomsten av en ny produkt som inte erbjöds av dem och som det fanns en potentiell efterfrågan på från konsumenterna. Domstolen ansåg även att det inte fanns någon objektiv grund för vägran att upplåta licens och att resultatet av vägran var att företagen behöll marknaden för veckovis utkommande TV-programblad för sig själva, genom att stänga ute all konkurrens från denna marknad. *RTE*, *ITP* och *BBC* befanns skyldiga till missbruk av dominerande ställning och var därmed tvungna att upplåta en licens till *Magill*.

De tre avgörande faktorerna⁷³

Huvudskälen till domstolens avgörande i målet kan sammanfattas i tre punkter:

- Vägran förhindrade tillkomsten av en ny produkt för vilken det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna,
- vägran kunde inte berättigas av objektiva skäl,

⁷³ Förenade målen C- 241/91 och 242/91, *Magill, RTE, ITP mot Kommissionen*, REG 1995, s. I-743, p 54-56

- vägran var av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från den härledda marknaden.

4.2.1.1 Kommentarer

Magill-avgörandet är mycket omdiskuterat.⁷⁴ Det är det första avgörandet där en upphovsrättsinnehavare tvingas upplåta en licens enligt de konkurrensrättsliga reglerna. Den upphovsrätt som fallet gällde upphävdes och ersattes av en tvångslicens.⁷⁵ Det har framförts att upphovsrättsinnehavare med en dominerande ställning på marknaden visserligen kan hindra andra att utnyttja verk, ”men motsatsen gäller om licensvägran kombineras med något agerande som innefattar missbruk”.⁷⁶ Det kan exempelvis vara att ta ett oskäligt högt pris eller att licensvägran hindrar en ny produkt att komma in på marknaden, vilken det finns en potentiell efterfrågan för.⁷⁷

I *Magill* var spørsmålet om blockerandet av en ny produkt centralt. Domstolen refererade till ett stadgande i artikel 102(2)(b) FEUF där det föreskrivs att missbruk kan bestå i att ”begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna”. Blockerandet av en ny produkt som det fanns en specifik och konkret efterfrågan på var definitivt en avgörande faktor i missbruksbedömningen. Domstolen utvecklade inte konstaterandet av efterfrågan närmare men av utredningen i målet framgår att produkten fanns tillgänglig i övriga medlemsstater i EU, vilket medför att det måste anses uppenbart att det fanns en konkret efterfrågan från konsumenterna för denna produkt.⁷⁸

Alla instanser ansåg att det var fråga om en ny produkt men en allmän definition av vad som utgör en ny produkt till den grad att ingripande med stöd av artikel 102 FEUF ska aktualiseras finns inte, utan får avgöras från fall till fall. Även om rättsläget angående detta inte är klarlagt kan det antas att det krävs en specifik och konkret efterfrågan på en likaledes specifik och konkret produkt som relativt enkelt kan börja produceras för att ett missbruk med hänvisning till att en ny

⁷⁴ Se bl.a. Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, s 798; Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, s 546; Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 427.

⁷⁵ Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, s 547.

⁷⁶ A.a, s 547.

⁷⁷ Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, s 546-547.

⁷⁸ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 427.

produkt blockerats ska aktualiseras. I *Magill* var dessa förutsättningar uppfyllda.⁷⁹

Rättsfallet bevisar att en blank licensvägran utan en tidigare affärsrelation kan innefatta missbruk och föranleda en tvångslicens. Domstolens åberopade skäl var att TV-företagen hade monopol på marknaden för TV-guider och blockerade tillkomsten av en ny produkt som det fanns en konkret efterfrågan för. På grund av bristen på praxis är det inte klarlagt om blockerandet av en ny produkt ensamt kan utgöra missbruk. Även om *Magill* kan tolkas på detta sätt går det inte att dra några säkra slutsatser. På samma sätt går det inte att utesluta att TV-företagens monopol på marknaden för TV-guider ensamt var tillräckligt för att utgöra missbruk av dominerande ställning.⁸⁰

Flera bedömare hävdade vid tidpunkten för målet att utgången i fallet är speciell och inte kommer leda till några större konsekvenser för upphovsrättsinnehavare att utnyttja sin rätt, detta på grund av de för fallet så specifika omständigheterna.⁸¹

4.2.2 *IMS Health*⁸²

Det andra målet som behandlar denna konflikt är *IMS Healths* vägran att tillåta konkurrenten *NDC Health* att använda dess upphovsrättsligt skyddade databas. *IMS Health* var ett företag som erbjöd läkemedelsbolag tjänster som insamling, bearbetning och tolkning av uppgifter om regional försäljning av läkemedelsprodukter i Tyskland. Uppgifterna har sin grund i *IMS Healths* områdesstruktur. *NDC Health* var ett företag som ville konkurrera med *IMS Health* och ansåg att *IMS Healths* områdesstruktur var nödvändig för att ta sig in på marknaden.

IMS Health delade till en början upp Tyskland i 418 områden och skapade en grundläggande struktur, som sedan förfinats och kallades sedan istället 1860-strukturen. Strukturen har skapats efter 1860 områden och varje område representerar ett visst geografiskt område. Dessa har skapats utifrån olika kriterier, som postnummerdistrikt, befolkningstäthet och koncentrationen av apotek och läkarmottagningar i det geografiska området. För att få läkemedelsindustrin att bli

⁷⁹ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 427-428.

⁸⁰ A.a., s 433-435.

⁸¹ Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, s 547.

⁸² Mål C-418/01, *IMS Health*.

engagerade i strukturen skapade *IMS Health* en arbetsgrupp benämnd Regionaler Pharmazeutischer Markt (RPM). I arbetsgruppen träffades företrädare från de läkemedelsföretag som var kunder till *IMS Health*, vars syfte var att göra systemet mer smidigt för läkemedelsföretagen att använda. *IMS Health* har inte endast sålt strukturen till sina kunder utan även givit ut den gratis, i syfte att få ut systemet till fler och på det sättet få strukturen att bli en standard på marknaden. Systemet blev till slut en inarbetad standard på marknaden som kunder anpassat sina egna data- och distributionssystem till och för att en konkurrent ska kunna ta sig in på marknaden behövdes strukturen från *IMS Health*. När det väl kom konkurrenter som ville in på marknaden och använda strukturen, valde *IMS Health* att neka dem detta. Denna vägran ansåg EUD, med tillämpning av faktorerna från *Magill*, utgöra ett missbruk av dominerande ställning från *IMS Healths* sida.

