

**Juridiska Fakulteten i Stockholm;
skriftserien**

EG och immaterialrätten

Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt

4

Lars Pehrson

Juridiska Fakulteten i Stockholm; skriftserien

1. *Lord Wedderburn of Charlton; Clyde W. Summers;
Ole Hasselbalch*
Arbetsrättsliga uppsatser
 2. *Anders Hedman*
Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet
 3. *Claes Peterson*
Äganderätt, avtalsfrihet och fördelning av företagens
vinster
 4. *Lars Pehrson*
EG och immaterialrätten.
Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt
 5. *Per Magnusson; Dan Sandberg*
Rättssäkerheten i fackföreningar
 6. *Jan Hellner m fl*
Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen
- 4

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

STOCKHOLMS UNIVERSITET



30001 001011503

**Juridiska Fakulteten i Stockholm;
Skriftserien**

EG och immaterialrätten

4

Magn
ficti
tiv

**Juridiska Fakulteten i Stockholm;
skriftserien**

EG och immaterialrätten

Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt



Lars Pehrson

Stiftelsen  Juristförlaget
vid Stockholms Universitet

© Stiftelsen skrifter utgivna av Juridiska fakulteten
vid Stockholms universitet och Lars Pehrson.

Skriftserien nr 4, 1985.

Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet

ISBN 91-7598-054-1

ISSN 0280-8056

Innehåll

Förkortningar	7
Förord	9
1. <i>Inledning</i>	10
1.1 Grundläggande EG-rättsliga regler	10
1.2 Vissa huvudprinciper inom immaterialrätten	13
1.3 Frågeställningar	14
1.4 Plan för den fortsatta framställningen	15
2. <i>Romfördragets regler om fria varurörelser och om konkurrensbegränsning</i>	17
2.1 Reglerna om fria varurörelser	17
2.2 Konkurrensreglerna	21
2.2.1 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal	21
2.2.2 Missbruk av marknadsdominerande ställning	26
2.2.3 Administration	28
3. <i>Romfördragets betydelse för immaterialrättens importregler</i>	30
3.1 Import till en EG-stat från en annan EG-stat	35
3.1.1 Upphovsrätt	35
3.1.2 Patenträtt	48
3.1.3 Mönsterrätt	56
3.1.4 Varumärkesrätt	59
3.1.4.1 Ommärknings- och ompackningssituationer	71
3.1.4.2 Avgränsningsavtal	78
3.1.5 Regler mot slavisk efterbildning	82
3.2 Import till en EG-stat från en icke EG-stat	87
3.3 Sammanfattning. Vissa gemensamma regler	91
4. <i>Marknadsdominerande ställning p g a immaterialrättsinnehav</i>	93
4.1 "Vanliga företag och koncerner"	94
4.2 Upphovsrättsorganisationer	97

5. <i>Handel mellan Sverige och EG</i>	104
6. <i>Licensavtal</i>	112
6.1 Inledande anmärkningar	112
6.2 Gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. Bakgrund, tillämpningsområde och struktur	114
6.3 Åläggande att upplåta licens	116
6.4 Bedömningen av vissa typer av klausuler	119
6.4.1 Exklusivitetsklausuler	119
6.4.2 Förstärkt eller absolut områdesskydd	125
6.4.3 Field of use-klausuler	130
6.4.4 Kvantitetsrestriktioner	134
6.4.5 Vidareöverlåtelse och vidareupplåtelse	137
6.4.6 Grant back-klausuler	139
6.4.7 Kvalitetskontroll	140
6.4.8 Tie ins	142
6.4.9 Försäljningsförpliktelser	144
6.4.10 Marknadsföringsförpliktelser	146
6.4.11 Icke angrepps-klausuler	147
6.4.12 Regler rörande intrång	151
6.4.13 Most favoured clauses	151
6.4.14 Sekretessklausuler	152
6.4.15 Konkurrensklausuler	153
6.4.16 Prisbindningsklausuler	157
6.4.17 Royaltyklausuler	158
6.4.18 Avtalstid	161
7. <i>Planerad immaterialrättslagstiftning</i>	163
7.1 Upphovsrätt	165
7.2 Patenträtt	166
7.3 Mönsterrätt	169
7.4 Varumärkesrätt	169
7.4.1 Förslaget till marknadsvarumärkesförordning	170
7.4.2 Förslaget till harmoniseringsdirektiv	175
<i>Bilagor</i>	177
1. Utdrag ur Romfördraget	177
2. Förordning 17	182
3. Gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal (2349/84)	189
4. Utdrag ur frihandelsavtalet Sverige—EEC	199
Åberopad litteratur	201
Åberopade rättsfall	212

Förkortningar

Antitrust Bull	The Antitrust Bulletin
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bull E C	Bulletin of the European Communities
CECA	Europeiska kol- och stålgemenskapen
C.M.L.R.	Common Market Law Reports
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
CPC	Community Patent Convention
E.C.R.	Reports of Cases before the Court
EEC	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen(erna)
EIPR	European Intellectual Property Review
E.L. Rev.	European Law Review
EPC	European Patent Convention
EURATOM	Europeiska atomenergigemenskapen
F	Förordning (EG)
FriH	Frihandelsavtalet Sverige-EEC
FSR	Fleet Street Reports
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
J.O.	Journal Officiel des Communautés Européennes
LU	Lagutskottet
MA	Markenartikel
MD	Marknadsdomstolen
ML	Mönsterskyddslagen
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd I
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges offentlige utredninger
NTIR	Nordisk Tidskrift för Internationell Rätt

NU	Nordisk utredningsserie
O.J.	Official Journal of the European Communities
ParisK	Pariskonventionen
PatL	Patentlagen
PoK	Priser och konkurrens
Prop	Proposition
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RomF	Romfördraget
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
SÖ	Sveriges överenskommelser med främmande makter
TMR	The Trademark Reporter
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
UfR	Ugeskrift for retsvæsen
URL	Upphovsrättslagen
WRP	Wettbewerb im Recht und Praxis

Förord

Denna skrift är avsedd att utgöra en mindre handbok rörande EG och immaterialrätten. Tyngdpunkten ligger på Romfördragets betydelse för reglerna om import av immaterialrättsligt skyddade produkter och på bedömningen enligt EGs konkurrensregler av olika typer av klausuler i licensavtal. Skriften är primärt avsedd för det praktiska rättslivets behov. Stor vikt har därför lagts vid EG-domstolens och kommissionens praxis.

Boken har utarbetats inom ramen för verksamheten vid Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet. Jag är tacksam för att jag har haft förmånen att diskutera flera avsnitt av boken vid seminarier som Institutet har arrangerat. Ett särskilt tack vill jag rikta till professorerna Ulf Bernitz och Gunnar Karnell som båda tagit del av manuskriptet och därvid kommit med flera värdefulla påpekanden. Manuskriptet har renskrivits av Institutets sekreterare Inez Falkner.

Materiel som blivit tillgängligt efter 1 jan 1985 har endast med vissa undantag kunnat beaktas.

Stockholm i maj 1985
Lars Pehrson

1. Inledning

1.1 Grundläggande EG-rättsliga regler

Den europeiska gemenskapen, eller korrektare gemenskaperna, EG, är den gemensamma beteckningen för de tre sammanslutningarna Kol- och Stålgemenskapen, CECA, Europeiska Ekonomiska Gemenskapen, EEC, och Europeiska Atomenergigemenskapen, EURATOM. De tre gemenskaperna har delvis uppkommit oberoende av varandra och de grundar sig på skilda överenskommelser. Den äldsta gemenskapen är CECA som tillkom 1951 och som utgör en europeisk kol- och stålgemenskap grundad på en gemensam marknad på detta område. Även EURATOMs verksamhet är begränsad till ett visst område av näringslivet. Denna gemenskap grundades 1957 och har till uppgift att skapa gynnsamma betingelser för en snabb organisation av och tillväxt inom kärnkraftindustrin. Den utan jämförelse viktigaste gemenskapen är EEC som bildades samtidigt som EURATOM genom undertecknandet av Romfördraget (RomF). Till skillnad från CECA och EURATOM är EECs verksamhet inte begränsad till några särskilda delar av medlemsstaternas näringsliv. Även i andra hänseenden har EECs regler betydligt mer omfattande räckvidd än CECAs och EURATOMs genom att EECs regler åsyftar ett gradvis närmande av medlemsstaternas ekonomiska politik. CECA- och EURATOM-fördragets regler kommer inte att beröras i det följande.

Trots att de tre europeiska gemenskaperna har uppkommit genom separata överenskommelser och formellt är självständiga framstår de som en enhet bl a genom att CECA och EURATOM på sina respektive områden verkar i samma riktning som EEC. Sedan det s k fusionsfördraget undertecknades 1967 har gemenskaperna också fyra gemensamma huvudorgan, parlamentet, ministerrådet, kommissionen och domstolen. Vidare är det samma tio stater som är medlemmar i gemenskaperna, nämligen Belgien, Danmark, Frankrike, Grekland, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Storbritannien och Förbundsrepubliken Tyskland.¹ Vintern 1985 har dessutom beslutats att Portugal och Spanien skall inträda i EG från och med 1986.

Sverige har som bekant valt att stå utanför EG. I stället har Sverige ingått två frihandelsavtal med EG, ett med EEC (FriH) och ett med CECA. Däremot

har det aldrig varit aktuellt att ingå något motsvarande avtal med EURATOM.² Även många andra stater har ingått liknande frihandelsavtal med EG, däribland Finland, Island, Norge, Portugal, Spanien, Schweiz och Österrike.³

EG har till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och genom att gradvis närma medlemsstaternas ekonomiska politik främja en harmonisk utveckling på det ekonomiska livets område, en fortgående och balanserad expansion, en ökad stabilitet, en snabbare höjning av levnadsstandarden samt närmare förbindelser mellan medlemsstaterna, art 2 RomF. Den genom fördraget skapade gemensamma marknaden fungerar utåt som en tullunion. Inom den gemensamma marknaden skall varor, personer, tjänster och kapital fritt kunna cirkulera. För att säkerställa fria varurörelser föreskrivs bl a att tullar och kvantitativa importrestriktioner liksom alla andra åtgärder som har motsvarande verkan är förbjudna medlemsstaterna emellan, art 3 och 30 RomF. Något förenklat kan avsikten sägas vara att hela EG-marknaden skall fungera på samma sätt som en nationell marknad.

För att säkerställa den gemensamma marknadens funktion har i Romfördraget även intagits regler som förbjuder konkurrensbegränsande avtal, missbruk av marknadsdominerande ställning samt vissa andra åtgärder som stör konkurrensen, art 3 samt 85—94.

Romfördragets regler påverkar på ett stort antal områden rättsläget i EG-staterna. Det bör dock observeras att fördraget enligt en uttrycklig bestämmelse, art 222, inte i något hänseende ingriper i medlemsstaternas egendomsordning.

De grundläggande EG-rättsliga reglerna återfinns således i Romfördraget (samt CECA- och EURATOM-fördragen). De flesta av Romfördragets regler har dock karaktär av ramregler. De är således mycket allmänt hållna, vilket medfört att de på många punkter behövt kompletteras. Detta har skett dels genom vissa fördrag, t ex det ovan nämnda fusionsfördraget, dels genom reg-

1. Ang EGs uppkomst och struktur m m, se bl a Bernitz, Internationell marknadsrätt, 1980 s 33 ff, 41 ff, Mathijssen, A Guide to European Community Law, 3 uppl 1980 s 7 ff, Pålsson, EG-rätt, 1976 s 9 ff, Stenberg, Studier i EG-rätt, 1974 s 19 ff, samt samlingsverket Thirty Years of Community Law, 1981 s 1 ff.

De tre gemenskapsavtalen finns publicerade på svenska i SOU 1963:57 (CECA-avtalet), SOU 1963:12 (EEC-avtalet), SOU 1964:33 (följdförfattningar till CECA-avtalet) samt SOU 1964:18 (EURATOM-avtalet).

2. De båda frihandelsavtalen finns publicerade i prop 1972:135, SÖ 1973:96 (EEC-avtalet) resp SÖ 1973:100 (CECA-avtalet) samt EEC-avtalet även i SFS 1972:698. Se allmänt om avtalen och deras tillkomst bl a prop 1972:135 s 1 ff, Bernitz, a a s 65 ff, Danelius, Sveriges avtal med de europeiska gemenskaperna — juridiska aspekter, SvJT 1973 s 97 ff, Lidgard, Tre års frihandelssamarbete md EEC, SvJT 1976 s 689 ff, Pålsson, a a s 288 ff.

3. Avtalen med Portugal och Spanien kommer givetvis att upphöra när dessa stater inträder som medlemmar i EG.

ler som utfärdats med stöd av bestämmelser i Romfördraget, s k rättsakter.⁴ Sistnämnda regler kan i de allra flesta fall hänföras till någon av de typer som anges i art 189 RomF, nämligen förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden. Med förordningar avses regler som har generell räckvidd, d v s som inte direkt riktar sig till någon viss adressat, och som utan att några transformationsåtgärder behöver vidtas till alla delar är direkt tillämpliga i medlemsstaterna, art 189 st 2. Direktiv däremot riktar sig enbart till en eller flera medlemsstater. Detta utesluter dock inte att de i vissa fall även kan åberopas av enskilda rättssubjekt. Direktiven är bindande på så sätt att föreskrivet resultat skall uppnås men det står varje stat fritt att själv bestämma tillvägagångssätt och medel härför, art 189 st 3. Till skillnad från direktiv kan beslut riktas såväl till medlemsstater som till enskilda rättssubjekt. Besluten är till alla delar bindande för adressaterna, art 189 st 4. Rekommendationer och yttranden slutligen har inte någon bindande verkan, art 189 st 5.

Ett karakteristiskt drag hos EG-rätten är att den, såvida inte annat direkt framgår av rättsakten ifråga, är direkt tillämplig i alla medlemsstater, utan att några särskilda transformationsåtgärder behöver vidtas. EG-rätten är således med den engelska term som brukar användas för att beteckna saken self-executing.

Många viktiga regler har också direkt effekt inom medlemsstaterna, d v s de kan grunda rättigheter och skyldigheter för enskilda rättssubjekt och kan av dessa åberopas inför myndigheter och domstolar. För att en regel skall ha direkt effekt krävs dels att den är ovillkorlig, d v s att den kan tillämpas utan att några kompletterande åtgärder eller bestämmelser behöver vidtas resp utfärdas, dels att regeln utvisar ett visst mått av klarhet och entydighet.⁵ I detta sammanhang är det viktigt att konstatera att såväl reglerna om fria varurörelser i art 30 och 36 RomF som konkurrensreglerna i art 85 och 86 RomF anses ha direkt effekt.

Det torde vara ofrånkomligt att det någon gång uppkommer konflikter mellan EG-rätten och en medlemsstats nationella rättsordning. Som snart kommer att framgå förekommer detta på immaterialrättens område. Vid sådana konflikter anses numer allmänt att EG-rätten har företräde. Detta gäller även om den nationella rätten är av yngre datum än EG-rätten. EG-domstolen häv-

4. Se härom närmare t ex Mathijsen, a a s 97 ff, Pålsson, a a s 29 ff, 150 ff, Tizzano och Grabitz i *Thirty Years of Community Law*, 1981 s 43 ff resp 83 ff. Möjligheten att utfärda EG-rättsliga regler på immaterialrättens område behandlas nedan på s 163 ff.

5. Se härom bl a Kovar i *Thirty Years of Community Law* 1981 s 137 ff, Bernitz, a a s 44 ff, Mathijsen, a a s 226 ff, Pescatore, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, E.L. Rev. 1983 s 155 ff, Pålsson, a a s 170 ff samt särskilt Gangsted-Rasmussen, *EF-rettens umiddelbare anvendelighed*, 1977.

dar t o m att EG-rättslig lagstiftning av lägre valör, t ex förordningar, tar över en medlemsstats författning.⁶

1.2 Vissa huvudprinciper inom immaterialrätten

Till immaterialrätten hör som bekant upphovsrätten (inklusive fotografirätten och s k närstående rättigheter), patenträtten, mönsterrätten, växtförädlarrätten, varumärkesrätten och firmarätten. Immaterialrätten har i hög grad internationell karaktär och olika konventioner har stor betydelse. Den viktigaste konventionen på det industriella rättsskyddets, d v s huvudsakligen patent-, mönster-, varumärkes- och firmarättens, område⁷ är Pariskonventionen från 1883, senast reviderad 1967. På upphovsrättens område är de mest betydande konventionerna Bernkonventionen från 1886 och Världskonventionen från 1952, båda senast reviderade 1971. Samtliga EG-stater har tillträtt dessa tre konventioner.

Gemensamt för de tre konventionerna är för det första att de uppställer vissa minimikrav såvitt gäller omfattningen av de ensamrätter som de olika immaterialrätterna ger upphov till (principen om minimiskydd) och för det andra att det fordras att de stater som tillträtt konventionerna behandlar rättssubjekt som tillhör andra konventionsstater minst lika fördelaktigt som sina egna rättssubjekt (principen om nationell behandling). För Pariskonventionens del gäller vidare att skydd uppkommer i varje stat för sig enligt den ifrågavarande statens interna regler (självständighetsprincipen). På denna punkt är rättsläget annorlunda på upphovsrättens område. Enligt Bernkonventionen skall ett verk som tillkommit i en unionsstat i övriga unionsstater erhålla samma skydd som om verket tillkommit där, art 5.1. Skyddets uppkomst får inte heller vara beroende av att några formaliteter iakttas, art 5.2.⁸

Att immaterialrätten har internationell karaktär hindrar dock inte att de olika immaterialrätterna är territoriellt begränsade. De uppkommer i varje stat för sig enligt den ifrågavarande statens egen lagstiftning. En näringsidkare som t ex önskar mönsterskydda en produkt i fem olika länder måste således lämna in fem olika mönsteransökningar.⁹ Likaså bestäms omfattningen av de olika ensamrätterna av den nationella lagstiftningen, i vart fall så länge inte

6. Se härom t ex Kovar, a a s 111 ff, Mathijsen, a a s 232 ff, Pålsson, a a s 177 ff.

7. Till det industriella rättsskyddet hör även växtförädlarrätten och reglerna om vissa andra kännetecken än varumärken och firmor samt reglerna mot illojal konkurrens.

8. Enligt Världskonventionen kan däremot vissa formaliteter krävas, se art III.1.

9. Vissa undantag från det sagda finns dock. Enligt den europeiska patentkonventionen är det möjligt att genom en europeisk patentansökan erhålla patent i flera konventionsstater. Ett

skyddsomfånget är mindre omfattande än vad som föreskrivs i de konventioner som staten tillträtt. I ensamrätten ingår ofta en möjlighet för rättighetsinnehavaren att motsätta sig att tredje man för in produkter som omfattas av skyddet i den stat där skyddet består.

Immaterialrätterna har tillkommit för att stimulera insatser som medför kulturella, teknologiska eller ekonomiska framsteg. På så sätt verkar immaterialrätterna konkurrensfrämjande. Genom att framstå som ett slags rättsliga monopol, låt vara att de sällan leder till att deras innehavare får en monopolställning i ekonomisk mening, kan dock immaterialrätterna även ha en viss konkurrensbegränsande effekt.¹⁰

1.3 Frågeställningar

Det är lätt att inse att de olika EG-staternas nationella immaterialrättslagstiftningar, enligt vilka en rättighetsinnehavare ofta har ensamrätt att importera produkter som faller under rättigheten ifråga, kan komma i konflikt med EG-rättens regler om fria varurörelser. Denna konflikt förutsågs i viss mån också redan vid Romfördragets tillkomst. I art 36 anges därför att reglerna om fria varurörelser inte utgör något hinder mot uppställandet av sådana förbud avseende import som motiveras av hänsyn till skydd för industriell och kommersiell äganderätt. Hänsynen till sådan äganderätt har emellertid i praxis inte ansetts motivera några större undantag från reglerna om fria varurörelser.¹¹ I praktiken har det därför blivit dessa regler och inte medlemsstaternas nationella rättsordningar som i EG-staterna dragit upp gränserna för när innehavaren av en immaterialrätt med stöd av denna kan hindra import av produkter som skyddas av immaterialrätten ifråga. En huvuduppgift för denna skrift är att redogöra för de regler som härvid har utvecklat sig.

Att reglerna om fria varurörelser fått så stor betydelse för immaterialrättens importregler har allmänt uppfattats som mindre tillfredsställande. Ett sätt att minska olägenheterna skulle vara att åstadkomma en EG-rättslig immaterialrättslagstiftning som skulle harmoniera med Romfördragets regler. Stor möda

annat undantag utgör Beneluxländernas gemensamma varumärkeslag enligt vilken en näringsidkare genom en registrering kan förvärva ensamrätt till ett varumärke i alla de tre länderna.

10. Se härom t ex Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 1983 s 160 ff, 177 ff m v h.

11. Det förefaller mycket osannolikt att den tolkning som EG-domstolen har givit art 36 föresvävat Romfördragets upphovsmän.

har också nedlagts härpå och ett flertal förslag har lagts fram. Längst har arbetet kommit inom patenträtten där en särskild marknadspatentkonvention undertecknats. Konventionen har dock ännu inte trätt ikraft och det är oklart när detta kommer att ske. I detta arbete ges en översiktlig redogörelse för lagstiftningsarbetet inom EG på immaterialrättens område.

Som bekant är det vanligt att immaterialrättsinnehavare genom avtal, t ex förlags- och licensavtal, upplåter rätt för andra att utnyttja sina rättigheter. Sådana avtal är ofta mycket omfattande och innehåller inte sällan klausuler som kan ifrågasättas ha konkurrensbegränsande verkan. Med stöd av bestämmelserna i art 85 och 86 RomF har EG-domstolen och kommissionen utvecklat en ganska omfattande praxis rörande tillåtligheten av olika typer av klausuler i licensavtal och liknande avtal. En annan huvuduppgift för denna framställning är att redovisa de regler som härvid har utvecklats.

1.4 Plan för den fortsatta framställningen

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande sätt.

Kapitel 2 ger en kortfattad presentation av Romfördragets regler om fria varurörelser samt av dess konkurrensregler.

Kapitel 3 behandlar de begränsningar av immaterialrättsinnehavarnas möjligheter att med stöd av sina immaterialrätter hindra import som följer av Romfördragets regler.

Kapitel 4 tar upp frågan i vilken mån innehavet av en immaterialrätt kan ge upphov till en marknadsdominerande ställning i den mening som avses i art 86 RomF.

Kapitel 5 innehåller en redogörelse för reglerna om importrestriktioner och konkurrens i Sveriges frihandelsavtal med EEC samt för i vilken utsträckning dessa regler påverkar immaterialrättens importregler.

Kapitel 6 redovisar den praxis som vuxit fram enligt art 85 RomF rörande tillåtligheten av olika typer av klausuler i licensavtal.

Det avslutande *kapitlet 7* bär rubriken "Planerad immaterialrättslagstiftning" och ger en kortfattad översikt över de olika förslag till EG-rättslig immaterialrättslagstiftning som framlagts av kommissionen.

Romfördraget citeras på svenska från översättningen i SOU 1963:12. Detta innebär bl a att immaterialrätterna betecknas som industriella och kommersiella äganderätter och inte industriella och kommersiella egendomsrätter vilket torde vara korrektare, eftersom innehavet av en immaterialrätt inte anses som en äganderätt. Övriga EG-författningar citeras på engelska från Official Journal. Även citaten från EG-domstolens domar och EG-kommissionens be-

slut är på engelska och har hämtats från European Court Reports, Official Journal eller Common Market Law Reports.

2. Romfördragets regler om fria varurörelser och om konkurrensbegränsning

2.1 *Reglerna om fria varurörelser*

Genom Romfördraget bildas som redan nämnts en gemensam marknad inom vilken bl a varor fritt skall kunna cirkulera. Några kvantitativa importrestriktioner får därför inte finnas mellan EG-staterna. Regeln härom är intagen i art 30 RomF och har följande lydelse:¹²

”Kvantitativa importrestriktioner ävensom åtgärder med motsvarande verkan äro förbjudna mellan medlemsstaterna såvida icke annat nedan stadgas.”

Numer skall det inte heller förekomma några av nationalitetshänsyn uppställda hinder mot tjänsters utförande inom gemenskapen. Huvudregeln härom finns intagen i art 59 RomF.

Som direkt framgår av art 30 är förbudet mot kvantitativa importrestriktioner inte absolut. De flesta undantagen finns angivna i art 36 som har följande lydelse:

”Bestämmelserna i artiklarna 30—34 skola icke utgöra hinder för sådana förbud eller restriktioner avseende import, export eller transitering, som motiveras av hänsyn till allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors och djurs hälsa och liv eller växters bevarande, skydd av nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller skydd av industriell eller kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner få dock icke utgöra vare sig ett medel för godtycklig diskriminering eller en föräckt begränsning i handeln mellan medlemsstaterna.”

12. Reglerna om fria varurörelser analyseras ingående i Gulmann, *Handelshindringar i EF-retten*, 1980. Se även Stjernquist, ”Åtgärder med motsvarande verkan”. EG:s förbud mot indirekta handelshinder, 1983.

Av EG-domstolens praxis framgår klart att art 30 och 36 har direkt effekt.¹³ Vid tillämpningen av dessa artiklar är det fråga om att göra en avvägning mellan EGs strävan att i integrationsfrämjande syfte i största möjliga utsträckning säkerställa fria varurörelser å ena sidan och medlemsstaternas önskan att själva kunna avgöra i vilken mån och på vilket sätt hänsyn skall tas till olika därmed motstående nationella hänsyn å den andra. Rättsligt sett är det härvid främst två frågor som trätt i förgrunden, nämligen för det första vilka åtgärder som kan anses ha "motsvarande verkan" som kvantitativa importrestriktioner och för det andra vilka importförsvårande åtgärder som trots regeln i art 30 ändå är tillåtna.

Såvitt gäller den första av dessa frågor kan konstateras att ett mycket stort antal olika åtgärder anses ha motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner.¹⁴ Detta antyds redan av att det i art 36 RomF ansetts nödvändigt att stipulera undantag från förbudet mot sådana restriktioner även för åtgärder som p g a sitt syfte normalt inte räknas som likställda med kvantitativa importrestriktioner. Att kommissionen tolkar art 30 extensivt framgår vidare av den omfattande exemplifierande uppräknings av importbegränsande åtgärder som finns i direktiv 70/50 rörande avskaffandet av vissa åtgärder med motsvarande verkan som importrestriktioner.¹⁵ Vidare har kommissionen i en 1983 utgiven pressrelease som exempel på åtgärder som kan strida mot art 30, förutom olika importformaliteter, bl a angivit krav på viss teknisk standard, köp-inhemsht-kampanjer, krav på produktinformation på visst språk och auktorisationskrav.¹⁶ Även EG-domstolen har givit uttrycket "motsvarande verkan" en

13. Se t ex de nedan i detta avsnitt omtalade avgörandena samt de avgöranden som omnämns i kap 3.

14. Litteraturen på området är mycket omfattande. Förutom de ovan på s 17 not 12 omnämnda arbetena kan bl a följande uppsatser nämnas, Barents, *New Developments in Measures Having Equivalent Effect*, 1981 C.M.L.Rev. s 271 ff, Dashwood, *Cassis de Dijon, A Major Step in the Liberalisation of Trade*, 1981 EIPR 268 ff, van Gerven, *The Recent Case Law of the Court of Justice concerning art 30 and 36 of the EEC Treaty*, (1977) C.M.L. Rev. s 5 ff, Gormley, *Quantitative Restrictions and Measures Having Equivalent Effect*, (1981) E.L.Rev. 454 ff, Meij-Winter, *Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions*, (1976) C.M.L. Rev. s 79 ff, Oliver, *Measures of Equivalent Effect: A Reappraisal*, (1982) C.M.L.Rev. s 217 ff, Page, *The Concept of Measures Having an Effect Equal to Quantitative Restrictions*, (1977) E.L.Rev. 105 ff, Seidel, *Die sogenannte Cassis de Dijon — Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Schutz von Herkunftangaben in der Europäischen Gemeinschaft*, GRUR Int 1984 s 80 ff, Veelken, *Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen*, Europarecht 1977 s 311 ff, Wyatt, *Art 30 EEC and Nondiscriminatory Trade Restrictions*, (1981) E.L.Rev. 185 ff.

15. (1970) J.O. L 13/29. Uppräkningen omfattar 19 punkter och kan därför p g a sin längd inte återges här.

16. Pressrelesen återges i IIC 1983 s 299 ff. Köp-inhemsht-kampanjer ansågs strida mot art 30 i mål 249/81, (1982) E.C.R. 4005 (= (1983) 2 C.M.L.R. 104), *Commission v. Ireland (Buy Irish)*.

mycket vid innebörd. I Dassonville-avgörandet,¹⁷ där vissa formaliteter i samband med krav på ursprungsmärkning ansågs strida mot art 30, anförde domstolen att

”(a)ll trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.”

Uttalandet har därefter återkommit i andra avgöranden.¹⁸

Som framgår indirekt av art 36 RomF och direkt av den praxis som kommer att redovisas i kap 3 anses sådana hinder mot import som grundar sig på immaterialrättsliga regler ha motsvarande verkan som importrestriktioner.

Från praxis kan vidare nämnas bl a följande avgöranden.

Mål 120/78.¹⁹ I den tyska alkohollagstiftningen fanns en bestämmelse om att spritdrycker som inte innehöll minst 32% alkohol inte fick marknadsföras i Tyskland. Detta medförde bl a att en fransk aperitif, Cassis de Dijon, inte kunde säljas där. EG-domstolen ansåg att bestämmelsen stred mot art 30 RomF.

Mål 113/80.²⁰ Den irländska lagstiftningen innehöll vissa bestämmelser om att utländska guldsmidsprodukter med motiv som antydde att produkterna härstammade från Irland inte fick importeras till Irland eller säljas där om inte ursprungslandet tydligt angavs eller produkten märktes med ordet ”foreign”. EG-domstolen ansåg att detta var en bestämmelse som hade motsvarande verkan som en importrestriktion.

Mål 261/81.²¹ I Belgien fanns en föreskrift om att allt margarin som såldes där skulle vara förpackat i kubiska förpackningar. Denna bestämmelse ansågs strida mot art 30 RomF.

Som anförts uppräknas i art 36 RomF ett antal intressen som anses motivera undantag från förbudet mot kvantitativa importrestriktioner och liknande åtgärder. Att en åtgärd har vidtagits av något av de skäl som uppräknas i art 36 är dock inte tillräckligt för att åtgärden skall anses godtagbar. Härför krävs även att åtgärden inte är mer ingripande än vad som fordras för att det ifrågasvarande syftet skall uppnås. Vidare gäller att en åtgärd som utgör ett medel för

17. Mål 8/74, (1974—5) E.C.R. 837 (= (1974) 2 C.M.L.R. 436).

18. T ex mål 113/80, (1981) E.C.R. 1625 (= (1982) 1 C.M.L.R. 706), Commission v. Ireland.

19. (1979) E.C.R. 649 (= (1979) 3 C.M.L.R. 494), Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, det s k Cassis de Dijon-fallet.

20. (1981) E.C.R. 1625 (= (1982) 1 C.M.L.R. 706), Commission v. Ireland.

21. (1982) E.C.R. 3961 (= (1983) 2 C.M.L.R. 496) Rau v. De Smedt.

godtycklig diskriminering eller för förtäckt begränsning av handeln aldrig är tillåten, art 36 sista punkten. Å andra sidan kan även en åtgärd som inte innefattar någon diskriminering strida mot art 30.

EG-domstolen har flera gånger uttalat att art 36 skall tolkas strikt och att den kan inte utvidgas till att omfatta andra intressen än dem som direkt anges.²² Trots detta har domstolen accepterat vissa restriktioner som inte har sin grund i de i art 36 uppräknade intressena.²³ Grundläggande är det nyss nämnda *Cassis de Dijon*-fallet.²⁴ EG-domstolen uttalade där att i avsaknad av gemensamma regler för produktion och marknadsföring av den ifrågavarande produkten ankommer det på medlemsstaterna att var och en inom sitt territorium uppställa regler härom. Därefter anförde domstolen:

“Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer.”

Det kan således konstateras att EG-domstolen accepterar vissa hinder mot fria varurörelser som uppkommer på grund av olikheter mellan medlemsstaternas nationella regler på marknadsföringsområdet. En förutsättning är dock att hindren motiveras av vad som kan sägas vara tvingande krav (mandatory requirements). En ytterligare förutsättning är att hindren inte är mer omfattande än vad som fordras för att tillfredsställa de tvingande kraven. Vidare måste hindren vara utformade så att de i lika mån träffar inhemska och importerade produkter.²⁵

Som framgår av avsnitt 2.2.3 nedan har inom EG en omfattande administration byggts upp för att övervaka efterlevnaden av konkurrensreglerna. Någon motsvarande administration finns inte såvitt gäller reglerna om fria varurörelser. Om kommissionen skulle finna att en nationell domstol underlåtit att beakta sistnämnda regler har kommissionen ingen annan möjlighet att ingripa än att påtala underlåtenheten för medlemsstaten och i sista hand att stämma denna inför EG-domstolen för brott mot Romfördraget, art 169 RomF.²⁶

22. Se t ex mål 113/80, (1981) E.C.R. 1625 (= (1982) 1 C.M.L.R. 706), *Commission v. Ireland*.

23. Det kan diskuteras huruvida detta beror på att domstolen anser att de ifrågavarande åtgärderna överhuvudtaget inte faller under art 30 eller om domstolen anser att det finnas andra undantag från art 30 än de som anges i art 36. Bägge dessa åsikter är svårförenliga med domstolens motiveringar i andra mål. Själv lutar jag närmast åt det senare alternativet.

24. Mål 120/78, (1979) E.C.R. 649 (= (1979) 3 C.M.L.R. 494).

25. Mål 113/80, (1981) E.C.R. 1625 (= (1982) 1 C.M.L.R. 706), *Commission v. Ireland*.

26. Se härom t ex Mathijssen, a a s 55 ff, 71 ff, Pålsson, a a s 195 ff.

2.2 Konkurrensreglerna

De av Romfördragets konkurrensregler som här är av intresse är art 85 och 86.²⁷ Art 85 innehåller ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal medan art 86 förbjuder missbruk av marknadsdominerande ställning. Artiklarna har en gemensam begränsning i att de endast är tillämpliga på förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, det s k samhandelskriteriet. Någon möjlighet att ingripa mot konkurrensbegränsande åtgärder som inte baserar sig på avtal eller som vidtagits av ett företag som inte intar en marknadsdominerande ställning finns däremot inte. Ett icke-marknadsdominerande företag kan därför, om förfarandet inte ingår som en del i en gemensam bojkottaktion, t ex vägra att leverera till ett annat företag.

2.2.1 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

Regeln om konkurrensbegränsande avtal i art 85 är uppbyggd på följande sätt. I artikelns första stycke föreskrivs att sådana avtal generellt är förbjudna. Skulle ett konkurrensbegränsande avtal ändå ha ingåtts är detta ogiltigt enligt andra stycket. Från det generella förbudet görs därefter i tredje stycket undantag för sådana avtal som vid sidan av sin konkurrensbegränsande verkan även har vissa närmare angivna positiva effekter.

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal har följande lydelse:

1. Överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden, vilka äro ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna och vilka ha till syfte eller följd att konkurrensen inom den gemensamma marknaden förhindras, inskränkes eller förvanskas, äro oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna, särskilt de som innebära:

- a) direkt eller indirekt fastställande av inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor,
- b) begränsning eller kontroll av produktion, avsättning, teknisk utveckling eller investeringar,
- c) uppdelning av marknader eller försörjningskällor,
- d) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,

27. Övriga konkurrensregler utgörs av art 87—89 som rör administrationen av konkurrensreglerna och uppbyggnaden av ett system för detta, art 90 som rör konkurrensreglernas betydelse för offentliga företag, art 91 som innehåller en regel om dumping samt art 92—94 som behandlar tillätligheten av statliga stödåtgärder.

- e) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk ha något samband med föremålet för avtalet.
- 2. Enligt denna artikel förbjudna överenskommelser eller beslut skola sakna rättsverkan.
- 3. Bestämmelserna i punkt 1 må dock förklaras icke tillämpliga på:
 - varje överenskommelse eller slag av överenskommelser mellan företag,
 - varje beslut eller slag av beslut av företagssammanslutningar, och
 - varje samordnat förfarande eller slag av samordnade förfaranden
 vilka bidra till att förbättra produktionen eller distribution av produkter eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som förbrukarna tillförsäkras en skälig andel av den därigenom uppkommande vinsten, och vilka icke
 - a) ålägga berörda företag restriktioner som icke äro oundgängliga för uppnåendet av dessa syften,
 - b) giva dessa företag möjlighet att för en väsentlig del av ifrågavarande produkter eliminera konkurrensen.

Som framgår av artikelns ordalydelse är det fyra rekvisit som skall vara uppfyllda för att ett avtal skall vara förbjudet, nämligen

- att det föreligger en överenskommelse, ett beslut eller ett samordnat förfarande (*avtalskriteriet*);
- att överenskommelsen, beslutet eller förfarandet är träffat eller genomfört av företag eller företagssammanslutningar (*företagskriteriet*);
- att avtalet, beslutet eller förfarandet är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna (*samhandelskriteriet*) samt
- att avtalet, beslutet eller förfarandet skall eller kan medföra att konkurrensen förhindras, inskränks eller förvanskas (*konkurrenskriteriet*).

Avtalskriteriet tolkas vidsträckt på så sätt att det saknar betydelse vilken typ av överenskommelse, beslut eller samordnat förfarande som det är fråga om. Inte heller har det någon betydelse vilken form överenskommelsen eller beslutet har fått. Däremot har EG-domstolen i bl a Sterling Drug-målet²⁸ slagit fast att avtal mellan företag som tillhör samma koncern inte faller under art 85.