De tre avgörande faktorerna⁸³

- Det företag som har ansökt om licensen har för avsikt att, på marknaden för tillhandahållande av de ifrågavarande uppgifterna, erbjuda nya varor eller tjänster som inte erbjuds av innehavaren av den immateriella rättigheten och för vilka det föreligger en potentiell efterfrågan från konsumenterna,
- Licensvägran är inte motiverad av objektiva skäl,
- Licensvägran innebär att innehavaren av den immateriella rättigheten är ensam på marknaden för tillhandahållande av uppgifter om regional försäljning av läkemedel i den berörda medlemsstaten och att all konkurrens utestängs från denna marknad.

4.2.2.1 Kommentarer

I *IMS Health* var situationen delvis annorlunda jämfört med *Magill* även om förekomsten av upphovsrätt var en avgörande faktor vid dominansbedömningen. Marknaden definierades i detta fall till tjänster för tyska regionala försäljningsuppgifter angående läkemedel. Skillnaden mot *Magill* var att uppgifterna här inte var skyddade utan fritt tillgängliga för vem som helst. Det som var upphovsrättsligt skyddat var på det sätt som *IMS Health* hade

⁸³ Mål C-418/01, *IMS Health*, p 52.

sammanställt uppgifterna, dvs. strukturen. Köparna var läkemedelsbolag och majoriteten av dessa hade ställt in sina system efter denna struktur och ville därmed ha informationen i enlighet med denna. Strukturen blev en *de facto*-standard på marknaden. Den upphovsrättsligt skyddade strukturen, till vilken *IMS Health* innehade rättigheten, fungerade således som en hög etableringströskel till en marknad som egentligen inte var upphovsrättsrelaterad.⁸⁴

Ytterligare en skillnad från *Magill* är att *IMS Health*s licensvägran inte var riktad mot att förhindra en ny produkt från att komma in på marknaden, utan *NDC Health* ville helt enkelt konkurrera med en produkt som redan erbjöds av *IMS Health*. Således var identifieringen av två separata marknader mycket kontroversiell. Kommissionen motiverade detta med att det var andra särskilda omständigheter som gjorde situationen i *IMS Health* exceptionell, nämligen en blandning av juridiska och ekonomiska hinder som hindrade nya företag att ta sig in på marknaden.⁸⁵ Kommissionen ansåg att det inte krävdes en specifik marknad för att uppfylla kravet på blockerandet av en ny marknad, utan det var tillräckligt att det förelåg en potentiell eller hypotetisk sådan. Det var avgörande i frågan att två olika produktionsled kunde identifieras samt att ett samband mellan dem förelåg på det sättet att 1860-strukturen var nödvändig i det första ledet för att det senare ledet ska existera.⁸⁶

Båda rättsfallen visar tydligt att en upphovsrätt kan vara en avgörande faktor vid en dominansbedömning eftersom de, som i dessa fall, kan utgöra etableringströsklar för att få tillgång till en marknad, oaktat om denna marknad bygger på förekomsten av en upphovsrätt eller inte.⁸⁷

⁸⁴ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 307.

⁸⁵ Arezzo, Emanuela, *Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*. Forthcoming in *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 24, No. 3, 2007, s.31. <http://ssrn.com/abstract=935047>.

⁸⁶ Mål C-418/01, *IMS Health*, p 44-46.

⁸⁷ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 307.

4.3 Slutsatser

4.3.1 Allmänt

Upphovsrätter kan i praktiken innebära att ett företag får en dominerande ställning på en relevant marknad konkurrensrättsligt men innehavet av en upphovsrätt i sig ger inte företaget automatiskt en dominerande ställning på marknaden, eller utgör ens en presumtion för detta.⁸⁸ Principen formulerades i *Deutsche Grammophon*⁸⁹ men ett uttalande från domstolen i *Magill*-målet förtydligar detta förhållande: ”Vad gäller dominerande ställning bör man först och främst påminna sig om att endast det förhållandet att man är innehavare av en immateriell äganderätt inte kan leda till en dominerande ställning”.⁹⁰ För att avgöra om ett företag har en dominerande ställning måste alltid en totalbedömning göras efter sedvanliga kriterier. Det sagda innebär dock inte att en upphovsrätt inte kan väga tungt i bedömningen och vara en avgörande faktor.⁹¹ Viktigt att ha som en generell utgångspunkt i frågan är att en innehavare av en immateriell rättighet har rätt att bestämma hur den ska utnyttjas och att en tvångslicens endast kan utfärdas under extraordinära omständigheter.⁹²

Det faktum att en upphovsrätt kan spela en stor roll vid dominansbedömningen bevisas i både *Magill* och *IMS Health*. I *Magill* definierades marknaden till veckovisa TV-tablåer från vart och ett av de inblandade TV-företagen och TV-guider innehållande sådana tablåer. Eftersom de inblandade företagen hade full kontroll över båda dessa marknader med stöd av upphovsrätt och tillstånd att utnyttja verken vägrades, vilket var en förutsättning för marknadsinträde, skapades en absolut etableringströskel som var omöjlig att överkomma.⁹³

⁸⁸ Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, s 542; Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 296-297; Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, s 796; Bernitz, Ulf, *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, s. 395.

⁸⁹ Mål 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, ECR 1971, s 487, p 16.

⁹⁰ Förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, *Magill*, p. 46.

⁹¹ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 297.

⁹² Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, s 797.

⁹³ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 305-306.