Art 85(1) avser bara överenskommelser, beslut och samordnade förfaranden mellan företag eller företagssammanslutningar.²⁹ Beslut av t ex fack- eller konsumentsammanslutningar faller därför inte under art 85(1).

28. Mål 15/74, (1974) E.C.R. 1147 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480). Se allmänt om avtalskriteriet t ex Bellamy-Child, Common Market Law of Competition, 2 uppl, 1978 s 25 ff, Fejø, Konkurrenceret og EF, 1980 s 7 ff, Gleiss-Hirsch, Common Market Cartel Law, 3 uppl 1981 s 49 ff, Guy-Leigh, The EEC and Intellectual Property, 1981 s 44 ff, Korah, Competition Law of Britain and the Common Market, 3 uppl, 1982 s 200 ff.

29. Se allmänt om företagsbegreppet Fejø, a a s 26 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 44 ff, Harding, Kontroll av företagssammanslutningar, 1982 s 207 ff, Korah, a a s 199.

Immaterialrätter innehas som bekant ofta av enskilda personer. En i detta sammanhang intressant fråga är därför i vilken mån en person som är innehavare av en immaterialrätt enbart på grund härav kan vara att anse som ett företag i art 85(1):s mening. Kommissionen har i åtminstone tre beslut haft att ta ställning till denna fråga.

Det första av dessa avgöranden är AOIP/Beyrard-avgörandet.³⁰ Herr Beyrard, som var innehavare av ett antal patent, upplät licens till det franska företaget AOIP att utnyttja dessa patent. Avtalet innehöll vissa klausuler vilka ifrågasattes vara konkurrensbegränsande. Kommissionen ansåg att herr Beyrard var att anse som ett företag i artikel 85(1):s mening, eftersom han genom att upplåta licens till sina patent kommersiellt hade utnyttjat sina uppfinningar.

Ett mycket snarlikt fall är Vaessen v. Morris³¹ där en uppfinnare, herr Morris, ansågs som ett företag i och med att han genom ett eget bolag hade exploaterat sin uppfinning.

Det tredje avgörandet³² rör avtal som ingåtts mellan fyra operasångare och det tyska film- och TV-företaget UNITEL. Bakgrunden var att det italienska radio- och TV-bolaget RAI planerade att sända en galaföreställning av operan Don Carlos. Fyra av de sångare som skulle medverka hade emellertid tidigare ingått avtal med UNITEL om att de inte skulle medverka i några andra TV-sända uppsättningar av Don Carlos än dem som UNITEL givit sitt tillstånd till. RAI anmälde avtalen till kommissionen, som bl a krävde att UNITEL skulle förse kommissionen med kopior av avtalen. UNITEL vägrade, eftersom man ansåg att sångarna inte var att betrakta som företag och att art 85 därför inte var tillämplig. Kommissionen uttalade i sitt beslut att artister är företag i art 85 (1):s mening när de kommersiellt utnyttjar sina framföranden.

Dessa tre beslut torde berättiga till slutsatsen att kommissionen anser att innehavaren av en immaterialrätt är att anse som ett företag i art 85(1):s mening så snart innehavaren på något sätt har börjat att utnyttja sin rättighet kommersiellt.³³

Även samhandelskriteriet har i praxis givits en vidsträckt tolkning. För att ett avtal skall falla under art 85(1) fordras inte att avtalet direkt avser transak-

30. (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) 1 C.M.L.R. D 14).

31. (1979) O.J. L 19/32 (= (1979) 1 C.M.L.R. 511). Se även Ninth Report on Competition Policy s 69 f (ACC/Fabry).

32. (1978) O.J. L 157/39 (= (1978) 3 C.M.L.R. 306).

33. Ståndpunkten att en enskild upphovsman kan betraktas som ett företag i art 85:s mening har i litteraturen utsatts för kritik, se Dietz, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1978 s 250, 269.

tioner mellan två EG-stater. Det räcker att avtalet rör transaktioner inom en stat eller mellan en EG-stat och en stat utanför EG om dessa transaktioner i sin tur kan komma att få betydelse för varuflödet mellan EG-staterna.³⁴

Art 85 avser alla avtal, beslut och samordnade förfaranden som har till syfte eller följd att konkurrensen förhindras, inskränks eller förvanskas. Huruvida så sker skall avgöras efter en individuell bedömning i det enskilda fallet. Hän-syn skall härvid även tas till avtalets ekonomiska verkningar.³⁵ Det är därför inte möjligt att ge några generella regler för när konkurrenskriteriet är uppfyllt.³⁶

Art 85 är enligt EG-domstolens praxis inte tillämplig på s k bagatellfall. Det grundläggande målet är det 1969 avgjorda Völk-Vervaecke-fallet.³⁷ EG-domstolen uttalade där:

“Therefore, an agreement escapes the prohibition of Article 85 when it only affects the market insignificantly, account being taken of the weak position held by the parties on the market in the products in question. It is therefore possible that an exclusive concession agreement, even with absolute territorial protection, may in view of the weak position of the parties on the market in the products in question in the territory which is the subject of the absolute protection escape the prohibition set out in Article 85(1).”

Vad som enligt EG-rättslig terminologi utgör bagatellfall kan dock efter svenska förhållanden röra ganska avsevärda värden. Kommissionen har tillkännagivit³⁸ att man inte avser att tillämpa art 85(1) på avtal där

“— the products which are the subject of the agreement and other products of the participating undertakings considered by consumers to be similar by reason of their characteristics, price or use do not represent in a substantial part of the common market more than 5% of the total market for such products, and
— the aggregate annual turnover of the participating undertakings does not exceed 50 million units of account.”

34. Se närmare om samhandelskriteriet t ex Bellamy-Child, a a s 46 ff, Bernitz, Internationell marknadsrätt, 1980 s 122, Fejø, a a s 33 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 82 ff, Guy-Leigh, a a s 51 ff, Harding, a a s 238 ff (avser motsvarande rekvisit i art 86), Korah, a a s 210 ff, Stenberg, a a s 228 ff. Från praxis, se bl a mål 56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418), Consten & Grundig v. Commission och mål 107/82, (1983) E.C.R. 3151, AEG Telefunken v. Commission.

35. Se bl a mål 23/67, (1967) E.C.R. 407 (= (1968) C.M.L.R. 26), Brasserie de Haecht v. Wilkin Janssen.

36. Se om konkurrenskriteriet t ex Bellamy-Child, a a s 34 ff, Bernitz, a a s 122, Fejø, a a s 43 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 57 ff, Korah, a a s 205 ff, Stenberg, a a s avd II.

37. Mål 5/69, (1969) E.C.R. 295 (= (1969) C.M.L.R. 273).

38. Se (1977) O.J. C 313/3.

Särskilda hjälpregler finns när det är fråga om företag som ingår i koncerner.

Tillämpligheten av art 85(1) förutsätter inte att de konkurrensbegränsande verkningarna åstadkommits av företag som har sitt säte inom EG. Härvid är först och främst att märka att agerande av ett dotterföretag utanför EG tillskrivs dess moderföretag inom EG. Även det omvända gäller, d v s att ett moderföretags åtgärder tillskrivs dess eventuella dotterföretag inom EG. Vidare kan ett dotterföretags handlande tillräknas ett annat dotterföretags om de har ett gemensamt moderföretag och ett moderföretag utanför EG kan tillräknas handlande som utförts av ett dotterföretag inom EG.³⁹ Dessa regler bygger alla på den s k ekonomiska enhetens princip.⁴⁰ Den omständigheten att ett dotterföretag ofta helt saknar möjlighet att påverka ett annat dotterföretags agerande har härvid ingen betydelse.

Nu nämnda regler saknar betydelse i de fall då ingen av parterna i ett konkurrensbegränsande avtal har något moder- eller dotterföretag inom EG. Det torde dock ändå inte vara uteslutet att tillämpa art 85(1) om konkurrensbegränsningen har effekt inom EG. Hur omfattande denna effekt måste vara är emellertid oklart.⁴¹ Om två svenska företag utan moder- eller dotterföretag skulle ingå ett licensavtal som avser exploatering i vissa EG-stater och som innehåller klausuler vilka normalt anses strida mot art 85, tex en icke-angreppsklausul avseende ett patent i en EG-stat,⁴² torde det dock stå klart att EG-domstolen skulle anse att art 85(1) är tillämplig.

Den civilrättsliga effekten av att ett avtal eller beslut befunnits strida mot art 85(1) är att avtalet eller beslutet är ogiltigt, art 85(2).⁴³ Ogiltigheten anses omfatta hela tiden från avtalets eller beslutets tillkomst och gäller både mellan parterna och gentemot tredje man. Den riktar sig endast mot de klausuler som befunnits strida mot art 85(1). Om de förbjudna klausulerna har mer påtaglig betydelse för avtalet som helhet kan dock nationella avtalsrättsliga regler medföra att avtalet anses ogiltigt i sin helhet.

39. Så var fallet i det s k Hugin-fallet, mål 22/78, (1979) E.C.R. 1869 (= 1979) 3 C.M.L.R. 345), där dock EG-domstolen i motsats till kommissionen fann att något brott mot konkurrensreglerna ej förelåg.

40. Se härom Harding, a a s 207 ff. Den ekonomiska enhetens princip ligger också till grund för regeln att avtal mellan företag i en koncern inte anses som avtal i art 85(1):s mening. Se från senare praxis mål 107/82, (1983) E.C.R. 3151, AEG Telefunken v. Commission.

41. En ingående studie härom är Barack, *The Application of the Competition Rules (Antitrust Law) of the European Economic Community*, 1981. Se vidare bl a Bellamy-Child, a a s 46 ff, Bellis, *International Trade and the Competition Law of the European Economic Community*, (1979) C.M.L.Rev. s 647 ff, Bernitz, a a s 136, Bernitz-Gorthon-Grönfors, *Sjöfart och konkurrensrätt*, 1976 s 80, Fejøl, a a s 411 ff, Nerep, *Extraterritorial Control of Competition under International Law*, 1983 s 262 ff.

42. Se nedan s 147 ff.

43. Därtill kan böter utdömas, se närmare nedan s 29. Se om ogiltighetsfrågan särskilt Stenberg, a a avd III samt vidare Bellamy-Child, a a s 99 ff, Bernitz, a a s 125 f, Fejøl, a a s 392 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 243 ff, Guy-Leigh, a a s 63 f.

Som anförts i inledningen till detta stycke kan art 85(1) förklaras vara icke tillämplig på ett avtal, beslut eller samordnat förfarande som formellt faller under artikeln, om avtalet, beslutet eller det samordnade förfarandet, frånsett sin konkurrensbegränsande verkan, även har vissa i art 85(3) angivna positiva effekter. Sådant undantag meddelas av kommissionen. Som framgår av ordalydelsen i art 85(3) meddelas undantag, s k 85(3)-förklaring, inte automatiskt, utan endast efter ansökan. Reglerna härom, vilka är ganska detaljrika, berörs översiktligt i avsnitt 2.2.3.

2.2.2 Missbruk av marknadsdominerande ställning

Förbudet mot missbruk av marknadsdominerande ställning i art 86 har kommit att få relativt begränsad betydelse för immaterialrätten. Förbudet skall därför här endast beröras kortfattat.⁴⁴

Art 86 har följande lydelse:

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den utsträckning det är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbudet.

Missbruk kan särskilt bestå i:

- a) direkt eller indirekt påtvingande av oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsning av produktion, avsättning eller teknisk utveckling till förfång för konsumenterna,
- c) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,
- d) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk ha något samband med föremålet för avtalet.

Av stadgandet följer att det är fem rekvisit som skall vara uppfyllda för att en handling skall vara otillåten nämligen

- att missbruket härrör från ett eller flera företag (*företagskriteriet*),
- att företaget eller företagen intar en dominerande ställning (*dominanskriteriet*),
- att den dominerande ställningen avser åtminstone en väsentlig del av den gemensamma marknaden (*väsentlighetskriteriet*),

44. Se om art 86 t ex Bellamy-Child, a a s 156 ff, Bernitz, a a s 126 ff, Fejøl, a a s 312 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 312 ff, Guy-Leigh, a a s 80 ff, Harding, a a s 67 ff, 227 ff, Korah, a a s 219 ff, dens, Concept of Dominant Position within the Meaning of Article 86, (1980) C.M.L. Rev. s 395 ff, Lidgard, Sverige—EEC och konkurrensen, 1977 s 149 ff, Stenberg, a a s 127 ff.

- att handlandet innebär ett missbruk av den dominerande ställningen (*missbrukskriteriet*) samt
- att missbruket är ägnat att påverka handeln mellan EG-staterna (*samhandelskriteriet*).

Såvitt gäller företagskriteriet kan hänvisas till vad som ovan angetts rörande artikel 85.⁴⁵

För att kunna avgöra om ett företag intar en dominerande ställning måste det bestämmas på vilken marknad dominansen skall föreligga, den s k relevanta marknaden. Denna marknad måste avgränsas både produktmässigt och geografiskt vilket ofta kan vara förenat med stora svårigheter. Först därefter kan avgöras om företaget ifråga intar en dominerande ställning. I praxis har man tagit avstånd från tanken att fastställa en viss marknadsandel över eller under vilken ett företag automatiskt skulle anses ha resp inte ha en dominerande ställning. I stället anses ett företag inta en sådan ställning om företaget har så stor ekonomisk styrka att det kan agera på marknaden utan att behöva ta någon större hänsyn till sina köpare, leverantörer eller konsumenter. Det kan dock nämnas att en marknadsandel på 40—45% ansetts tillräcklig för att en dominerande ställning skall anses föreligga.⁴⁶

Även jämförelsevis begränsade områden, som t ex Belgien, har i praxis ansetts utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden.⁴⁷ Med hänsyn till det stora antalet invånare i storstäder som Paris och London har därför i litteraturen uttalats att även sådana städer kan utgöra väsentliga delar av EG.⁴⁸

Som ovan framgått innehåller art 86 en icke uttömmande exemplifiering av olika åtgärder som kan utgöra missbruk i art 86' mening. Som ytterligare exempel kan nämnas företagssammanslagningar.⁴⁹ Det är dock inte möjligt att i detta sammanhang närmare söka fastlägga vad som avses med begreppet missbruk.⁵⁰

Samhandelskriteriet har redan berörts i samband med art 85 vartill hänvisas.⁵¹

45. Se ovan s 22 f.

46. Mål 27/76, (1978) E.C.R. 207 (= (1978) 1 C.M.L.R. 429), *United Brands v. Commission*.

47. Mål 127/73, (1974) E.C.R. 313 (= (1974) 2 C.M.L.R. 238), *SABAM-målet*. Se om målet nedan s 97 f, 101 f. Se vidare Harding, a a s 81 ff.

48. Harding, a a s 84, Lidgard, a a s 153. Se även Guy-Leigh, a a s 86.

49. Se mål 6/72, (1972) E.C.R. 157 och (1973) E.C.R. 215 (= (1972) C.M.L.R. 690 och (1973) C.M.L.R. 199), *Continental Can-målet*.

50. Se härom de ovan på s 26 not 44 anförda arbetena.

51. Se ovan s 23 f.

2.2.3 Administration

Administrationen av art 85 och 86 handhas av kommissionen. Denna fullgör härvid såväl utredande och ingripande som dömande funktioner. Kommissionens beslut kan i sin tur överklagas till EG-domstolen. De grundläggande bestämmelserna om kommissionens kompetens i dessa hänseenden återfinns i förordning (F) 17. Reglerna är mycket detaljrika och endast vissa huvudprinciper anges här.⁵²

Det finns formellt ingen generell skyldighet att anmäla konkurrensbegränsande avtal, beslut eller förfaranden till kommissionen. Däremot har företag rätt att hos kommissionen ansöka om s k negativattest, ⁵³ d v s en förklaring av kommissionen att den inte finner skäl föreligga att ingripa enligt 85(1) eller 86, F 17, art 2.

Från ansökan om negativattest måste skiljas ansökan om att kommissionen skall utfärda 85(3)-förklaring, F 17, art 4. Huvudregeln är att sådan förklaring endast kan utfärdas efter ansökan, vilket medfört att det i praktiken närmast råder anmälningstvång för konkurrensbegränsande avtal. Undantag från regeln att 85(3)-förklaring endast kan meddelas efter ansökan gäller för de fall som anges i F 17, art 4(2). Även om kommissionen finner att ett avtal, beslut eller förfarande strider mot art 85(1) och att ansökan om 85(3)-förklaring ej kan beviljas kan böter inte utdömas för tiden före kommissionens beslut, F 17, art 15(5).

Nu nämnda anmälningsregler har givetvis medfört en mycket stor arbetsbörda för kommissionen. Som exempel kan nämnas att det den 31 december 1979 fanns ca 2 600 ansökningar om 85(3)-förklaring anhängiga hos kommissionen.⁵⁴ Kommissionen har därför utfärdat ett antal s k gruppundantagsförordningar. I dessa ges generella 85(3)-förklaringar för vissa närmare specificerade typer av avtal. Den enda gruppundantagsförordning som direkt tar sikte på immaterialrättsområdet är förordning 2349/84 som avser vissa kategorier av patentlicensavtal och som trädde i kraft 1 januari 1985.⁵⁵ För vissa slag av varumärkeslicenser har också gruppundantagsförordningen för återförsäljaravtal betydelse.⁵⁶

52. Förordning 17 återges i Bilaga 2. Se härom närmare t ex Bellamy-Child, a a s 111 ff, Fejø, a a s 422 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 405 ff, Guy-Leigh, a a s 70 ff, Korah, Competition Law of Great Britain and the Common Market, 1982 s 230 ff, Stenberg, a a s 137 ff.

53. Särskilt av kommissionen utfärdat formulär skall därvid användas. Ett förslag till ett nytt formulär har nyligen publicerats, se (1985) O.J. C 50/2 (= (1985) I C.M.L.R. 576).

54. Pietzke, Anm zu Maissaatgut, GRUR Int 1982 s 539.

55. Se härom närmare nedan s 114 ff.

56. Förordning 83/83.

Kommissionen har stora befogenheter att ex officio undersöka huruvida ett visst avtal, beslut eller förfarande strider mot art 85 eller 86, F 17, art 11, 16. Det förefaller också ha blivit allt vanligare att konkurrerande företag inkommer med anmälningar.

Skulle kommissionen finna att ett företag eller en företagssammanslutning brutit mot art 85 eller 86 kan kommissionen besluta om att bötfälla företaget eller sammanslutningen, F 17, art 15(2). Sådana böter kan ofta uppgå till mycket stora summor; miljonbelopp i svenska kronor är ej ovanliga.⁵⁷

Alla typer av beslut i vilka kommissionen beslutat att bötfälla ett företag eller en företagssammanslutning kan överklagas till domstolen, F 17, art 17. Mål som avser tillämpning av art 85 och 86 kan också komma under domstolens prövning genom begäran om tolkningsförklaring, art 177 RomF.

57. Se härom bl a Gustavsson, Administrativ process i EG:s konkurrensärenden, TSA 1979 s 40 ff.

3. Romfördragets betydelse för immaterialrättens importregler

Detta kapitel behandlar vilken betydelse Romfördragets regler om fria varurörelser och konkurrensbegränsning har för immaterialrättens importregler. Närmare bestämt är det fråga om att redovisa vilken betydelse Romfördragets regler har när det gäller att fastställa omfattningen av en immaterialrättsinnehavares rätt att hindra import av produkter som omfattas av immaterialrätten.

I EG-domstolens första immaterialrättsavgöranden var det enbart betydelsen av art 85 och 86 RomF som var föremål för prövning. En immaterialrättsinnehavares rätt att hindra import baserar sig emellertid vanligtvis inte på något avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande, vilket medför att art 85 sällan blir tillämplig. Inte heller anses innehavet av en immaterialrätt automatiskt medföra att innehavaren får en marknadsdominerande ställning i art 86's mening.⁵⁸ Det är därför primärt reglerna om fria varurörelser som fått betydelse för möjligheterna att hindra import.

Som framgått av avsnitt 2.1 anses möjligheterna att på immaterialrättslig grund hindra import av skyddade produkter strida mot förbudet mot kvantitativa importrestriktioner, art 30 RomF. Att import av sådana produkter i vissa fall ändå kan hindras beror på att det råder undantag från nämnda förbud för restriktioner som är motiverade med hänsyn till "industriell och kommersiell äganderätt", art 36 RomF. En i detta sammanhang grundläggande fråga är om EG-domstolen anser sig behörig att avgöra vilka rättigheter som faller under begreppet industriell och kommersiell äganderätt. Denna fråga har kommit upp i Sekt-Winbrand- och Nancy Kean-målen.⁵⁹

I Sekt-Weinbrand-fallet gjorde EG-kommissionen gällande att Förbundsrepubliken Tyskland inte hade uppfyllt sina förpliktelser enligt art 30 RomF, eftersom det i den tyska vinlagstiftningen föreskrevs att beteckningar-

58. Se närmare nedan s 93 ff.

59. Mål 12/74, (1975) E.C.R. 181 (= (1975) 1 C.M.L.R. 340), *Commission v. Federal Republic of Germany* resp mål 144/81, (1982) E.C.R. 2853 (= (1983) 2 C.M.L.R. 47) *Keurkoop v. Nancy Kean Gifts*. Se om sistnämnda fall närmare nedan s 57 ff.

na "Sekt" och "Weinbrand" endast fick användas för produkter med ursprung i Tyskland. Tyska staten invände bl a att beteckningarna var att anse som ursprungsbeteckningar och att de ifrågavarande reglerna var befogade med hänsyn till skyddet för industriell och kommersiell äganderätt. Vidare gjorde tyska staten gällande att det stod varje medlemsstat fritt att utveckla egna regler rörande sådana äganderätter. EG-domstolen uttalade med anledning härav:⁶⁰

"The fact that the appellations 'Sekt' and 'Weinbrand' do not constitute indications of origin signifies that the measures in dispute which are included in the legislation on vine products cannot be justified under Article 36 of the Treaty on grounds of the protection of industrial and commercial property.

The defendant maintains, however, that by referring to national rules on industrial and commercial property, the abovementioned Article 36 does not intend to refer to a specific system of legal protection of such property, but leaves to the member States the power to prepare and develop such a system, and that in this instance the system in force in the Federal Republic of Germany in the field of indications of origin, whilst still forming part of the law on competition, is in fact developing towards that of industrial and commercial property. However, such an unlimited development would run the risk of progressively restricting the scope of the Treaty.

Although the Treaty does not restrict the power of each Member State to legislate in matters of indications of origin, they are nevertheless prohibited by the second sentence of Article 36 from introducing new measures of an arbitrary and unjustified nature whose effects are, for this reason, equivalent to quantitative restrictions.

This is precisely the case where a national legislature grants the protection provided for indications of origin to appellations which, at the time when such protection is granted, are merely generic in nature."

I Nancy Kean-fallet uppkom frågan huruvida mönsterrätten i Beneluxstaterna, vilken uppvisar vissa karakteristiska egenheter, kan räknas som en industriell eller kommersiell äganderätt. EG-domstolen kom till resultatet att så var fallet.

Det kan således konstateras att EG-domstolen anser sig behörig att avgöra huruvida en viss rättighet utgör en industriell eller kommersiell äganderätt i Romfördragets mening. Som kommer att framgå av det följande har EG-domstolen ansett att upphovsrätter, inklusive närstående rättigheter, patenträtter, mönsterrätter, växtförädlarrätter och varumärkesrätter utgör sådan äganderätt.

60. Domskal 15 och 16.

Vidare är det klart att EG-domstolen anser sig behörig att avgöra hur omfattande ensamrätter som är motiverande med hänsyn till skyddet för industriell och kommersiell äganderätt, d v s med andra ord, vilka inskränkningar i de fria varurörelserna som kan accepteras. Det är ju detta som samtliga EG-domstolens avgöranden rörande möjligheterna att hindra import går ut på. I alla avgöranden har det härvid varit fråga om att bestämma huruvida det i en given situation överhuvudtaget varit möjligt att hindra import. Det är emellertid inte uteslutet att även om denna befogenhet inte generellt står i strid mot EG-rätten så kan detta ändå i en enskild situation vara fallet, t ex på grund av att den importerade produkten inte är så lik det skyddade objektet att produkten bör omfattas av ensamrätten. Detta framgår av EG-domstolens uttalanden i Terrapin-Terranova-fallet.⁶¹

Terrapin-Terranova-fallet rör frågan huruvida innehavaren av varumärket Terranova kunde hindra import av produkter märkta med varumärket Terrapin. I den prejudiciella frågan berördes inte om dessa båda märken var förväxlingsbara. EG-domstolen uttalade dock ändå: ⁶²

“The *Bundesgerichtshof* considers that the first appellate court rightly found similarity between the products of the two parties and risk of confusion between the names in question with the result that according to German law the judgement of the appellate court and the injunction which it issued against Terrapin must be confirmed.

Although this finding has been questioned during the oral procedure the Court does not have to rule on this point since no question has been put to it with regard to the matter. It is right however to stress that the answer given below does not prejudge the question whether an allegation by one undertaking as to the similarity of products originating in different Member States and the risk of confusion of trade-marks or commercial names legally protected in these States may perhaps involve the application of Community law with regard in particular to the second sentence of Article 36 of the Treaty. It is for the court of first instance, after considering the similarity of the products and the risk of confusion, to enquire further in the context of this last provision whether the exercise in a particular case of industrial and commercial property rights may or

61. Mål 119/75, (1976) E.C.R. 1039 (= (1976) 2 C.M.L.R 482) Terrapin v. Terranova Industries. Se om fallet närmare nedan s 64 f. Domstolens ställningstagande i denna fråga har utsatts för kritik. Se härom bl a Beier, Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts, GRUR Int 1976 s 373 f, Blok, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 737 f, Hefermehl-Ipsen-Schluep-Sieben, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, 1979 s 144 ff, Loewenheim, Trademarks and European Community Law, IIC 1978 s 427 ff, Sprick, Die Auswirkungen des EWG-Rechts auf den Schutz des Warenzeichens gegenüber nicht urprungsgleichen verwechslungsfähigen Warenzeichen, GRUR Int 1977 s 285 ff.

62. Domskäl 3 och 4.

may not constitute a means of arbitrary discrimination of a disguised restriction on trade between Member States. It is for the national court in this respect to ascertain in particular whether the rights in question are in fact exercised by the proprietor with the same strictness whatever the national origin of any possible infringer.”

Något avgörande där EG-domstolen i här aktuellt hänseende inskränkt en immaterialrätts skyddsomfång finns dock inte. Däremot har kommissionen i ett beslut från december 1982 ansett sig behörig att avgöra huruvida två märken skall anses förväxlingsbara eller inte.⁶³

Det holländska företaget Segers lämnade 1973 in en ansökan om registrering av varumärket TOLTECS SPECIAL. Gentemot denna användning gjorde det tyska företaget BAT invändning och åberopade sitt varumärke DORCET som tidigare registrerats för samma slag av varor. Konflikten resulterade i ett avtal mellan de bägge företagen enligt vilket Segers åtog sig att endast använda varumärket TOLTECS SPECIAL i Tyskland för en viss typ av produkt. Vid bedömningen av om detta avtal stod i strid med art 85(1) RomF⁶⁴ uppkom frågan om de bägge märkena var förväxlingsbara. EG-kommissionen yttrade med anledning härav:

“In the present state of Community law, in cases where the products are similar, there is a serious likelihood of confusion and the owner of the prior mark is therefore more likely to be in a position to prevent registration and use of the later mark, restrictions on the use of a later mark do not restrict competition within the meaning of Article 85(1), for in accordance with the case law of the Court of Justice the right to prevent marketing relates to the existence of the prior mark.

However, the greater the difference in the products or the less likely the risk of confusion, the more the agreement must take account of the overriding goal of Common Market unity. Of all the possible solutions to the conflict, the parties therefore have to adopt that which least restricts the use of both marks throughout the whole of the Common Market. This includes agreements to reproduce the disputed mark only in a certain way (colour, form of lettering, inclusion of trade name, etc) or possibly to use it for certain products only.

The Commission recognises the latitude that may exist in the appreciation of such cases both as concerns the relevant national law and as concerns the parties; this is a further factor that must be taken into account when Article 85(1) is applied.

In this case, however, in its scrutiny of the agreement pursuant to Article 85, the *Commission cannot find any serious risk of confusion between the word mark 'Dorcet' and the word/device mark 'Toltecs'*. There

63. (1982) O.J. L 379/19 (= (1983) 1 C.M.L.R 412), TOLTECS/DORCET.

64. Se härom nedan s 80.

is still no serious risk of visual or phonetic confusion if the pictorial component registered and used by Mr Segers (a wooden shovel lying across four tobacco leaves depicted within a distinctively-shaped gold ground) is disregarded, and the words 'Dorcet' and 'Toltecs' are compared. BAT's assertion that the marks sound similar and are therefore likely to be confused does not change this finding.

Contrary to BAT's viewpoint *it is not merely national trade mark law that underlies the question whether two marks of different origin are likely to be confused*. As the Court of Justice stated in TERRAPIN v. TERRANOVA, *the application of Community law* (viz. the rules on the free movement of goods and on competition) *may be involved*. The greater the scope of the protection which national law affords to the 'Dorcet' mark, the greater the restriction on the import into the Federal Republic of Germany of goods bearing the 'Toltecs' mark." (kurs här)

Kommissionen har således klart uttalat att ett varumärkes skyddsomfång i förväxlingsbarhetshänseende inte enbart bestäms av nationell lag. Det förefaller sannolikt att kommissionen intar samma ståndpunkt såvitt gäller motsvarande fråga vid andra immaterialrätter. Kommissionens beslut har överklagats till EG-domstolen som emellertid ännu inte avgjort målet.^{65a}

Kommissionens rättstillämpning kan knappast kritiseras på formella grunder. Lydelsen av Romfördragets regler ger inte något stöd för åsikten att reglerna har betydelse för vilka befogenheter innehavet av en varumärkesrätt ger upphov till, men inte för vilka varumärken befogenheterna kan göras gällande emot. Rättspolitiskt är det däremot olyckligt om det i någon större omfattning skulle bli EG-domstolen som avgör om två varumärken är förväxlingsbara eller inte. På grund av nationella skillnader i språk och symbolinnehåll hos många figurer är det nämligen långtifrån säkert att två märken som ansetts förväxlingsbara i en stat också bör göra det i en annan. Det säger sig självt att de nationella domstolarna har lättare än EG-domstolen att ta hänsyn till sådana nationellt varierande förhållanden.

I den fortsatta framställningen redovisas importreglerna för varje immaterialrätt för sig. I ett sammanfattande avsnitt diskuteras därefter i vilken mån en regel som endast kommit till uttryck för vissa immaterialrätter även gäller för övriga immaterialrätters del. Dessutom är framställningen uppdelad så att import från en EG-stat till en annan EG-stat behandlas för sig och import till en EG-stat från en icke-EG-stat för sig.

65a. Målet avgjordes av EG-domstolen den 30 januari 1985, se mål 35/83, (1985) 2 C.M.L.R. 470. Domstolen delade kommissionens åsikt att avtalet mellan BAT och Segers stred mot art 85(1) och att avtalet inte var berättigat till 85(3)-förklaring men undanröjde ändå kommissionens beslut att ålägga BAT böter. Den här aktuella frågan berörs inte direkt i domstolens motivering.

3.1 Import till en EG-stat från en annan EG-stat

3.1.1 Upphovsrätt

De nationella reglerna om import av upphovsrättsligt skyddade produkter är ofta ganska komplicerade. För svensk rätts del gäller att import i avsikt att sprida exemplaren vidare till allmänheten är förbjuden om exemplaren framställt utomlands under sådana omständigheter att framställningen skulle ha varit straffbar om den utförts här i riket, 53 § 2 st URL. Därutöver gäller emellertid att även om tillverkningen är tillåten, t ex på grund av att tillverkaren erhållit upphovsmannens tillstånd därtill, och således också importen i sig är tillåten, kan spridningen i Sverige av de importerade exemplaren innefatta intrång i upphovsmannens spridningsrätt. Så blir fallet om de hit importerade och här spridda exemplaren inte är lagligen utgivna, 23 och 25 §§ URL. Huruvida upphovsrättsinnehavaren förbjudit spridning till Sverige av de utomlands lagligen framställda exemplaren har däremot enligt förarbetena inte i sig någon avgörande betydelse.⁶⁵

Från det sagda skall enligt förhärskande uppfattning undantag göras för filmverk. Eftersom filmverk inte omnämns i 23 och 25 §§ URL anses spridningsrätten till ett exemplar av ett sådant verk, t ex ett videogram, inte konsumerad i och med att exemplaret utgivits.⁶⁶ Innehavaren av ett utgivet filmverk kan därför inte utan upphovsrättsinnehavarens tillstånd sälja exemplaret vidare utanför den närmaste familje- och vänkretsen. Likaså är import som sker utan tillstånd otillåten. Enligt min åsikt kan riktigheten av denna uppfattning starkt ifrågasättas. Uppfattningen har dock legat till grund för den sittande upphovsrättsutredningens förslag att komplettera 23 § URL med ett andra stycke enligt vilket exemplar av filmverk som utgetts med upphovsmannens samtycke för annat ändamål än uthyrning och utlåning får spridas vidare, dock inte på det sättet att exemplaret hyrs eller lånas ut till allmänheten eller överläts som ett led i affärsverksamhet.⁶⁷

Importreglerna i EG-staternas nationella upphovsrättslagstiftningar uppvisar

65. Prop 1960:17 s 289. Se om import av upphovsrättsligt skyddade verk särskilt Karnell, Den obetydliga importrätten — dess innebörd och skydd, NIR 1971 s 284 ff samt från praxis NJA 1961 s 695, Samson och NJA 1975 s 339 (= NIR 1976 s 322), Richard Berlin.

66. Karnell, Videogramspridning och upphovsrätt, NIR 1982 s 286 f. Se vidare diskussionen vid det fjärde nordiska upphovsrättssymposiet 1984 återgiven i NIR 1984 s 265 ff.

67. SOU 1983:65 s 160 ff.

ganska stora olikheter.⁶⁸ Den danska upphovsrättslagen innehåller i 55 § 3 st en bestämmelse som är nära nog identisk med 53 § 2 st URL och som sannolikt bör ges motsvarande tolkning som denna.⁶⁹

Även i Danmark är de upphovsrättsliga reglerna rörande videogram föremål för översyn. Liksom i Sverige anses det i Danmark inte förekomma någon konsumtion avseende spridningsrätten till ett exemplar av ett filmverk. Det danska utvalget vedrørende revision av ophavsretslovgivningen föreslår dock i ett delbetänkande⁷⁰ att exemplar av filmverk som utgivits genom att säljas till allmänheten därefter fritt skall kunna spridas vidare, dock med undantag för utlåning till allmänheten. Parentetiskt kan nämnas att man i Norge, där upphovsrättslagstiftningen i här aktuellt hänseende motsvarar den svenska och den danska, anser att ett utgivet exemplar av ett filmverk, t ex ett videogram som sålts till allmänheten, därefter fritt kan spridas vidare.⁷¹ Möjligheten att hindra import av sådana exemplar följer således samma regler som exemplar av litterära verk.

En regel liknande den svenska upphovsrättslagens finns också i sec 16(2) i den engelska Copyright Act. Tolkningen är dock annorlunda. I likhet med i svensk rätt gäller att import kan hindras om de importerade exemplaren framställts utanför Storbritannien på ett sådant sätt att framställningen varit otillåten om den skett inom landet. Ifråga om exemplar som lovligen framställts utanför Storbritannien av någon som haft upphovsmannens tillstånd gäller däremot att importen ändå kan stoppas såvida inte tillståndet även inkluderar rätt att sprida exemplaren i Storbritannien. Däremot är det oklart vad som gäller när upphovsmannen själv framställt produkterna utanför Storbritannien⁷² och de därefter importeras dit av någon annan.

68. Se härom bl a Dietz, a a s 131 ff, Reimer, Copyright Law and the Free Movement of Goods, IIC 1981 s 493 ff.

69. Se härom bl a Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, 1974 s 193 ff och dens, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 744 ff som, för andra typer av verk än filmverk, förordar samma tolkning som ovan angivits för svensk rätt och Koktvedgaard, Konsumtionsprincipen indenfor immaterialretten, JFT 1970 s 239 f som intar motsatt ståndpunkt. I artikeln The Principle of Exhaustion of Rights in the Law of Intellectual Property, Especially Copyright Law, NIR 1982 s 359 f lämnar dock Koktvedgaard frågan öppen. Se vidare Betänkning nr 1000 s 106 f.

70. Betänkning nr 1000 s 25 ff, 101, 107 f.

71. NOU 1983:35 s 61 ff.

72. Se ex Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 1981 s 358 ff, 384 ff, Reimer, a a s 496.

Enligt tysk rätt har det ingen direkt betydelse om de exemplar som importeras till Tyskland har tillverkats utomlands lovligen eller olovligen. Det avgörande är i stället om upphovsrättsinnehavaren har lämnat sitt tillstånd till spridning i Tyskland, 17 § Urheberrechtsgesetz. Saknas sådant tillstånd är importen otillåten.⁷³

I Frankrike är rättsläget än mer komplicerat vilket bl a beror på att det där saknas uttryckliga grundläggande lagregler om spridningsrätt. Det kan emellertid konstateras att det finns flera avgöranden där import till Frankrike av utomlands lagligen tillverkade exemplar förbjudits, eftersom tillstånd saknats för sådant utnyttjande av exemplaren.⁷⁴

I vilken mån medför då Romfördragets regler att en upphovsrättsinnehavare inom EG får mindre möjligheter att hindra import av produkter som faller under hans upphovsrätt än om endast ovan redovisade nationella regler skulle vara tillämpliga? Det grundläggande rättsfallet på detta område är det kända Deutsche Grammophon-målet.⁷⁵ Detta avser dock inte en egentlig upphovsrätt utan en s k närstående rättighet, närmare bestämt en fonogramframställares rätt till sitt fonogram.⁷⁶

Det tyska företaget Deutsche Grammophon hade under en tid levererat gram-mofonskivor av märket Polydor till ett annat tyskt företag, Metro. När Deutsche Grammophon upptäckte att Metro underskred det av Deutsche Gram-mophon fastställda bruttopriset (att föreskriva bruttopris var vid denna tid till-låtet i Tyskland) avbröt Deutsche Grammophon försäljningen. Metro började då i stället att köpa ifrågavarande grammofonskivor från det tyska företaget Rosner & Co vilket i sin tur köpt skivorna från ett företag i tredje land. Skivor-na hade ursprungligen tillverkats av Deutsche Grammophon i Tyskland och därefter överlåtits till dess franska dotterföretag Polydor. Deutsche Grammo-phon gjorde gällande att Metros försäljning av grammofonskivorna utgjorde intrång i Deutsche Grammophons rättigheter såsom producent enligt 85 § i den tyska upphovsrättslagen. Dessa rättigheter hade enligt Deutsche Gram-mophon inte konsumerats, eftersom de ifrågavarande skivorna inte förts ut på

73. Se bl a Dietz, a a s 134 f, Reimer, a a s 494.

74. Se bl a Dietz, a a s 135, Reimer, a a s 497.

75. 78/70, (1971) E.C.R. 487 (= (1971) C.M.L.R 631), Deutsche Grammophon v. Metro. Litte-raturen rörande avgörandet är oerhört omfattande. I nordisk litteratur märks särskilt Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, 1974 s 299 ff, Fejø, a a s 167 ff, Stenberg, a a s 304 ff. De flesta av de frågor avgörandet gav upphov till är dock numer besvarade genom andra avgö-randen av EG-domstolen.

76. Se för svensk rätts del 46 § URL.

marknaden innan de utbjöds av Metro.⁷⁷ Den tyska domstol som hade att avgöra tvisten ställde bl a följande fråga till EG-domstolen:⁷⁸

“Is it contrary to the second paragraph of Article 5 or Article 85(1) of the EEC Treaty to interpret Articles 97 and 85 of the Federal Law of 9 September 1965 on copyright and related rights to mean that a German undertaking manufacturing sound recordings may rely on its distribution rights to prohibit the marketing in the Federal Republic of Germany of sound recordings which it has itself supplied to its French subsidiary which, although independent at law, is wholly subordinate to it commercially?”

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att art 5, st 2 RomF ålägger medlemsstaterna vissa förpliktelser och att art 85 RomF förutsätter att det föreligger en konkurrensbegränsning som baseras på ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande. Domstolen synes ha utgått ifrån att dessa bestämmelser inte kunde tillämpas och anför att det då vore nödvändigt att undersöka huruvida utövandet av de ifrågavarande rättigheterna var förenligt med reglerna om fria varurörelser. Därvid konstaterades att även om dessa regler inte påverkar existensen av en immaterialrätt så kan rättighetens utövande stå i strid med reglerna. Domstolens svar blev följande:

“It is in conflict with the provisions prescribing the free movement of products within the common market for a manufacturer of sound recordings to exercise the exclusive right to distribute the protected articles, conferred upon him by the legislation of a Member State, in such a way as to prohibit the sale in that State of products placed on the market by him or with his consent in another Member State solely because such distribution did not occur within the territory of the first Member State.”

Deutsche Grammophon-avgörandet är det första avgörande i vilket EG-domstolen tillämpat reglerna om fria varurörelser på immaterialrätter och det utgör således grunden för domstolens senare praxis på området. Domstolen ansåg uppenbarligen att om en grammofoonskivproducent i ett fall som det aktuella skulle ha möjlighet att hindra import så skulle detta ha motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. Möjligheten att hindra import

77. Huruvida Metros försäljning verkligen innebar intrång i Deutsche Grammophons rättigheter enligt intern tysk rätt är högst tvivelaktigt, något som tyska staten också påpekade i processen. (I processer inför EG-domstolen har samtliga medlemsstater och EG-kommissionen rätt att inkomma med yttranden även om de ej är parter.)

78. Den andra frågan rörde tillämpligheten av art 86. Se närmare nedan s 95.

ansågs inte heller kunna accepteras med stöd av art 36 RomF. Domstolen gjorde härvid en grundläggande och mycket omdiskuterad skillnad mellan en immaterialrätts existens och dess utövande.⁷⁹ Romfördragets regler påverkar inte existensen som sådan av en immaterialrätt, men rättens utövande kan i vissa fall stå i strid däremot. Givetvis finns det inte några hinder mot att utöva en immaterialrätt på ett sätt som inte strider mot Romfördraget. Utövanden som står i strid med principen om fria varurörelser accepteras däremot endast om de kan försvaras enligt art 36 RomF. EG-domstolen uttalade härvid att art 36 medger undantag från principen om fria varurörelser endast i den utsträckning som krävs för att skydda en sådan rättighet som utgör den ifrågavarande immaterialrättens "specific subject-matter". Vad som utgör "the specific subject-matter" i en fonogramframställares rätt angavs dock inte närmare.

Art 36 medger som nämnts undantag från principen om fria varurörelser bl a för restriktioner som är berättigade med hänsyn till skyddet för "kommersiell och industriell äganderätt". EG-domstolen tar likväl inte uttryckligen ställning till om en fonogramframställares rätt utgör en sådan rätt. Detta var nämligen inte nödvändigt, eftersom den möjlighet som framställaren enligt tysk rätt hade att hindra import, synes ha ansetts strida mot principen om fria varurörelser oavsett hur det förhöll sig härmed. Det torde dock knappast råda något tvivel om att domstolen skulle anse att en fonogramframställares rätt utgör en kommersiell eller industriell rättighet.

Som framgått av referatet var det i Deutsche Grammophon-fallet fråga om en reimportsituation. EG-domstolens svar tyder emellertid på att domstolen uppfattat situationen så att de ifrågavarande grammofonskivorna först utgivits i Frankrike av Deutsche Grammophons franska dotterföretag Polydor.⁸⁰ Den regel som direkt framgår av målet är därför att en skivproducent ej med stöd av sin rätt till sina skivor kan hindra import till en EG-stat av grammofonskivor som han själv eller någon annan med hans tillstånd sålt i en annan EG-stat.

79. En distinktion mellan existensen av en immaterialrätt och dess utövande gjordes först i ett avgörande rörande patent, mål 24/67, (1968) E.C.R. 55 (= (1968) C.M.L.R. 47), Parke Davis v. Probel & Centrafarm. Kritik mot distinktionen har i nordisk litteratur framför allt framförts av Blok, a a s 246 ff, dens, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 731 ff. Se även Fejø, a a s 116 ff.

80. För denna tolkning talar också den omformulering av den prejudiciella frågan som EG-domstolen gjorde. Härvid anfördes:

"It is clear from the facts recorded by the Hanseatisches Oberlandesgericht, Hamburg, that what it asks may be reduced in essentials to the question whether the exclusive right of distributing the protected articles which is conferred by a national law on the manufacturer of sound recordings may, without infringing Community provisions, prevent the marketing on national territory of products lawfully distributed by such manufacturer or with his consent on the territory of another Member State." (Domskäl 4).

En annan fråga är i vilken mån motsvarande regel även gäller innehavare av egentliga upphovsrätter, t ex en tonsättares rätt till sin musik. I litteraturen har uttalats att man endast med försiktighet kan överföra de regler som följer av Deutsche Grammophon-fallet på egentliga upphovsrätter.⁸¹ Det har t o m hävdats att upphovsrätter överhuvudtaget inte faller under Romfördragets regler.⁸² Numer, sedan EG-domstolen avkunnat sina domar i Coditel I-,⁸³ GEMA II-⁸⁴ och Dansk Supermarked-fallen⁸⁵ står det dock helt klart att reglerna om fria varurörelser även gäller upphovsrättsligt skyddade produkter.⁸⁶ I GEMA II-fallet uttalas också uttryckligen att upphovsrätter faller under begreppet "kommersiell och industriell äganderätt".⁸⁷

Dansk Supermarked-avgörandet kan sammanfattas på följande sätt. Det danska företaget Imerco hade inför sitt 50-årsjubileum beställt vissa minnestallrikar från en engelsk porslinsstillverkare. Vid kontroll visade det sig att en del tallrikar inte uppfyllde Imercos kvalitetskrav. Imerco kom då överens med tillverkaren om att denne skulle få sälja de defekta tallrikarna till icke-skandinaviska länder. Några av de tallrikar tillverkaren sålt i Storbritannien exporterades dock ändå så småningom till Danmark där de började marknadsföras av Dansk Supermarked. Imerco gjorde bl a gällande att tallrikarnas dekor var sådan att de var föremål för upphovsrättsligt skydd och att Dansk Supermarkets försäljning därför utgjorde upphovsrättsintrång.⁸⁸ Danska Høyesteret begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen. I sitt svar gjorde EG-domstolen, liksom i Deutsche Grammophon-fallet, skillnad mellan en immaterialrätts existens och dess utövande. Vidare anfördes att art 36 bara medger sådana undantag från reglerna om fria varurörelser som är nödvändiga för att skydda den ifrågavarande immaterialrättens "specific subject-matter".⁸⁹ Vad denna utgörs av såvitt gäller upphovsrätten angavs dock inte. I sitt svar anförde domstolen:

"Articles 30 and 36 of the EEC Treaty must be interpreted to mean that the judicial authorities of a Member State may not prohibit, on the basis

81. Dietz, a a s 131.

82. Gotzen, *Het Bestimmungsrecht van de auteur*, 1975.

83. Mål 62/79, (1980) E.C.R 881 (= (1981) 2 C.M.L.R 362), *Coditel v. Cine Vog*.

84. Mål 55 och 57/80, (1981) E.C.R 147 (= (1981) 2 C.M.L.R. 44), *Musik Vertrieb Membran och K-tel v. GEMA*.

85. Mål 58/80, (1981) E.C.R. 181 (= (1981) 3 C.M.L.R. 590), *Dansk Supermarked v. Imerco*.

86. Se om utvecklingen Reimer, a a s 499 ff och Ubertaini, *Urheberrecht und freier Warenverkehr*, GRUR Int 1984 s 327 ff. Redan före dessa tre avgöranden intog dock flera författare åsikten att reglerna om fria varurörelser var tillämpliga på upphovsrätter, se t ex Françon, *Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne*, 100 RIDA s 141 ff, 155 (1979).

87. Domskäl 9.

88. Det kan noteras att det förefaller högst tveksamt om intrång verkligen kan ha förelegat enligt intern dansk rätt. Detta saknar dock betydelse för EG-rättens del.

89. En diskussion av vad som faller inom upphovsrättens specific subject-matter återfinns i v. Gamm, *Copyright Licences and Restrictions under the EEC Treaty*, IIC 1983 s 584 ff.

of a copyright or of a trade mark, the marketing on the territory of that State of a product to which one of those rights applies if that product has been lawfully marketed on the territory of another Member State by the proprietor of such rights or with his consent.”

EG-domstolens ställningstagande i detta mål harmonierar väl med dess ställningstagande i Deutsche Grammophon-fallet. Man torde vidare kunna utgå ifrån att EG-domstolen i här aktuellt hänseende kommer att behandla alla typer av närstående rättigheter på samma sätt som fonogramframställares rättigheter. Det kan därför konstateras att innehavaren av en upphovsrätt eller en närstående rättighet inte med stöd härav kan hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon annan med hans tillstånd lovligen marknadsfört i någon annan EG-stat.⁹⁰

Av denna regel följer att om två olika förläggare fått rätt att i skilda EG-stater utge samma verk så kan varken upphovsmannen eller förläggarna med stöd av upphovsrättsliga regler hindra att de exemplar som en av förläggarna framställt och sålt i en EG-stat därefter importeras till en annan EG-stat, t ex den stat där den andre förläggaren är verksam.⁹¹ Däremot är det i viss utsträckning möjligt att genom avtal upplåta exklusiva rättigheter inom skilda områden till olika förläggare.⁹²

I GEMA II-fallet⁹³ var det, till skillnad från i Dansk Supermarked-fallet, inte fråga om att hindra import av upphovsrättsligt skyddade produkter, utan om att ta ut en extra royalty i samband med import av sådana varor.

De tyska företagen Musik-Vertrieb Membran och K-tel importerade till Tyskland grammofonskivor och kassetter som man köpt bl a i andra EG-stater. Erforderliga tillstånd och royalties hade inhämtats resp betalats i de stater där skivorna producerats. Skivorna var således lagligen producerade och sålda i dessa stater. De royalties som erlagts i producentländerna var dock lägre än de royalties som i motsvarande fall utgick i Tyskland. Den tyska upphovsrättsorgani-

90. Se bl a Ninth Report on Competition Policy s 74 (Ernest Benn Ltd), Dietz, a a s 137 (dock med vissa modifikationer), Françon, a a s 164 ff.

91. Se om denna fråga bl a Dietz, a a s 137 ff som anser att det sagda endast bör gälla om de importerade verken både framställts och förts ut på marknaden inom EG, Françon, a a s 165 f, Hoffmann, Copyright and the Treaty of Rome. Recent Developments: An Overview, (1981) EIPR s 256, Karnell, Conditions contractuelles concernant les différents aspects de la diffusion des exemplaires publiés, NIR 1982 s 368 ff, Reimer, a a s 501 f, Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, 3 uppl 1980 s 238 ff.

92. Mål 262/81, (1982) E.C.R. 3381 (= (1983) 1 C.M.L.R. 49), Coditel II. Se närmare nedan s 124 f.

93. Mål 55 och 57/80, (1981) E.C.R. 147 (= (1981) 2 C.M.L.R. 44), Musik-Vertrieb Membran och K-tel v. GEMA. Frågan huruvida en upphovsrättsorganisation typ ”collecting society” innehar en marknadsdominerande ställning behandlas på s 97 ff.

sationen GEMA, den tyska motsvarigheten till STIM, krävde därför att Musik Vertrieb Membran och K-tel till GEMA skulle erlägga skillnaden mellan de tyska royaltysatserna och vad som erlagts i produktionsländerna. Musik-Vertrieb Membran och K-tel bestred betalningsskyldighet. I en process där GEMA yrkade att Musik-Vertrieb Membran och K-tel skulle åläggas att uppge omfattningen av importen begärde tyska Bundesgerichtshof tolkningsförklaring från EG-domstolen rörande frågan om en upphovsrättsorganisation i en situation som den aktuella överhuvudtaget var berättigad att kräva royalty eller om detta stred mot principen om fria varurörelser. EG-domstolen fann det sistnämnda vara fallet och gav följande svar på Bundesgerichtshofs fråga: «

“Articles 30 and 36 of the Treaty must be interpreted as precluding the application of national legislation under which a copyright management society empowered to exercise the copyrights of composers of musical works reproduced on grammophone records or other sound recordings in another Member State is permitted to invoke those rights where those sound recordings are distributed on the national market after having been put into circulation in that other Member State by or with the consent of the owners of those copyrights, in order to claim the payment of a fee equal to the royalties ordinarily paid for marketing on the national market less the lower royalties paid in the Member State of manufacture.”

Avgörandet ligger helt i linje med Deutsche Grammophon- och Dansk Supermarked-fallen. Den regel EG-domstolen uttalar i sin tolkningsförklaring innehåller ett stort antal begränsningar. Flera av dessa synes mot bakgrund av domstolens tidigare praxis inte vara nödvändiga. Det är t ex mycket osannolikt att domstolen skulle anse att motsvarande regel inte skulle gälla om den ytterligare royalty som upphovsmannaorganisationen i importlandet kräver är större än skillnaden mellan de normalt utgående royalties i framställnings- resp importlandet. Inte heller är det sannolikt att EG-domstolen skulle anse att den uttalade regeln är begränsad enbart till grammofonskivor och kassetter även om det är klart att regeln har störst praktisk betydelse för dessa produkter. Det synes därför sannolikt att det överhuvudtaget inte är möjligt för upphovsmän eller deras organisationer att vid import till ett EG-land av upphovsrättsligt skyddade produkter som framställts och förts ut på marknaden i ett annat EG-land kräva ytterligare royalty vid sidan av den royalty som i framställningslandet erlagts för att där lagligen kunna tillverka och marknadsföra produkterna.⁹⁴

Det bör noteras att EG-domstolens tolkningsförklaring endast avser exemplar som förts ut på marknaden i exportlandet. Vid angörandet av den tvist

94. Kritisk häremot Reimer, a a s 503 ff.

som låg bakom GEMA II-fallet ansåg den tyska Bundesgerichtshof att så inte hade skett.⁹⁵ Domstolen ansåg därför inte att GEMAs krav på ersättning stred mot art 30. Det förefaller något tveksamt om denna e contrario slutsats är berättigad.

I GEMA II-fallet argumenterade franska staten för att de regler som utvecklats inom det industriella rättsskyddet inte kan appliceras på upphovsrätter, eftersom rättigheterna inom det industriella rättsskyddet inte innehåller några regler om *droit moral*. EG-domstolen yttrade med anledning härav att upphovsrätten har både en ideell och en ekonomisk sida. Därefter anförde domstolen:⁹⁶

“It is this economic aspect of copyright which is the subject of the question submitted by the national court and, in this regard, in the application of Article 36 of the Treaty there is no reason to make a distinction between copyright and other industrial and commercial property rights.”

EG-domstolen uttalade således uttryckligen att upphovsrätten skall behandlas på samma sätt som övriga immaterialrätter när det gäller frågor som berör upphovsrättens ekonomiska sida. Däremot är det fortfarande en öppen fråga huruvida en upphovsman kan hindra import till och försäljning i en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd sålt i en annan EG-stat av den anledningen att försäljningen i den förstnämnda staten skulle strida mot upphovsmannens *droit moral*. Enligt min åsikt måste det anses klart att det i många situationer av ifrågavarande slag överhuvudtaget inte uppstår någon konflikt mellan reglerna om fria varurörelser och den nationella upphovsrätten. Antag t ex att en konstnär givit ett tryckeri tillstånd att i en EG-stat utge ett antal exemplar av en litografi. Vissa av litografierna inköps därefter av en konsthandlare som importerar dem till en annan EG-stat där de i starkt beskuret skick säljs vidare. Det förhållandet av upphovsmannen då kan ingripa mot försäljningen i sistnämnda stat påverkar överhuvudtaget inte de fria varurörelserna, eftersom import och försäljning av litografierna i originalskick inte är lagstridig utan enbart beskärningen. I viss utsträckning måste emellertid en upphovsmans *droit moral* även rättfärdiga inskränkningar i de fria varurörelserna, eftersom *droit moral* måste anses ingå i upphovsrättens ”specific subject-matter”. Den närmare gränsdragningen är dock oklar.⁹⁷

95. GRUR Int 1982 s 57, Gebührendifferenz III.

96. Domskäl 12.

97. Som denna problemställning Ubertazzi, a s 339 ff.

En stor del av de grammofonskivor och kassetter som Musik-Vertrieb Membran och K-tel importerat till Tyskland var tillverkade i Storbritannien med stöd av en tvångslicens som saknar motsvarighet i tysk rätt.⁹⁸ I sec 8 i den engelska Copyright Act föreskrivs nämligen att det är tillåtet att utan upphovsmannens tillstånd framställa grammofonskivor och kassetter under förutsättning att grammofonskivor eller kassetter med samma musik tidigare med upphovsmannens tillstånd tillverkats i eller importerats till Storbritannien i avsikt att säljas på den allmänna marknaden. Vidare förutsätts att tillverkaren av de nya skivorna eller kassetterna meddelar sin avsikt till upphovsmannen, att de nya skivorna är avsedda att säljas till allmänheten samt att föreskriven royalty erläggs. EG-domstolen ansåg emellertid inte att detta förhållande hade någon avgörande betydelse. Man hänvisade härvid till Sterling Drug I-fallet⁹⁹ och anförde att existensen av sådana olikheter i medlemsstaternas nationella lagstiftningar som kan förvränga konkurrensen mellan medlemsstaterna, t ex olika royaltysatser, inte berättigar medlemsstaterna att vidta åtgärder som strider mot reglerna om fria varurörelser.¹⁰⁰ Vidare anförde domstolen att en upphovsman själv har rätt att välja var hans produkter skall utbudas på marknaden. Vid detta val kan upphovsmannen helt se till sitt eget bästa. När valet väl är gjort och produkterna marknadsförts inom EG måste dock upphovsmannen acceptera att reglerna om fria varurörelser blir tillämpliga.¹⁰¹ Mot bakgrund av detta kunde inte krav av det slag GEMA gjorde anspråk på godtas.¹⁰²

Som framgår av EG-domstolens motivering kan en upphovsman undvika effekterna av licensregeln i sec 8 Copyright Act genom att överhuvud taget varken tillåta framställning i eller import till Storbritannien av grammofonskivor. Denna omständighet synes också ha tillmätts relativt stor betydelse. Det är därför knappast troligt att utgången i GEMA-fallet skulle ha blivit densamma om det i stället hade varit fråga om en tvångslicensregel som upphovsmannen helt saknat möjlighet att undvika effekterna av.¹⁰³

98. Se allmänt om denna fråga t ex Aro, *Importation des exemplaires d'un pays où la licence légale existe dans un pays où celle-ci n'existe pas*, NIR 1982 s 409 ff.

99. Mål 15/74, (1974) E.C.R. 1147 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480), *Centrafarm v. Sterling Drug*.

100. Detta uttalande harmonierar inte så väl med det ovan på s 20 citerade uttalandet från *Cassis de Dijon*-domen.

101. Motsvarande argumentering återfinns även i mål 187/80, (1981) E.C.R. 2063 (= (1981) 3 C.M.L.R 463), *Merck v. Stephar*.

102. Kritisk häremot Reimer, a s 508 ff. Se härom för tiden före GEMA-fallets avgörande, Cohen Jehoram, *Imports of Records from an EC-Country Providing Statutory (Compulsory) Licence to an EC-Country without Statutory Licence; a European Law Problem*, NIR 1982 s 417 ff, Françon, a s 171 ff.

103. Se om frågan Ubertazzi, a s 334 ff. Jfr nedan s 55 ang motsvarande situation vid patent.

I alla de tre hittills omtalade avgörandena har det varit fråga om situationer då tillverkningen som sådan av de produkter som sedermera importerats till en annan EG-stat varit tillåten trots förekomsten av upphovsrättsligt skydd. Om däremot redan framställningen inneburit upphovsrättsintrång kan det inte råda något tvivel om att även importen kan hindras.¹⁰⁴ Mer tveksamt är vad som gäller om framställningen varit tillåten men detta beror på att något upphovsrättsligt skydd inte förelegat i den stat där tillverkningen skett. Denna fråga kan inte närmare behandlas förrän vissa avgöranden rörande andra immaterialrätter redovisats.¹⁰⁵

Det hittills anförda har rört situationer där det har varit fråga om att hindra import av alster som varit föremål för upphovsrätt, t ex böcker och grammo-fonskivor. Det har således med en mer upphovsrättsligt inriktad terminologi varit fråga om att hindra import av exemplar av verk. En annan fråga är i vilken mån en upphovsman kan hindra framförande eller visning i en EG-stat av verk som han själv eller någon annan med hans tillstånd framfört eller visat i en annan EG-stat. Denna fråga kom upp i det s k Coditel I-fallet.¹⁰⁶

Det franska företaget La Boetié, som var innehavare av samtliga rättigheter till filmen *Le Boucher*, upplät till Ciné Vog exklusiv rätt att under sju år visa denna film i Belgien. Senare upplät La Boetié till ett tyskt företag rätten att sända *Le Boucher* i tysk television. När filmen sändes togs sändningen upp av tre belgiska kabel-TV-företag, nedan gemensamt benämnda Coditel, som via sina kabelnät vidarebefordrade filmen till mottagare i Belgien. Ciné Vog stämde Coditel för upphovsrättsintrång. Cour d'Appel i Bryssel begärde tolkningsförklaring. EG-domstolen anförde inledningsvis att det föreligger skillnad mellan sådana typer av verk vilka i likhet med filmer primärt görs tillgängliga för allmänheten genom ett obestämt antal framföranden och sådana typer av verk, t ex böcker, som primärt görs tillgängliga för allmänheten genom framställning av exemplar. Såvitt gäller filmer utgörs upphovsmannens eller hans efterträdares rätt att kräva ersättning för framföranden upphovsrättens väsentliga funktion ("essential function"). Om en upphovsrättsinnehavare väljer att kräva en viss ersättning för varje visning inom ett visst geografiskt område strider därför inte detta mot Romfördraget oavsett om gränserna för detta geografiska område överensstämmer med en EG-stats gränser. EG-domstolens svar blev därför följande:

104. Se t ex Françon, a a s 159, Reimer, a a s 502, Ubertaini, a a s 337.

105. Se närmare nedan s 91 f.

106. Mål 62/79, (1980) E.C.R. 881 (= (1981) 2 C.M.L.R. 362), Coditel m fl v. Ciné Vog m fl.

“The provisions of the Treaty relating to the freedom to provide services do not preclude an assignee of the performing right in a cinematographic film in a Member State from relying upon his right to prohibit the exhibition of that film in that State, without his authority, by means of cable diffusion if the film so exhibited is picked up and transmitted after being broadcast in another Member State by a third party with the consent of the original owner of the right.”

Som framgår av EG-domstolens svar är det i Coditel I-fallet fråga om att tillämpa regeln om frihet att utbjuda tjänster i art 59 RomF, inte reglerna om fria varurörelser. Någon motsvarighet till art 36 finns inte bland reglerna om frihet att utbjuda tjänster. Trots detta uttalar EG-domstolen att art 59 inte innefattar några begränsningar i rätten att utöva vissa aktiviteter som grundas på nationell immaterialrättslagstiftning. Även om det inte uttryckligen anges torde man kunna utgå ifrån att det endast är sådana aktiviteter som i sig ryms inom undantaget i art 36 RomF som kommer att accepteras.

I detta sammanhang kan noteras att EG-domstolen i Coditel I-fallet inte resonerar om upphovsrättens ”specific subject-matter” utan om dess ”essential function”. Härom anfördes följande:

“... the right of a copyright owner and his assigns to require fees for any showing of a film is part of the essential function of copyright in this type of literary and artistic work.”

Det förefaller som om upphovsrättens ”essential function” är mer begränsad än dess ”specific subject-matter”. Utövandet av rättigheter som utgör en del av upphovsrättens ”essential function” påverkas därför inte av Romfördragets regler.

Liksom i GEMA II-fallet är EG-domstolens svar mycket detaljerat. Det framstår som självklart att inte alla de rekvisit som anges i svaret måste vara uppfyllda för att den princip som svaret baserar sig på skall vara tillämplig. Som framgått av referatet gjorde EG-domstolen en principiell skillnad mellan sådana verk som främst görs tillgängliga för allmänheten genom framföranden och verk som främst görs tillgängliga för allmänheten genom att exemplar därav framställs och sprids. Mot bakgrund härav torde Coditel I- domen berättiga till slutsaten att såvitt gäller förstnämnda typ av verk uppställer Romfördragets regler inte några hinder mot att en upphovsman utövar sin rätt att i en medlemsstat hindra framföranden av verk som han själv eller någon annan med hans tillstånd framfört i en annan medlemsstat.

En regel av nu nämnd innebörd skulle dock få egendomliga konsekvenser. Den skulle ju bl a innebära att det är tveksamt om en tonsättare kan hindra framföranden av hans musikverk, eftersom musik väl vanligen görs tillgänglig för allmänheten genom att grammofonskivor och kassetter framställs och

sprids. Den principiella skillnaden mellan Coditel I-fallet och de övriga upphovsrättsliga avgörandena av EG-domstolen är i stället att upphovsrättsinnehavaren i Coditel I-fallet har försökt stoppa utnyttjandet av sitt verk med stöd av sin framföranderätt medan upphovsmännen i de övriga fallen försökt stoppa utnyttjandena med stöd av sina spridningsrätter. Det är därför mycket som talar för att EG-domstolens beslut i Coditel I-fallet kan tas till intäkt för att en upphovsmans möjligheter att utöva sin framföranderätt inte påverkas av Romfördragets regler om fria varurörelser.¹⁰⁷ Tjänstemän vid EG-kommissionen har dock i olika sammanhang kraftigt ifrågasatt denna tolkning.

Sammanfattningsvis synes således följande fem regler kunna fastställas:

1. Innehavaren av en upphovsrätt eller en närstående rättighet kan inte med stöd av denna hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat.
2. Innehavaren av en upphovsrätt eller en närstående rättighet kan med stöd av denna hindra import till en EG-stat av produkter som i en annan EG-stat olovligen förts ut på marknaden i strid mot där ifrågavarande immaterialrätt.
3. Då upphovsrättsligt skyddade produkter framställts och förts ut på marknaden i en EG-stat med stöd av ett uttryckligt tillstånd från upphovsmannen eller en licens av sådan typ som den i sec 8 i den engelska Copyright Act kan upphovsmannen inte med stöd av upphovsrätten kräva ytterligare ersättning för att inte motsätta sig import till en annan EG-stat.
4. En upphovsmans eller utövande konstnärs *droit moral* rättfärdigar vissa inskränkningar i de fria varurörelserna. Omfattningen av dessa inskränkningar är dock oklar.
5. Sannolikt påverkas inte en upphovsmans möjligheter att ingripa mot utnyttjanden som strider mot hans framföranderätt av Romfördragets regler om fria varurörelser.

107. Se Joubert, *Le prix du repertoire d'une société d'auteurs en position dominante dans le cadre du droit de la concurrence*, 117 RIDA s 11 (1983) och v. Gamm, a a s 581 f. Mer försiktig Hoffmann, a a s 255 f.

3.1.2 Patenträtt

Den europeiska patentkonventionen, EPC, som har undertecknats både av Sverige och flertalet andra västeuropeiska länder, dock inte de övriga nordiska, innehåller inga föreskrifter om vilka möjligheter en patenthavare skall ha att hindra import av patentskyddade produkter eller produkter som tillverkats enligt patentskyddade förfaranden, utan överlåter helt till fördragsstaterna att själva reglera detta. Trots detta är rättsläget relativt likartat inom många europeiska stater.

Enligt svensk rätt anses som bekant att 3 § PatL skall ges den tolkningen att innehavaren av ett patent kan hindra import av produkter som i Sverige är föremål för patent eller som tillverkats enligt ett i Sverige patentskyddat förfarande. Det sagda gäller oavsett om produkterna utomlands har marknadsförts av patenthavaren själv, någon som haft dennes tillstånd, t ex en licenstagare, eller någon från patenthavaren helt fristående. Huruvida tillverkningen utomlands varit laglig eller ej saknar också betydelse.¹⁰⁸ Svensk rätt ansluter sig således strikt till principen om nationell konsumtion.¹⁰⁹

Den danska patentlagens importregler är likalydande med den svenska patentlagens och torde, åtminstone som huvudregel, ges samma tolkning.¹¹⁰ Även 9 § i den tyska Patentgesetz uppvisar stora likheter med 3 § PatL och skall också ges motsvarande tolkning.¹¹¹

Likaså kan en fransk patenthavare hindra import till Frankrike av produkter som någon med patenthavarens tillstånd tillverkat och sålt utanför Frankrike.¹¹²

Engelsk patenträtt har traditionellt inte ansetts bygga på konsumtionsprincipen. Trots detta kan en näringsidkare som köpt patenterade produkter direkt från patenthavaren fritt sälja produkterna vidare. Huruvida inköpet skett utanför Storbritannien och produkterna före vidareförsäljningen införts till Storbritannien saknar betydelse. Om däremot de ifrågavarande produkterna

108. Se närmare bl a prop 1977/78:1 s 201, 329 f, Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, 1974 s 154 ff, Jacobsson-Tersmeden-Törnroth, Patentlagstiftningen — en kommentar, 1980 s 113 f. Se från praxis NJA 1938 s 642 (= NIR 1936 s 62 och 1938 s 180), Telefunken och NJA 1939 B 950—952 (= NIR 1940 s 66), General Electric.

109. Se härom särskilt Blok, a a s 146 ff samt Ladas, Patents, Trademarks and Related Rights, 1975 s 396 ff.

110. Se bl a Blok, a a s 154 ff, dens, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 739 ff, Koktvedgaard-Österborg, Patentloven, 2 uppl 1979 s 116 ff.

111. Se bl a Schulze, Patentgesetz, 3 uppl 1981 s 113 f samt för tiden före 1981 års lagändringar som dock inte påverkade innebörden av importreglerna, Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, 1974 s 159 ff.

112. Se bl a Blok, a s och Chavanne-Burst, Droit de la propriété industrielle, 2 uppl 1980 s 204 f.

tillverkats utanför Storbritannien av en licenstagare eller någon annan som haft patenthavarens tillstånd så kan produkterna endast säljas vidare i Storbritannien om detta följer av licensen eller tillståndet.¹¹³

Rättsläget i EG-staterna kommer att ändras väsentligt så snart marknadspatentkonventionen, CPC, träder i kraft.¹¹⁴ Enligt denna skall en näringsidkare kunna erhålla ett patent som avser hela EGs territorium. Det är då naturligt att innehavaren av ett sådant marknadspatent inte i någon medlemsstat skall kunna åberopa detta för att hindra vidareförsäljning av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden inom EG. En regel härom finns i art 32 CPC. Marknadspatentkonventionen innehåller även regler rörande nationella patent. Bland annat föreskrivs att innehavaren av ett nationellt patent som huvudregel inte skall kunna hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd tidigare fört ut på marknaden inom EG, art 81 (1). Marknadspatentkonventionen har för övrigt redan nu haft stor betydelse genom att den på många punkter påverkat båda EG-staternas och Sveriges patentlagstiftningar. Exempelvis är föreskrifterna om patenträttens innehåll i 3 § i de svenska och danska patentlagarna, 9 § i den tyska Patentgesetz och 60 § i den engelska Patents Act utformade med art 29 CPC som förebild.

Redan av Romfördragets regler om fria varurörelser följer emellertid enligt EG-domstolens praxis att en patenthavare i en EG-stat inte kan utöva sin nys angivna rätt att hindra import av produkter som omfattas av hans patent. Grundläggande är här det s k Sterling Drug-fallet vilket avgjordes 1974.¹¹⁵

Det amerikanska företaget Sterling Drug var i bl a Nederländerna och Storbritannien innehavare av patent på en metod att tillverka en viss farmaceutisk produkt. Någon tillverkning ägde ej rum i Nederländerna men produkten såldes där av ett dotterföretag till Sterling Drug. Ett annat företag, Centrafarm, köpte samma produkt i Storbritannien och Tyskland, där den tillverkats och förts ut på marknaden av andra dotterföretag till Sterling Drug, och sålde produkten vidare i Nederländerna. Sterling Drug stämde Centrafarm för patentintrång. Nederländernas högsta domstol begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen bl a rörande frågan huruvida reglerna om fria varurörelser hindrar en patenthavare från att göra gällande patentintrång i en situation som den aktuella. EG-domstolen uttalade i sitt svar bl a:

“The exercise, by the patentee, of the right which he enjoys under the legislation of a Member State to prohibit the sale, in that State, of a product protected by the patent which has been marketed in another Mem-

113. Cornish, a a s 199 ff, 245, Terrell on the Law of Patents, 13 uppl 1982 s 168, 186, 277 f.

114. Se närmare nedan s 166 ff.

115. Mål 15/74, (1974) E.C.R. 1147 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480), Centrafarm v. Sterling Drug. Se om fallet bl a Demaret, Patents, Territorial Restrictions and EEC Law, 1978 s 83 ff.

ber State by the patentee or with his consent is incompatible with the rules of the EEC Treaty concerning the free movement of goods within the Common Market.”

Den principiella utgångspunkten för EG-domstolens motivering är densamma som i de tidigare presenterade upphovsrättsavgörandena. EG-domstolen konstaterar således att även om Romfördraget inte påverkar existensen av en patenträtt så kan patenträttens utövande strida mot fördragets regler. Såvitt gällde reglerna om fria varurörelser anfördes att undantag från dessa endast kan accepteras för att skydda rättigheter som utgör den ifrågasvarande immaterialrättens ”specific subject-matter”. Denna ansågs för patenträttens del vara:

“... the guarantee that the patentee, to reward the creative effort of the inventor, has the exclusive right to use an invention with a view to manufacturing industrial products and putting them into circulation for the first time, either directly or by the grant of licences to third parties, as well as the right to oppose infringements.”¹¹⁶

EG-domstolen ansåg inte att möjligheten att hindra import i en situation som den aktuella kunde härledas från patenträttens ”specific subject-matter”. Det står därför klart att en patenthavare inte med stöd av sin patenträtt kan hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat där patenthavaren är innehavare av ett parallellt patent.

Som framgår av referatet ovan förekom inte någon tillverkning av det i Sterling Drug-fallet aktuella farmaceutiska preparatet i Nederländerna, utan Sterling Drugs holländske licenstagare hade endast rätt att importera produkten. Detta förhållande framgår varken av den prejudiciella frågan eller av EG-domstolens svar. Däremot påpekas förhållandet uttryckligen i domstolens motivering.¹¹⁷ Det är också klart att det föreligger betydligt starkare motiv för att skydda en tillverkare än en återförsäljare mot konkurrerande import. Blok har därför ifrågasatt om inte den regel som EG-domstolen uttalade är begränsad till sådana situationer då någon tillverkning ej äger rum i den stat till vilken

116. Domskäl 9. Kritisk häremot Blok, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 742 f. Definitionen av patenträttens ”specific subject-matter” synes ha inspirerats av en artikel av Koch och Froschmaier, Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt, GRUR Int 1965 s 121 ff, i vilken dessa mot bakgrund av en teori om att patenträttens syfte är att belöna uppfinnare för deras teknologiskapande verksamhet lancerar en regel om internationell konsumtion av patenträttigheter. Artikeln gav upphov till en omfattande debatt. Se härom bl a Blok, Patentrechts konsumtionsprinzip, 1974 s 236 ff, Demaret, a a s 17 ff.