4.3.2 Licensvägran

Det konstaterades i bl.a. *Magill* och *IMS Health* att ett dominerande företag missbrukar sin ställning genom att vägra ge licens till ett annat företag som leder till att konsumenterna nekas tillgång till en ny produkt, när licensen är en nödvändig förutsättning för att ta sig in på marknaden. Däremot finns det ingen allmän definition på vad som *de facto* är en ny produkt men det är tydligt att en licensvägran inte utgör missbruk när det andra företaget endast vill producera en kopia av den upphovsrättsskyddade produkten/tjänsten.⁹⁴

Angående licensvägran gäller som utgångspunkt att konkurrensrätten inte tvingar ett företag att sluta avtal. När ett företag vägrar att avtala med en kund är ett ingripande av en konkurrensmyndighet i de allra flesta fall inte rättfärdigat. Den grundläggande tanken inom konkurrensrätten är, att avstå från ett tillfälle att generera vinst inte är rationellt för något företag, inklusive dominerande sådana. Om det sker är det ofta objektiva skäl som ligger bakom. Å andra sidan kan ett dominerande företags licensvägran vara ett missbruk men för att kunna fastställa detta måste företagets marknadsdominans, rationaliteten av vägran och skadan på konkurrensen undersökas. Som alltid krävs det även att fastslå att tillgång till rättigheten faktiskt är nödvändig för att kunna konkurrera på marknaden.⁹⁵

Licensvägran från en upphovsrättsinnehavare kan delas upp i två delar, blank licensvägran och villkorad licensvägran. Med blank licensvägran menas när en upphovsrättsinnehavare nekar eller avbryter ett licensförhållande oavsett villkor. Ett exempel på detta är *Magill* och *IMS Health* där företagen inte under några som helst omständigheter kunde erhålla licens.⁹⁶

Villkorad licensvägran innebär att innehavaren är villig att upplåta licens men knyter villkor till licensen som är diskutabla ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Även scenariot att licensgivaren avbryter ett licensavtal på grund av att licenstagaren inte följer uppsatta förpliktelser, som är tvivelaktiga, kan hänföras till villkorad licensvägran. Bland annat kopplingsförbehåll eller en exklusivitetsförpliktelse där licenstagaren förbjuds att tillverka eller sälja

⁹⁴ Heimler, Alberto, *Competition Law Enforcement and Intellectual Property Rights* (March 4, 2008), s 17, <http://ssrn.com/abstract=1105326> eller <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1105326>.

⁹⁵ A.a., s 7.

⁹⁶ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 393-394.

konkurrerande varor är exempel på villkorad licensvägran.⁹⁷

Blank licensvägran kan inte angripas med stöd av samma resonemang som villkorad licensvägran eftersom någon form av diskriminering inte förekommer när ingen får licens. Däremot bör ett avbrytande av ett befintligt licensförhållande utan objektiva sakskalet ofta vara att anse som missbruk. Vidare bedöms en vägran troligtvis hårdare gentemot befintliga kunder än gentemot potentiella kunder. Det är viktigt för förutsebarheten att en dominant inte kan säga upp ett licensavtal godtyckligt, vilket i sin tur även bidrar till att minska de konkurrensrättsliga transaktionskostnaderna. Mycket talar för att en blank licensvägran till befintliga kunder enklare kan klassificeras som missbruk än en vägran att sluta avtal med potentiella kunder.⁹⁸

4.3.3 *Microsoft-målet*⁹⁹

Efter avgörandet i *Magill* var det många som uttryckte oro över att fallet kunde användas på immateriella rättigheter som var resultatet av omfattande risktagande och investeringar, och således mer betydelsefulla än TV-guiden, till exempel mjukvaruprogram till datorer.¹⁰⁰ Detta bevisades tydligt i *IMS Health* eftersom upphovsrätten i rättsfallet var källan till företagets dominerande ställning. Den senaste utvecklingen på området är *Microsoft-målet* som till viss del handlade om detta. Kommissionen kom fram till att Microsoft var dominerande på två marknader, operativsystem för klientdatorer och operativsystem för arbetsgruppsservrar. De kom vidare fram till att Microsoft hade missbrukat sin dominerande position genom att vägra att tillhandahålla information om interoperabilitet så att konkurrenterna inte kunde utveckla och distribuera produkter som kunde konkurrera med Microsofts egna produkter. Kommissionen kom även fram till att Microsoft hade missbrukat sin position genom att tillhandahålla operativsystemet Windows endast tillsammans med mediaspelaren Windows Media Player. För detta bötfälldes Microsoft med 497 miljoner euro. Microsoft överklagade till förstainstansrätten där kommissionens beslut

⁹⁷ Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, s 394-395

⁹⁸ A. a., s 412-414.

⁹⁹ Mål T-201/04 R, *Microsoft mot kommissionen*, REG 2004, s. II-2977.

¹⁰⁰ Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, s 800; Arezzo, Emanuela, *Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*, s 29.

upprätthölls.¹⁰¹

Det är framför allt tre punkter som tas upp i domskälen angående detta spørsmål. Första punkten som tas upp är att Kommissionen och Förstainstansrätten antog att Microsoft hade upphovsrätt till sina operativsystem, utan att faktiskt undersöka saken närmare. Förstainstansrätten motiverade detta antagande med att säga att Kommissionen hade valt det synsätt som var mest fördelaktigt för Microsoft.

Den andra punkten som tas upp är förstainstansrättens sammanfattning av relevant praxis på området. Domstolen tar specifikt upp *Magill* och *IMS Health*, från vilka de drog följande slutsats:

”Det framgår av ovan återgivna rättspraxis att den omständigheten att ett företag med dominerande ställning vägrar att upplåta en licens till en utomstående för användning av en upphovsrättsligt skyddad produkt inte som sådan kan utgöra missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel [102 FEUF]. Det är endast under särskilda omständigheter som det kan leda till ett sådant missbruk när innehavaren av en immateriell rättighet utövar ensamrätten.”¹⁰²

”Det framgår också av nämnda rättspraxis att bland annat följande omständigheter skall betraktas som särskilda omständigheter:

- Vägran avser en produkt eller en tjänst som är nödvändig för utövandet av en viss verksamhet på en angränsande marknad.*
- Vägran kan leda till att all konkurrens från en angränsande marknad utestängs.*
- Vägran förhindrar tillkomsten av en ny produkt för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna.”¹⁰³*

”När det konstateras att sådana omständigheter föreligger är det möjligt att det strider mot artikel [102 FEUF] när innehavaren av en dominerande ställning vägrar att upplåta en licens, förutsatt att det inte finns sakliga skäl för vägran.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, s 800.

¹⁰² Mål T-201/04 R, *Microsoft mot kommissionen*, p 331.

¹⁰³ Mål T-201/04 R, *Microsoft mot kommissionen*, p 332.

”Det skall påpekas att den omständigheten att vägran förhindrar tillkomsten av en ny produkt för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna endast anges i den rättspraxis som rör utövandet av en immateriell rättighet.”¹⁰⁵

Den tredje och sista punkten som tas upp är Förstainstansrättens tillämpning av kravet på blockerandet av en ny produkt. Domstolen började med att säga att kravet ska förstås mot bakgrund av stadgandet i artikel [102(2)(b) FEUF] som förbjuder missbruk bestående av att ”begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna”. Däremot undersöks inte närmare att en specifik produkt, som TV-guiden i *Magill*, har blockerats, utan domstolen sa att kravet ska inkludera även en begränsning av teknisk utveckling. Förstainstansrätten har en överraskande gynnsam inställning till kravet på blockerandet av en ny produkt i detta avseende. I framtiden kan det antas att det kommer att krävas en grundligare undersökning för att tillämpa detta krav, både vad gäller en ”ny produkt” och möjligheten att en begränsning av teknisk utveckling räcker.¹⁰⁶

5. Analys

5.1 Vilken påverkan har en upphovsrätt på dominansbedömningen enligt 2 kap 7 § KL och artikel 102 FEUF?

Varken den upphovsrättsliga eller den konkurrensrättsliga lagstiftningen innehåller några regler om hur en upphovsrätt ska förhålla sig till konkurrensrätten. Det har tillkommit på rättstillämpningen att bestämma hur skärningspunkten mellan rättsområdena ska avgöras.

Det råder inga tvivel om att en upphovsrätt kan vara en viktig faktor vid dominansbedömningen på grund av dess utformning som en exklusiv rätt att förfoga över verket. Däremot råder en enighet i doktrinen, och det är även klargjort av EU-domstolen i bl.a. *Magill*-målet, att en upphovsrätt inte automatiskt ger en dominerande ställning på en konkurrensrättsligt relevant marknad, eller ens

¹⁰⁴ Mål T-201/04 R, *Microsoft mot kommissionen*, p 333.

¹⁰⁵ Mål T-201/04 R, *Microsoft mot kommissionen*, p 334.

¹⁰⁶ Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, s 800-801; Heimler, Alberto, *Competition Law Enforcement and Intellectual Property Rights*, s 9-10.

utgör en presumtion för detta. När en bedömning görs enligt de konkurrensrättsliga reglerna måste alltid en helhetsbedömning göras av alla relevanta omständigheter, där en upphovsrätt endast är en av många.

Viktigt att poängtera är även att en upphovsrätt inte har någon särställning i dominansbedömningen endast av den anledningen att det är en skyddad ensamrätt, tvärtom behandlas den likadant som övriga tillgångsslag.

Första steget i dominansbedömningen är att bestämma den relevanta marknaden för produkten eller tjänsten i fråga. Nästa steg är att fastställa företagets position på den relevanta marknaden där företagets marknadsandel, finansiella styrka, teknologi, immateriella rättigheter samt konkurrenters svårighet att ta sig in på marknaden är exempel på faktorer som vägs in i helhetsbedömningen.¹⁰⁷

När det kommer till upphovsrättens betydelse på marknaden kan den delas upp på två sätt, dels kan upphovsrätten vara själva produkten/tjänsten, dels kan upphovsrätten vara ett inträdeshinder för att kunna komma in på marknaden utan att själva produkten/tjänsten är upphovsrättsskyddad. Ett exempel på när en produkt var upphovsrättsligt skyddad är i *Magill* där TV-stationernas programlistor var skyddade. *IMS Health* är ett exempel på när upphovsrätten fungerade som ett inträdeshinder på marknaden. Konkurrenterna behövde tillgång till strukturen för att kunna erbjuda tjänster på den aktuella marknaden. Även i *Microsoft*-målet fungerade upphovsrätten som ett hinder för konkurrenter, eftersom den behövdes för att kunna göra sina produkter kompatibla med Windows-systemet.

Upphovsrätten kan således ha betydelse antingen genom att vara själva produkten/tjänsten eller genom att vara ett inträdeshinder på marknaden, men den kan vara direkt avgörande i dominansbedömningen i båda fallen. Däremot går det inte att utforma en allmän definition eftersom konkurrensrätten kräver att en helhetsbedömning av dominansen genomförs. Därmed har praxis hitintills präglats utav *in casu*-avgöranden.

¹⁰⁷ Se avsnitt 2.3.

5.2 När utgör licensvägran ett missbruk av den dominerande ställningen och vilka faktorer är avgörande vid den bedömningen?

Först och främst ska påminnas om att innehavaren av en upphovsrätt har en principiell rätt att förfoga över den fritt. Därmed har innehavaren rätt att neka andra från att nyttja rättigheten, alternativt upplåta nyttjande av den med vissa begränsningar. Detta gäller även företag i dominerande ställning på en marknad, inklusive företag i monopolställning. En vägran att upplåta licens till ett företag är således inte automatiskt att anse som missbruk, men därmed inte sagt att alla typer av licensvägran av en upphovsrätt är tillåtna konkurrensrättsligt.