117. Domskäl 3.

produkten importeras.¹¹⁸ Efter EG-domstolens avgörande i Merck-fallet¹¹⁹ kan det dock inte råda någon tvekan om att någon sådan begränsning ej gäller.¹²⁰

En förutsättning för att någon skall finna det lönsamt att parallellimportera i en situation som den i Sterling Drug-fallet är givetvis att den ifrågavarande produkten säljs till olika priser i skilda länder. Sterling Drug gjorde inför EG-domstolen gällande att det förhållandet att dess produkter var billigare i Storbritannien än i Nederländerna berodde på att priset i Storbritannien påverkades av statliga priskontrollerande regleringar. EG-domstolen ansåg emellertid inte att förekomsten av sådana regleringar rättfärdigar åtgärder som strider mot reglerna om fria varurörelser.¹²¹

I Sterling Drug-fallet var det fråga om import av produkter som var lagligen tillverkade utomlands, eftersom patentinnehavaren givit sitt tillstånd därtill. Om däremot redan tillverkningen i utlandet inneburit patentintrång enligt tillverkningslandets lag måste det, i likhet med vad som gäller inom upphovsrätten, anses klart att importen kan förhindras. En sådan rätt måste anses följa av patenträttens "specific subject-matter"

En annan fråga är i vilken mån en patenthavare i en EG-stat kan hindra import till denna av produkter som tillverkats i en annan EG-stat där något motsvarande patent ej finns. Härvid måste skillnad göras mellan de fall då den produkt som sedermera importeras ursprungligen har förts ut på marknaden av den som är patenthavare i importlandet eller av någon som haft dennes tillstånd och de fall då produkten ursprungligen har förts ut på marknaden av någon som är helt fristående i förhållande till patenthavaren.

Såvitt gäller den förstnämnda typen av fall kan konstateras att EG-domstolens svar i Sterling Drug-fallet formellt även täcker dessa. Trots detta ansågs rättsläget oklart.¹²² Numer har dock frågan lösts genom EG-domstolens avgörande i Merck-fallet.¹²³

Det amerikanska läkemedelsföretaget Merck var i bl a Nederländerna innehavare av produkt- och metodpatent på en farmaceutisk produkt benämnd Moduretic. Moduretic tillverkades i Nederländerna av ett helägt dotterföretag till Merck. Merck marknadsförde Moduretic även i bl a Italien. Någon möjlighet att där erhålla patent på Moduretic eller sättet för dess framställande hade Merck aldrig haft, eftersom det i Italien varken var möjligt att erhålla produkt-

118. Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 450 ff. Se även Fejø, a a s 179 ff.

119. Mål 187/80, (1981) E.C.R. 2063 (= (1981) 3 C.M.L.R. 463), Merck v. Stephar.

120. Se även Dyekjær-Hansen, Fire nyere afgørelser vedr. EF-rettens forhold til industrielle ejendomsrettigheder, UfR 1975 s 222 f.

121. Kritisk häremot Demaret, a a s 87 ff.

122. Jfr Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, 1974 s 275.

123. Mål 187/80, (1981) E.C.R. 2063 (= (1981) 3 C.M.L.R. 463), Merck v. Stephar.

eller metodpatent på läkemedel vid den tid då Moduretic lancerades. Det holländska företaget Stephar köpte Moduretic i Italien och importerade produkten till Nederländerna där den såldes till lägre pris än det Merck krävde. Merck stämde Stephar för patentintrång. Den holländska domstolen begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen som uttalade:

“The rules contained in the EEC Treaty concerning the free movement of goods, including the provisions of Article 36, must be interpreted as preventing the proprietor of a patent for a medicinal preparation who sells the preparation in one Member State where patent protection exists, and then markets it himself in another Member State where there is no such protection, from availing himself of the right conferred by the legislation of the first Member State to prevent the marketing in that State of the said preparation imported from the other Member State.”

EG-domstolen utgår i motiveringen från sitt ovan citerade uttalande i Sterling Drug-fallet om patenträttens ”specific subject-matter”.¹²⁴ Uttalandet preciserar också något genom att det anförs att

“the substance of a patent right lies essentially in according the inventor an exclusive right of first placing the product on the market.”

Därefter uttalas att det är denna rätt att föra ut de patentskyddade produkterna på marknaden som gör det möjligt för patenthavaren att erhålla en belöning för sin teknologiutvecklande insats.

EG-domstolen konstaterar vidare att det står patenthavaren fritt att själv bestämma var han skall marknadsföra sina produkter. Om han gör det i en medlemsstat där patentskydd inte är möjligt måste han emellertid acceptera de konsekvenser som följer av reglerna om fria varurörelser. Resonemanget är således på denna punkt likartat med det som fördes i GEMA II-fallet.¹²⁵

EG-domstolens svar avser enligt sin ordalydelse endast medicinska preparat. I motiven fästs dock ingen särskild vikt vid att det är fråga om ett sådant preparat. Man kan därför enligt min åsikt utgå ifrån att samma regel gäller oavsett vilken typ av produkt det är fråga om.

Vidare är svaret begränsat till att avse sådana situationer då det överhuvudtaget inte är möjligt att erhålla patentskydd för den ifrågakommande produkten i den stat där denna förts ut på marknaden. Man kan därför fråga sig vad som gäller i de fall då patentskydd kan ifrågakomma men patent av någon anledning inte sökts, då patent sökts men ansökan ej beviljats eller då patentskyddet upphört. Personligen har jag dock svårt att se att det finns några skäl som gör

124. Se ovan s 50.

125. Se ovan s 41 ff.

det troligt att EG-domstolen skulle bedöma dessa situationer annorlunda än då patentskydd överhuvudtaget inte kan ifrågakomma.

Det torde således kunna konstateras att en näringsidkare som i en EG-stat är innehavare av ett patent inte med stöd härav kan hindra import av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat där något motsvarande patent ej finns.¹²⁶

Vad gäller då den andra typen av fall, d v s då en patenthavare i en EG-stat försöker hindra import av produkter som någon i förhållande till honom helt fristående näringsidkare fört ut på marknaden i en annan EG-stat där något patent ej existerade? Mot bakgrund av vad som i Sterling Drug- och Merck-fallen uttalats om patenträttens "specific subject-matter" kan det enligt min mening knappast råda något tvivel om att patenthavaren i en sådan situation kan hindra import.¹²⁷ Denne skulle ju annars inte kunna få någon belöning för sin teknologiskapande verksamhet om han inte är innehavare av patent i samtliga EG-stater och därmed har möjlighet att inom hela EG hindra konkurrerande näringsidkare från att utnyttja uppfinningen. Något skäl för att söka framtvinga en så omfattande patentering synes svårt att finna. Det kan också konstateras att det även efter marknadspatentkonventionens ikraftträdande kommer att vara möjligt att erhålla nationella patent i EG-staterna. Såvitt gäller det fallet att den ifrågavarande uppfinningen överhuvudtaget inte är patenterbar i en EG-stat framgår det sagda klart av EG-domstolens motiveringar i Sterling Drug- och Merck-fallen. I Sterling Drug-fallet uttalades bl a:¹²⁸

"Whereas an obstacle to the free movement of goods of this kind may be justified on the ground of protection of industrial property where such protection is invoked against a product coming from a Member State where it is not patentable and has been manufactured by third parties without the consent of the patentee"

EG-domstolens första avgörande rörande patent, Parke Davis-fallet¹²⁹ från 1968, avser också den nu aktuella situationen.

Det amerikanska företaget Parke Davis var i Nederländerna innehavare av pa-

126. Kritisk mot en sådan regel Demaret, a a s 91 samt Handoll, Merck and Company Inc v. Stephanar BV and Petrus Stephanus Exler. Patentee's Rights Bow to EEC Principles, 1982 EIPR s 26 ff.

127. Samma Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 454 f. Se även Demaret, a a s 92 f, Dyekjær-Hansen, a a s 223 f och Fejø, a a s 184 f.

128. Domskäl 11.

129. Mål 24/67, (1968) E.C.R. 55 (= (1968) C.M.L.R. 47), Parke Davis v. Probel and others. Se om avgörandet bl a Blok, Patentrechts konsumtionsprincip, 1974 s 264 ff, Stenberg, a a s 294 ff, dens, EECs konkurrensregler och medlemsstaternas patentlagstiftning, NIR 1968 s 375 ff.

tent på två metoder att framställa en viss farmaceutisk produkt, chloramphenicol. Tre andra bolag köpte chloramphenicol i Italien, där det vid denna tidpunkt inte var möjligt att erhålla metodpatent på läkemedel, och importerade produkten till Nederländerna. Det chloramphenicol som importerades var inte tillverkat med Parke Davis' tillstånd vilket ju inte heller var nödvändigt. Parke Davis gjorde gällande att importen utgjorde patentintrång. Den holländska domstolen begärde att EG-domstolen skulle uttala sig om huruvida det skulle strida mot art 85 eller 86 RomF om ett företag i Parke Davis situation skulle ha möjlighet att motsätta sig import. EG-domstolen uttalade bl a:

“The exercise of those rights (d v s de rättigheter som innehavet av ett patent medför, min anm) would not in itself fall under Article 85 (1) in the absence of any agreement, decision or concerted practice referred to in that provision.”

I Parke Davis-fallet berörs således endast betydelsen av art 85 och 86 RomF. Domen har därför numer ett relativt begränsat intresse. Det bör dock noteras att domstolen inte utesluter att art 85 kan få betydelse även i rena importfall om de generella rekvisiten för dess tillämplighet är uppfyllda.

På grund av kravet att en uppfinning skall vara ny för att kunna patenteras kan i allmänhet inte olika näringsidkare vid skilda tider ansöka om patent på samma uppfinning i olika länder. Den äldre ansökningen anses nämligen då utgöra nyhetshinder för den yngre. Ingenting hindrar emellertid att en näringsidkare som ansökt om patent i flera olika EG-stater sedermera överlåter något av dessa patent till ett fristående företag. Härigenom kan olika näringsidkare bli innehavare av parallella patent i skilda medlemsstater. En i detta sammanhang närliggande fråga är i vilken mån innehavaren av ett av dessa patent kan hindra import av produkter som innehavaren av ett annat patent tillverkat i en annan medlemsstat. Rättsläget på denna punkt är emellertid oklart. I vart fall kan frågan inte besvaras förrän Kaffe Hag-målet, som avser motsvarande problem inom varumärkesrätten, har besvarats.¹³⁰

Överlappande patent kan även förekomma utan att patenten behöver ha något gemensamt ursprung. Som exempel kan nämnas att två företag varandra ovetande samtidigt utvecklar samma uppfinning och att bägge företagen ansöker om patent med så kort mellanrum att den äldre ansökan inte hinner offentliggöras innan den yngre ansökan inlämnas. Reglerna om fria varurörelser hindrar då inte innehavaren av ett av dessa bägge patent från att stoppa import av produkter som den andra patenthavaren tillverkat i den andra medlemsstaten. Detta framgår klart av domskälen i Sterling Drug-fallet.¹³¹

130. Mål 192/73, (1974) E.C.R. 731 (= (1974) 2 C.M.L.R. 127), Van Zuylen Frères v. Hag. Se närmare nedan s 66 ff.

131. Domskäl 11.

Som bekant innehåller de nationella patentlagarna regelmässigt regler om tvångslicens. Dessa regler är så konstruerade att en domstol under vissa närmare angivna förutsättningar kan meddela licens. Härvid gäller att en patenthavare inte kan undvika risken att en tvångslicens meddelas genom att låta bli att marknadsföra patentskyddade produkter i en viss stat.¹³² EG-domstolen har hittills inte haft tillfälle att ta ställning till huruvida en näringsidkare som är innehavare av parallella patent i flera EG-stater kan hindra import av produkter som i en av dessa är tillverkade med stöd av en tvångslicens.¹³³ Det förhållandet att patenträttens specific subject-matter är att säkerställa att patenthavaren erhåller en belöning för sin teknologifrämjande insats ger knappast någon vägledning, eftersom utnyttjandet av en tvångslicens förutsätter att royalty eller annan ersättning skall utgå. Däremot talar den omständigheten att EG-domstolen i Merck-fallet synes ha fäst avgörande vikt vid att Merck kunde ha omöjliggjort den ifrågasatt importen till Nederländerna genom att inte marknadsföra några produkter i Italien starkt för att import av produkter som tillverkats med stöd av en tvångslicens kan hindras.¹³⁴ En regel med denna innebörd finns också i art 81 (3) CPC.

Av motsvarande skäl torde även innehavaren av ett patent i en EG-stat kunna hindra import av produkter som en annan näringsidkare tillverkat i en annan EG-stat med stöd av en för användarrätt.¹³⁵

Sammanfattningsvis synes således följande fyra regler kunna fastställas:

1. En patenthavare kan inte med stöd av sin patenträtt hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat. Huruvida patenthavaren även är innehavare av patent i den stat där produkterna förts ut på marknaden saknar härvid betydelse.
2. En patenthavare kan med stöd av sin patenträtt hindra import till en EG-stat av produkter som i en annan EG-stat förts ut på marknaden utan patenthavarens tillstånd. Detta gäller oavsett om redan framställningen som sådan utgjort patentinfrång eller om patent saknats i framställningsstaten.
3. En patenthavare kan med stöd av sin patenträtt hindra import till en EG-stat av produkter som i en annan EG-stat förts ut på marknaden av en

132. Tvärtom är underlåtenhet att utöva en uppfinning en av de situationer då tvångslicens kan meddelas. Jfr 45 § PatL.

133. Emellertid är en tvist rörande denna fråga för närvarande föremål för EG-domstolens prövning. Se IIC 1984 s 407 f.

134. Samma Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 455 f. Jfr även Demaret, a a s 88 f och Dyekjær-Hansen, a a s 223.

135. Blok, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 743, Østerborg, Towards a Harmonized Prior Use Right Within a Common Market Patent System, IIC 1981 s 471 ff.

- annan patenthavare som självständigt utvecklat en parallell uppfinning.
4. En innehavare av parallella patent i flera EG-stater torde kunna hindra import till en EG-stat av produkter som av en fristående näringsidkare tillverkats i en annan EG-stat med stöd av en tvångslicens eller en förärvändarrätt.

3.1.3 Mönsterrätt

Den svenska mönsterskyddslagen är som bekant uppbyggd med patentlagen som förebild. Såvitt gäller möjligheten att på mönsterrättslig grund stoppa parallellimport gäller motsvarande regel som inom patenträtten, 5 § ML. En mönsterinnehavare anses således med stöd av sin mönsterrätt kunna hindra import till Sverige av produkter som i utlandet förts ut på marknaden av mönsterinnehavaren själv, hans dotterföretag eller någon annan som haft hans tillstånd.¹³⁶ Någon vägledande praxis finns dock ej.

De fyra nordiska mönsterskyddslagarna har tillkommit i nordiskt samarbete och är i det närmaste helt lika. Trots detta anses att 5 § i den danska mönsterskyddslagen skall ges den tolkningen att en dansk mönsterinnehavare inte kan hindra import av produkter som han själv eller hans generalagent har fört ut på marknaden i en annan stat.¹³⁷

Inom EG är rättsläget på mönsterrättens område mycket splittrat.¹³⁸ Till skillnad från i Danmark finns i Tyskland två mönsterskyddslagar, en för nytighetsmönster, "Gebrauchsmuster", och en för prydnadsmönster "Geschmacksmuster". Både för Gebrauchsmuster och Geschmacksmuster uppkommer skydd genom registrering. I övrigt råder dock relativt stora olikheter. Reglerna om Geschmacksmuster uppvisar på flera punkter likheter med de upphovsrättsliga reglerna, medan Gebrauchsmuster-lagstiftningen är inspirerad av patentlagstiftningen. Såvitt gäller import av produkter som är föremål för

136. Prop 1969:168 s 102 ff, Essén-Sterner, Mönster och brukskonst, 1971 s 59 ff. I mönsterskyddsutredningens förslag till lag om mönster, SOU 1965:61 s 153 f, föreslogs däremot som huvudregel att import inte skulle kunna hindras i ovannämnda situationer. Detta blev dock starkt kritiserat under remissbehandlingen, se prop 1969:168 s 99 ff.

137. Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation indenfor EF, NIR 1975 s 440 f, dens, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 744. Det danska betänkandet innehåller samma uttalanden om import som det svenska, se föregående not. I den danska propositionen tog man däremot inte avstånd från dessa uttalanden varför de fortfarande anses vägledande.

138. Se för översikt t ex Lahore, Harmonization of Design Laws in the European Communities: The Copyright Dilemma, (1983) C.M.L. Rev. s 233 ff, Levin, Brukskonstskyddet i teori och praktik, NIR 1983 s 411 ff, Pérot-Morel, Les principes de protection des dessins et modèles dans les pays du Marché Commun, 1968.

Geschmacksmusterskydd anses att innehavaren kan förbjuda import av produkter som han själv sålt i utlandet såvida han inte givit sitt tillstånd till importen. Ett sådant tillstånd anses dock ha lämnats om inte annat uttryckligen angivits eller ändå framgår av omständigheterna.¹³⁹ Ifråga om import av produkter som är föremål för Gebrauchsmuster anses däremot att mönsterinnehavaren kan hindra import av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd sålt i utlandet.¹⁴⁰

Enligt engelsk rätt är det jämförelsevis vanligt att konstnärligt utformade produkter omfattas av fullt upphovsrättsligt skydd. Därutöver finns två olika möjligheter att erhålla skydd för produkters utseenden.¹⁴¹ Formgivning som är ny¹⁴² kan erhålla skydd genom registrering enligt 1949 års Registered Designs Act. Vidare erhåller många produkter automatiskt ett 15-årigt upphovsrättsligt skydd, sec 10 Copyright Act. En förutsättning härför är dock att produkternas utseenden beskrivits i ritningar eller skisser, eftersom det teoretiskt är det som där manifesterats som skyddas.¹⁴³ Såvitt gäller import av produkter som är skyddade genom registrering gäller samma regler som för patentskyddade produkter¹⁴⁴, medan import av produkter som är föremål för det 15-åriga upphovsrättsliga skyddet följer de vanliga upphovsrättsliga reglerna.¹⁴⁵

I Frankrike uppkommer mönsterskydd genom registrering. Därutöver gäller emellertid att många produkter är föremål för upphovsrätt, eftersom kraven för att erhålla sådant skydd är relativt liberala. Liksom i Sverige gäller att en mönsterinnehavare kan hindra import av produkter som han själv sålt utanför Frankrike.¹⁴⁶

EG-domstolen har nyligen i det redan nämnda Nancy Kean-fallet¹⁴⁷ för första gången haft tillfälle att ta ställning till hur Romfördragets regler påverkar en mönsterhavares möjlighet att hindra import av mönsterskyddade produkter.

De faktiska förhållandena i Nancy Kean-fallet är ganska komplicerade. Nancy

139. von Gamm, Geschmacksmustergesetz, 1966 s 128.

140. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 3 uppl 1974 s 129.

141. Se härom bl a Cornish, a a s 411 ff, 607 ff.

142. Nyhetskravet har i Storbritannien en annan utformning än i Sverige, se sec 1(2) Registered Designs Act.

143. Intill 1982 har dessutom ansetts att många formgivningar som av någon anledning inte har kunnat registreras, t ex på grund av att de inte uppfyllt nyhetskravet, har haft fullt upphovsrättsligt skydd. Rättsläget på denna punkt har emellertid, med vissa undantag, ändrats genom rättsfallet Hoover PLC v George Hulme Ltd and George Hulme, (1982) 3 C.M.L.R. 186. Se härom Fellner, Copyright in spare parts upheld again. Hoover PLC v George Hulme Ltd and George Hulme, 1982 EIPR s 257 ff.

144. Blanco-White, Patents for Inventions, 4 uppl 1974, s 324. Se härom ovan s 48 f.

145. Se ovan s 36 f.

146. Greffe-Greffe, Traite des dessins et de modèles, 1974 s 477 f.

147. Mål 144/81, (1982) E.C.R. 2853 (= (1983) 2 C.M.L.R. 47), Keurkoop v. Nancy Kean Gifts.

Kean Gifts var i Nederländerna innehavare av mönsterrätten till en viss handväska. Nancy Kean Gifts hade dock inte förvärvat några rättigheter till väskans formgivning från den amerikanske formskaparen, vilken tidigare ansökt om mönsterskydd för handväskan i USA. Detta förhållande medför dock enligt holländsk mönsterrätt inte att envar som lider förfång av registreringen kan föra talan om dess hävande. De väskor som Nancy Kean Gifts sålde i Nederländerna var köpta i Schweiz men hade levererats direkt från tillverkaren i Taiwan. Under 1980 upptäckte Nancy Kean Gifts att en konkurrent, Keurkoop, sålde identiska väskor i Nederländerna. Även dessa väskor härstammade från Taiwan. Nancy Kean Gifts stämde Keurkoop för mönsterintrång. Trots att det inte var fråga om import mellan olika EG-stater och trots att de produkter som Keurkoop sålde aldrig hade marknadsförts av Nancy Kean Gifts ansågs det oklart vilken betydelse reglerna om fria varurörelser hade. Den holländska domstolen ställde därför bl a följande fråga till EG-domstolen:

“Can the application for an injunction be defeated in so far as it concerns products which the defendant has obtained in a country belonging to the Common Market other than the country (belonging to the Common Market) for which the injunction is sought if no rights of the person who filed the design and who seeks the injunction are infringed in that other country by the marketing of those products?”

EG-domstolens svar blev:

“The proprietor of a right to a design acquired under the legislation of a member-State may prevent the importation of products from another member-State which are identical in appearance to the design which has been filed, provided that the products in question have not been put into circulation in the other member-States by, or with the consent of, the proprietor of a right or a person legally or economically dependent on him, that as between the natural or legal persons in question there is no kind of agreement or concerted practice in restraint of competition and finally that the respective rights of the proprietors of the right to the design in various member-States were created independently of one another.”

I och med detta avgörande har EG-domstolen bekräftat den redan tidigare förhärskande åsikten att mönsterrätten i princip skall likställas med övriga immaterialrätter vid tillämpningen av reglerna om fria varurörelser och konkurrensreglerna. I vart fall gäller detta mönsterrätter av det slag som återfinns i de nordiska länderna, Tyskland, Storbritannien och Frankrike.¹⁴⁸ Avgörandet synes därför berättiga till slutsatsen att de regler om fria varurörelser

148. Handoll, The Beele and Nancy Kean Cases. Parallel Imports — The Enforcement of National Design and 'Unfair Competition' Rights, 1983 EIPR s 54.

som är gemensamma för alla de övriga immaterialrätterna, d v s upphovsrätt, patenträtt och — som vi skall se — varumärkesrätt, åtminstone som huvudregel även är tillämpliga på mönsterrätter.

Intressant i detta sammanhang är att domstolen, till skillnad från generaladvokaten, i sin motivering inte utgår från den traditionella uppdelningen mellan en immaterialrätts existens och dess utövande. I stället talas om att art 36 bara tillåter vidtagandet av sådana åtgärder som är försvarliga med hänsyn till skyddet för industriell och kommersiell äganderätt. Huruvida detta förhållande bör tillmätas någon betydelse är dock oklart.

Vidare kan noteras att det av EG-domstolens svar motsatsvis framgår att en mönsterinnehavare inte kan hindra import till en EG-stat om mönsterinnehavaren förvärvat sin rätt från den näringsidkare som fört ut varorna på marknaden i den andra EG-staten. Detta torde innebära att den starkt kritiserade regel som för varumärkesrättens del kommit till uttryck i Kaffee Hag-målet¹⁴⁹ och som behandlas nedan på s 66 ff åtminstone i viss utsträckning även gäller inom mönsterrätten.

3.1.4 Varumärkesrätt

Liksom patent- och mönsterskyddslagarna innehåller den svenska varumärkeslagen en föreskrift om att rättighetshavaren kan hindra import av produkter som faller under hans ensamrätt, 4 § VmL. En svensk varumärkesinnehavare kan således hindra import till Sverige av varor som utomlands försetts med ett förväxlingsbart varumärke. Det saknar härvid betydelse om märkningen utomlands är laglig eller ej. Däremot kan en varumärkesinnehavare inte hindra import till Sverige av varor som han själv fört ut på marknaden utomlands. Detta följer av det välkända Polycolor-fallet.¹⁵⁰ Av detta fall följer också att en svensk varumärkesinnehavare inte kan hindra import av produkter som en annan näringsidkare fört ut på marknaden utomlands om den svenske varumärkesinnehavaren kan sägas inneha varumärkesrätten på den andra näringsidkarens vägnar eller om den svenske varumärkesinnehavaren intar en helt osjälvständig ställning i förhållande till denne. Det är dock ännu oklart om den situation som förelåg i Polycolor-målet representerar ett gränsfall eller om import kan vara tillåten även om relationen mellan den svenske varumärkesinnehavaren och den näringsidkare som fört ut varorna på mark-

149. Mål 192/73, (1974) E.C.R. 731 (= (1974) 2 C.M.L.R. 127), Van Zuylen Frères v Hag.

150. NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404). Se även prop 1960:167 s 71, 1 LU 1960:39 s 34, Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt, 1981 s 310 ff m v h.

naden utomlands inte är så stark att den förre intar en helt osjälvständig ställning i förhållande till den senare.

Den danska varumärkeslagen har på den här aktuella punkten samma lydelse som den svenska. Såvitt gäller dansk rätt hävdar Blok att en dansk ensamåterförsäljare av ett utländskt företags varor inte kan hindra parallellimport av produkter som huvudmannen själv eller genom någon annan marknadsfört utanför Danmark. Enligt Blok kan inte heller ett danskt företag som där producerar varor hindra import av produkter som tillverkats i en annan stat av ett moder-, dotter- eller systerföretag eller med stöd av en licens från det danska företaget.¹⁵¹ Andra intar dock en mer restriktiv ståndpunkt och anser att importens tillåtlighet måste avgöras efter en konkret värdering av varje enskilt fall.¹⁵²

I Tyskland är möjligheterna att på varumärkesrättslig grund hindra import än mindre än i Sverige.¹⁵³ Liksom här gäller att en varumärkesinnehavare inte kan hindra import av produkter som han själv fört ut på marknaden i ett annat land. Likaså kan ett företag som ingår i en koncern som huvudregel inte hindra import av produkter som ett annat företag ingående i samma koncern fört ut på marknaden i ett annat land. Vidare kan en tysk återförsäljare inte hindra import av produkter som hans huvudman fört ut på marknaden i en annan stat. Vid licensförhållanden är rättsläget något mer komplicerat. Huvudregeln är att en licenstagare inte kan hindra import av produkter som licensgivaren sålt i eller till ett annat land och vice versa. Undantag gäller dock på så sätt att en licenstagare i Tyskland anses kunna hindra import av de produkter som licensgivaren fört ut på marknaden i en annan stat, om det är licenstagaren som är innehavare av det ifrågavarande varumärket i Tyskland och licenstagaren själv framställer de produkter som han där säljer.

Såvitt gäller engelsk varumärkesrätt måste skillnad göras mellan registrerade varumärken och varumärken vars skydd enbart baserar sig på användning, "common law trade marks". Sistnämnda grupp varumärken skyddas huvudsakligen genom att deras innehavare kan föra talan om "passing off" om en konkurrerande näringsidkare marknadsför sina produkter på ett sådant sätt att allmänheten får intrycket att de härrör från varumärkesinnehavaren.¹⁵⁴ Innehavaren av ett oregistrerat varumärke kan inte hindra import till Storbritan-

151. Patentrettens konsumtionsprincip 1974 s 186 ff, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 438 f, Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 733 f.

152. Plesner, Anm av Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, UfR 1975 s 179. Se även Koktvedgaard, Konsumtionsprincipet indenfor immaterialretten, JFT 1970 s 240 f.

153. Se till det följande Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 11 uppl 1979 s 577 ff (§ 15 anm 46 ff) m v h. De ledande avgörandena är GRUR 1964 s 372, Maja samt GRUR 1973 s 468, Cinzano.

154. Se härom t ex Cornish, a s 473 ff.

nien av produkter som han själv fört ut på marknaden i någon annan stat, eftersom något vilseledande om de importerade varornas kommersiella ursprung ju inte uppkommer.¹⁵⁵ Som huvudregel kan inte heller ett engelskt dotterbolag hindra import av produkter som dess moderföretag fört ut på marknaden utanför Storbritannien. Detta följer av det uppmärksammade Revlon-avgörandet.¹⁵⁶ Motsvarande gäller enligt detta avgörande även för registrerade varumärken. Motiveringen härför var att det engelska dotterföretaget, som var innehavare av den ifrågavarande varumärkesregistreringen, ansågs ha lämnat sitt tillstånd till märkningen, se 4 (3) (a) Trade Marks Act. Däremot har nyligen ett engelskt företag som var innehavare av det registrerade varumärket CASTROL i bl a Storbritannien och Kanada lyckats hindra import till Storbritannien av produkter som dess kanadensiska systerföretag med stöd av en licens fört ut på marknaden i Kanada.¹⁵⁷ Rättsläget måste därför på många punkter bedömas som osäkert.¹⁵⁸

Även i Frankrike är rättsläget på många punkter oklart. Det ledande avgörandet synes vara det s k Körtingfallet.¹⁵⁹ Av detta framgår att en fransk ensamåterförsäljare som var registrerad som innehavare av sin tyske huvudmans varumärke inte kunde hindra import av produkter som huvudmannen fört ut på marknaden i Tyskland. Härav följer att en fransk varumärkesinnehavare inte heller kan motsätta sig import av produkter som han själv för ut på marknaden i en annan stat.

Av det nu anförda framgår att möjligheterna att hindra import med stöd av en nationell varumärkesrätt är betydligt mindre än med stöd av en nationell patenträtt. Trots detta avser mer än hälften av EG-domstolens immaterialrättsavgöranden varumärkesrättigheter.¹⁶⁰

Det centrala avgörandet är Centrafarm-målet från 1974.¹⁶¹ De faktiska för-

155. Cornish, a a s 569 f.

156. Revlon v. Cripp & Others, (1980) FSR 85 (= IIC 1980 s 372). Se om fallet Cornish i IIC 1980 s 392 ff.

157. Castrol v. Automotive Oil Supplies, GRUR Int 1984 s 362. Se om fallet Drysdale, Castrol Limited v. Automotive Oil Supplies Limited. Parallel Imports 'Revlon' Reviewed, 1983 EIPR s 224 f.

158. Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 1981 s 570 ff.

159. Cour de cassation 17 april 1969, GRUR Int 1971 s 276. Se om fallet ingående Kraßer, Die Beurteilung von Parallelimporten nach französischen Marken- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1971 s 256 ff.

160. Förhållandet mellan nationell varumärkesrätt och EG-rättens regler om fria varurörelser analyseras ingående i Hefermehl-Ipsen-Schluep-Sieben, a a.

161. Mål 16/74, (1974) E.C.R. 1183 (= (1974) 2 C.M.L.R 480), Centrafarm v. Winthrop. Se här om i nordisk litteratur särskilt Blok, Immaterialrättighetene og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 432 ff, Dyekjær-Hansen, a a s 221 ff, Fejø, a a s 125 ff.

hållanden som gav upphov till denna tvist är desamma som de som låg till grund för det ovan refererade Sterling Drug-fallet.¹⁶²

Bakgrunden till Centrafarm-målet var, utöver vad som framgår av referatet i Sterling Drug-fallet, följande. Varumärket NEGRAM innehades i Storbritannien av det engelska bolaget Sterling-Winthrop Group Ltd och i Nederländerna av dess helägda dotterbolag Winthrop BV. Sterling Winthrop Group ägdes i sin tur av det amerikanska företaget Sterling Drug. Ett holländskt företag, Centrafarm, köpte läkemedel av märket NEGRAM i Storbritannien och importerade det till Nederländerna. Winthrop stämde Centrafarm och gjorde gällande att importen utgjorde varumärkesintrång. Den holländska domstolen begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen som härvid bl a uttalade:

“The exercise, by the owner of a trade mark, of the right which he enjoys under the legislation of a Member State to prohibit the sale, in that State, of a product which has been marketed under the trade mark in another Member State by the trademark owner or with his consent is incompatible with the rules of the EEC Treaty concerning the free movement of goods within the Common Market.”

Domstolens motivering är till största delen ordagrant densamma som i Sterling Drug-fallet. Självfallet ansågs dock varumärkesrättens ”specific subject-matter” inte vara densamma som patenträttens. Varumärkesrättens ”specific subject-matter” angavs vara¹⁶³

“the guarantee that the owner of the trade mark has the exclusive right to use that trade mark, for the purpose of putting products protected by the trade mark into circulation for the first time, and is therefore intended to protect him against competitors wishing to take advantage of the status and reputation of the trade mark by selling products illegally bearing that trade mark”

Av Centrafarm-fallet följer att en varumärkesinnehavare inte med stöd av sin varumärkesrätt kan hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd, t ex ett dotterföretag, en återförsäljare eller en licenstagare, marknadsfört i en annan EG-stat. Mot bakgrund av vad som angetts vara varumärkesrättens ”specific subject-matter” anses inte heller ett dotterföretag, en återförsäljare eller en licenstagare kunna hindra im-

162. Mål 15/74, (1974) E.C.R. 1147 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480), Centrafarm v. Sterling Drug. Målet behandlas ovan s 49 ff.

163. Definitionen återkommer i mål 3/78, (1978) E.C.R. 1823 (= (1979) 1 C.M.L.R. 326), Centrafarm v. American Home Products Corp och i mål 1/81, (1981) E.C.R. 2913 (= (1982) 2 C.M.L.R. 406), Pfizer v. Eurim-Pharm. Se härom nedan s 74 ff.

port till en EG-stat av produkter som moderföretaget, leverantören eller licensgivaren fört ut på marknaden i en annan EG-stat.¹⁶⁴

Utgången i Centrafarm-målet bekräftades i Dansk Supermarked-fallet¹⁶⁵ vars upphovsrättsliga aspekter redan berörts ovan.

Frånsett vad som framgår av referatet på s 40 f kan nämnas att det porslin som Dansk Supermarked sålde i Danmark var märkt med Imercos varumärke. Imerco gjorde därför gällande att försäljningen utgjorde varumärkesintrång. Eftersom Imerco lämnat sitt tillstånd till att porslinet förts ut på marknaden under bolagets varumärke i andra EG-stater än Danmark kunde man inte hindra att produkterna därefter importerades dit.

Ofta är det inte heller möjligt att i text återförsäljar- eller licenssituationer hindra import på avtalsrättslig grund, eftersom många sådana avtalsklausuler anses strida mot art 85 RomF.¹⁶⁶ Undantag gäller dock för överenskommelser mellan moder- och dotterföretag, eftersom sådana överenskommelser inte anses som avtal i art 85:s mening.¹⁶⁷

Det ledande avgörandet är här det kända Grundig-fallet¹⁶⁸ som avgjordes redan 1966.

Det franska företaget Consten var ensamförsäljare i Frankrike av det tyska bolaget Grundigs produkter. I återförsäljaravtalet åtog sig Grundig att varken direkt eller indirekt leverera produkter avsedda för den franska marknaden till andra än Consten. Consten å sin sida förband sig, liksom Grundigs övriga återförsäljare hade gjort, att inte sälja till kunder utanför avtalsområdet, dvs i detta fall Frankrike. Vidare var Consten i Frankrike innehavare av varumärket GINT (= Grundig International), ett märke som i alla länder användes på Grundigs produkter. Vid avtalsförhållandets slut skulle Consten enligt avtalet antingen överlåta varumärkesrätten till Grundig eller låta häva registreringen. Med stöd av sin varumärkesrätt ingrep Consten mot ett företag som köpte Grundigs produkter i Tyskland och sålde dem i Frankrike. Enligt EG-kommissionens tolkning av den interna franska varumärkesrätten kunde Consten hindra import till Frankrike med stöd av rätten till varumärket GINT. Kommissionen ansåg att såväl Grundigs och Constens ovan angivna åtaganden som

164. I svensk litteratur synes Bernitz, a a s 133 f och Lidgard, a a s 213 vara inne på en sådan tolkning.

165. Mål 58/80, (1981) E.C.R. 181 (= (1981) 3 C.M.L.R. 590), Dansk Supermarked v. Imerco.

166. Se nedan s 125 ff.

167. Se ovan s 22.

168. Mål 56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418), Consten & Grundig v. Commission. Se om målet i nordisk litteratur särskilt Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, 1974 s 243 ff, Fejø, a a s 120 ff, Stenberg, EEC:s konkurrensrätt och avtalen om ensamförsäljning, NIR 1967 s 341 ff, dens, Studier i EG-rätt, 1974 s 168 ff, 289 ff.

bestämmelserna om varumärket GINT stred mot art 85 (1), eftersom de medförde att Consten fick ett absolut områdesskydd. Consten och Grundig överklagade beslutet till EG-domstolen som dock i detta hänseende inte ändrade kommissionens beslut.

Av Grundig-målet framgår således att det inte är möjligt att ge t ex en återförsäljare ett absolut områdesskydd med stöd av avtal och nationella varumärkesrätter.¹⁶⁹ Den närmare innebörden av dessa regler behandlas nedan på s 125 ff. Redan här kan det emellertid vara på sin plats att påpeka att det i förordning 83/83 rörande gruppundantag för vissa typer av återförsäljaravtal i enlighet med det nyss sagda föreskrivs att gruppundantag inte kan ifrågakomma när leverantören eller återförsäljaren utnyttjar immaterialrätter för att hindra tredje man från att inom återförsäljarens område sälja produkter som tredje man lagligen förvärvat på öppna marknaden, art 3 (d).