För att ett ingripande med hjälp av konkurrensrättsliga regler ska kunna rättfärdigas krävs givetvis att konkurrensen hämmas på något sätt. Detta medför att ju mer dominerande ett företag är på en marknad desto mer hänsyn måste tas för konkurrenspåverkan på marknaden. Ett företag med en i det närmaste monopolställning kommer således att behöva visa mer hänsyn till sina konkurrenter och konsumenter än ett företag som knappt är dominerande på marknaden.

Det är i främst två rättsfall, *Magill* och *IMS Health*, där frågan om licensvägran av en upphovsrätt utgör missbruk av dominerande ställning har tagits upp. Båda fallen handlade om en blank licensvägran från företag i dominerande ställning, dvs. när en upphovsrättsinnehavare nekar eller avbryter ett licensförhållande oavsett villkor. Domstolen fann att licensvägran utgjorde missbruk av dominerande ställning. I *Magill* utformades tre faktorer som var avgörande i bedömningen om licensvägran utgjorde ett missbruk; (1) vägran förhindrade tillkomsten av en ny produkt för vilken det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna, (2) vägran kunde inte berättigas av objektiva skäl samt (3) vägran var av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från den härledda marknaden. Dessa tillämpades även i *IMS Health*. Skillnaden var att Kommissionens tillämpning av den första faktorn var mycket kontroversiell, eftersom NDC Health ville komma åt samma marknad som IMS Health var dominerande på. Kommissionen, och senare även domstolen, uttalade att det inte krävdes en specifik marknad för att uppfylla kravet utan det räckte med en potentiell eller till och med en hypotetisk sådan. Sättet de kom fram till en potentiell eller hypotetisk

marknad var att identifiera två olika produktionsled och 1860-strukturen var nödvändig i det första ledet för att kunna konkurrera i det andra ledet.

I och med domen vidgades tillämpningen av det första kravet som det först formulerades i *Magill* eftersom NDC Health ville konkurrera med samma produkt men det fanns en potentiell risk för att IMS Health förhindrade en ny produkt genom sitt agerande.

Vår slutsats av domslutet i *IMS Health* är att domstolen har tillämpat kravet på en ny marknad alltför vidsträckt. Om domstolen ständigt identifierar en potentiell eller hypotetisk marknad för att motivera kravet på att tillkomsten av en ny produkt förhindras kommer konkurrensrätten alltför ofta få företräde framför upphovsrätten. Det medför att det upphovsrättsliga skyddet i praktiken försvagas när det innehas av ett företag i dominerande ställning. Om domstolen istället hade tillämpat faktorerna på samma sätt som i *Magill* hade fallet troligtvis fått en annan utgång, även om det inte går att säga med säkerhet. Framför allt med tanke på att domstolen har konstaterat att en licensvägran är tillåtet när det andra företaget endast vill producera en likadan produkt som det dominerande företaget. Således borde IMS Health ha kunnat neka NDC Health en licens utan att ha missbrukat sin dominerande ställning.

5.3 Vad blir utfallet om dessa faktorer appliceras på ett praktiskt fall?

5.3.1 Inledning

Den situation som uppstått mellan SJ och MTR kan vara början på en konflikt liknande omständigheterna i *Magill*- och *IMS Health*-målen. För att utreda frågan måste en totalbedömning av de konkurrensrättsliga reglerna göras, samt undersökas huruvida SJ:s bokningssystem är upphovsrättsligt skyddat.

5.3.2 Dominansbedömning

Dominansbedömningen består i att fastställa huruvida SJ är ett företag i konkurrensrättslig mening, den relevanta marknaden, samt huruvida SJ är dominant på denna. För att anses som ett företag enligt konkurrenslagen ska företaget vara en fysisk eller juridisk person som bedriver ekonomisk eller

kommersiell verksamhet.¹⁰⁸ Eftersom SJ sedan 2001 är ett aktiebolag och därmed en juridisk person som bedriver ekonomisk verksamhet, är det således ett företag enligt 1 kap. 5 § KL.

Nästa steg är att fastställa den relevanta marknaden, dels den relevanta geografiska marknaden och dels den relevanta produktmarknaden. Först måste den geografiska marknaden fastställas vilken är inom det geografiska område där det föreligger likartade konkurrensvillkor. Viktiga faktorer att väga in i bedömningen är transportmöjligheter och transportkostnader.¹⁰⁹ Eftersom den ifrågavarande konflikten handlar om att MTR vill erhålla tillgång till sträckan mellan Stockholm och Göteborg och den geografiska marknaden ska bestämmas så snävt som möjligt, bör marknaden avgränsas till den specifika linjesträckningen där konkurrensen har uppstått. Vidare fastställs relevant produktmarknad på grundval av produkternas utbytbarhet. Produkter som innehar liknande eller samma egenskaper när det gäller pris, användning samt konsumenters och andra användares uppfattning anses vara inbördes utbytbara och hör således till samma produktmarknad.¹¹⁰ Frågan är om det finns andra produkter som är utbytbara mot de tåg som SJ erbjuder. Andra slag av persontransport är buss, flyg och taxi, således blir frågan om dessa är utbytbara mot tåg. I MD 2000:2 kom marknadsdomstolen fram till att buss och tåg endast i begränsad omfattning kan anses utbytbara och därmed inte tillhör samma produktmarknad. KKV har uttalat att även flyg och tåg tillhör olika produktmarknader. Angående taxi kan det inte anses utbytbart på grund av att det inte har samma egenskaper vad gäller framför allt pris. Därmed anser vi att den relevanta produktmarknaden i detta fall är persontågtrafik. Den relevanta marknaden utgörs således av persontågtrafik mellan Stockholm och Göteborg.

För att kunna bedöma huruvida ett företag är dominerande på en specifik marknad måste flera olika kriterier beaktas, bland annat svårighet för konkurrenter att ta sig in på marknaden, företagets finansiella styrka samt eventuella immaterialrätter.¹¹¹ SJ hade tidigare monopol på tågtrafiken i Sverige. Denna har nu avreglerats, men få konkurrenter har lyckats ta sig in på marknaden. SJ:s tidigare monopolställning

¹⁰⁸ Se avsnitt 2.2.

¹⁰⁹ Se avsnitt 2.3.

¹¹⁰ Se avsnitt 2.3.

¹¹¹ Se avsnitt 2.3.

har sedan avregleringen aldrig utmanats av en konkurrent på sträckan mellan Stockholm och Göteborg. Blå Tåget är den enda konkurrent som för närvarande bedriver verksamhet på sträckan. Det faktum att de endast har avgångar från torsdag till söndag varje vecka, att de endast har två anhalter samt att de framför allt riktar sig till kunder som vill att själva resan är målet visar att de endast till viss del konkurrerar med SJ. Således får SJ anses ha en dominerande ställning på marknaden. Även det faktum att det naturliga valet för konsumenter när de ska boka tågbiljett är att boka tåg med SJ, framför allt via SJ:s hemsida www.sj.se, styrker detta förhållande.

5.3.3 Upphovsrättsbedömning

En databas definieras i databasdirektivet till en samling av verk, data eller andra självständiga element som sammanställts på ett systematiskt och metodiskt sätt och som var för sig är tillgänglig genom elektroniska medier eller på något annat sätt. I den svenska upphovsrättslagen har däremot inte definierats vad en databas är vilket medför att det svenska skyddet för databaser är vidare än enligt databasdirektivet.¹¹² SJ:s bokningssystem på www.sj.se sammanställer alla tågavgångar, med tider, klasser, priser och service ombord på ett systematiskt sätt. Således uppfyller bokningssystemet kraven på en databas.

En databas kan erhålla skydd enligt upphovsrättslagen på framför allt två olika sätt. Det första är som ett litterärt verk enligt 1 § eller ett samlingsverk enligt 5 §, där databaser ingår efter implementeringen av databasdirektivet. Bokningssystemet kan även erhålla skydd genom det s.k. katalogskyddet i 49 §, som har ett lägre krav på verkets självständighet och originalitet.

Enligt art. 3 i databasdirektivet kan en databas erhålla upphovsrättsligt skydd om basen av urvalet och organiseringen av material utgör en originell och intellektuell skapelse.¹¹³ Detta uttrycks i upphovsrättslagen som att verket måste uppvisa en viss grad av självständighet och originalitet. En hjälpnorm som används vid bedömningen av verkshöjden är *dubbelskapandekriteriet*, som innebär att det ska vara praktiskt taget omöjligt att två personer oberoende av varandra skapar något

¹¹² Se avsnitt 3.5.1.

¹¹³ Se avsnitt 3.5.1.

som är nära överensstämmande.¹¹⁴ Ett exempel på HD:s bedömning av dubbelskapandekriteriet är NJA 1995 s 256 som handlade om en systematisk förteckning över artiklar i elbranschen. Frågan var om databasen ansågs uppnå upphovsrättslig verkshöjd. Domstolen ansåg att upphovsrättsligt skydd förelåg för databasen och att den uppvisade ”en sådan logisk uppbyggnad att det får betraktas som nära nog uteslutet att resultatet av en likartad arbetsprestation skulle få samma form”.¹¹⁵ Med avseende på den information som krävs i SJ:s bokningssystem om alla tågavgångar, bl.a. om pris, service och tider, anser vi att SJ:s bokningssystem är tillräckligt avancerat för att uppfylla kraven på självständighet och originalitet samt att ingen skulle skapa något nära överensstämmande oberoende av SJ.

Även om bokningssystemet inte skulle anses uppfylla kraven på ett litterärt verk kan det som sagt erhålla skydd genom katalogskyddet i 49 § upphovsrättslagen, eftersom kraven är lägre ställda. För att erhålla skydd krävs att man framställt en katalog, en tabell eller ett annat dylikt arbete som omfattar en sammanställning av ett stort antal uppgifter eller utgör resultatet av en väsentlig investering. Viktigt att poängtera är att resultatet av den väsentliga investeringen ska avse upprättandet av databasen och inte insamlandet av uppgifterna i sig.¹¹⁶ Med tanke på omfattningen av antalet tågavgångar varje dag samt all information som krävs om varje avgång får SJ:s bokningssystem anses uppfylla kravet på sammanställning av ett stort antal uppgifter. Komplexiteten i systemets automatiska priskorrigeringar efter utbud och efterfrågan på biljetter tillsammans med tidigare nämnda faktorer medför att systemet även får anses utgöra en väsentlig investering.

Oavsett vilket skydd SJ:s bokningssystem faller in under anser vi att de har en ensamrätt på detta, och därmed en principiell rätt att neka konkurrenter från att använda det.

¹¹⁴ Se avsnitt 3.3.

¹¹⁵ Se avsnitt 3.5.

¹¹⁶ Se avsnitt 3.4.

5.3.4 Missbruksbedömning

Vi har kommit fram till att SJ har en dominerande ställning på marknaden och ska nu analysera om de missbrukar denna ställning genom sitt agerande. Vi har även kommit fram till att SJ:s bokningssystem är upphovsrättsligt skyddat. Det är inte på grund av upphovsrätten som SJ har fått sin dominerande ställning, utan det är tvärtom genom sin dominerande ställning som upphovsrätten har blivit en stark etableringströskel för konkurrenter. En vägran att licensiera sin upphovsrätt utgör inte automatiskt missbruk av dominerande ställning, de har en principiell rätt att göra det. Däremot kan licensvägran utgöra missbruk om vissa faktorer uppfylls som formulerades av EU-domstolen i *Magill* och även senare tillämpades i *IMS Health*; (1) vägran förhindrade tillkomsten av en ny produkt för vilken det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna, (2) vägran kunde inte berättigas av objektiva skäl samt (3) vägran var av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från den härledda marknaden.¹¹⁷