Som nyss omtalats är EG-domstolens motiveringar i de båda målen Centrafarm och Sterling Drug nästan identiska. På en iögonenfallande punkt skiljer de sig dock åt. I Sterling Drug-fallet uttalade domstolen att det är motiverat med hänsyn till patentskyddet att en patenthavare kan hindra import till en EG-stat dels av produkter som i en annan EG-stat inte kan patenteras och som där har tillverkats av tredje man utan tillstånd av patenthavaren, dels av produkter som i en annan EG-stat har tillverkats av en näringsidkare som där var innehavare av ett parallellt patent om de båda patenthavarna är juridiskt och ekonomiskt oberoende.¹⁷⁰ Motsvarande uttalande saknas i Centrafarm-målet. Av de i viss mån redan berörda Terrapin/Terranova-fallet¹⁷¹ framgår dock att detta inte får tas till intäkt för att en varumärkesinnehavare i en EG-stat saknar möjlighet att ingripa i motsvarande situationer.

Det tyska företaget Terranova Industrie C A Kapferer & Co hade de senaste 75 åren tillverkat och sålt fasadputs och var i hemlandet innehavare av de registrerade varumärkena TERRA, TERRA FABRIKATE och TERRANOVA. Bolaget förde talan mot Terrapin Ltd, ett engelskt företag som tillverkade och på den tyska marknaden sålde monteringsfärdiga hus under varumärket TERRAPIN, och gjorde gällande att sistnämnda företag gjorde sig skyldigt till varumärkesintrång. Tyska Bundesgerichtshof begärde tolkningsbesked från EG-domstolen som uttalade:

169. Se även mål 28/77, (1978) E.C.R. 1391 (= (1978) 3 C.M.L.R. 392), Tepea v. Commission samt härtill Fejøl, a a s 122 ff.

170. Se härom ovan s 53 f.

171. Mål 119/75, (1976) E.C.R. 1039 (= (1976) 2 C.M.L.R. 482), Terrapin v. Terranova Industries. Se härom bl a Beier, Objectives and Guiding Principles of the Future European Trade-mark Law, IIC 1977 s 6 ff, Fejøl, a a s 150 ff, Loewenheim, a a s 422 ff, Sprick, a a s 285 ff.

“It is compatible with the provisions of the EEC Treaty relating to the free movement of goods for an undertaking established in a Member State, by virtue of a right to a trade-mark and a right to a commercial name which are protected by the legislation of that State, to prevent the importation of products of an undertaking established in another Member State and bearing by virtue of the legislation in that State a name giving rise to confusion with the trade-mark and commercial name of the first undertaking, provided that there are no agreements restricting competition and no legal or economic ties between the undertakings and that their respective rights have arisen independently of another.”

Motsatt lösning skulle enligt domstolen underminera varumärkesrättens specifika innehåll.

Av avgörandet följer att innehavaren av ett varumärke i en EG-stat kan hindra import av produkter som härstammar från en näringsidkare i en annan EG-stat och som är försedda med ett förväxlingsbart varumärke. Från rent varumärkesrättsliga utgångspunkter är målets utgång självklar, eftersom tillåtligheten av import i en situation som den i Terrapin/Terranova-fallet aktuella skulle medföra att varumärket inte skulle kunna fylla funktionen att särskilja olika varor efter deras kommersiella ursprung. Att tillåta import skulle också ha stridit mot varumärkesrättens specific subject-matter sådan den definierats i Centrafarm-målet.

Den regel som framgår av Terrapin/Terranova-fallet vilar dock på två, sannolikt tre, förutsättningar. För det första tyder EG-domstolens motivering i Terrapin/Terranova-fallet på att en oberoende varumärkesinnehavare endast kan hindra import om de bägge märkena är förväxlingsbara även med hänsyn tagen till EG-rättens regler.¹⁷² För det andra anför EG-domstolen i sin motivering, men inte i själva tolkningsförklaringen, att import inte kan stoppas om den ifrågavarande varumärkesanvändningen bidrar till en artificiell marknadsuppdelning. Något exempel på när så skulle anses vara fallet anges dock ej. För det tredje gäller regeln att import kan hindras endast om ensamrätterna till de bägge varumärkena har uppkommit oberoende av varandra.

Sistnämnda villkor följer primärt av det mycket omdiskuterade Kaffee Hag-avgörandet från 1974.¹⁷³ Redan i det 1971 avgjorda Sirena-fallet¹⁷⁴ framträder dock en benägenhet att fästa vikt vid ursprunget hos de inblandade varumärkena.

172. Se härom ovan s 32 ff.

173. Mål 192/73, (1974) E.C.R. 731 (= (1974) 2 C.M.L.R 127), Van Zuylen Frères v. Hag.

174. Mål 40/70, (1971) E.C.R. 69 (= (1971) C.M.L.R 260), Sirena v. EDA. Se härom i nordisk litteratur Blok, a a s 279 ff, Fejø, a a s 132 ff, Lidgard, a a s 208 f, Stenberg, Studier i EG-rätt, 1974 s 296 f. I utländsk litteratur är avgörandet mycket omdiskuterat, se t ex Ullrich, The Impact of the Sirena Decision on National Trademark Rights, IIC 1972 s 193 ff och där anförd litteratur.

Det italienska företaget Sirena förvärvade 1937 rätten till varumärket PREP i Italien från det amerikanska bolaget Mark Allen. Efter överlåtelsen har inget vare sig ekonomiskt eller tekniskt samband förelegat mellan bolagen. Senare registrerade Sirena också andra varumärken innehållande bl a orden PREP GOOD MORNING under vilka Sirena sålde rakkräm. Mark Allen upplät vid okänd tidpunkt rätten att använda varumärket PREP i Tyskland till ett tyskt bolag som där sålde rakkräm under varumärket PREP GOOD MORNING. När det tyska bolaget genom en agent började exportera sin rakkräm till Italien förde Sirena talan om varumärkesintrång. Den italienska domstolen begärde tolkningsförklaring bl a rörande frågan hur art 85 påverkar rättsläget i en situation som den aktuella. EG-domstolen uttalade att innehavet av en varumärkesrätt inte i sig innebär att avtalskriteriet i art 85 är uppfyllt. När en varumärkesrätt utövas med stöd av ett avtal är det i stället omständigheterna i det enskilda fallet som avgör huruvida utövandet står i strid med art 85. EG-domstolens svar blev följande:

“Article 85 of the Treaty is applicable to the extent to which trademarks are invoked so as to prevent imports of products which originate in different Member States, and bear the same trade-mark by virtue of the fact that the proprietors have acquired it, or the right to use it, whether by agreements between themselves or by agreements with third parties.”

Av EG-domstolens svar framgår således att art 85 i sig är tillämplig på situationer av det slag som var aktuellt i Sirena-fallet. Huruvida import kan hindras beror därför på om omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att rekvisiten i art 85 är uppfyllda. Den domstol som mottog tolkningsförklaringen i Sirena-fallet uppges ha tolkat förklaringen så att den ifrågavarande importen inte kunde hindras.¹⁷⁵

I Sirena-målet var det således endast betydelsen av art 85 (och 86, se här om närmare nedan s 94 f) som var föremål för prövning. Det nyssnämnda Kaffee Hag-målet, som numer är det centrala, avgjordes däremot med stöd av reglerna om fria varurörelser.

Det tyska företaget Hag AG var ursprungligen innehavare av varumärket KAFFEE HAG för kaffe i bl a Tyskland, Belgien och Luxemburg. De belgiska och luxemburgska varumärkesrätterna överläts 1935 till ett helägt dotterföretag, Hag/Belgien. Efter andra världskriget konfiskerades detta bolags tillgångar i Luxemburg, däribland rätten till varumärket KAFFEE HAG, som fiendegendom. Efter ett antal överlåtelser kom rätten till varumärket KAFFEE HAG i Luxemburg att förvärfvas av firman Van Zuylen Frères. När det tyska företaget Hag AG började sälja kaffe i Luxemburg under sitt tyska varu-

175. de Bendetti, Trade Mark Rights in the European Economic Community: Evolution or Chaos? IIC 1973 s 93.

märke KAFFEE HAG gjorde Van Zuylen Frères gällande att detta utgjorde varumärkesintrång. Den nationella domstolen i Luxemburg begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen som bl a uttalade:

“To prohibit the marketing in one Member State of a product legally bearing a trade mark in another Member State for the sole reason that an identical trade mark, having the same origin, exists in the first State, is incompatible with the provisions for the free movement of goods within the Common Market.”

Eftersom det inte fanns något som helst juridiskt, finansiellt, tekniskt eller ekonomiskt samband mellan varumärkesinnehavarna var däremot tillämpligheten av art 85 utesluten.

EG-domstolens motivering är relativt knapphändig. Det huvudsakliga skälet till domstolens ställningstagande synes emellertid vara att motsatt ståndpunkt skulle möjliggöra en på innehavet av flera immaterialrätter grundad uppdelning av EG-marknaden.

Efter Kaffee Hag-målet står det således klart att en varumärkesinnehavare i en EG-stat inte med stöd av sin varumärkesrätt kan hindra import av produkter som i en annan EG-stat förts ut på marknaden av en annan näringsidkare som där är innehavare av ett identiskt varumärke om de båda varumärkesrätterna har ett gemensamt ursprung. Mot bakgrund av regelns motivering torde det härvid inte ha någon betydelse om varumärkesrätterna kommit i skilda händer genom ett vanligt överlåtelseavtal eller en konkurs i stället för en expropriation som i Kaffee Hag-målet.

Kaffee Hag-avgörandet har blivit mycket omdiskuterat och kritiserat både från varumärkesrättsliga och EG-rättsliga utgångspunkter.¹⁷⁶ Resultatet blir

176. Se i nordisk litteratur Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 444 ff, Dyekjær-Hansen, a a s 217 ff, Fejø, a a s 140 ff, Lidgard, a a s 210 f, Pehrson, a a s 329 ff, Rissanen, Varumärkena och deras betydelse, NIR 1977 s 25 f och i övrigt bl a Alexander, Some Comments on the Café Hag Judgement, (1974) C.M.L. Rev. 387 f, Brickman, Nationale Warenzeichen im Gemeinsamen Markt, MA 1974 s 380 ff, v Gamm, Die Auswirkung der Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht, GRUR Int 1975 s 185 ff, Heiseke, Warenzeichenrecht und EWG-Recht—Wohin führt der Weg?, WRP 1974 s 589 ff, Johannes, Zum "Kaffee hag"-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 111 ff, Kemp, The Erosion of Trade Mark Rights in Europe, (1974) C.M.L. Rev. s 360 ff, Kraft, Die Stellung des Europäischen Gerichtshofs zum Warenzeichen im Lichte des Hag-Urteils, GRUR Int 1975 s 283 ff, Ladas, The Court of Justice of the European Community and the Hag Case, IIC 1974 s 302 ff, Mak, Warenzeichen und der Gemeinsame Markt, GRUR Int 1975 s 122 ff, Martino, Erosion der nationalen Marken, MA 1974 s 419 ff, dens, Nochmals zum Hag-Urteil, MA 1975 s 356 ff, Mühlendahl, Unitary Character and Problems of Coexistence in the Future European Trademark System, IIC 1976 s 181 ff, Röttger, Die Behandlung der enteigneten deutschen Warenzeichen im Hag Urteil des Europäischen Gerichtshof, GRUR 1974 s 574 ff, Schwab, Der freie Verkehr von Markenwaren im Lichte der Rechtspre-

att i Luxemburg, och rimligen även i Tyskland,¹⁷⁷ kaffe med helt olika kommersiellt ursprung och därmed sannolikt även skilda egenskaper kan säljas under identiska varumärken. Varumärket kan därmed inte fylla sin särskiljningsfunktion, vilket är mycket olyckligt både från innehavar- och konsumentsynpunkt. Detta var EG-domstolen också medveten om, men domstolen anförde att information om varornas kommersiella ursprung kunde ske genom åtgärder som inte påverkade varornas fria rörlighet.¹⁷⁸ Domstolen tänkte sig förmodligen att Van Zuylen Frères kunde framhäva sitt firmanamn. Även om så sker på ett sådant sätt att firman observeras av de flesta konsumenter, är det dock långt ifrån uteslutet att dessa ändå tror att det föreligger något samband mellan de olika innehavarna av varumärkena KAFFEE HAG eller deras produkter.¹⁷⁹

Ett annat exempel på följderna av den regel som EG-domstolen uttalade i Kaffe Hag-målet är följande. Antag att ett företag A har varumärket X registrerat i ett antal EG-stater. Ett annat företag B förvärvar av A rätten till detta varumärke i en av dessa stater. Något senare ansöker ett tredje företag C om registrering av varumärket X i en annan av staterna. Registreringsmyndigheten vägrar därvid, under hänvisning till As varumärksrätt, att bevilja Cs ansökan. C förvärvar då istället av A rätten till varumärket X i ifrågavarande stat. Eftersom As, Bs och Cs varumärkesrätter har samma ursprung kan B inte hindra import av produkter som A och C sålt under varumärket X till den stat där B är innehavare av rätten till detta varumärke. Motsvarande gäller även för A och C. A kan givetvis gardera sig mot denna rättsföljd genom att inte överlåta några varumärkesrätter till B eller C. För de båda senare är det emellertid svårare. Det anförda exemplet visar att den som avser att förvärva en varumärkesrätt inom EG bör försäkra sig om dels att säljaren varken har överlåtit eller kan komma att överlåta en parallell varumärkesrätt avseende någon annan EG-stat till någon annan näringsidkare, dels att säljaren inte själv kommer att kunna använda varumärket heller i någon annan EG-stat än den som överlåtelsen avser.

Mer komplicerad blir situationen om C istället ansöker om registrering av det med varumärket X förväxlingsbara varumärket Xy. För att undvika att varumärket X kommer att åberopas som registreringshinder förvärvar C rätten till detta varumärke av A. Frågan blir nu om C med stöd av rätten till varumärket Xy kan hindra import av produkter som A och B säljer under varumärket X. Sannolikt är detta möjligt, eftersom det knappast kan hävdas att varumärket Xy har samma ursprung som de båda X-varumärkena.

chung der Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 73 ff, Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int 1975 s 291 ff, inlaga från Tyska föreningen för industriellt rättsskydd i GRUR 1975 s 65, resolution från tyska märkesvaruföreningen i MA 1974 s 537.

177. Samma åsikt bl a Blok, a a s 445. Motsatt åsikt bl a Röttger, a a s 578.

178. Domskäl 14.

179. Se om dylika problem, Beier, Trademark Conflicts in the Common Market: Can They Be Solved by Means of Distinguishing Additions?, IIC 1978 s 221 ff.

Som tidigare på flera ställen omtalats anser EG-domstolen att art 36 RomF tillåter undantag från regeln om fria varurörelser i den mån undantaget är för-svarligt med hänsyn till den ifrågavarande immaterialrättens specific subject-matter. Enligt min mening kan det emellertid diskuteras om EG-domstolens beslut i Kaffee Hag-målet verkligen står i överensstämmelse med den definition av varumärkesrättens specific subject-matter som domstolen senare givit i Centrafarm-målet. Där anges som framgått¹⁸⁰ att varumärkesrätten skall säkerställa att varumärkesinnehavaren har ensamrätt att första gången föra ut varor på marknaden under sitt varumärke. Det kaffe som Hag AG sålde i Luxemburg hade emellertid varken ursprungligen eller vid någon senare tidpunkt sålts av van Zuylen Frères vare sig i Luxemburg eller någon annanstans. Till följd av Kaffee Hag-målet har således van Zuylen Frères trots sin varumärkesrätt inte någon exklusiv rätt att först föra ut de produkter på marknaden som i Luxemburg säljs under varumärket KAFFEE HAG.

I tre senare avgöranden, som alla rör tillåtligheten av import av omförpackade och ommärkta produkter,¹⁸¹ har EG-domstolen utvecklat en regel om varumärkets väsentliga funktion ("essential function"), vilken i det första av dessa tre avgörandena angetts vara

"to guarantee the identity of the origin of the trade-marked product to the consumer or ultimate user, by enabling him without any possibility of confusion to distinguish that product from products which have another origin. This guarantee of origin means that the consumer or ultimate user can be certain that a trade-marked product which is sold to him has not been subject at a previous stage of marketing to interference by a third person, without the authorization of the proprietor of the trade-mark, such as to affect the original condition of the product."

Det citerade uttalandet tar primärt sikte på sådana situationer där tredje man vidtagit någon åtgärd med den ifrågavarande produkten eller dess förpackning. Det uttalas emellertid uttryckligen att varumärkets väsentliga funktion är att säkerställa att konsumenterna utan risk för förväxling kan särskilja varumärkesinnehavarens produkter från produkter med annat ursprung. Som ovan framgått är det just sådana förväxlingar som den regel som uttalas i Kaffee Hag-målet kan leda till. Utgången i detta mål står därför inte heller i samklang med vad EG-domstolen angett vara varumärkets väsentliga funktion.

180. Se ovan s 62.

181. Mål 102/77, (1978) E.C.R. 1139 (= (1978) 3 C.M.L.R. 217) Hoffmann-La Roche v. Centrafarm, mål 3/78, (1978) E.C.R. 1823 (= (1979) 1 C.M.L.R. 326), Centrafarm v. American Home Products resp mål 1/81, (1981) E.C.R. 2913 (= (1982) 1 C.M.L.R. 406), Pfizer v. Eurim-Pharm. Den särskilda ommärkningsproblematiken behandlas nedan s 71 ff.

EG-domstolen synes däremot anse att de nu nämnda disharmonierna inte har sitt ursprung i domstolens beslut i Kaffee Hag-målet, utan att de beror på att rätten till varumärket KAFFEE HAG i Luxemburg hade konfiskerats. I det senare avgjorda Terrapin/Terranova-fallet uttalade nämligen domstolen:

“It is the same (d v s att varumärkesinnehavaren i den stat till vilken import sker inte kan hindra denna, min anm) when the right relied on is the result of the subdivision, either by voluntary act or as a result of public constraint, of a trade-mark right which originally belonged to one and the same proprietor. In these cases the basic function of the trade-mark to guarantee to consumers that the product has the same origin is already undermined by the subdivision of the original right.”

EG-domstolen har självfallet rätt i att konfiskationer av varumärkesrättigheter är förkastliga från varumärkesrättslig synpunkt.¹⁸² Detta är emellertid inte någon ursäkt för att, på det sätt som EG-domstolen gjort, ytterligare förvärpa effekterna av konfiskationen.

Utgången i Kaffe Hag-målet harmonierar också mindre bra med EG-domstolens motiveringar i GEMA II-¹⁸³ och Merck-fallen.¹⁸⁴ I båda dessa fall anförde domstolen till stöd för standpunkten att rättighetsinnehavarna inte kunde kräva ytterligare royalty resp hindra import att innehavarna själva beslutat att marknadsföra de sedermera importerade produkterna i en annan EG-stat. I Kaffee Hag-fallet däremot hade rättighetsinnehavaren, d v s van Zuylen Frères, varken medverkat till eller haft möjlighet att hindra marknadsföringen av de importerade produkterna eller överlåtelsen av varumärket KAFFEE HAG.

Det måste dock konstateras att EG-kommissionen i Advocaat Zwarte Kip-ärendet¹⁸⁵ utan reservationer synes ha accepterat EG-domstolens ställningstagande i Kaffee Hag-fallet.

Ett holländskt företag, Van Olffen, var ursprungligen innehavare av varumärket ADVOKAAT ZWARTE KIP för likörer i Benelux-länderna. Genom ett avtal 1938 överlät Van Olffen rätten till varumärket ADVOKAAT ZWARTE KIP i Belgien och Luxemburg till ett belgiskt företag, Thissen. Efter ytterligare ett antal överlåtelser kom varumärkesrättigheterna i Belgien och Luxemburg att förvärfvas av det belgiska företaget Cinoco. En vinhandlare köpte av Van Olffen tillverkad likör av varumärket ADVOKAAT ZWARTE KIP i Holland

182. Se härom närmare Pehrson, a a s 332 f.

183. Mål 55 och 57/80, (1981) E.C.R. 147 (= (1981) 2 C.M.L.R. 44), Musik-Vertrieb Membran och K-tel v. GEMA. Se härom ovan s 41 ff.

184. Mål 187/80, (1981) E.C.R. 2063 (= (1981) 3 C.M.L.R. 463), Merck v. Stephar. Se härom ovan s 51 ff.

185. (1974) O.J. L 237/12 (= (1974) 2 C.M.L.R. D 79), Soenen-Bouckaert v. Cinoco & van Olffen.

och exporterade den till Belgien. Cinoco stämde vinhandlaren för varumärkesintrång. Sedan vinhandlaren förlorat i första instans anmälde han överlåtelseavtalet mellan Van Olffen och Thissen för EG-kommissionen. Kommissionen uttalade att överlåtelseavtalet, till den del det hindrade import av produkter märkta med varumärket ADVOKAAT ZWARTE KIP, stred mot reglerna om fria varurörelser. På grund härav och då rekvisiten i art 85 (1) var uppfyllda ansågs avtalet partiellt ogiltigt.

Det kan således konstateras att det finns goda skäl för EG-domstolen att ändra eller åtminstone modifiera regeln att en varumärkesinnehavare i en EG-stat inte med stöd av sin varumärkesrätt kan hindra import dit av produkter som i en annan EG-stat marknadsförts av en annan varumärkesinnehavare under ett identiskt varumärke om de båda varumärkesrätterna har ett gemensamt ursprung. Mot bakgrund av att domstolen i det 1982 avgjorda Nancy Kean-fallet¹⁸⁶ uttalat motsvarande regel såvitt gäller mönsterrätter synes dock en sådan ändring eller modifiering dessvärre osannolik.

Sammanfattningsvis synes således följande tre regler kunna fastställas:

1. Innehavaren av en varumärkesrätt kan inte med stöd av denna hindra import till en EG-stat av produkter som innehavaren själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat.
2. Innehavaren av en varumärkesrätt i en EG-stat kan med stöd av denna hindra import av produkter som i en annan EG-stat förts ut på marknaden under ett förväxlingsbart varumärke utan varumärkesinnehavarens tillstånd. Regeln gäller dock endast om märkena anses förväxlingsbara då hänsyn tagits till EG-rättens regler och sannolikt är regeln också begränsad till de situationer då varumärkesanvändningen inte bidrar (alternativt syftar) till en artificiell uppdelning av marknaden. Undantag måste vidare göras för den situation som anges i regel 3.
3. Innehavaren av en varumärkesrätt i en EG-stat kan inte hindra import av produkter som någon annan fört ut i en annan EG-stat under samma varumärke om de båda varumärkesrätterna har ett gemensamt ursprung.

3.1.4.1 Ommärknings- och ompackningssituationer

En typ av varumärkesrättsliga avgöranden som saknar motsvarighet för övriga

186. Mål 144/81, (1982) E.C.R. 2853 (= (1983) 2 C.M.L.R. 47), Keurkoop v. Nancy Kean Gifts. Se härom ovan s 57 ff.

immaterialrätters del (förutom firmarätten) är ommärknings- och ompackningsfallen. Enligt svensk rätt gäller att det inte är tillåtet att packa om en annan näringsidkares varor och därvid förse de nya förpackningarna med det varumärke varorna ursprungligen såldes under.

Denna regel illustreras bl a av det ovan nämnda Polycolor-fallet¹⁸⁷ som rör en närliggande situation. De i målet parallellimporterade varorna hade av importören försetts med nya bruksanvisningar vilka importören märkt med varumärkena POLYCOLOR resp POLYLOCK. Detta förfarande ansågs av högsta domstolen utgöra varumärkesintrång.

Motsvarande regel torde också gälla, i vart fall som huvudregel, i samtliga EG-staters interna varumärkeslagstiftningar.¹⁸⁸

EG-domstolen har hittills avgjort tre ompackningsfall, varav det första är det s k Hoffmann-La Roche-fallet.¹⁸⁹

Det schweiziska läkemedelsföretaget Hoffmann-La Roche är innehavare av varumärket VALIUM-ROCHE. Läkemedlet tillverkas i Tyskland på licens av Roche-Germany. I Storbritannien tillverkas och säljs VALIUM-ROCHE till ett betydligt lägre pris av ett engelskt dotterföretag till Hoffmann-La Roche. Centrafarm är ett holländskt företag i läkemedelsbranschen. Bolaget köpte VALIUM-ROCHE på den engelska marknaden samt förpackade om det och försedde det med nya bruksanvisningar på tyska i Holland. De nya förpackningarna och bruksanvisningarna märktes med kännetecknen VALIUM, ROCHE och CENTRAFARM. Förpackningarna importerades därefter till Tyskland av Centrafarms tyska dotterföretag. Hoffmann-La Roches tyska dotterföretag förde talan om varumärkesintrång. I tolkningsförklaringens domskäl anförde EG-domstolen att varumärkets väsentliga funktion är att garantera de märkta varornas kommersiella ursprung för de slutliga förbrukarna, genom att göra det möjligt för dem att särskilja varorna från produkter med annat ursprung. Detta medförde att de slutliga förbrukarna måste kunna vara säkra på att den märkta varan inte ändrats av tredje man. Domstolen uttalade därför:

“The proprietor of a trade-mark right which is protected in two Member States at the same time is justified pursuant to the first sentence of Article 36 of the EEC Treaty in preventing a product to which the trade-mark has lawfully been applied in one of those States from being marketed in

187. NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404). Se härom Bernitz, Åberopande av annans varumärke i marknadsföring, NIR 1981 s 48 ff.

188. Beier, The Doctrine of Exhaustion in EEC Trademark Law — Scope and Limits, IIC 1979 s 20 ff. I mål 102/77, (1978) E.C.R. 1139 (= (1978) 3 C.M.L.R. 217), det s k Hoffmann-La Roche-fallet ansåg dock EG-domstolen detta osäkert.

189. Se föregående not. Se härom bl a van Empel, Centrafarm Revisited, (1979) C.M.L. Rev. s 251 ff, Fejø, a s 154 ff.

the other Member State after it has been repacked in new packaging to which the trade-mark has been affixed by a third party.”

Domstolen anförde emellertid vidare att utnyttjandet av en varumärkesrätt för att hindra import av omförpackade varor kan innebära en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna och att utnyttjandet därför kommer i konflikt med art 36 om följande fyra villkor är uppfyllda:

- “— It is established that the use of the trade-mark right by the proprietor, having regard to the marketing system which he has adopted, will contribute to the artificial partitioning of the markets between Member States;
- It is shown that the repackaging cannot adversely affect the original condition of the product;
- The proprietor of the mark receives prior notice of the marketing of the repackaged product; and
- It is stated on the new packaging by whom the product has been repackaged.”

Det kan således konstateras att en näringsidkare som är innehavare av rätten till samma varumärke i två eller flera EG-stater kan hindra import till en av dessa stater av produkter som han själv har fört ut på marknaden i en annan EG-stat om importören i samband med importen har packat om produkterna och därvid på nytt försett dem med deras ursprungliga varumärke.

EG-domstolen gjorde i avgörandet den traditionella uppdelningen mellan en immaterialrätts existens och dess utövande och konstaterade härvid att art 36 RomF bara medger undantag från reglerna om fria varurörelser i den omfattning som krävs för att skydda rättighetens ”specific subject-matter”. För att besvara frågan om varumärkesrättens ”specific subject-matter” inkluderar en rätt att motsätta sig import av omförpackade och ommärkta varor utvecklade domstolen för första gången en princip om varumärkets väsentliga funktion (”essential function”). Som redan framgått¹⁹⁰ ansågs denna funktion vara att garantera ursprunget hos den märkta produkten genom att göra det möjligt för allmänheten att särskilja den utan att riskera att förväxla den med varor av annat ursprung. Allmänheten ansågs härigenom kunna vara säker på att produkten inte blivit föremål för något ingrepp av tredje man i ett tidigare skede av distributionsprocessen.

I EG-domstolens tolkningsförklaring angavs emellertid också att förhindrande av import på varumärkesrättslig grund av omförpackade och ommärkta produkter under vissa förutsättningar kan utgöra en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna, något som strider mot art 36 p 2 i RomF. Så

190. Se ovan s 69.

är, som framgår av referatet, fallet om de där återgivna fyra villkoren alla är uppfyllda.

Såvitt gäller innebörden av det första villkoret, d v s att varumärkesanvändningen inte får bidra till en artificiell marknadsuppdelning, bör redan här anmärkas att det har ifrågasatts om detta villkor endast tar sikte på åtgärder som har till syfte att på konstgjord väg uppdelna EG-marknaden eller om det är tillräckligt att åtgärden har denna effekt. Denna fråga kan dock ännu inte tas upp till behandling, eftersom även andra avgöranden av EG-domstolen har betydelse för svaret.

För att det skall vara fråga om en otillåten förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna krävs vidare att ompackningen inte ogynnsamt kan påverka egenskaperna hos de ompackade varorna. Som exempel på situationer där ompackningen kan vara tillåten nämnde domstolen dels när varan levereras i dubbla förpackningar och ompackningen bara berör den yttre förpackningen, dels när ompackningen sker under överinseende av någon offentlig myndighet.

EG-domstolens tolkningsförklaring i Hoffmann-La Roche-fallet medför att även sådana befogenheter som inryms både i varumärkesrättens ”specific subject-matter” och i varumärkets väsentliga funktion kan få ge vika om de kommer i konflikt med principen om fria varurörelser. Varucirkulationen mellan de olika EG-staterna är således i vissa fall friare än varucirkulationen inom en EG-stat, eftersom den senare i princip inte omfattas av Romfördragets regler.

Nästa avgörande av EG-domstolen rörande ompackning och ommärkning är det s k AHPC-fallet.¹⁹¹

American Home Products Corp (AHPC) var innehavare av varumärket SERESTA i Benelux-länderna och av varumärket SERENID D i Storbritannien. De läkemedel de båda varumärkena användes för hade samma medicinska effekt men skiljde sig åt bl a beträffande smaken. SERESTA och SERENID D tillverkades på licens i Holland resp Storbritannien av två dotterföretag till AHPC. Centrafarm köpte tabletter av märket SERENID D i England och sålde dem i Holland under varumärket SERESTA. På grund av den till EG-domstolen ställda frågans utformning kom domstolen att betrakta de bägge läkemedlen som identiska. I sitt svar uttalade domstolen:

“The proprietor of a trade-mark which is protected in one Member State is justified pursuant to the first sentence of Article 36 in preventing a product from being marketed by a third party even if previously that product has been lawfully marketed in another Member State under another mark held in the latter State by the same proprietor.”

191. Mål 3/78, (1978) E.C.R. 1823 (= (1979) 1 C.M.L.R. 326), Centrafarm v. American Home Products Corp. Se härom bl a van Empel, a a s 251, Fejøl, a a s 159 ff.

Domstolen tillade emellertid:

“Nevertheless such prevention may constitute a disguised restriction on trade between Member States within the meaning of the second sentence of Article 36 of the Treaty if it is established that the proprietor of different marks has followed the practice of using such marks for the purpose of artificially partitioning the markets.”

EG-domstolens motivering i AHPC-målet har stora likheter med dess motivering i Hoffmann-La Roche-fallet. Till utgångspunkt tas de tidigare fastlagda principerna om varumärkesrättens ”specific subject-matter” och varumärkets väsentliga funktion. Av dessa båda principer följer att det endast är en varumärkesinnehavare som har rätt att ge en vara en identitet genom att förse den med innehavarens varumärke. Den ursprungsfunktion som varumärket därmed fyller ansågs bli urholkad om tredje man gavs rätt att förse en konkurrents varor med dennes varumärke. Mot denna bakgrund ansåg EG-domstolen att innehavaren av ett varumärke (A) i en EG-stat kan hindra import till denna stat av varor som innehavaren själv sålt i en annan EG-stat under ett annat varumärke (B) om varorna därefter av importören åter försetts med sitt ursprungliga varumärke (A).

Som framgår av EG-domstolens svar gäller dock det sagda inte om det visas att en näringsidkare sålt identiska produkter under olika varumärken i skilda EG-stater i syfte att åstadkomma en artificiell marknadsuppdelning. I sådana fall gäller i stället att importen är tillåten. Några exempel på situationer där en sådan artificiell marknadsuppdelning skall anses föreligga angavs dock inte.

AHPCs marknadsföringsmetod utgör ett exempel på märkesdifferentiering, en företeelse som under 1970-talet utsatts för en hel del kritik, eftersom den av många ansetts oförmånlig från konsumentskyddssynpunkt.¹⁹² EG-domstolen anförde emellertid härom endast att det kan vara tillåtet för en näringsidkare att använda olika varumärken för identiska produkter i skilda EG-stater, men att en sådan metod kan ingå som ett led i ett system som syftar till en artificiell marknadsuppdelning. Motiveringen tyder på att märkesdifferentiering av sådan typ som användes av AHPC endast accepteras så länge den inte syftar till att åstadkomma en sådan marknadsuppdelning. Däremot torde det i detta sammanhang inte ha någon betydelse om märkesdifferentieringen ger upphov till några andra effekter som kan medföra nackdelar för allmänheten.

Det tredje och hittills senaste ompackningsavgörandet av EG-domstolen,

192. Se härom ingående Pehrson, a a s 91 ff, 451 ff m v h samt därtill Blok, Varemærker og forbrugerinteresser, NIR 1983 s 105 ff och Stuyck, Product Differentiation in Terms of Packaging, Presentation, Advertising, Trade Marks etc, 1983. Se från svensk praxis numer även MD 1981:4 (= NIR 1983 s 439), Electrolux.

det s k Vibramycin-fallet,¹⁹³ skiljer sig från de två andra ompackningsavgörandena på så sätt att importören formellt inte anbringade något varumärke på den nya förpackningen.

Det amerikanska företaget Pfizer sålde själv eller genom dotterföretag ett farmaceutiskt preparat under varumärket VIBRAMYCIN i flera EG-stater. Förpackningsstorleken var dock inte densamma i alla länder. Eurim-Pharm köpte VIBRAMYCIN i Storbritannien av Pfizers engelska dotterföretag och importerade preparatet till Tyskland. Preparatet var inneslutet i kapslar som i sin tur, hopfästade fem och fem, var förpackade i kartonger. För att uppfylla de tyska reglerna rörande marknadsföring av farmaceutiska preparat, packade Eurim-Pharm i samband med importen om de hopfästa kapslarna i mindre kartonger. Dessa bestod till viss del av en transparent plastfilm genom vilken varumärket VIBRAMYCIN och firmanamnet Pfizer på de hopfästade kapslarna syntes. På kartongerna angavs uttryckligen att preparatet förpackats av Eurim-Pharm. Pfizer ansåg att Eurim-Pharms åtgärder utgjorde varumärkesintrång. Landgericht Hamburg begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen som härvid uttalade:

“Article 36 of the Treaty must be interpreted as meaning that the proprietor of a trade-mark right may not rely on that right in order to prevent an importer from marketing a pharmaceutical product manufactured in another Member State by the subsidiary of the proprietor and bearing the latter's trade mark with his consent, where the importer, in re-packaging the product, confined himself to replacing the external wrapping without touching the internal packaging and made the trade mark affixed by the manufacturer to the internal packaging visible through the new external wrapping at the same time clearly indicating on the external wrapping that the product was manufactured by the subsidiary of the proprietor and re-packaged by the importer.”

Även i detta avgörande baserar sig EG-domstolens tolkningsförklaring på de tidigare utvecklade principerna om varumärkesrättens ”specific subject-matter” och varumärkets väsentliga funktion. EG-domstolen fann därvid att den i målet aktuella ompackningsmetoden inte kunde medföra någon försvagning av varumärkets funktion att känneteckna ett visst kommersiellt ursprung. Inte heller medförde ompackningen någon risk att produktens egenskaper påverkades. Mot denna bakgrund konstaterade EG-domstolen att en varumärkesinnehavare i en EG-stat inte med stöd av sin varumärkesrätt kan hindra tredje man från att till denna stat importera omförpackade exemplar av produkter som varumärkesinnehavarens dotterföretag under innehavarens varumärke fört ut på marknaden i en annan EG-stat om ompackningen begränsar sig till att tredje man öppnat produkternas yttre förpackningar och försett de inre

193. Mål 1/81, (1981) E.C.R. 2913 (= (1982) 1 C.M.L.R. 406), Pfizer v. Eurim-Pharm.

förpackningarna med nya ytterkartonger genom vilka det varumärke som finns på de inre förpackningarna är synligt. För att ompackningen och importen skall vara tillåten fordras enligt tolkningsförklaringen dessutom att tredje man på de yttre förpackningarna anger vem som ursprungligen marknadsfört produkterna och att tredje man packat om dem.

Enligt sin ordalydelse avser EG-domstolens tolkningsförklaring endast farmaceutiska produkter. Något skäl att i detta hänseende behandla ompackning och import av farmaceutiska produkter liberalare än ompackning av andra typer av produkter synes dock inte finnas. Det förefaller därför troligt att den av domstolen angivna regeln gäller alla slag av produkter.