Det första att undersöka är huruvida SJ, genom sin licensvägran, förhindrade tillkomsten av en ny tjänst för vilken det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna. Situationen kan till stor del liknas med den i *IMS Health* eftersom MTR avser att erbjuda samma tjänst som SJ. Konkurrenten skulle kunna skapa en motsvarande upphovsrätt och konkurrera på marknaden, men det dominerande företagets produkt var en standard på marknaden och utgjorde ett oöverkomligt etableringshinder på kort sikt. Konkurrenten skulle ha utkonkurrerats av dominanten innan de hunnit bygga upp en kundkrets, således har upphovsrätten blivit en avgörande faktor för att ta sig in på marknaden. Om situationen hade bedömts som faktorn formulerades i *Magill* hade ingen ny produkt ansetts förhindras, eftersom MTR vill erbjuda samma tjänst som SJ. Tillämpningsområdet vidgades däremot i *IMS Health* när domstolen uttalade att det endast krävs att en ny produkt på en potentiell eller hypotetisk marknad förhindras för att en ny produkt ska anses förhindrad för konsumenterna. Även om MTR endast kommer konkurrera med samma tjänst som SJ till en början, får det antas att de avser att utvidga sin verksamhet till resten av Sverige. Därmed finns en tydlig potentiell risk att SJ genom sin licensvägran förhindrar en ny tjänst. Med

¹¹⁷ Se avsnitt 4.2.1 och 4.2.2.

ledning av denna bedömning anser vi att SJ genom sitt agerande har förhindrat tillkomsten av en ny tjänst för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna.

Det andra kravet som ställdes upp av EU-domstolen var att vägran inte kunde berättigas av objektiva skäl. SJ har vägrat MTR licens och frågan är om detta gjorts med objektiva skäl. SJ tillåter Blå Tåget och Veolia att sälja biljetter via www.sj.se som en integrerad del av SJ:s bokningssystem. Visserligen konkurrerar inte Veolia på linjen mellan Stockholm och Göteborg men de konkurrerar på andra viktiga sträckor, t.ex. mellan Stockholm och Malmö. SJ motiverar tillåtelsen för Blå Tåget att sälja biljetter via hemsidan med att de kompletterar SJ:s utbud, eftersom de erbjuder resor med äldre och finare tåg. Trots detta ingår Blå Tåget på marknaden för persontågtrafik mellan Stockholm och Göteborg och eftersom varken pris eller restid skiljer sig nämnvärt från SJ:s egna tåg, måste därför Blå Tåget anses som en konkurrent till SJ. Därmed får SJ:s vägran att ge MTR licens med motiveringen att de är konkurrenter inte anses som ett objektiva skäl.

Till sist måste avgöras huruvida SJ:s beteende utgör vägran av beskaffenheten att utestänga all konkurrens från den härledda marknaden. I *IMS Health* uttalade domstolen att det var avgörande att två produktionsled kan identifieras och att tillgång till det första ledet är avgörande för det andra ledets existens. Utan bokningssystemet anser MTR att de inte kan tillgodogöra sig en tillräckligt bred kundkrets för att det ska vara lönsamt att konkurrera med SJ. Det finns inte några lagliga eller tekniska hinder för MTR att upprätta ett eget bokningssystem, men SJ:s bokningssystem är en standard på marknaden. Detta kan liknas med situationen i *IMS Health*, i vilken det inte fanns några lagliga eller tekniska hinder för NDC Health att skapa en egen struktur. Trots detta utgjorde IMS Healths struktur ett inträdeshinder som på kort sikt var i princip oöverkomligt, eftersom kunderna inte var villiga att byta ut sitt inarbetade system. Även om SJ:s kunder inte behöver ändra några system, har de som vana att boka sin tågbiljett via bokningssystemet på www.sj.se. Därmed utgör bokningssystemet det första produktionsledet vilket är nödvändigt för att kunna tillhandahålla det andra ledet, tågresor mellan Stockholm och Göteborg. Vi anser således att SJ:s licensvägran är av den beskaffenheten att utestänga all konkurrens från den härledda marknaden.

SJ uppfyller därmed alla faktorer som EU-domstolen ställt upp i *Magill* och *IMS Health* för att avgöra när en licensvägran av en innehavd upphovsrätt utgör missbruk av dominerande ställning.

Av det ovan anförda finner vi att SJ har en dominerande ställning på marknaden, tågresor mellan Stockholm och Göteborg, och har genom sin licensvägran gjort sig skyldiga till missbruk av denna dominerande ställning. Missbruket faller in under 2 kap. 7 § KL och är att anse som ett utestängande missbruk enligt 2 st. 2 p. nämnda paragraf. Vi finner därför att SJ inte har rätt att utestänga MTR från bokningssystemet på hemsidan www.sj.se.

5.4 Slutsatser

5.4.1 KKV:s beslut i *SJ*-målet

Vi anser att SJ genom sin licensvägran gjort sig skyldiga till missbruk av dominerande ställning, men KKV har kommit fram till motsatt slutsats i sitt beslut.¹¹⁸ Detta beror på att KKV:s bedömning endast har behandlat konkurrensrätt, medan vår utredning även behandlat upphovsrätt. KKV börjar med att konstatera att företag som utgångspunkt har rätt att fritt välja handelspartner men under vissa omständigheter kan en vägran vara missbruk. EUD har i fallet *Bronner* ställt upp tre villkor på när leveransvägran utgör missbruk som KKV tillämpar för att undersöka om SJ:s beteende utgör missbruk. De börjar med det tredje villkoret om att det måste vara en nödvändig nytthet för att ta sig in på marknaden, vilket inte uppfylls eftersom KKV bl.a. anser att det inte finns några lagliga eller tekniska hinder för MTR att skapa ett eget bokningssystem och konkurrera med SJ.¹¹⁹ Genom att börja med missbruksbedömningen behöver inte KKV ta ställning till om SJ har en dominerande ställning på marknaden eller vad som är den relevanta marknaden, utan resonemanget faller innan dess.

Anledningen till att KKV inte har argumenterat på samma sätt som oss är att de som sagt endast har bedömt frågan ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, utan hänsyn till bokningssystemets upphovsrättsliga skydd. Förklaringen till det är att

¹¹⁸ Se avsnitt 2.5.

¹¹⁹ Se avsnitt 2.5.

MTR inte har anfört det som grund för deras talan och därmed finns ingen anledning för KKV att bedöma det. Vi anser att MTR hade haft större framgång med sin talan om de hade yrkat på att bokningssystemet är upphovsrättsligt skyddat, eller i alla fall erhåller skydd genom katalogskyddet. Om MTR hade anfört detta hade *IMS Health* blivit tillämpligt och utgången troligtvis motsatt samt följt vår bedömning.¹²⁰

5.4.2 Avslutande ord

Vår egen uppfattning i frågan är däremot, som tidigare nämnts,¹²¹ att EUD i *IMS Health* tillämpade kravet angående förhindrandet av en ny produkt för vilken det finns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna alltför vidsträckt när de stadgade att det räcker med en potentiell eller hypotetisk marknad för att uppfylla det. Vi anser att upphovsrättens ensamrätt urvattnas alltför mycket till följd av domstolens tillämpning, dvs. att det upphovsrättsliga skyddet försvagas när en upphovsrätt innehas av ett företag i dominerande ställning. Domstolens tillämpning av kravet i *Magill* är en bättre avvägning mellan rättsområdena eftersom det krävs att en faktisk produkt blockeras. Utifrån detta synsätt anser vi att EUD, i *IMS Health*, borde ha följt bedömningen i *Magill*. Detta hade lett till att praxis varit mer restriktiv om vad som anses vara en ny produkt. Därmed hade SJ:s beteende inte varit missbruk av dominerande ställning vilket vi anser är en mer rimlig utgång, eftersom MTR är direkta konkurrenter till SJ och vill tillhandahålla samma tjänst som SJ. Ett företag ska inte kunna utnyttja ett annat företags skyddade tillgångar endast för att det andra företaget uppnått en dominerande ställning på marknaden och sedan använda det för att ta marknadsandelar från dominanten.

¹²⁰ Se avsnitt 5.3.

¹²¹ Se avsnitt 5.2.

6. Källförteckning

EU-rättsliga dokument

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt

Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 372, 09/12/1997

Europaparlamentets och rådets direktiv om rättsligt skydd för databaser 96/9/ EG
(*databasdirektivet*)

Svensk lag

Regeringsformen (1974:152)

Konkurrenslag (2008:579)

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Förarbeten och beslut

Prop. 1960:17

Prop. 1992/93:56

Prop. 2007/08:135

KKV:s beslut, dnr 902/1998

KKV:s beslut, dnr 178/2014

Rättsfallsförteckning

EUD

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

Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*, REG 1978, s. 207

Mål C- 241/91 och 242/91, *Magill, RTE, ITP mot Kommissionen*, REG 1995, s. I-743

Mål C-35/96, REG 1998, *Kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851

Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG m.fl.*, REG 1998, s I-07791

Mål C-418/01, *NDC Health GmbH & Co. KG och NDC Health Corporation mot kommissionen och IMS Health Inc.*, REG 2004, s. I-3401

Mål C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd mot Svenska Spel AB*, REG 2004, s. I-10497

Förstainstansrätten

Mål T-201/04 R, *Microsoft mot kommissionen*, REG 2004, s. II-2977

HD

NJA 1995 s 256 (*Nummerbank*)

MD

MD 2000:2 (*SJ*)

MD 2005:27 (*Luftfartsverket*)

MD 2007:26 (*Ekfors*)

Litteratur

Arezzo, Emanuela, *Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*. Forthcoming in John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. 24, No. 3, 2007. <http://ssrn.com/abstract=935047>

Bastidas Venegas, Vladimir, *Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 7 §*, Lexino, 2014-03-31

Bastidas Venegas, Vladimir, *Konkurrenslag (2008:579) 1 kap. 5 §*, Lexino, 2014-03-31

Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, 13., omarb. uppl., Jure, Stockholm, 2013

Eklöf, Dan, *Upphovsrätt i konkurrens: särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering*, [Ny, red. och uppdaterad utg.], Iustus, Uppsala, 2005

Godenhielm, Berndt, *Verkshöjd såsom allmän förutsättning för upphovsrättsligt skydd*, NIR, 4/1981, s 278

Gölstam, Carl Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2007, Uppsala, 2007

Harenko, Kristiina, *Nordisk databasskydd i ljuset av EG-rätten*, NIR, 6/2005, s 623

Heimler, Alberto, *Competition Law Enforcement and Intellectual Property Rights* (March 4, 2008), s 17 <http://ssrn.com/abstract=1105326> eller <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1105326>.

Muldin, Kenth, *Förhållandet mellan upphovsrätt och konkurrensrätt*, NIR, 4/2001, s 542

Nelldal, Bo-Lennart, *Utveckling av utbud och priser på järnvägslinjer i Sverige 1990-2013 och utvärdering av avreglering och konkurrens samt Utvecklingen av länshuvudmännens trafik*, 2013, aktbilaga 91

Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, 7. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012

Internet

Augustsson, Tomas, SJ vill inte släppa in konkurrenterna, *SvD*, 2014-02-18,

http://www.svd.se/naringsliv/nyheter/sverige/sj-i-sajtbrak-med-nya-konkurrenter_8997422.svd (2014-03-26)

<http://www.sj.se/sj/jsp/polopoly.jsp?d=120&l=sv> (2014-04-27)

<http://nyhetsrum.sj.se/topplaenkar/om-sj.html> (2014-05-12)

<http://www.konkurrensverket.se/t/Page.aspx?id=362> (2014-03-31)

<https://www.transportstyrelsen.se/sv/Nyhetsarkiv/Forst-i-Europa-med-helt-avreglerad-jarnvagsmarknad-/> (2014-05-25)

<http://www.blataget.com/om> (2014-05-26)

<http://snalltaget.se/om-oss> (2014-05-26)

<http://www.mtrstockholm.se/om-oss> (2014-05-26)