De regler som EG-domstolen uttalat i sina tolkningsförklaringar i Hoffmann-La Roche- och AHPC-målen har båda varit försedda med ett på art 36 p 2 RomF baserat undantag för det fallet att användningen av de olika förpackningarna resp varumärkena utgjort ett led i en artificiell marknadsuppdelning. Ordalydelsen hos de bägge undantagsreglerna är dock olika. I Hoffmann-La Roche-fallet uttalade EG-domstolen att undantagsregeln att import av ompackade och ommärkta produkter är tillåten gäller om varumärkesanvändningen *bidrar* till en artificiell marknadsuppdelning. I AHPC-målet däremot angavs att undantaget endast omfattar de fall då användningen av olika varumärken är *avsedd* att åstadkomma en artificiell marknadsuppdelning. Denna olikhet tilldrog sig också uppmärksamhet i Vibramycin-fallet. Den nationella tyska domstolen begärde därför svar på en fråga om redan det förhållandet att varumärken används på ett sådant sätt att det bidrar till en artificiell marknadsuppdelning är tillräckligt för att art 36 p 2 RomF skall bli tillämplig, och således att importen inte kan hindras, eller om det därutöver även krävs att syftet med varumärkesanvändningen är att åstadkomma en sådan uppdelning. Eftersom EG-domstolen fann att varumärkesinnehavaren överhuvudtaget inte kunde hindra import i en sådan situation som den i Vibramycin-fallet aktuella behövde dock domstolen aldrig besvara denna fråga. Av generaladvokatens utlåtande framgår emellertid klart att denne anser att någon avsikt att åstadkomma en artificiell marknadsuppdelning inte behöver föreligga för att art 36 p 2 skall vara tillämplig. Avsteg härifrån gäller endast för den speciella situation som var föremål för bedömning i AHPC-fallet. I litteraturen finns dock även andra åsikter representerade. Röttger¹⁹⁴ å sin sida anser att såväl Hoffmann-La Roche- som AHPC-domen innebär att det undantag som följer av art 36 p 2 endast omfattar sådana situationer då varumärkesinnehavaren avser att artificiellt uppdelna marknaderna. Lysén däremot hävdar att undantagsregeln i art 36 p 2 är tillämplig både då varumärkesanvändningen faktiskt med-

194. Das Vibramycin-Urteil des Europäischen Gerichtshofs und die „verschleierte Beschränkung“ in Sinne des Art. 36 Satz 2 EWG-Vertrag, GRUR Int 1982 s 512 ff.

för en artificiell marknadsuppdelning, och då någon sådan effekt visserligen inte uppkommer men effekten ändå är åsyftad.¹⁹⁵ Med någon större säkerhet kan dock knappast något annat sägas än att rättsläget ännu är oklart.

Sammanfattningsvis torde således följande kunna konstateras.

1. En näringsidkare som är innehavare av rätten till samma varumärke i två eller flera EG-stater kan hindra import till en av dessa stater av produkter som näringsidkaren själv fört ut på marknaden i en annan stat om importören i samband med importen har packat om produkterna och därvid på nytt försett dem med deras ursprungliga varumärke.
2. Vad som sägs under 1 ovan om möjligheten att hindra import gäller dock inte
 - om det är fråga om produkter som är försedda både med yttre och inre förpackningar,
 - importören endast byter ut de yttre förpackningarna,
 - importören inte låter förse de nya yttre förpackningarna med varumärkesinnehavarens varumärke utan detta endast är synligt p g a att de nya yttre förpackningarna är genomskinliga samt
 - importören på de nya yttre förpackningarna anger vem som ursprungligen marknadsfört produkterna och vem som packat om dem.
3. Innehavaren av ett varumärke (A) i en EG-stat kan hindra import till denna stat av produkter som han själv sålt i en annan EG-stat under ett annat varumärke (B) om varorna därefter av importören åter försetts med sitt ursprungliga varumärke (A).
4. Vad som sägs under 1 och 3 ovan gäller inte om den ifrågavarande marknadsföringsmetoden utgör ett led i en artificiell marknadsuppdelning. Huruvida detta undantag endast omfattar de fall då metoden syftar till att åstadkomma en artificiell marknadsuppdelning eller om det är tillräckligt att metoden har denna effekt är emellertid oklart.

3.1.4.2 Avgränsningsavtal

Det är relativt vanligt att tvister uppkommer p g a att två näringsidkare oberoende av varandra har förvärvat rätt till förväxlingsbara varumärken i skilda stater och sedan båda utsträcker sin verksamhet till samma geografiska område. Dylika tvister biläggs inte sällan genom avtal enligt vilka de båda näringsidkarna antingen åtar sig att endast använda sina respektive varumärken inom

195. Lysén, Varumärken som konkurrensbegränsande medel — en komparativ betraktelse utifrån frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC, SvJT 1982 s 489 f.

olika områden eller överenskommer att varumärkena trots förväxlingsrisken får användas parallellt. Sådana avtal brukar i tysk litteratur kallas "Abgrenzungsvereinbarungen".¹⁹⁶ En tänkbar svensk benämning är avgränsningsavtal.

EG-kommissionen har i några fall inskridit mot sådana avtal med stöd av art 85 RomF. De ledande avgörandena är Sirdar/Phildar-,¹⁹⁷ Penneys-¹⁹⁸ och Toltecs/Dorcet-fallen.¹⁹⁹ Däremot föreligger ännu inte något avgörande från EG-domstolen.²⁰⁰

Kommissionens avgöranden är mycket kasuistiska och i viss mån motstridiga.²⁰¹ Utgångspunkten är att avgränsningsavtal är tillåtna. Av Penneys- och Toltecs/Dorcet-fallen framgår emellertid att grundläggande för kommissionens bedömning är att av alla tänkbara möjligheter att undvika kollisioner mellan förväxlingsbara varumärken så måste parterna i ett avgränsningsavtal välja den lösningen som sammantaget har de minsta konkurrensbegränsande verkningarna. Det står dock klart att denna regel i många fall inte ger någon närmare vägledning.

Omständigheterna i Sirdar/Phildar-fallet var följande. Det engelska företaget Sirdar Ltd var i flera stater innehavare av varumärket SIRDAR för bl a kläder. När det franska företaget Les Fils de Louis Mulliez, som var helt fristående i förhållande till Sirdar Ltd, ansökte om registrering av varumärket PHILDAR i Storbritannien gjorde Sirdar Ltd invändning och påstod att de bägge märkena var förväxlingsbara. En uppgörelse kom emellertid till stånd enligt vilken Les Fils de Louis Mulliez bl a åtog sig att inte använda varumärket PHILDAR för garn i Storbritannien och Sirdar Ltd åtog sig att inte använda varumärket SIRDAR för garn i Frankrike. Efter en interimistisk prövning fann kommissionen att dessa båda åtaganden stred mot art 85 (1) RomF och att de inte uppfyllde kraven för meddelande av 85(3)-förklaring. Kommissionens beslut överklagades till EG-domstolen. Innan domstolen hann avgöra fallet kom dock de båda bolagen överens om att annullera avtalet.²⁰²

Kommissionen ansåg således att ett åtagande av en varumärkesinnehavare att inte sälja sina varor under sitt vanliga varumärke i en viss EG-stat stred mot art 85 (1). Det förhållandet att det stod företaget fritt att sälja varorna under ett

196. Se om dylika avtal ingående Janoschek, Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, 1975.

197. (1975) O.J. L 125/27 (= (1975) 1 C.M.L.R. D 93).

198. (1978) O.J. L 60/19 (= (1978) 2 C.M.L.R. 100).

199. (1982) O.J. L 379/19 (= (1983) 1 C.M.L.R. 412).

200. Sedan detta skrevs har EG-domstolen avgjort Toltecs/Dorcet-fallet, mål 35/83, (1985) 2 C.M.L.R. 470. Se ovan s 34 not 65a.

201. Se till det följande Harte, Die Kartellrechtliche Beurteilung von Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, GRUR 1978 s 501 ff, särskilt s 504 ff.

202. Se notis i (1976) 1 C.M.L.R. D 93.

annat varumärke ansågs uttryckligen inte kunna leda till någon annan slutsats. Åtagandet ansågs inte heller kunna godtas på den grunden att det var föranlett av en önskan att förhindra användningen av förväxlingsbara varumärken.

I sitt ovan redan berörda beslut från 1982 rörande varumärkena TOLTECS och DORSET har dock kommissionen i viss mån modifierat sin uppfattning. Detta gäller särskilt betydelsen av att det enligt medlemsstaternas nationella varumärkeslagstiftningar inte är möjligt att använda de bägge varumärkena parallellt.

Det tyska företaget BAT var sedan 1970 i Tyskland innehavare av varumärket DORCET för bl a tobaksprodukter. Varumärket hade emellertid aldrig använts. 1973 inlämnade det holländska företaget Segers en internationell ansökan om registrering av varumärket TOLTECS SPECIAL för tobaksvaror m m i bl a Tyskland. Mot denna ansökan gjorde BAT invändning. Tvisten resulterade 1975 i ett avtal enligt vilket Segers bl a åtog sig att i Tyskland endast använda varumärket TOLTECS SPECIAL för en viss tobaksprodukt och BAT åtog sig att ta tillbaka sin invändning. Kommissionen fann att Segers åtagande innebar en konkurrensbegränsning. På grund härav och då kommissionen ansåg att det inte förelåg någon allvarlig risk för förväxling ansågs åtagandet strida mot art 85 (1) RomF.

Av beslutsmotiveringen framgår att kommissionen anser att sådana avtal mellan två varumärkesinnehavare som innebär att innehavaren av det yngre varumärket åtar sig att endast använda sitt märke på ett sådant sätt att allvarliga risker för förväxlingar är uteslagna inte anses innebära någon konkurrensbegränsning. Skälet härtill är att innehavaren av det äldre varumärket då enligt EG-domstolens beslut i Terrapin/Terranova-fallet²⁰³ har rätt att hindra användningen av det yngre kännetecknet. Som redan omtalats²⁰⁴ anser kommissionen att förväxlingsbedömningen härvid påverkas av EG-rättsliga regler och att den därför kan utfalla annorlunda än om bara nationella regler tillämpats. Åtaganden som går utöver vad som krävs för att förhindra allvarlig risk för förväxling torde däremot i normalfallet anses otillåtna såvida inte mer speciella skäl föranleder annat.

Ett exempel på en situation där domstolen ansåg sådana speciella skäl föreligga är Penney-fallet.

Det amerikanska företaget J C Penney var självt eller genom dotterföretag innehavare av ett antal olika varumärken i vilka ordet PENNEYS utgjorde dominant i samtliga EG-stater utom Storbritannien och Irland. I sistnämnda bå-

203. Mål 119/75, (1976) E.C.R. 1039 (= (1976) 2 C.M.L.R. 482).

204. Se ovan s 32 ff.

da stater innehades istället varumärket PENNEYS av olika medlemmar i den engelska ABF-gruppen. Denna var också innehavare av en parallell rätt till varumärket PENNEYS i Frankrike. Efter tvister i bl a Storbritannien och Irland (i Storbritannien ansågs härvid J C Penney ha bättre rätt till varumärket Penneys) ingick J C Penney och ABF-gruppen ett avtal enligt vilket gruppens medlemmar bl a åtog sig att inte i någon stat använda ordet PENNEYS som varumärke eller firma (med undantag för Irland där ordet fick användas som firma). Vidare skulle ABF-gruppens medlemmar överlåta vissa varumärkesrätter till J C Penney. I gengäld skulle J C Penney inte göra anspråk på ensamrätt till vissa andra varumärken. Kommissionen konstaterade inledningsvis att om något avtal inte hade kommit till stånd mellan J C Penney och ABF-gruppen så hade J C Penney inte kunnat använda varumärket PENNEYS i Frankrike och på Irland medan ABF-gruppens medlemmar inte hade kunnat använda varumärket i övriga EG-stater. Därefter anfördes att avtalet utgjorde en konkurrensbegränsning till den del det innefattade längre gående begränsningar av möjligheterna för ABF-gruppens medlemmar att använda varumärket PENNEYS än vad som följde av de nationella varumärkeslagstiftningarna. Konkurrensbegränsningen ansågs dock inte vara så allvarlig att den stod i strid med art 85 (1) RomF, eftersom ABF-gruppens medlemmar redan innan avtalet ingicks företrädesvis använde andra varumärken än PENNEYS och medlemmarna därför inte upparbetat någon goodwill kring detta märke samt det endast var på Irland som näringskännetecknen innehållande ordet PENNEYS användes i någon mer betydande omfattning och man genom avtalet fick en relativt lång tid för att avveckla denna känneteckensanvändning. Sedd tillsammans med övriga delar av överenskommelsen ansågs inte heller överlåtelserna till J C Penney av bl a rätten till varumärket PENNEYS i Frankrike innebära någon konkurrensbegränsning.

Av Penney-fallet torde den i sig relativt självklara slutsatsen kunna dras att ett åtagande att inte använda sitt varumärke inom ett visst geografiskt område normalt endast innefattar en konkurrensbegränsning om varumärket tidigare använts inom området i någon mer betydande omfattning och att det därför är bärare av en viss goodwill.

Avgränsningsavtal som inte innefattar några förpliktelser att helt avstå från att använda ett varumärke inom ett visst geografiskt område, utan som endast avser mer begränsade åtaganden, t ex att endast använda ett varumärke i ett visst typsnitt, en viss färg eller med ett visst tillägg torde i allmänhet inte anses innefatta någon konkurrensbegränsning. Situationen illustreras av Persil-ärendet.²⁰⁵

Det tyska företaget Henkel var innehavare av varumärket PERSIL i Tyskland, Belgien, Luxemburg, Nederländerna, Italien och Danmark medan olika medlemmar av Unilever-gruppen var innehavare av varumärket PERSIL i Storbri-

205. (1978) 1 C.M.L.R. 395.

tannien och Frankrike. Vissa av dessa märken hade samma ursprung. Trots att något formellt avtal härom aldrig ingåtts började Henkel och dess dotterföretag att använda röda bokstäver i sitt varumärke medan Unilever och dess dotterföretag använde gröna. Kommissionen anförde i sitt uttalande bl a följande:

“Even if these contacts between Henkel and Unilever amount to a concerted practice within the meaning of Article 85 (1), the Commission does not consider that the Treaty competition rules are violated. An agreement as to the appearance of trade marks aiming to ensure that there can be no confusion in the consumer’s mind about the difference between the relevant goods, with the result that they can then be traded in freely throughout the Community without either party having to give up the use of his well-established trade mark for certain products, is to be attributed to the preservation of the existence of the trade mark and is accordingly outside the prohibition in Article 85 (1).”

Sammanfattningsvis torde följande huvudregler kunna härledas ur kommissionens praxis:

1. Avtal som syftar till att undanröja kollisioner mellan förväxlingsbara varumärken måste ge uttryck för den lösning som sammantaget har de minsta konkurrensbegränsande verkningarna.
2. Åtaganden som inte innefattar andra förpliktelser än att avstå från sådan varumärkesanvändning som medför allvarliga risker för förväxlingar i EG-rättslig mening anses inte medföra någon konkurrensbegränsning.²⁰⁶ Hit hör bl a förpliktelser som endast går ut på att ett varumärke skall skrivas med ett visst typsnitt, återges i en viss färg eller förses med ett visst tillägg.
3. Förpliktelser som går utöver vad som krävs för att förhindra allvarliga risker för förväxlingar torde däremot i allmänhet anses vara konkurrensbegränsande. Undantag gäller dock bl a om det varumärke som förpliktelsern avser endast har använts i begränsad omfattning inom de geografiska område som förpliktelsern avser.

3.1.5 Regler mot slavisk efterbildning

Inom immaterial- och konkurrensrätten gäller i princip att det står en näringsidkare fritt att plagiera eller efterbilda immaterialrättsligt oskyddade produk-

206. Uppfattningen att EG-reglerna påverkar förväxlingsbedömningen har kritiserats ovan på s 34.

ter och andra prestationer. Slavisk efterbildning är med andra ord tillåten. I de flesta länder finns dock mer eller mindre långtgående undantag från denna regel. Härvid gäller i allmänhet att det inte är själva efterbildningen som sådan som är otillåten, utan det är det sätt på vilket efterbildningen sker som anses lagstridigt. I detta avsnitt redovisas i vilken mån en näringsidkare i en EG-stat kan hindra import av plagiat och andra efterbildningar som framställts i en annan EG-stat på ett sätt som strider mot lagstiftningen om otillbörlig konkurrens i importlandet. Däremot berörs inte annat än mycket perifert möjligheterna att av andra skäl hindra import med stöd av reglerna om otillbörlig konkurrens.

Svensk rätt erbjuder relativt små möjligheter att hindra plagiering av immaterialrättsligt oskyddade produkter och prestationer.²⁰⁷ Det är immaterialrättslagstiftningen som ensam drar upp gränserna både för vilka objekt som överhuvudtaget kan erhålla rättsligt skydd och för skyddets omfattning. Marknadsföringslagen skall inte i något av dessa båda hänseenden innebära någon utvidgning. Detta gäller oavsett om efterbildningen skett på ett sätt som etiskt framstår som särskilt klandervärt. Däremot är det möjligt att ingripa om en efterbildning marknadsförs på ett sådant sätt att allmänheten vilseleds om dess kommersiella ursprung. Härav följer att möjligheterna att ingripa är begränsade till efterbildningar av sådana varuutstyrselar som av konsumenterna uppfattas ha ett särskilt kommersiellt ursprung.

Pariskonventionen, som har undertecknats såväl av Sverige som samtliga EG-stater, ålägger medlemsstaterna att tillförsäkra de personer och företag som tillhör en sådan stat ett verksamt skydd mot handlingar som kan framkalla förväxlingar med en konkurrents företag, varor eller verksamhet, art 10 bis. I flera EG-stater finns också betydligt större möjligheter än i Sverige att ingripa mot slavisk efterbildning, t ex i Danmark,²⁰⁸ Frankrike²⁰⁹ och Tyskland²¹⁰. I Storbritannien är det under vissa förutsättningar möjligt att agera mot försäljningen av efterbildningar genom s k ”passing off”-talan.²¹¹ Reglerna om tillåt-

207. Se härom särskilt Bernitz Marknadsföringslagen och kännetecknesskyddet, NIR 1975 s 179 ff, Levin, Formskydd 1984 s 380 ff, Pehrson, a a s 126 ff, 188 ff, 300 ff, dens i NIR 1983 s 530 ff, alla med vidare hänv.

208. Se särskilt Koktvedgaard, Immaterialretspositioner, 1965 s 323 ff, Krüger-Andersen, Markedsføringsret, 1978 s 265 f, 281 ff, Levin, a a s 361 ff, Pehrson, Varumärken från konsumentens synpunkt, 1981 s 130 ff.

209. Se t ex Koktvedgaard, a a s 333 ff, Levin, a a s 119 ff, Ulmer-Kaßer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band IV Frankreich, 1967 s 244 ff.

210. Se t ex Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12 uppl, 1978, § 1 anm 379 ff, Koktvedgaard, a a s 335 ff, Levin, a a s 220 ff, Pehrson, a a s 138 ff, Ulmer-Reimer, Das Recht des Unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III Deutschland, 1968 s 190 ff.

211. Se t ex Copinger-Scone James on Copyright, 12 uppl 1980 s 327 ff, Cornish, a a s 473 ff, Koktvedgaard, a a s 342 ff, Levin, a a s 149 ff samt ovan s 60 f.

ligheten av efterbildningar är i de flesta stater mycket vaga och därför svåra att tillämpa, vilket gör att det inte är möjligt att redovisa dem i detta sammanhang.

Hittills har EG-domstolen endast en gång haft tillfälle att ta ställning till huruvida en näringsidkare kan ingripa mot import av efterbildade produkter, det 1982 avgjorda Beele-fallet.²¹²

Beele var ensamförsäljare i Holland av en svensk kabeltrumma, MCT. Genom det holländska företaget Industrie Diensten Group såldes i Holland också tysktillverkade kabeltrummor av märket SVT. Dessa kabeltrummor var så gott som identiska med de svenska MCT-trummorna. Beele stämde Industrie Diensten Group och gjorde gällande att försäljningen av SVT-trummorna stred mot den holländska lagstiftningen mot illojal konkurrens. Den holländska domstolen begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen rörande frågan om det är möjligt att meddela förbud mot försäljning av efterbildade produkter i ett fall som det aktuella. EG-domstolen uttalade härvid:

“The rules of the EEC Treaty on the free movement of goods do not prevent a rule of national law which applies to domestic and imported products alike, from allowing a trader, who for some considerable time in the Member State concerned has marketed a product which differs from similar products, to obtain an injunction against another trader restraining him from continuing to market in that Member State a product coming from another Member State in which it is lawfully marketed but which for no compelling reason is almost identical to the first-mentioned product and thereby needlessly causes confusion between the two products.”

Till skillnad från vad som varit fallet i EG-domstolens immaterialrättsavgöranden gällde det således här inte om det var möjligt att förbjuda själva importen av de ifrågavarande produkterna, utan om det var möjligt att förbjuda försäljningen av dem i importlandet.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis i sin motivering av ett förbud att i en EG-stat marknadsföra slaviska efterbildningar som förts ut på marknaden i en annan EG-stat i princip faller under art 30 RomF. Därmed är emellertid inte sagt att meddelandet av sådana förbud strider mot reglerna om fria varurörelser. Domstolen anknöt här till tidigare utvecklade principer²¹³ och anförde:

“that in the absence of common rules relating to the production and marketing of products, obstacles to movement within the Community resulting from dis-

212. Mål 6/81, (1982) E.C.R. 707 (= (1982) 3 C.M.L.R 102), Industrie Diensten Groep v. J.A. Beele Handelsmaatschappij. Se härom Handoll, a s 49 ff.

213. Se ovan s 17 ff.

parities between national legislation must be accepted in so far as such legislation, applying without discrimination to both domestic and imported products, may be justified as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the protection of consumers and fairness in commercial transactions. Therefore the protection against imitation provided in the way described in the judgement making the reference for a preliminary ruling must be examined to determine whether it meets those conditions.”²¹⁴

Dessa villkor ansågs samtliga vara uppfyllda. Såvitt gällde diskrimineringsrekvisitet anförde EG-domstolen att det måste antas att de nationella domstolarna tillämpar reglerna om slavisk efterbildning lika oavsett om det är fråga om nationella eller utländska produkter. Enligt holländsk rätt kan ingrepp ske mot sådana efterbildningar som kan ge upphov till vilseledanden. EG-domstolen konstaterade att sådana regler skyddar konsumenterna samtidigt som vederhäftig marknadsföring främjs. Att reglerna fyller tvingande krav ansågs vidare framgå av att de harmonierar med de principer som ligger till grund för art 10 bis ParisK.²¹⁵ Inte heller ansågs reglerna mer långtgående än vad de tvingande kraven motiverar.

Det kan således konstateras att principen om fria varurörelser inte hindrar att en näringsidkare som under en beaktansvärd tid sålt en viss produkt i en EG-stat utverkar ett förbud mot försäljning av identiska eller nästan identiska varor som härstammar från en annan EG-stat där de av en annan näringsidkare lagligen förts ut på marknaden, om likheten mellan produkterna inte är framtvingad av deras funktion eller ekonomiska tillverkning och likheten därför onödigtvis ger upphov till förväxlingar. Däremot följer inte av Beele-fallet att även andra längre gående förbud mot slavisk efterbildning är acceptabla.

Som tidigare angivits är inte avsikten med detta avsnitt att mer generellt redogöra för i vilken mån det är möjligt att hindra import till en EG-stat med stöd av nationella regler mot otillbörlig konkurrens. För att ge en mer fullständig bild bör dock ytterligare två avgöranden något beröras, nämligen Beguelin-fallet²¹⁶ och det redan tidigare omtalade Dansk Supermarked-fallet.²¹⁷

Omständigheterna i Beguelin-fallet var följande. Ett belgiskt företag, Beguelin/Belgien, hade förvärvat ensamrätt att sälja cigarrettändare av märket WIN

214. Domskal 7.

215. Detta är särskilt intressant för svenskt vidkommande, eftersom den officiella inställningen i Sverige är att svensk rätt uppfyller de krav som följer av art 10 bis trots att det i Sverige finns betydligt mindre möjligheter att ingripa mot slavisk efterbildning än i Holland.

216. Mål 22/71, (1971) E.C.R. 949 (= (1972) C.M.L.R. 81), Beguelin Imports v. G L Import Export.

217. Mål 58/80, (1981) E.C.R. 181 (= (1981) 3 C.M.L.R. 590), Dansk Supermarked v Imerco. Se härom ovan s 40 f och s 63.

i Belgien och Frankrike. Beguelin/Belgien överlät i sin tur återförsäljarrätten avseende Frankrike till ett dotterföretag Beguelin/Frankrike. I Tyskland innehades ensamrätten att sälja cigarettändarna av ett tyskt företag. Ett franskt företag, G L Import Export, lyckades förvärva ett parti cigarrettändare som var avsett för den tyska ensamförsäljaren och sålde partiet i Frankrike. De båda Beguelin-företagen stämde G L Import Export och gjorde gällande att dess försäljning utgjorde otillbörlig konkurrens. EG-domstolen yttrade i sin tolkningsförklaring att art 85 RomF är tillämplig på exklusiva återförsäljaravtal som

“de jure or de facto (it) prevent(s) the distributor from re-exporting the products in question to other Member States or prevent(s) the products from being imported from other Member States into the protected area and from being distributed therein by persons other than the exclusive dealer or his customers.”

Vidare tillade domstolen:

“The latter condition is satisfied in particular in cases where, owing to the combined effects of the agreement and of national legislation on unfair competition, the exclusive dealer is able to prevent parallel imports from other Member States into the territory covered by the agreement.”

Bakgrunden till Dansk Supermarked-fallet framgår av referaten på s 40 f och 63. Utöver vad som där omtalas gjorde Imerco gällande att Dansk Supermarkeds försäljning av det ifrågavarande porslinet stred mot den danska marknadsföringslagen. EG-domstolen yttrade i sin tolkningsförklaring att art 30 RomF måste anses innebära:

“That the importation into a Member State of goods lawfully marketed in another Member State cannot as such be classified as an improper or unfair commercial practice, without prejudice however to the possible application of legislation of the State of importation against such practices on the ground of the circumstances or methods of offering such goods for sale as distinct from the actual fact of importation; and That an agreement between individuals intended to prohibit the importation of such goods may not be relied upon or taken into consideration in order to classify the marketing of such goods as an improper or unfair commercial practice.”

Av Dansk Supermarked-fallet framgår således att art 30 RomF inte hindrar ingrepp med stöd av nationell konkurrenslagstiftning mot marknadsföring av varor som importerats från en annan EG-stat om marknadsföringen sker på ett sätt som är otillbörligt. Detsamma gäller även enligt art 85. Däremot strider det både mot art 30 och art 85 att med stöd av konkurrenslagstiftningen förbjuda import av vissa produkter endast av den orsaken att importen strider mot ett avtal, t ex ett åtagande att inte sälja de ifrågavarande produkterna i en viss EG-stat eller ett exklusivt återförsäljaravtal.

En viktig skillnad mellan Beguelin- och Dansk Supermarked-fallen å ena si-

dan och Beele-fallet å den andra är således att det i de båda förstnämnda fallen var tillåtligheten av själva importen som ifrågasattes, eftersom denna var avtalsstridig, medan det i Beele-fallet var marknadsföringen av efterbildningen som ansågs otillbörlig och därmed lagstridig. En annan viktig skillnad mellan de tre fallen är att de produkter som såldes av de bägge parterna i Beele-fallet inte hade något gemensamt ursprung medan detta var fallet både i Beguelin- och Dansk Supermarked-avgörandet.

3.2 Import till en EG-stat från en icke EG-stat

Vad som anförs i avsnitt 3.1 avser som framgår av avsnittets rubrik endast handel mellan olika EG-stater. I det följande behandlas i stället vilka regler som gäller vid import av immaterialrättsligt skyddade produkter till en EG-stat från en icke EG-stat. Härvid bör emellertid skillnad göras mellan de fall då det är fråga om import till EG från en stat med vilken någon av de tre gemenskaperna tecknat frihandelsavtal av den typ som gäller mellan EFTA-staterna och EEC och de fall då det är fråga om import till en EG-stat från en stat som inte har ingått något sådant avtal. I detta avsnitt kommer endast den sistnämnda typen av fall att behandlas medan de regler som gäller vid handel mellan Sverige och andra EFTA-stater å ena sidan och EG å den andra redovisas i kap 5.

Både i art 30 och i art 36 RomF anges uttryckligen att artiklarna endast är tillämpliga på åtgärder som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Likaså är art 85 RomF bara tillämplig på överenskommelser, beslut eller samordnade förfaranden som är ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det ligger därför nära till hands att anta att Romfördragets regler överhuvudtaget inte har någon betydelse för möjligheten att på immaterialrättslig grund hindra import till EG från icke EG-stater. Detta är emellertid i vissa hänseenden en förhastad slutsats vilket framgår av EG-domstolens avgöranden i de tre parallella EMI/CBS-avgörandena.²¹⁸

EMI var innehavare av varumärket COLUMBIA för grammofonskivor i alla EG-stater utom Frankrike där varumärkesrätten istället innehades av ett dotterföretag. I USA innehades däremot varumärkesrätten av CBS. Samtliga varumärkesrätter kunde härledas till det amerikanska företaget Columbia Pho-

218. Mål 51/75, (1976) E.C.R. 811 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), EMI Records Ltd v. CBS U.K. Ltd (tolkningsförklaring till High Court of Justice, London), mål 86/75, (1976) E.C.R. 871 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), EMI Records Ltd v. CBS Grammofon A/S (tolkningsförklaring till Sø- og Handelsretten, Köpenhamn) samt mål 96/75, (1976) E.C.R. 913 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), EMI Records Ltd v. CBS Schallplatten GmbH (tolkningsförklaring till Landgericht Köln). Det nationella danska avgörandet finns refererat i NIR 1979 s 355.

nograph Company General. EMI gjorde gällande att CBS export av grammo-fonskivor av märket COLUMBIA från USA till Storbritannien, Danmark och Tyskland utgjorde intrång i EMI:s varumärkesrätter i dessa länder. De nationella domstolarna begärde tolkningsförklaringar av EG-domstolen avseende hur reglerna om fria varurörelser och konkurrensbegränsning skall tolkas i ett fall som det föreliggande. Som svar uttalade EG-domstolen bl a följande:

“The principles of Community law and the provisions on the free movement of goods and on competition do not prohibit the proprietor of the same mark in all the Member States of the Community from exercising his trade-mark rights, recognized by the national laws of each Member State, in order to prevent the sale or manufacture in the Community by a third party of products bearing the same mark, which is owned in a third country, provided that the exercise of the said rights does not manifest itself as the result of an agreement or of concerted practices which have as their object or effect the isolation or partitioning of the common market.”

Enligt sin ordalydelse tar således tolkningsförklaringen endast sikte på sådana fall då det är fråga om att hindra import på varumärkesrättslig grund och samma företag eller koncern dessutom är innehavare av rätten till det ifrågavarande varumärket i samtliga EG-stater.

Som framgår av referatet hade EMIs och CBSs varumärken samma ursprung. Enligt den regel som EG-domstolen utvecklade i Kaffe Hag-målet²¹⁹ skulle därför EMI inte ha kunnat hindra importen om det varit fråga om en EG-intern transaktion. EG-domstolen ansåg emellertid att

“the exercise of a trade-mark right in order to prevent the marketing of products coming from a third country under an identical mark, even if this constitutes a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction, does not affect the free movement of goods between Member States and thus does not come under the prohibitions set out in Article 30 *et seq.* of the Treaty.”²²⁰

Mot denna bakgrund är det naturligt att EG-domstolen ansåg att reglerna om fria varurörelser inte hindrar den som är innehavare av ett varumärke i samtliga EG-stater från att motsätta sig import till en av dessa stater från en icke EG-stat av produkter som är försedda med ett varumärke som är identiskt med innehavarens eget och som har samma ursprung som detta.

Som framgått av avsnitt 3.1.4 följer av reglerna om fria varurörelser att innehavaren av ett varumärke i en EG-stat inte med stöd av sin varumärkesrätt kan hindra import till denna stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i sistnämnda stat. Mot bakgrund av

219. Se ovan s 66 ff.

220. Domskäl 10.

att reglerna om fria varurörelser endast avser transaktioner mellan olika EG-stater medan handeln mellan EG och omvärlden regleras av art 110 RomF samt EG-domstolens ovan citerade uttalande står det klart att motsvarande inte gäller när det är fråga om import till en EG-stat från en icke EG-stat. Innehavaren av rätten till samma varumärke i samtliga EG-stater kan således hindra import från en icke EG-stat till EG av produkter som förts ut på marknaden av innehavaren själv eller av någon som haft hans tillstånd.²²¹ En annan sak är att den nationella varumärkeslagstiftningen normalt inte ger upphov till någon möjlighet att hindra import i sådana fall.

Till skillnad från vad som gäller enligt reglerna om fria varurörelser ansåg EG-domstolen att det kan strida mot art 85 (1) RomF att med stöd av en varumärkesrätt hindra import i en situation som den i EMI/CBS-avgörandet aktuella. Så är fallet om importförbudet syftar till eller har till följd att EG-marknaden isoleras eller uppdelas. Dessutom fordras givetvis att de särskilda rekvisit som anges i art 85 (1) är uppfyllda. Några exempel på situationer där artikeln skulle vara tillämplig gav EG-domstolen dock ej.

EMI/CBS-fallet avser endast möjligheten att på varumärkesrättslig grund hindra import. Utgången baserar sig dock inte till någon del på specifikt varumärkesrättsliga överväganden. Några skäl att i här aktuellt hänseende behandla andra immaterialrätter på ett avvikande sätt synes inte heller finnas. Den regel tolkningsförklaringen ger uttryck för torde därför gälla samtliga immaterialrätter.²²²

Tolkningsförklaringen avser vidare endast den situationen att samma företag eller koncern är innehavare av parallella immaterialrätter i samtliga EG-stater. I praktiken torde det emellertid vara betydligt vanligare att immaterialrättsinnehavet är begränsat till vissa EG-stater. Frågan blir då om detta förhållande påverkar de regler som ovan angivits. Svaret torde vara nekande. De omständigheter som medför att ett företag som är innehavare av parallella immaterialrätter i samtliga EG-stater kan hindra import föreligger i lika hög grad när det är fråga om ett företag som endast är innehavare av parallella immaterialrätter i vissa EG-stater. Den förhärskande åsikten synes också vara att även den vars immaterialrättsinnehav är begränsat till vissa EG-stater kan hindra import till en av dessa från en icke EG-stat av produkter som innehavaren själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden utanför EG.²²³

Mer komplicerad blir situationen i följande fall. Antag t ex att ett företag F1, som är innehavare av rätten till samma varumärke i fyra EG-stater, självt

221. Hefermehl-Fezer, a a s 154.

222. Guy-Leigh, a a s 151.

223. Gulmann, a a s 210 f, Hefermehl-Fezer, a a s 154, Winkel, Die Grundsätze des freien Warenverkehrs im Verhältnis zu Drittländern, NJW 1977 s 1994 ff.

eller genom en licenstagare sålt varor under ifrågavarande varumärke i en icke EG-stat. Ett annat företag F2 önskar nu importera dessa produkter till EG-stat A. Detta visar sig emellertid omöjligt, eftersom detta skulle strida mot F1:s varumärkesrätt. F2 för då i stället in varorna i EG-stat B där F1 ej åtnjuter varumärkesskydd. Frågan blir nu om F1 kan hindra F2 från att sälja produkterna vidare från stat B till stat A eller om detta skulle strida mot reglerna om fria varurörelser, eftersom det nu är fråga om en EG-intern transaktion. Motsvarande fråga kan för övrigt även uppkomma om F1 är innehavare av samma varumärke i samtliga EG-stater men varumärkesrätten i någon av dessa inte innefattar någon möjlighet att hindra import. EG-domstolens tolkningsförklaringar i Centrafarm- och Imerco-fallen²²⁴ avser enligt sina ordalydelser endast den situationen då de sedermera importerade varorna förts ut på EG-marknaden med varumärkesinnehavarens tillstånd. Trots detta synes i exemplet ovan F1 inte kunna hindra att de till EG-stat B importerade varorna säljs vidare till EG-stat A.²²⁵ Reglerna om fria varurörelser är nämligen även tillämpliga på varor som har sitt ursprung utanför EG om de i samband med import till någon EG-stat genomgått föreskrivna tullformaliteter samt erforderliga tullar och avgifter har erlagts, art 10 RomF. Härav följer att så snart F2 importerat produkterna till EG-stat B så blir reglerna för EG-interna transaktioner tillämpliga.

Nu nämnda regler innebär uppenbarligen att det många gånger kan framstå som jämförelsevis föga värt att inneha en immaterialrätt endast i vissa EG-stater. I litteraturen har också Bellis²²⁶ argumenterat för att den vars immaterialrättsinnehav endast omfattar några EG-stater skall kunna hindra import till en av dessa från EG-stater där skydd ej föreligger om produkterna införts till någon av sistnämnda stater utan immaterialrättsinnehavarens tillstånd. Som motiv härför anför Bellis att de regler rörande import av immaterialrättsligt skyddade produkter som EG-domstolen utvecklat baserar sig på att det är immaterialrättsinnehavaren själv som fört ut produkterna på marknaden i den EG-stat varifrån de exporteras. Bellis hävdar också att den av honom förordade regeln inte kan ge upphov till någon uppdelning av den gemensamma marknaden. Enligt min åsikt låter sig dock Bellis tolkning knappast förenas med reglerna i art 9 p 2 och 10 p 1 RomF. Det kan inte heller råda någon tvekan om att den regel Bellis förespråkar kommer att påverka handeln mellan de stater där immaterialrättsskydd föreligger resp saknas. Detta hindrar dock inte att det finns immaterialrättsliga och rättspolitiska skäl som talar för Bellis ståndpunkt.

224. Mål 16/74, (1974) E.C.R. 1183 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480) resp 58/80, (1981) E.C.R. 181 (= (1981) 3 C.M.L.R. 590). Se härom ovan s 61 f resp s 40 f, 63 och 86.

225. Gulmann, a a s 210 ff, Hefermehl-Fezer, a a s 154, Winkel, a a s 1994 ff.

226. After Polydor — The Territoriality of the Community Doctrine of Exhaustion of Industrial Property Rights, 16 Swiss Review of International Antitrust Law s 26 f (October 1982).

3.3 Sammanfattning. Vissa gemensamma regler

Av redogörelsen i detta kapitel framgår att EG-domstolens tolkningsförklaringar genomgående är begränsade till att avse den eller de immaterialrätter som är aktuella i målet. Trots detta står det klart att flera av de regler som utbildats rörande möjligheterna att på immaterialrättslig grund hindra import är gemensamma för samtliga immaterialrätter. Detta gäller först och främst följande två regler:

1. Innehavaren av en immaterialrätt kan inte motsätta sig import av produkter som innehavaren själv eller någon som haft dennes tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat.²²⁷
2. Innehavaren av en immaterialrätt kan med stöd av denna hindra import till en EG-stat av produkter som i en annan EG-stat förts ut på marknaden utan immaterialrättsinnehavarens tillstånd. Undantag gäller dock för den situation som avses i regel 4 nedan. Vidare torde fordras att de importerade produkterna faller under den ifrågavarande immaterialrätten även då hänsyn tagits till EG-rättens regler samt att importförbudet inte bidrar, alt syftar till, en artificiell marknadsdelning.^{227a}

Även vissa andra av de regler som EG-domstolen givit uttryck för måste emellertid anses vara tillämpliga på samtliga immaterialrätter. Av grundläggande betydelse i detta sammanhang är att EG-domstolen, trots diskussionerna om de olika immaterialrätternas "specific subject-matter", i mycket begränsad utsträckning baserat sina avgöranden på specifikt immaterialrättsliga överväganden. Istället är det innebörden av och syftet med reglerna om fria varurörelser som primärt varit avgörande.²²⁸

Av Merck-fallet²²⁹ framgår för patenträttens del uttryckligen att innehavaren av ett patent i en EG-stat inte kan hindra import av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat där patentskydd saknades. Motsvarande torde även gälla för övriga immaterialrätters del, eftersom de skäl som EG-domstolen åberopade till stöd för

227. Förutom att denna regel fastslagits för varje immaterialrätt för sig framgår den av mål 144/81, (1982) E.C.R. 2853 (= (1983) 2 C.M.L.R. 47), *Keurkoop v. Nancy Kean*, domskäl 25. Se även mål 55 och 57/80, (1981) E.C.R. 147 (= (1981) 2 C.M.L.R. 44), *Musik-Vertrieb Membran och K-tel v. GEMA*, domskäl 12 och 13, där det anförts att det inte finns någon anledning att göra skillnad mellan upphovsrätter och övriga immaterialrätter i det hänseende som var aktuellt i målet.

227a. Se ovan s 32 ff resp 65.

228. Gotzen, *Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art 30—36 des EWG-Vertrags*, GRUR Int 1984 s 150 ff.

229. Mål 187/80, (1981) E.C.R. 2063 (= (1981) 3 C.M.L.R. 463), *Merck v. Stephar*. Se härom ovan s 51 ff.

sin tolkning inte är av specifikt patenträttslig karaktär.²³⁰ Före domen i Merck-fallet har visserligen för upphovsrättens del hävdats att text innehavaren av en upphovsrätt i Tyskland, där upphovsrätten varar 70 år post mortem, kan hindra import dit av verksexemplar som han själv fört ut på marknaden i en annan EG-stat där skyddstiden löpt ut.²³¹ Trots detta torde emellertid följande kunna fastställas:

3. Regel 1 ovan gäller oavsett om de produkter som importeras till en EG-stat omfattas av en parallell immaterialrätt i den andra EG-stat där de först förts ut på marknaden.

En annan regel som bara kommit till uttryck för en immaterialrätt är den som framgår av Kaffee Hag-målet²³² och som innebär att den som är innehavare av en varumärkesrätt i en EG-stat inte med stöd av denna kan hindra import av produkter som innehavaren av samma varumärke i en annan EG-stat fört ut på marknaden i denna, om de bägge varumärkesrätterna har samma ursprung. Som framgått ovan har denna regel utsatts för massiv kritik. Trots detta är det sannolikt att regeln gäller samtliga immaterialrätter. Härför talar särskilt att den möjlighet att hindra import på mönsterrättslig grund som domstolen uttalade i Nancy Kean-fallet²³³ endast gäller sådana situationer då eventuella parallella mönsterrätter i olika EG-stater uppkommit oberoende av varandra. Inte heller kan det påstås att den regel som kommit till uttryck i Kaffee Hag-målet är mindre olämplig inom varumärkesrätten än inom övriga immaterialrätter. Enligt min åsikt är snarare det motsatta fallet. Övervägande skäl talar därför för att följande regel gäller:

4. Innehavaren av en immaterialrätt i en EG-stat kan inte hindra import dit av produkter som förts ut på marknaden i en annan EG-stat av den som där är innehavare en parallell immaterialrätt om de bägge immaterialrätterna har ett gemensamt ursprung.

Vidare bör här erinras om den i avsnitt 3.2 redan behandlade generella reglen enligt vilken:

5. Den som är innehavare av en immaterialrätt i en EG-stat kan med stöd av denna hindra direktimport dit av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en icke-EG-stat. Regeln förutsätter dock givetvis att en sådan rätt följer av innehavet av den nationella immaterialrätten.

230. Samma Ubetazzi, a a s 330.

231. Se bl a Dietz, Möglichkeiten der Harmonisierung des Urheberrechts in Europa, GRUR Int 1978 s 106 f.

232. Mål 192/73, (1974) E.C.R. 731 (= (1974) 2 C.M.L.R. 127), Van Zuylen Frères v. Hag. Se härom ovan s 66 ff.

233. Mål 144/81, (1982) E.C.R. 2853 (= (1983) 2 C.M.L.R. 47), Keurkoop v. Nancy Kean. Se härom ovan s 57 ff.

4. Marknadsdominerande ställning på grund av immaterialrättsinnehav

Som bekant råder inom EG förbud mot sådant missbruk av marknadsdominerande ställning som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Rörande den närmare innebörden av detta förbud hänvisas till vad som ovan anförts i avsnitt 2.2.2.

Genom innehavet av en immaterialrätt får innehavaren en ensamrätt att på visst sätt utnyttja det verk, den uppfinning eller det andra objekt som immaterialrätten avser.²³⁴ Det kan därför i och för sig ligga nära till hands att tänka sig att immaterialrättsinnehav relativt ofta medför att innehavaren får en marknadsdominerande ställning. Vid ett närmare betraktande visar det sig dock att detta är en felaktig slutsats. Oavsett vilken immaterialrätt det är fråga om är nämligen det objekt som immaterialrätten i det enskilda fallet skyddar så gott som aldrig så omfattande att det täcker alla produkter som inbördes i någon högre grad är substituerbara. Med ytterst få undantag finns det därför alltid alternativa produkter på marknaden som fyller samma eller motsvarande funktion som den skyddade produkten.²³⁵

Huruvida en innehavare av en eller flera immaterialrätter intar en marknadsdominerande ställning kan bli föremål för EG-domstolens prövning både i samband med begäran om tolkningsförklaring och i samband med besvär över kommissionens beslut enligt art 86. Det är emellertid endast vid besvär över kommissionens beslut som EG-domstolen tar ställning i det konkreta fallet. En tolkningsförklaring däremot utgörs av en generell regel som det åligger den nationella domstolen att applicera på den ifrågavarande tvisten.

Vid en analys av EG-domstolens praxis är det lämpligt att göra skillnad mellan de avgöranden som avser "vanliga" företags och koncerners immaterialrättsinnehav och de avgöranden som avser upphovsrättsorganisationers rätt

234. Det bör kanske påpekas att vissa närstående rättigheter egentligen knappast kan karakteriseras som ensamrätter.

235. Det bör i detta sammanhang också påpekas att immaterialrätterna typiskt sett också har en utvecklingsstimulerande funktion och att de på så sätt verkar konkurrensfrämjande. Se om denna fråga t ex Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, a a s 160 f, Lavey, Patents, Copyrights, and Trademarks as Sources of Market Power in Antitrust Cases, 27 Antitrust Bull 433 ff (1982) samt, såvitt gäller varumärken, Pehrson, a a s 107 ff.

att disponera över sina medlemmars rättigheter. Med upphovsrättsorganisationer eller "collecting societies" avses organisationer som har till uppgift att förvärva upphovsrätter eller närstående rättigheter eller att skaffa sig rätt att företräda innehavare av sådana rättigheter för att därefter erbjuda de som så önskar att mot ersättning utnyttja de verk och prestationer som rättigheterna avser. Ett exempel på en sådan organisation i Sverige är STIM.

4.1 "Vanliga" företag och koncerner

Av EG-domstolens avgöranden rörande "vanliga" företags och koncerners immaterialrättsinnehav har alla utom ett kommit under domstolens prövning som resultat av en begäran om tolkningsförklaring. Med samma undantag har också alla förklaringarna sitt upphov i tvister där en immaterialrättsinnehavare försökt motsätta sig import av produkter som omfattats av skydd.

Den äldsta tolkningsförklaringen gavs i det såvitt gäller tolkningen av art 85 redan tidigare behandlade Parke Davis-fallet.²³⁶

Som framgår av referatet på s 53 f motsatte sig det amerikanska företaget Parke Davis med stöd av sitt holländska patent import till Nederländerna av produkter som lagligen tillverkats i Italien. Den holländska domstol som hade att avgöra tvisten begärde tolkningsförklaring avseende bl a om en sådan åtgärd kunde anses innefatta missbruk av marknadsdominerande ställning. I sitt svar anförde EG-domstolen i denna del:

"The exercise of those rights (dvs de rättigheter som ett patent medför, min anm) would not in itself fall under . . . Article 86 in the absence of any improper exploitation of a dominant position."

EG-domstolens motivering är jämförelsevis kortfattad. Inledningsvis konstateras att en handling endast kan förbjudas såsom stridande mot art 86 om följande tre rekvisit alla är uppfyllda; att det föreligger en marknadsdominerande ställning, att denna ställning missbrukas samt att detta är ägnat att leda till att samhandeln påverkas. Utövandets av de rättigheter som följer med innehavet av ett patent ansågs inte i sig medföra att dessa tre rekvisit var uppfyllda. Domstolen avvisade således tanken att varje patentinnehav ger upphov till en

236. Mål 24/67, (1968) E.C.R. 55 (= (1968) C.M.L.R. 47), Parke Davis v. Probel & Others. För litteratur om avgörandet se not 129 s 53.

marknadsdominerande ställning. Å andra sidan uteslöt domstolen inte heller att utövandet av en patenträtt kan strida mot art 86. Vidare uttalade EG-domstolen att det förhållandet att försäljningspriset för de ifrågavarande produkterna är högre i de EG-stater där patentskydd föreligger än i de stater där sådant skydd saknas inte nödvändigtvis medför att missbruk föreligger.

Samma principiella inställning och motivering återkommer i de tre år senare avgjorda *Sirena*-²³⁷ och *Deutsche Grammophon-fallen*,²³⁸ vilka, som framgår av referaten på s 66 resp s 37 f, rör varumärkesrätt resp närstående rättigheter.

En tidigare i denna skrift inte direkt berörd men mycket central fråga tas upp i *EMI/CBS-fallen*.²³⁹ I överensstämmelse med sina tidigare avgöranden konstaterade EG-domstolen där inledningsvis att innehavet av en varumärkesrätt inte i sig ger upphov till någon marknadsdominerande ställning. Därefter anfördes att det inte innefattar något missbruk av en eventuell sådan ställning att använda en varumärkesrätt för att förhindra import till det område som rätten omfattar av produkter vilka är försedda med ett varumärke som är identiskt med det skyddade varumärket. Uttalandet är inte försett med några reservationer. Enligt sin bokstav tyder det därför på att EG-domstolen anser att inte heller ett sådant utövande av en varumärkesrätt som strider mot reglerna om fria varurörelser innefattar något missbruk i art 86' mening.

Frågeställningen återkommer i det senare avgjorda *Hoffmann-La Roche-fallet*.²⁴⁰

Som framgår av referatet på s 72 f motsatte sig *Hoffmann-La Roche* med stöd av sin tyska varumärkesrätt import till Tyskland av läkemedel som *Centrafarm* köpt i Storbritannien och därefter packat om och på nytt försett med kännetecknen *VALIUM* och *ROCHE* samt dessutom med kännetecknet *CENTRAFARM*. I sin tolkningsförklaring anförde EG-domstolen utan närmare motivering följande:

“To the extent to which the exercise of a trade-mark right is lawful in accordance with the provisions of Article 36 of the Treaty, such exercise

237. Mål 40/70, (1971) E.C.R. 69 (= (1971) C.M.L.R. 260), *Sirena v. EDA*. Se om målet ovan s 66.

238. Mål 78/70, (1971) E.C.R. 487 (= (1971) C.M.L.R. 631), *Deutsche Grammophon v. Metro*. Se om målet ovan s 37 ff.

239. Mål 51/57, (1976) E.C.R. 811 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), *EMI Records Ltd v. CBU U.K. Ltd* (tolkningsförklaring till High Court of Justice, London), mål 86/75, (1976) E.C.R. 871 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), *EMI Records Ltd v. CBS Grammofon A/S* (tolkningsförklaring till Sø- og Handelsretten, Köpenhamn) samt mål 96/75, (1976) E.C.R. 913 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), *EMI Records v. CBS Schallplatten GmbH* (tolkningsförklaring till Landgericht Köln). Se om målen ovan s 87 ff.

240. Mål 102/77, (1978) E.C.R. 1139 (= (1978) 3 C.M.L.R. 217), *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm*. Se om målet ovan s 72 ff.

is not contrary to Article 86 of the Treaty on the sole ground that it is an act of undertaking occupying a dominant position on the market if the trade-mark right has not been used as an instrument for the abuse of such a position.”

I motsats till tolkningsförklaringen i EMI/CBS-fallen avser således tolkningsförklaringen i Hoffmann-La Roche-fallet endast åtgärder som är tillåtna enligt art 36. Enligt domstolen innefattar utövandet av sådana åtgärder som är tillåtna enligt art 36 inte i sig något missbruk. Det utesluts dock inte att även åtgärder som är förenliga med art 36 kan strida mot art 86. Man kan därför räkna med att åtgärder som faller utanför vad som är tillåtet enligt art 36 även anses som missbruk enligt art 86. Detta har bl a till följd att det blir möjligt för kommissionen att ingripa.

Att innehavet av en eller flera immaterialrätter kan bidra till att ett företag anses ha en marknadsdominerande ställning framgår av det s k Vitamin-fallet,²⁴¹ vilket rör frågan om det schweiziska läkemedelsföretaget Hoffmann-La Roche intog en dominerande ställning inom EG såvitt gällde vitaminer. EG-domstolen ansåg, i likhet med kommissionen, att så var fallet. Domstolen anförde att det förhållandet att Hoffmann-La Roche hade varit innehavare av ett flertal patent avseende vitamin A var ett tecken på att företaget hade ett teknologiskt försprång framför sina konkurrenter, vilket i sin tur tydde på att Hoffmann-La Roche intog en marknadsdominerande ställning.

Sammanfattningsvis torde EG-domstolens beslut berättiga till följande slutsatser. Innehavet av ett patent, ett varumärke eller en närstående rättighet ger inte i sig upphov till någon marknadsdominerande ställning. Om innehavaren intar en sådan ställning eller ej skall i stället avgöras i varje enskilt fall för sig efter de kriterier som redovisats i avsnitt 2.2.2. Vidare torde det förhållandet att EG-domstolen behandlat innehavet av patent, varumärken och närstående rättigheter lika berättiga till slutsatsen att nyss nämnda regel är avsedd att tillämpas på alla immaterialrätter.²⁴² Härför talar också att immaterialrättena, med endast få undantag, behandlas lika vid tillämpningen av reglerna om fria varurörelser och art 85.²⁴³

När det gäller vilka åtgärder som kan konstituera missbruk enligt art 86 har EG-domstolen endast givit uttryck åt två regler. För det först anses utövandet av sådana från en immaterialrätt härledda befogenheter som står i överensstämmelse med art 36 RomF inte i sig innefatta något missbruk. För det andra medför inte redan den omständigheten att försäljningspriset på de ifrågavarande produkterna är högre i de EG-stater där immaterialrättsskydd före-

241. Mål 85/76, (1979) E.C.R. 461 (= (1979) 3 C.M.L.R. 211), Hoffmann-La Roche v. Commission.

242. Guy-Leigh, a a s 151 f.

243. Se ovan kap 3.

ligger än i de stater där sådant skydd saknas att missbruk föreligger.

4.2 Upphovsrättsorganisationer

Huruvida en upphovsrättsorganisations agerande har varit förenligt med art 86 har prövats av EG-domstolen i tre avgöranden, SABAM-, SACEM- och GVL-fallen,²⁴⁴ varav de två första avser begäran om tolkningsförklaring och det sista besvär över ett kommissionsbeslut. Därtill finns ett uppmärksammat avgörande av EG-kommissionen, GEMA I-fallet.²⁴⁵

Som framgått av avsnitt 2.2.2 är art 86 tillämplig på alla företag. Undantag råder dock bl a²⁴⁶ på så sätt att artikeln inte skall tillämpas på företag som tillhandahåller tjänster av allmän ekonomisk betydelse såvida tillämpningen av art 86 rättsligen eller faktiskt skulle hindra företaget att fullgöra de uppgifter som det pålagts, art 90 (2). I nyssnämnda tvister har upphovsrättsorganisationerna SABAM, GVL och GEMA alla gjort gällande att de var företag av den typ som avses i art 90 (2) och att organisationernas agerande således inte kunde strida mot art 86. De båda tyska upphovsrättsorganisationerna GVL och GEMA åberopade till stöd för sin ståndpunkt bl a att upphovsrättsorganisationerna enligt tysk rätt måste vara officiellt auktoriserade, att de står under patentverkets tillsyn samt att de är skyldiga att ingå vissa avtal.²⁴⁷ I sin tolkningsförklaring i SABAM-målet uttalade EG-domstolen i denna fråga:

“An undertaking to which the state has not assigned any task and which manages private interests, including intellectual property rights protected by law, is not covered by the provisions of Article 90 (2) of the EEC Treaty.”

Av tolkningsförklaringen följer att de tjänster som de ifrågavarande upphovsrättsorganisationerna tillhandahåller inte i sig anses ha sådan allmän ekonomisk betydelse som avses i art 90 (2). Den intressanta frågan är emellertid om det förhållandet att staten överlåtit vissa uppgifter på en upphovsrättsorgani-

244. Mål 127/73, (1974) E.C.R. 313 (= (1974) 2 C.M.L.R. 238), *Belgische Radio en Televisie and Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SABAM and Fonior*, mål 22/79, (1979) E.C.R. 3275 (= (1980) 1 C.M.L.R. 629), *Greenwich Film Production v. SACEM and Société des Editions Labrador* samt mål 7/82, (1983) E.C.R. 483 (= (1983) 3 C.M.L.R. 645), *GVL v. Commission*.

245. (1971) J.O. L 134/15 (= (1971) C.M.L.R. D 35), *Re GEMA*.

246. Motsvarande undantag gäller också för monopol av fiskal karaktär.

247. Föreskrifterna härom finns i en särskild lag om tillvaratagande av upphovsrätter och närstående rättigheter, *Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten* från 1965 (BGBl. I s 1294) ändrad 1970 och 1975 (BGBl. I s 805 resp 469).

sation medför att art 90 (2) blir tillämplig. I vart fall i viss mån måste nämligen sådana överlåtelse anses ha skett. Som exempel kan nämnas regeln i 53 § (5) i den tyska upphovsrättslagen enligt vilken tillverkare av utrustning som används för att spela in bl a radioprogram och grammofonskivor skall betala ersättning till upphovsmännen för den möjlighet att framställa exemplar av skyddade verk som utrustningen möjliggör. Denna rätt att kräva ersättning kan bara göras gällande genom upphovsrättsorganisationerna.

Varken EG-domstolen eller kommissionen synes emellertid ansluta sig till denna ståndpunkt. I domstolens motivering i GVL-målet uttalas att den tyska lagstiftningen inte ålägger några utpekade organisationer att tillvarata upphovsrätter och närstående rättigheter, utan att lagstiftningen är generellt tillämplig på alla upphovsrättsorganisationer. Organisationerna kan därför enligt domstolen inte hänföras till den kategori av företag som avses i art 90 (2). En mer nyanserad men till resultatet ensartad motivering gavs av kommissionen i GEMA I-målet.

EG-domstolens och kommissionens motiveringar är enligt min mening knappast övertygande. Trots detta måste det anses följa av praxis att frågan om en upphovsrättsorganisation intar en marknadsdominerande ställning skall avgöras enligt samma kriterier som gäller för andra företag.

Mot denna bakgrund framstår det som mer eller mindre självklart att de olika upphovsrättsorganisationerna intar marknadsdominerande ställningar, eftersom organisationerna i praktiken har monopol på sina tjänster i respektive land. Det ledande avgörandet är det delvis redan berörda GVL-fallet från 1983.²⁴⁸

GVL (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten GmbH) har till uppgift att förvalta närstående rättigheter och motsvaras i Sverige av SAMI. GVL är den enda organisation i Tyskland som utför denna typ av tjänster. Kommissionen hade i ett beslut funnit dels att GVL intog en marknadsdominerande ställning, dels att GVL i olika hänseenden missbrukat denna. Beslutet överklagades till EG-domstolen som dock inte gjorde någon ändring i det.

GVL gjorde i målet gällande att organisationen inte intog någon marknadsdominerande ställning, eftersom innehavarna av de närstående rättigheterna själva kunde exploatera dessa. Domstolen, liksom kommissionen, ansåg emellertid inte att utbudet av utövande konstnärers och producenters prestationer utgjorde den relevanta marknaden. Denna ansågs i stället vara "services relating to the management of secondary exploitation rights vested in performing

248. Mål 7/82, (1983) E.C.R. 483 (= (1983) 3 C.M.L.R. 645), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten GmbH (GVL) v. Commission.

artists and manufacturers in Germany.” På denna marknad hade GVL i praktiken monopol och intog därför en marknadsdominerande ställning. Avgörande var således GVLs ställning i förhållande till rättighetshavarna, inte organisationens ställning i förhållande till dem som utnyttjade de ifrågavarande prestationerna.

Missbruket ansågs bestå i att GVL endast ingick avtal med tyska rättssubjekt eller rättssubjekt som var bosatta i Tyskland. Detta innebar bl a att artister som inte uppfyllde dessa villkor i praktiken var uteslagna från möjligheten att erhålla de royalties som de var berättigade till. Sammanfattningsvis uttalade domstolen:²⁴⁹

“Such a refusal by an undertaking having a *de facto* monopoly to provide its services for all those who may be in need of them but who do not come within a certain category of persons defined by the undertaking on the basis of nationality or residence must be regarded as an abuse of a dominant position within the meaning of the first paragraph of Article 86 of the Treaty.”

Ett i princip likartat beslut från kommissionen är det redan 1971 avgjorda GEMA I-fallet.²⁵⁰

GEMA har huvudsakligen till uppgift att förvärva tonsättares och författares rätt till musikaliska verk och att erbjuda utomstående att teckna avtal om att utnyttja de sålunda förvärvade rättigheterna. I Sverige handhas motsvarande uppgift av STIM. I sitt mycket omfattande och detaljrika beslut fann kommissionen att GEMA intog en marknadsdominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden och att organisationen i olika hänseenden missbrukat denna ställning.

I motsats till i GVL-målet var i GEMA I-fallet organisationens agerande både gentemot rättighetshavarna och gentemot utnyttjarna föremål för prövning. Det enda skäl som kommissionen anförde till stöd för att GEMA i Tyskland intog en marknadsdominerande ställning var att organisationen där inte hade någon konkurrent. Detta påstående är emellertid endast riktigt såvitt gäller GEMAs ställning gentemot upphovsmännen. Däremot fanns det även andra företag som erbjöd tredje man att utnyttja skyddad musik. I sak torde dock i detta hänseende inte någon kritik kunna riktas mot kommissionens ställningstagande.

GEMAs missbruk av sin marknadsdominerande ställning riktade sig såväl mot vissa medlemmar och presumtiva medlemmar som mot de personer och företag som önskade utnyttja de skyddade musikverken. Missbruket kan sammanfattas i sex punkter.

249. Domskal 56.

250. (1971) O.J. L 134/15 (= (1971) C.M.L.R. D 35), Re GEMA.

1. På liknande sätt som i GVL-fallet ansågs GEMA diskriminera rättssubjekt från andra EG-länder än organisationens hemland. I GEMA-fallet bestod diskrimineringen framför allt i att kompositörer och författare som saknade skatterättslig hemvist i Tyskland inte kunde bli röstberättigade medlemmar i GEMA och att dessa kompositörer och författare inte heller var berättigade till vissa särskilda förmåner.

2. Vidare ansågs GEMA ålägga sina medlemmar förpliktelser som inte var objektivt försvarbara och som oskäligt komplicerade för medlemmarna att övergå till att bli medlemmar i en annan upphovsrättsorganisation i ett annat land. Hit hörde bl a bestämmelsen att medlemmarna var tvungna att till GEMA överlåta alla rättigheter i hela världen till samtliga sina existerande och framtida verk. Såvitt gällde de länder där GEMA inte bedrev någon direkt verksamhet ansåg kommissionen det nödvändigt att upphovsmännen hade möjlighet att själva bestämma om de skulle överlåta rättigheterna till alla eller endast till vissa av sina verk till GEMA. Dessutom krävde kommissionen att rättighetstransförelserna skulle kunna begränsas till att endast avse upplåtelse av vissa i upphovsrätten ingående befogenheter. Upplåtelseerna till GEMA avsåg sex år och möjligheterna att komma ifråga för vissa särskilda förmåner krävde 20-årigt medlemsskap. Detta ansågs oskäligt försvåra för medlemmarna att övergå till en annan upphovsrättsorganisation. Kommissionen krävde därför att medlemmarna skulle ha möjlighet att säga upp sitt medlemsskap med ett års varsel.

3. Vissa regler i GEMAs stadgar och anslutningskontrakt ansågs innefatta missbruk genom att de bidrog till att olika upphovsrättsorganisationer fick monopol i skilda EG-länder och att de därmed motverkade uppkomsten av en gemensam marknad för de tjänster som GEMA erbjöd.

4. Vi kommer nu till det första av de tre missbruk som avsåg GEMAs förfarande gentemot dem som önskade utnyttja viss musik. GEMAs ersättningsregler var stakt schabloniserade vilket medförde att ersättning i vissa fall även krävdes för utnyttjande av oskyddad musik. Bl a krävde GEMA ersättning för all musik som inspelats på en grammofonskiva så snart den musik som GEMA förvaldade rättigheterna till överskred en viss andel av den totala musikmängden på skivan. Kommissionen ansåg att dessa regler stred mot art 86.²⁵¹

5. GEMA ansågs vidare missbruka sin ställning genom att kräva full ersättning för de grammofonskivor som importerades till Tyskland även om ersättning till upphovsrättsinnehavarna redan hade erlagts i de länder där skivorna framställdes. Som redan framgått har EG-domstolen i GEMA II-avgörandet²⁵²

251. Jfr här vad som sägs i avsnitt 6.4.17 angående motsvarande klausul i licensavtal.

252. Mål 55 och 57/80, (1981) E.C.R. 147 (= (1981) 2 C.M.L.R. 44), Musik-Vertrieb Membran och K-tel v. GEMA. Se om målet ovan s 41 ff.

fastslagit att uttaget av en sådan extra avgift strider mot reglerna om fria varurörelser om skivorna före importen förts ut på marknaden i framställningslandet.

6. Som i annat sammanhang redan omtalats är i Tyskland tillverkare av bl a bandspelare och videoutrustning skyldiga att ersätta upphovsmännen för de förluster som användningen av bandspelarna och videoutrustningarna kan medföra för upphovsmännen, 55 § tyska upphovsrättslagen. Den ersättning som GEMA med stöd av detta stadgande krävde från importörer av ifrågavarande produkter var större än den ersättning som GEMA krävde från de tyska tillverkarna. Kommissionen ansåg att denna diskriminering innefattade missbruk.

Missbruk av marknadsdominerande ställning strider som bekant mot art 86 endast om missbruket påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Såvitt gäller de missbruk som nämns under punkterna 1—3 ovan ansåg kommissionen detta villkor uppfyllt genom att de ifrågavarande åtgärderna gjorde det svårare för upphovsmännen att bli medlemmar i någon annan upphovsrättsorganisation och eftersom åtgärderna därigenom utgjorde hinder mot upprättandet av en gemensam marknad på ifrågavarande område. Att i vissa situationer även kräva ersättning för utnyttjande av oskyddade verk, punkt 4 ovan, stred mot samhandelskriteriet genom att kravet onödigtvis gjorde det extra dyrbart att i Tyskland utnyttja oskyddad musik vilket i sin tur kunde påverka samhandeln. Att ovanstående fyra åtgärder ansetts uppfylla samhandelskriteriet stödjer det ovan i avsnitt 2.2.1 gjorda uttalandet att kriteriet i praxis givits en vidsträckt tolkning. Däremot får det anses ganska självklart att de åtgärder som behandlats under punkterna 5 och 6 uppfyller samhandelskriteriet, eftersom åtgärderna direkt missgynnar import.

På vilka sätt en upphovsrättsorganisation kan missbruka en eventuell marknadsdominerande ställning har vidare två gånger varit föremål för EG-domstolens prövning i samband med begäran om tolkningsförklaring. Som redan omtalats tar domstolen i sådana mål inte ställning i det konkreta fallet, utan uttalar endast en generell regel. I de två avgörandena har därför EG-domstolen inte bedömt om de ifrågavarande upphovsrättsorganisationerna varit marknadsdominerande eller inte.

Det äldsta av dessa båda avgöranden är det s k SABAM-målet från 1974.²⁵³

SABAM är den belgiska motsvarigheten till STIM. SABAMs anslutningskontrakt innehöll bl a en klausul enligt vilken upphovsmännen till SABAM upplät samtliga rättigheter både till sina existerande och eventuella framtida verk.

253. Mål 127/73, (1974) E.C.R. 313 (= (1974) 2 C.M.L.R. 238), Belgische Radio en Televisie och Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SABAM och Fonior.

Upplåtelseerna avsåg samtliga stater. Vidare föreskrevs i kontraktet att SABAM hade rätt att utöva de upplåtna rättigheterna intill fem år efter det att anslutningskontraktet sagts upp. Två upphovsmän gjorde gällande att uppställandet av dessa kontraktsvillkor utgjorde ett missbruk av SABAMs marknadsdominerande ställning. EG-domstolen uttalade bl a:

“The fact that an undertaking entrusted with the exploitation of copyrights and occupying a dominant position within the meaning of Article 86 imposes on its members obligations which are not absolutely necessary for the attainment of its object and which thus encroach unfairly upon a member’s freedom to exercise his copyright can constitute an abuse.”

EG-domstolen anförde i sina domskäl att det vid bedömningen av om en upphovsrättsorganisation missbrukar sin marknadsdominerande ställning gentemot upphovsmännen är nödvändigt att åstadkomma balans mellan upphovsmännens önskemål om maximal frihet att efter eget gottfinnande disponera över sina rättigheter och upphovsrättsorganisationernas intresse av att förvärva och kunna disponera över så många och så omfattande rättigheter att verksamheten får erforderlig volym. Avvägningen ledde fram till den slutsats som kommer till uttryck i tolkningsförklaringen, d v s att varje förpliktelse som en upphovsrättsorganisation påtvingar upphovsmännen och som går utöver vad som är nödvändigt för att organisationen skall kunna fylla sin funktion och som orättfärdigt inkräktar på de anslutna upphovsmännens frihet att utöva sina upphovsrätter kan, men behöver inte, utgöra missbruk.

Upphovsrätten skulle i dagens samhälle inte kunna fylla sin funktion utan förekomsten av effektiva upphovsrättsorganisationer. Det ligger därför i sakens natur att vidtagandet av sådana åtgärder som är nödvändiga för att organisationerna skall kunna fylla sin funktion inte kan innefatta något missbruk. Mot denna bakgrund framstår EG-domstolens uttalande att varje åtgärd som går utöver vad som är absolut nödvändigt härför riskerar att bedömas som ett missbruk som synnerligen strängt. Det bör dock observeras att tolkningsförklaringen endast tar sikte på åtgärder och förpliktelser som upphovsrättsorganisationerna vidtar gentemot sina medlemmar. Det är ingalunda säkert att motsvarande regel även gäller för åtgärder som organisationerna vidtar gentemot dem som önskar utnyttja upphovsrättsligt skyddade verk.

Den andra tolkningsförklaringen, som rör en tvist i vilken den franska upphovsrättsorganisationen SACEM var inblandad, avser en mer perifer situation.²⁵⁴

254. Mål 22/79, (1979) E.C.R. 3275 (= (1980) 1 C.M.L.R. 629), Greenwich Film Production v. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) och Société des Editions Labrador.

SACEM krävde ersättning från filmbolaget Greenwich för att detta i två filmer utnyttjat musik som skapats av personer som var anslutna till SACEM. Kravet avsåg endast utnyttjanden i länder som inte tillhörde EG. Greenwich bestred betalningsskyldighet, eftersom bolaget förvärvat rätt att utnyttja den ifrågasatt musiken av tonsättarnas förläggare vilken i sin tur också var ansluten till SACEM. Greenwich gjorde härvid bl a gällande att SACEMs krav att de anslutna upphovsmännen måste upplåta åtminstone delar av sina rättigheter i samtliga stater i hela världen till SACEM utgjorde ett missbruk av SACEMs marknadsdominerande ställning. Den franska Cour de Cassation begärde därför tolkningsförklaring rörande en fråga om tillämpligheten av art 86 på de bestämmelser i SACEMs anslutningskontrakt som avsåg länder utanför EG. EG-domstolen uttalade:

“Where an association exploiting composers’ copyrights is to be regarded as an undertaking abusing a dominant position within the Common Market or in a substantial part of it, the fact that such abuse, in certain cases, relates only to the performance in non-member countries of contracts entered into in the territory of a Member State by parties within the jurisdiction of that State does not preclude the application of Article 86 of the Treaty.”

Tolkningsförklaringen kan, liksom kommissionens beslut i GEMA I-fallet,²⁵⁵ ses som ett exempel på den mycket vidsträckt tolkning som givits samhandelskriteriet.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att upphovsrättsorganisationer har ansetts marknadsdominerande både gentemot upphovsmännen och gentemot dem som önskat utnyttja upphovsrättsligt skyddade verk. I fråga om de åtgärder som en upphovsrättsorganisation vidtar gentemot sina medlemmar gäller vidare att varje åtgärd som går utöver vad som är absolut nödvändigt för att organisationen skall kunna fylla sin funktion riskerar att bedömas som ett missbruk. Som exempel på åtgärder som bedömts innefatta missbruk kan hänvisas till redovisningen av GVL- och GEMA I-fallen.²⁵⁶

255. (1971) O.J. L 134/15 (= (1971) C.M.L.R. D 35), Re GEMA. Se härom ovan s 99 ff.

256. Se ovan s 98 f resp s 99 ff.

5. Handel mellan Sverige och EG

Sverige är som bekant inte medlem i EG. Däremot har Sverige ingått två frihandelsavtal med EG, ett med EEC och ett med CECA. Av dessa båda avtal har EEC-avtalet, ofta kallat frihandelsavtalet (FriH), störst praktisk betydelse och det är bara detta avtals regler som kommer att behandlas i det följande.²⁵⁷ Framställningens syfte är att redogöra för vilken betydelse frihandelsavtalet har för möjligheterna att på immaterialrättslig grund hindra import till Sverige från EG och vice versa.

Motsvarande frihandelsavtal har också ingåtts mellan EEC och Finland, Island, Norge, Portugal, Schweiz, Spanien resp Österrike. Vad som sägs nedan har därför betydelse för rättsläget även i dessa stater. I vissa hänseenden råder dock betydelsefulla rättsliga skillnader, t ex när det gäller metoderna för att införliva traktater i de nationella rättsordningarna. Såvitt gäller Portugal och Spanien kommer givetvis frihandelsavtalen att upphöra att gälla i och med att dessa länder blir medlemmar i EG.

Genom frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC upprättades ett frihandelsområde för industrivaror. Vid import till Sverige av produkter som har sitt ursprung inom EG och vice versa uttas därför numer inte några tullar.²⁵⁸ Lika så är kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan förbjudna, art 13.²⁵⁹ Denna regel är dock försedd med ett undantag, art 20,²⁶⁰

257. Se om frihandelsavtalet allmänt bl prop 1972:135, Bernitz, Internationell marknadsrätt 1980 s 65 ff, dens., Sveriges avtal med EG — en översikt, NTIR 1980 s 59 ff, Danelius, Sveriges avtal med de europeiska gemenskaperna, SvJT 1973 s 97 ff, Lidgard, a a, dens. Tre års frihandelssamarbete med EEC, SvJT 1976 s 689 ff, Lysén, a a s 461 ff.

258. De sista tullarna upphörde med något undantag 31 december 1983.

259. Art 13 har följande lydelse:

”1. Ingen ny kvantitativ importrestriktion eller åtgärd med samma verkan skall införas i handeln mellan Sverige och gemenskapen.

2. Kvantitativa importrestriktioner skall avskaffas den 1 januari 1973 och åtgärder med samma verkan som kvantitativa importrestriktioner senast den 1 januari 1975.”

260. Art 20 har följande lydelse:

”Detta avtal skall icke utgöra hinder mot sådana förbud eller restriktioner avseende import, export eller transitering som motiveras av hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller all-

vars lydelse är närmast identisk med art 36 RomF. Frihandelsavtalet innehåller således regler som formellt helt motsvarar reglerna om fria varurörelser i art 30 och 36 RomF.

Frihandelsavtalet innehåller också vissa regler rörande konkurrensbegränsningar. Dessa återfinns i art 23 som har följande lydelse:

”1. Följande förfaranden är oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning i den mån de är ägnade att påverka handeln mellan Sverige och gemenskapen:

i. överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden mellan företag, vilka har till syfte eller följd att konkurrensen i fråga om produktion av och handel med varor hindras, inskränkes eller förvanskas;

ii. missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning inom de avtalsslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav;

iii. offentliga stödåtgärder som förvanskar eller hotar att förvanska konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion.

2. Om en avtalsslutande part anser att ett visst förfarande är oförenligt med denna artikel, kan parten vidtaga lämpliga åtgärder på de villkor och enligt det förfarande som anges i artikel 27.”

Trots att likheterna mellan denna artikel å ena sidan och art 85 och 86 RomF å den andra är påtagliga råder dock betydligt större skillnader mellan konkurrensreglerna i frihandelsavtalet respektive Romfördraget än mellan förbuden mot kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan. Olikheterna mellan frihandelsavtalets resp Romfördragets konkurrensregler förstärks genom att det inte finns något särskilt organ som administrerar och övervakar efterlevnaden av konkurrensreglerna, bortsett från den sk bildade kommittén, som generellt administrerar frihandelsavtalet och vakar över dess rätta efterlevnad.

Avgörande för vilken betydelse frihandelsavtalet har för de immaterialrättsliga reglerna i Sverige och EG-staterna är vilken legal status frihandelsavtalet har. Närmare bestämt gäller det att fastställa om frihandelsavtalet endast är folkrättsligt bindande eller om det även har införlivats i den nationella svenska rättsordningen resp EG-rätten. Om avtalet har införlivats måste dessutom avgöras huruvida avtalet har direkt effekt eller inte.²⁶¹

män säkerhet eller av intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt samt icke heller mot föreskrifter rörande guld och silver. Sådana förbud eller restriktioner får dock icke utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan de avtalsslutande parterna.”

261. Se härom ovan s 12.

Huvudregeln är att varje stat själv bestämmer vad som krävs för att traktater skall införlivas i statens interna rättsordning.²⁶² Härvid brukar man skilja mellan den monistiska resp den dualistiska metoden. Den monistiska metoden karakteriseras av att traktater automatiskt införlivas i intern rätt så snart de blivit folkrättsligt bindande. Vid den dualistiska metoden krävs därutöver att föreskrivna rättsliga åtgärder vidtas, t ex genom att nationella regler motsvarande traktatens utfärdas, transformation, eller genom att det särskilt föreskrivs att traktatens regler skall gälla som intern rätt, inkorporation.

EG-rätten bygger på den monistiska principen. För att en folkrättsligt gällande traktat skall bli införlivad i EG-rätten krävs således inte att några särskilda åtgärder vidtas. Det svenska frihandelsavtalet anses därför, i likhet med motsvarande frihandelsavtal som EG ingått med andra stater, utgöra en integrerad del av EG-rätten. Härav följer att frihandelsavtalen står i samma förhållande till EG-staternas interna rättsordningar som annan EG-rätt.²⁶³

Enligt svensk rätt tillämpas däremot den dualistiska principen.²⁶⁴ Endast sådana traktater som transformerats, inkorporerats eller på annat sätt blivit införlivade anses således ingå i den nationella svenska rättsordningen. Även icke införlivade traktater anses dock påverka tolkningen av de nationella reglerna, principen om fördragskonform lagtolkning. Den officiella ståndpunkten är att något införlivande inte skett av frihandelsavtalet.²⁶⁵ Detta är också den förhållande åsikten i litteraturen.²⁶⁶ Lidgard²⁶⁷ och Lysén²⁶⁸ anser emellertid att det förhållandet att frihandelsavtalet har publicerats med lydnamnsbetydelse i SFS (SFS 1972:698) medfört att avtalet införlivats. Om frihandelsavtalet inte anses införlivat i svensk rätt kan avtalet givetvis inte heller ha direkt effekt i Sverige.

Såvitt gäller förhållandet inom EG står det däremot efter Kupferberg-målet,²⁶⁹ som avgjordes 1982, klart att vissa artiklar i frihandelsavtalet har direkt effekt.

262. Se t ex SOU 1974:100 s 43 ff.

263. Se från praxis bl a mål 104/81, (1982) E.C.R. 3641 (= (1983) 1 C.M.L.R. 1), Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg & Cie. Romfördraget innehåller inte någon uttrycklig regel i ämnet. I art 228 (2) anges dock att avtal som EG inom ramen för Romfördraget och i vederbörlig ordning ingått är bindande för gemenskapens institutioner och för medlemsstaterna. Se vidare bl a Bebr, *Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg*, (1983) C.M.L.Rev. s 38 ff, Lidgard, *Sverige-EEC och konkurrensen*, 1977 s 88 f och Pålsson, a a s 261 ff.

264. Se t ex SOU 1974:100 s 47 ff, 92 ff.

265. Prop 1972:135 s 55.

266. Bernitz, a a s 79 f, Blok, *Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF*, NIR 1975 s 470 ff, Danelius, a a s 101 f, Pålsson, a a s 292 f.

267. A a s 32 ff, 83 ff.

268. A a s 461 ff.

269. Mål 104/81, (1982) E.C.R. 3641 (= (1983) 1 C.M.L.R. 1), Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg & Cie. Se om fallet bl a Bebr, a a s 60 ff och Lysén, *Direkt tillämplighet av artikel 18:1 i frihandelsavtalet Sverige—EEC*, SvJT 1983 s 571 ff.

Det tyska företaget Kupferberg importerade och sålde i Tyskland ett parti portvin som härstammade från Portugal. För partiet tog Hauptzollamt Mainz ut en viss utjämnings tull. I samband med en tvist om storleken av denna tull uppkom frågan om art 21 i det portugisiska frihandelsavtalet, vilken motsvarar artikel 18 i det svenska avtalet, har direkt effekt inom EG. EG-domstolen fann att så är fallet.

EG-domstolen konstaterade i sin motivering efter ingående överväganden att varken frihandelsavtalets natur eller dess systematik hindrar en näringsidkare från att åberopa en bestämmelse i avtalet inför en domstol inom EG. Detta hindrar dock inte att frågan om en bestämmelse har direkt effekt eller inte måste avgöras i varje särskilt fall för sig mot bakgrund av om bestämmelsen är ovillkorad och tillräckligt entydig i förhållande till den ram som frihandelsavtalet drar upp. EG-domstolen ansåg det därför vara nödvändigt att analysera den ifrågasvarande bestämmelsen i ljuset av frihandelsavtalets målsättning och syfte. Mot denna bakgrund fann domstolen att art 21 i det portugisiska frihandelsavtalet har direkt effekt.

I vad mån talar då Kupferberg-avgörandet för att även art 13, 20 och 23 i Sveriges frihandelsavtal med EEC har direkt effekt inom EG? Som framgår av EG-domstolens motivering måste denna fråga avgöras för varje enskild artikel för sig enligt de principer som angavs i Kupferberg-målet. Enligt min åsikt resulterar en sådan bedömning i att art 13 har direkt effekt. Regeln är både ovillkorad och i här avsedd bemärkelse klar. Dessutom har den stora likheter med art 18 såvitt gäller syfte och uppbyggnad. Likaså måste art 20 anses ha direkt effekt, eftersom även den är ovillkorad och klar.²⁷⁰ Oavsett om man anser att art 13 och 20 har direkt effekt eller inte kan det knappast komma ifråga att bedöma artiklarna olika, eftersom art 20 ju utgör ett undantag från art 13.

Däremot torde inte art 23 ha direkt effekt.²⁷¹ Särskilt i jämförelse med art 85 och 86 RomF kan det knappast påstås att art 23 är entydig. Detta gäller såväl vilka förfaranden som står i strid med artikeln som vilka sanktioner som kan komma ifråga.

Det förhållandet att EG-domstolen nu för EGs del tillagt en artikel i EFTA-avtalen direkt effekt torde inte påverka rättsläget i Sverige. Bernitz har visserligen uttalat att önskemålet om en reciprok tillämpning av EFTA-avtalen i och

270. Se Hunnings, *Enforceability of the EEC—EFTA Free Trade Agreements*, (1977) E.L.Rev. 163 ff, särskilt s 184 f, Waelbroeck, *Enforceability of the EEC—EFTA Free Trade Agreements: A Reply*, (1978) E.L.Rev. 27 ff.

271. Samma Bellis, *International trade and the Competition Law of the European Economic Community*, (1979) C.M.L.Rev. 650 ff, Blok, a a s 468 ff och Lidgard, a a s 132 ff. Jfr Gangsted-Rasmussen, a a s 273 ff. Se vidare debatten mellan Hunnings, som anser att art 23 har direkt effekt, och Waelbroeck, som intar motsatt ståndpunkt. Hunnings, a a s 163 ff, särskilt s 185 ff, Waelbroeck, a a s 27 ff samt Hunnings, *Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A Rejoinder*, (1978) E.L.Rev. 278 ff.

för sig talar för att man i Sverige skall inta samma ståndpunkt som inom EG.²⁷² Detta önskemål torde dock inte väga så tungt att det har någon avgörande betydelse, särskilt som både Schweiz' och Österrikes högsta instanser redan före Kupferberg-målets avgörande avvisat tanken på att ge vissa artiklar i frihandelsavtalen direkt effekt.

Det schweiziska avgörandet rörde parallellimport av varumärkesförsedda produkter.²⁷³ Den schweiziska högsta domstolen fann att art 13, 20 och 23 i det schweiziska frihandelsavtalet, vilka motsvarar samma artiklar i det svenska avtalet, saknade direkt effekt. Däremot ingick artiklarna i den interna schweiziska rätten, eftersom enligt denna alla internationella överenskommelser automatiskt införlivas.

I det österrikiska avgörandet²⁷⁴ var det fråga om import av grammofonskivor från Tyskland till Österrike i strid med upphovsrättslagstiftningen. Den österrikiska högsta domstolen ansåg inte att det stred mot konkurrensreglerna i det österrikiska frihandelsavtalet att förbjuda importen.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att den förhärskande åsikten är att frihandelsavtalets regler inte införlivats i den nationella svenska rättsordningen och att reglerna därför inte heller kan ha direkt effekt i Sverige.²⁷⁵ Däremot torde art 13 och 20, men inte art 23, ha direkt effekt inom EG.

Innebär då det sagda att art 13 och 20 FriH inom EG skall ges motsvarande tolkning som art 30 och 36 RomF? Svaret på denna fråga är nej. Detta framgår av Polydor-fallet²⁷⁶ vilket avgjordes ett drygt halvår före Kupferberg-målet.

Medlemmarna i popgruppen BeeGees hade komponerat ett antal musikstycken vilka gruppen spelat in på en LP-skiva med titeln "Spirits Having Flown". Rättigheterna till musiken och framförandena innehades av RSO Records. För Storbritannien hade RSO Records upplåtit en exklusiv licens avseende dessa rättigheter till Polydor. Ett portugisiskt företag, som tillhörde samma företagsgrupp som RSO Records och Polydor, framställde med stöd av en parallell licens ett antal exemplar av nämnda grammofonskiva. Vissa av dessa importerades till Storbritannien av Simons Records och såldes där av Harlequin Re-

272. Bernitz, a a s 80.

273. GRUR Int 1979 s 569 (= (1980) 3 C.M.L.R. 664), OMO. Se härom Kucsko, Parallelimpörte von Konzernmarkenwaren und die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz, GRUR Int 1980 s 138 ff.

274. GRUR Int 1980 s 185, (= (1984) 2 C.M.L.R. 626) Top Hits med anm av Ulmer. Se vidare bl a Dittrich, The Effect on Austrian Copyright Law of the Free Trade Agreement Between the EEC and Austria, Copyright 1983 s 294 ff.

275. För finländsk rätts del anger dock Joutsamo att det finländska frihandelsavtalet med EEC införlivats och att det inte heller är uteslutet att vissa av avtalets artiklar har direkt effekt i Finland, se the Direct Effect of Treaty Provisions in Finnish Law, NTIR 1983 s 39. Någon vägledande rättspraxis synes dock inte finnas.

276. Mål 270/80, (1982) E.C.R. 329 (= (1982) 1 C.M.L.R. 677), Polydor v. Harlequin Record Shops & Simons Records. Se om fallet bl a Bebr, a a s 51 ff.

cord Shops. Polydor stämde Harlequin för upphovsrättsintrång. Sedermera inträdde Simons Records som intervenient på svarandesidan. Harlequin och Simons gjorde gällande att förbudet mot kvantitativa importrestriktioner i frihandelsavtalet mellan EEC och Portugal hade direkt effekt inom EG och att förbudet skulle ges samma tolkning som art 30 och 36 RomF. Enligt Harlequin och Simons var det därför inte möjligt att hindra importen av grammofonskivorna med stöd av den engelska upphovsrättslagstiftningen. Den nationella engelska domstolen begärde tolkningsförklaring av EG-domstolen som därvid uttalade:

“The enforcement by the proprietor or by persons entitled under him of copyrights protected by the law of a Member State against the importation and marketing of grammophone records lawfully manufactured and placed on the market in the Portuguese Republic by licensees of the proprietor is justified on the ground of the protection of industrial and commercial property within the meaning of Article 23 of the Agreement between the European Economic Community and the Portuguese Republic of 22 July 1972 . . . and therefore does not constitute a restriction on trade such as is prohibited by Article 14 (2) of that Agreement. Such enforcement does not constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Community and Portugal within the meaning of the said Article 23.

EG-domstolens ställningstagande grundar sig på en jämförelse mellan målsättningarna med frihandelsavtalet med Portugal resp Romfördraget. Målsättningen med det portugisiska frihandelsavtalet anges i dess preambel vara att befästa och utvidga de bägge parternas ekonomiska förbindelser och under upprätthållandet av rättvisa konkurrensvillkor säkerställa en harmonisk utveckling av handeln. I detta syfte upprättas genom avtalet ett frihandelsområde i GATT-avtalets mening mellan Portugal och EEC. Syftet med Romfördraget däremot är som bekant betydligt mer omfattande och djupgående, nämligen att försöka förena medlemsstaternas nationella marknader till en gemensam 'marknad med samma karakteristiska drag som en nationell marknad. Trots de stora likheterna mellan art 14 och 23 i det portugisiska frihandelsavtalet å ena sidan och art 30 och 36 RomF å den andra, medför dessa skillnader mellan de båda fördragens syften att sådana hinder mot fria varurörelser som strider mot Romfördragets regler kan vara tillåtna enligt frihandelsavtalet. Härför talar enligt EG-domstolen också det förhållandet att EG inte har några möjligheter att säkerställa att EG-staterna och Portugal tillämpar frihandelsavtalets regler lika. Det sagda berättigade enligt domstolen till slutsatsen att det inte strider mot art 20 och 23 i det portugisiska frihandelsavtalet att med stöd av en upphovsrätt förbjuda import till EG av produkter med portugisiskt ursprung.²⁷⁷

277. Såsom påpekats av NO i en kommentar till målet torde det dock ha varit fullt möjligt för EG-domstolen att komma till motsatt resultat, se PoK 1982:4 s 61.

Polydor-fallet avser formellt endast reglerna i frihandelsavtalet mellan Portugal och EEC. Såvitt gäller den fråga som var aktuell i fallet är emellertid reglerna desamma även i de övriga frihandelsavtal som EEC ingått med de olika EFTA-staterna. Av Polydor-fallet följer därför att den som i en EG-stat är innehavare av en upphovsrätt med stöd av denna kan hindra import till ifrågasvarande stat av produkter som med innehavarens tillstånd framställts och förts ut på marknaden i en EFTA-stat med vilken EEC ingått ett frihandelsavtal.²⁷⁸

Polydor- domen torde även ha betydelse i andra situationer där det är fråga om att på upphovsrättslig grund hindra parallellimport. I sin motivering anför nämligen EG-domstolen generellt:²⁷⁹

“It follows from the foregoing that a prohibition on the importation into the Community of a product originating in Portugal based on the protection of copyright is justified in the framework of the free-trade arrangements established by the Agreement by virtue of the first sentence of Article 23.”

I samma riktning talar också det förhållandet att det i Polydor-fallet var fråga om en situation där det i många stater enligt de rent nationella reglerna inte är möjligt att hindra import. Någon möjlighet härtill skulle t ex varken ha funnits i Sverige eller Danmark.²⁸⁰ Polydor- domen torde därför berättiga till slutsatsen att med nuvarande upphovsrättslagstiftningar frihandelsavtalens regler helt saknar betydelse för möjligheten att med stöd av en upphovsrätt hindra import till en EG-stat från en EFTA-stat med vilken EEC tecknat frihandelsavtal.

En närliggande fråga är i vilken mån den regel som EG-domstolen uttalade i Polydor-fallet är begränsad till upphovsrätt eller om den även gäller för övriga immaterialrätter. Enligt min mening kan det knappast råda något tvivel om att regeln avser alla immaterialrätter, eftersom den artikel på vilken EG-domstolen baserar sin tolkningsförklaring, art 23 i det portugisiska frihandelsavtalet, gäller likformigt för alla immaterialrätter. Inte heller i övrigt synes det finnas några skäl att i detta hänseende särbehandla upphovsrätten.²⁸¹

Det anförda medför således att frihandelsavtalens regler saknar betydelse för frågan om det är möjligt att på immaterialrättslig grund hindra import av produkter till en EG-stat från en EFTA-stat med vilken EEC ingått frihandelsavtal. Detta betyder att samma regler blir tillämpliga som när det är fråga om import från andra icke EG-stater.²⁸²

Ovan har konstaterats att Sveriges frihandelsavtal med EEC inte anses in-

278. A a s 60.

279. Domskäl 21.

280: Se ovan s 59 f.

281. NO i PoK 1982:4 s 60.

282. Se härom ovan s 87 ff.

förlivat i den interna svenska rättsordningen och att det därför är uteslutet att avtalet kan ha direkt effekt i Sverige. Polydor-domen har därför inte samma direkta betydelse i Sverige som inom EG. Däremot är givetvis domen av stor vikt när det gäller att avgöra vilka folkrättsliga förpliktelser som Sverige har åtagit sig enligt frihandelsavtalet. Av de skäl som ovan anförts såvitt gäller rättsläget inom EG måste på denna punkt gälla att frihandelsavtalets regler inte har någon betydelse för de i immaterialrättslagstiftningen uppställda reglerna för när det är möjligt att förhindra import.²⁸³

Sammanfattningsvis kan således konstateras att de frihandelsavtal som EEC ingått med Sverige och de övriga EFTA-staterna varken torde påverka möjligheterna att på immaterialrättslig grund hindra import till EG eller till Sverige eller någon annan EFTA-stat. Såvitt gäller handeln mellan EG-stater-na å ena sidan och EFTA-staterna å den andra är det således forfarande möjligt att utnyttja immaterialrätter för att territoriellt uppdelade marknaden. I vart fall gäller detta så länge inte möjligheterna att hindra import utvidgas i någon mer betydande grad.

283. NO i PoK 1982:4 s 61.

6. Licensavtal

6.1 Inledande anmärkningar

Termen licensavtal betecknar sådana avtal varigenom innehavaren av en immaterialrätt eller en viss know how upplåter rätt till någon annan att utnyttja den ifrågavarande immaterialrätten eller kunskapen. Några regler som särskilt tar sikte på licensavtal finns inte inom EG-rätten med två undantag, art 4 (2) (2) (b) i förordning 17 och den i juli 1984 antagna gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal, vilken trädde i kraft 1 januari 1985 och gäller t o m 31 december 1994.²⁸⁴ Art 4 (2) (2) (b) i förordning 17 innehåller ett undantag från huvudregeln att avtal som strider mot art 85 (1) måste anmälas till kommissionen för att kunna erhålla 85 (3)-förklaring med verkan från avtalets ingående. Undantaget avser sådana från konkurrensbegränsningssynpunkt relativt ointressanta avtal där endast två företag är parter och som endast innebär att förvärvaren av en rättighet inom det industriella rättsskyddet eller den som erhållit licens att utnyttja en sådan rättighet åtar sig vissa inskränkningar i utövandet av den över- eller upplåtna rättigheten. Reglerna i gruppundantagsförordningen innebär att vissa kategorier av patentlicensavtal automatiskt erhåller 85 (3)-förklaring på motsvarande sätt som enligt andra gruppundantagsförordningar.

Nu nämnda förhållande medför att art 85 RomF är den regel som främst får betydelse för licensavtal. Den primära frågan är om någon klausul i ett licensavtal är konkurrensbegränsande i art 85 (1):s mening. Om så är fallet uppkommer följdfrågan om klausulen uppfyller rekvisiten enligt art 85 (3) och den därför ändå kan accepteras. Vidare måste reglerna om fria varurörelser i art 30 och 36 beaktas. Det är nämligen som huvudregel inte möjligt att genom avtal

284. (1984) O.J. L 219/15. En översättning av förordningen till svenska finns i Karnell, Inledning till den internationella licensrätten, 1975.

förbjuda sådan import eller export som enligt dessa artiklar är tillåten.²⁸⁵ Art 36 får också betydelse genom att man vid tillämpningen av art 85 skall ta hänsyn till ifrågakvarande immaterialrätts "specific subject-matter".²⁸⁶

I fråga om patent- och vissa andra typer av licensavtal har rättsläget såvitt gäller tillåtligheten av vissa i licensavtal vanliga klausuler preciserats genom den nyss nämnda gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. För övriga typer av licensavtal får ledning främst sökas i praxis.

EG-domstolens praxis inskränker sig emellertid till två avgöranden från 1982, Majs- och Coditel II-fallen.²⁸⁷ Därtill kommer det redan berörda Grundig-målet,²⁸⁸ där relationen mellan avtalsparterna hade stora likheter med en varumärkeslicens av sådan typ som normalt ingår i återförsäljaravtal. Där emot finns ett ganska stort antal beslut av kommissionen.

EG-domstolens praxis är begränsad till bedömningen av exklusivitetsklausuler och klausuler om absolut eller relativt områdesskydd, medan kommissionens avgöranden även avser ett relativt stort antal andra typer av klausuler. Ifråga om de klausuler som EG-domstolen prövat har domstolen delvis intagit en annan ståndpunkt än kommissionen. En närliggande fråga är därför i vilken mån EG-domstolen även när det gäller andra typer av klausuler kommer att ha en gentemot kommissionen avvikande uppfattning. Något säkert svar på denna fråga kan givetvis inte ges. Enligt min åsikt är det dock sannolikt att domstolen i de flesta fall kommer att ansluta sig till kommissionens bedömning. Ett skäl härtill är att denna såvitt gäller de flesta andra typer av klausuler än exklusivitets- och områdesskyddsbestämmelser i högre grad står i samklang med gängse allmänna konkurrensbegränsningsrättsliga värderingar.

Rätt att utnyttja huvudmannens varumärke ingår regelmässigt i återförsäljaravtal. Exklusiva sådana licenser kan erhålla gruppundantag enligt förordning 83/83.²⁸⁹ Motsvarande gäller för exklusive inköpsavtal enligt förordning

285. Se mål 58/80, (1981) E.C.R. 181 (= (1981) 3 C.M.L.R. 590), Dansk Supermarked v. Imerco. Ett undantag är att möjligheterna att avtala om ett absolut områdesskydd är större enligt gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal än enligt reglerna om fria varurörelser. Se härom närmare nedan s 125 ff. Ett annat undantag är att regeln om bagatellkarteller (se ovan s 24 f) saknar motsvarighet såvitt gäller reglerna om fria varurörelser. Se vidare Turner, *Competition and the Common Market after Maize Seeds*, (1983) E.L. Rev. 103 ff.

286. Se mål 40/70, (1971) E.C.R. 69 (= (1971) C.M.L.R. 260), Sirena v. Eda samt generaladvokaten Reichl i mål 262/81, (1982) E.C.R. 3381 (= (1983) 1 C.M.L.R. 49), Coditel v. Cine Vog Films. Jfr mål 56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418), Consten & Grundig v. Commission. Se vidare Turner, a a s 114 ff.

287. Mål 258/78, (1982) E.C.R. 2015 (= (1983) 1 C.M.L.R. 278), Nungesser KG and Eisele v. Commission resp mål 262/81, (1982) E.C.R. 3381 (= (1983) 1 C.M.L.R. 49), Coditel v. Cine Vog Films.

288. Mål 56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418), Consten & Grundig v. Commission.

289. (1983) O.J. L 173/1.

84/83.²⁹⁰ Varumärkeslicenser av nu angiven typ kommer i det följande inte att behandlas särskilt.

Som framgår av avsnitt 2.2 skall frågan om ett avtal strider mot art 85 (1) avgöras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Trots detta har kommissionen utbildat en praxis enligt vilken vissa i licensavtal vanliga klausuler mer eller mindre i sig anses förbjudna. Efter en kort översikt över gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal och möjligheten att ålägga en immaterialrättsinnehavare att upplåta en licens skall i det följande ett antal sådana klausuler analyseras var för sig.

6.2 Gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. Bakgrund, tillämpningsområde och struktur

Licensavtal är som bekant en mycket vanligt förekommande avtalstyp. Kommissionen har därför varje år haft att ta ställning till ett stort antal ansökningar om negativattester och 85 (3)-förklaringar avseende sådana avtal.²⁹¹ Redan på julafton 1962 utfärdade kommissionen ett tillkännagivande vari uppräknades ett antal klausuler som inte ansågs strida mot art 85 (1), den s k julaftonskungörelsen.²⁹² Vissa härifrån avvikande synpunkter publicerades 1975 i Fourth Report on Competition Policy.²⁹³ Ett inofficiellt förslag till gruppundantagsförordning lades fram 1977²⁹⁴ och ett nytt reviderat förslag publicerades officiellt 1979.²⁹⁵ Sistnämnda förslag ansågs mycket strängt och blev utsatt för stark kritik från näringslivshåll. Den nu antagna gruppundantagsförordningen avviker också på flera punkter från 1979 års förslag.²⁹⁶

Gruppundantagsförordningen är inte bara tillämplig på patent- och kombinerade patent- och know how licenser, art 1 (1), utan också på licenser avseende nyttighetsmodeller och de franska skyddsformerna "certificats d'utilité" och "certificats d'addition". Likaså är förordningen tillämplig på licenser rörande ansökningar avseende samtliga ovan nämnda rättigheter, art 10 (1). Detta gäller även om ansökan inlämnats senast ett år efter licensavtalets ingående,

290. (1983) O.J. L 173/5.

291. Gulmann-Fejøl, Nye EF-regler og domme i 1983, UfR 1984 s 359, anger att ca 2 500 licensärenden var under behandling hos kommissionen vid utgången av 1983.

292. (1962) J.O. 2922. Tillkännagivandet har nu officiellt återtagits, se (1984) O.J. C 220/14.

293. S 20 ff.

294. Förslaget har bl a publicerats i Contributions to Community Competition Law s 83 ff.

295. (1979) O.J. C 58/12.

296. Se om den historiska utvecklingen bl a Fejøl, a a s 188 ff. Även andra förslag än de här omnämnda har framlagts.

art 10 (2). Däremot är förordningen inte tillämplig på licenser avseende växt-förädlarrätter, art 5 (1) (4), eller på rena know-how licenser, preambeln p 9.

Förordningen omfattar inte avtal där fler än två företag är parter, art 1 (1). Inte heller är förordningen tillämplig på avtal om patentpooler, vissa licenser där parterna samarbetar i ett joint venture eller vissa avtal varigenom parterna upplåter ömsesidiga patent-, know how- eller varumärkeslicenser, art 5. Orsaken härtill är dels att erfarenheterna av sådana avtal hittills är alltför begränsade, dels att den eventuella konkurrensbegränsande effekten av olika typer av klausuler i sådana avtal i särskilt hög grad är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.

Det förhållandet att förordningen endast är tillämplig på avtal med högst två parter hindrar inte att underlicenser kan erhålla gruppundantag, art 11 (1). Likaså omfattas överlåtelse av patent av förordningen, om ersättningens storlek beror på förvärvarens omsättning vid försäljning av de patenterade produkterna eller om ersättningen på något annat sätt är beroende av den nye innehavarens utbyte av det förvärvade patentet, art 11 (2).

Däremot avser förordningen inte rena försäljningslicenser, utan sådana faller i stället under förordning 83/83, se preambeln p 7.

Som framgått av avsnitt 2.2 tillämpas inom EGs konkurrensrätt den ekonomiska enhetens princip. I gruppundantagsförordningen har detta kommit till uttryck genom att vad som gäller för licensgivaren eller licenstagaren i vissa fall också skall gälla anslutna företag ("connected undertakings"). Sådana regler finns bl a i art 1 (2) och 5 (1) (3). Med anslutna företag avses företag i vilka licensgivaren eller licenstagaren innehar mer än hälften av kapitalet eller rösterna eller över vilka licensgivaren eller licenstagaren på vissa andra formella grunder har ett bestämmande inflytande, art 12.

I förordningens art 1 och 2 uppräknas de avtalsförpliktelser som kan bli föremål för gruppundantag. Sådant undantag kan också förpliktelser erhålla som är av samma typ som de som uppräknas i art 1 och 2 men som är mindre långtgående, art 1 (3) och 2 (3). Uppräkningen i art 1 och 2 är bara uttömmande såvitt gäller möjligheten att erhålla gruppundantag. Däremot kan även andra förpliktelser komma ifråga för negativattest eller 85 (3)-förklaring, se preambeln p 18. Å andra sidan kan kommissionen i enskilda fall förklara att ett licensavtal inte åtnjuter gruppundantag trots att förutsättningarna härför formellt är uppfyllda, art 9.

På motsvande sätt som i art 1 och 2 uppräknas i art 3 ett antal förpliktelser som medför att ett avtal inte kan bli föremål för gruppundantag. Detta utesluter emellertid inte att även sådana förpliktelser i enskilda fall efter sedvanlig ansökan kan meddelas 85 (3)-förklaring, se preambeln p 19. För licensavtal som innehåller förpliktelser som går utöver vad som godtas enligt art 1 och 2 men som inte strider mot art 3 står också en annan undantagsmöjlighet till buds. Om kommissionen inte motsätter sig undantag inom sex månader från det anmälan kom kommissionen tillhanda anses nämligen avtalet undantaget

från bestämmelsen i art 85 (1) RomF, se närmare art 4 i gruppundantagsförordningen.

Gruppundantagsförordningen trädde i kraft 1 januari 1985. Övergångsbestämmelserna avseende avtal som ingåtts före detta datum återfinns i art 6—8 och är mycket komplicerade. Huvudregeln finns i art 6. Skillnad görs där mellan, å ena sidan, licensavtal som ingåtts före 13 mars 1962 och som anmälts före 1 februari 1963 och avtal som, oavsett om de anmälts eller inte, ingåtts före 1 februari 1963 och på vilka art 4 (2) (b) i förordning 17 är tillämplig och, å andra sidan, alla andra avtal som anmälts före förordningens ikraftträdande. Såvitt gäller de förstnämnda båda grupperna av avtal gäller att gruppundantag har retroaktiv effekt från den tidpunkt då avtalen uppfyller förordningens krav för att komma i åtnjutande av sådant. För den sistnämnda gruppen gäller att gruppundantag har retroaktiv effekt från den senaste av anmälningsdagen eller den dag avtalet uppfyller förordningens krav för uppfyllande av gruppundantag. Därutöver gäller vissa regler för avtal som före den 1 april 1985 ändras så att de står i överensstämmelse med gruppundantagsförordningen, art 7, och för avtal på vilka art 85 är tillämplig som en följd av Storbritanniens, Irlands, Danmarks och Greklands inträde i EG, art 8.

6.3 *Åläggande att upplåta licens*

Huvudregeln inom immaterialrätten är att varje rättighetsinnehavare själv bestämmer om han skall upplåta någon licens till sina rättigheter eller inte. Detta hindrar dock inte att de flesta länders patentlagstiftning innehåller regler som i vissa närmare angivna fall gör det möjligt för en konkurrerande näringsidkare att vid domstol föra talan om att en patenthavare på vissa villkor skall åläggas att upplåta licens till sitt patent, s k tvångslicens.²⁹⁷ Regler om tvångslicens fö-

297. Enligt den svenska patentlagen kan tvångslicens meddelas i vissa fall av underlåten användning, 45 §, då ett allmänt intresse av synnerlig vikt kräver det, 47 §, under vissa närmare angivna förutsättningar vid s k beroendepatent, 46 §, samt vid tidigare användning i god tro, 48 §. Se härom bl a Jacobsson-Tersmeden-Törnroth, a a s 285 ff, Godenhjelm, Tvångslicensbestämmelserna i 1967 års patentlag, NIR 1979 s 231 ff. I 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd, art 5 A, finns regler som begränsar konventionsstaternas möjlighet att ålägga utländska patenthavare att upplåta tvångslicenser. U-länderna anser att denna artikel innefattar alltför starka begränsningar i rätten att meddela tvångslicenser och artikeln är därför f n föremål för revision. Se härom Ds Ju 1979:13 s 15 ff, Jacobsson, Revision av Pariskonventionen. Läget inför 1980 års diplomatiska konferens, NIR 1979 s 28 ff, dens Diplomatsk konferens för revision av 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd, NIR 1982 s 311 ff samt dens, Diplomatsk konferens för revision av 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd (tredje sessionen), NIR 1983 s 274 ff.

rekommer också inom mönsterrätten.²⁹⁸ Däremot anses vanligen tvångslicenser inte vara förenliga med varumärkets funktion att särskilja olika varor och tjänster efter deras kommersiella ursprung.²⁹⁹ Regler av tvångslicenskaraktär förekommer i viss omfattning även inom upphovsrätten.³⁰⁰ Vanligare är dock regler om s k avtalslicens, d v s regler varigenom representativa upphovsman-naorganisationer ges rätt att utan att i varje särskilt fall inhämta upphovsmannens tillstånd upplåta rättigheter avseende upphovsmännens skyddade verk. På grund av konventionsåtaganden ges dock de enskilda upphovsmännen regelmässigt möjlighet att efter anmälan avstå från att delta i avtalslicenssystemet.

Vid sidan av dessa immaterialrättsliga regler kan det under vissa förutsättningar också vara möjligt att ålägga immaterialrättsinnehavare att upplåta licenser med stöd av de nationella konkurrensbegränsningslagstiftningarna.³⁰¹ Frågan är nu om även EG:s konkurrensregler kan ge upphov till en sådan möjlighet.

298. Enligt den svenska mönsterskyddslagen kan tvångslicens meddelas dels under vissa förutsättningar till förmån för tidigare godtroende utnyttjare av mönstret, dels om allmänt intresse av synnerlig vikt kräver det, 28 §. Några regler om tvångslicens av mönster finns inte i Pariskonventionen, däremot regler som begränsar unionsstaternas möjligheter att förklara mönster förverkade, se art 5 B.

299. Annan mening Vida, Trademarks in Developing Countries, 1981 s 172.

300. I den svenska upphovsrättslagen kan som exempel härpå nämnas rätten att i populärvetenskapliga framställningar utan särskilt tillstånd återge två eller flera konstverk som skapats av samma person, 14 § 2 st, samt rätten att i samlingsverk för gudstjänst eller undervisningsbruk under vissa närmare angivna omständigheter återge litterära, musikaliska eller konstnärliga verk, 16 §. På grund av att Bernkonventionen uppställer stränga krav på det minimiskydd som unionsländerna måste erbjuda utländska upphovsmän blir utrymmet för tvångslicenser inom upphovsrätten begränsat.

301. För svensk rätts del är MD 1972:7 (= NIR 1972 s 443), Däckdubbsmålet, det ledande avgörandet rörande förhållandet mellan konkurrensbegränsningslagstiftningen och immaterialrätten. Marknadsdomstolen fann där att det var möjligt att ingripa med stöd av konkurrensbegränsningslagstiftningen även mot konkurrensbegränsningar som faller inom ramen för patentskydd. Möjligheten till ingrepp är dock begränsad till sådana undantagsfall då konkurrensbegränsningen har "längre gående verkan än patenträtten får anses rättfärdiga". Se om fallet SOU 1978:9 s 141 ff, prop 1977/78:1 s 331, Bernitz, Licensavtal och konkurrensbegränsning. Det svenska däckdubbsmålet och dess konsekvenser, NIR 1973 s 1 ff, Blok, De i patentet indeholdte begrænsninger i patentlicensaftaler. Endnu en kommentar till den svenske Dubbmanafgørelse, NIR 1973 s 351 ff, Sandgren, Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler, NIR 1974 s 257 ff. De principer som ligger till grund för marknadsdomstolens beslut i däckdubbsmålet torde gälla också för övriga immaterialrätter, se Bernitz, a a s 21, Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, a a s 178 samt för mönsterrättens del även prop 1969:168 s 338, 349. Tillkomsten av konkurrenslagen har inte medfört någon förändring av rättsläget i här aktuellt hänseende, se SOU 1978:9 s 264 f, prop 1981/82:165 s 193 f, Sandström, Konkurrensrätten och de legala ensamrätterna — Ny svensk konkurrenslag, NIR 1982 s 444 ff.

Som ovan redan nämnts är art 85 endast tillämplig på konkurrensbegränsningar som härrör från avtal eller samordnade förfaranden.³⁰² Detta rekvisit är av naturliga skäl i de allra flesta fall inte uppfyllt vid vägran att upplåta licenser, vilket medför att art 85 regelmässigt inte är tillämplig i sådana fall.

Normalt är det inte heller möjligt att tillämpa förbudet mot missbruk av marknadsdominerande ställning. En anledning härtill är att innehavet av en immaterialrätt inte i sig ger upphov till en marknadsdominerande ställning.³⁰³ Om trots det sagda en immaterialrättsinnehavare skulle inta en marknadsdominerande ställning kan det ändå knappast komma ifråga att ge art 86 en tolkning som skulle tvinga innehavaren att vidta åtgärder som står i strid med ifrågavarande rättighets "specific subject-matter". Utrymmet för att ålägga någon att upplåta en varumärkeslicens torde därför vara obefintligt. Rimligen kan det inte heller komma ifråga att ge art 86 en tolkning som skulle stå i strid med Paris- eller Bernkonventionen. Å andra sidan måste det konstateras att art 86 inte innehåller något rekvisit som direkt utesluter att en vägran att upplåta en licens skulle kunna stå i strid med art 86.

Något beslut där en rättighetsinnehavare ålagts att upplåta en licens finns såvitt bekant inte. Parentetiskt kan dock nämnas att kommissionen i det s k Salora-ärendet³⁰⁴ lär ha övervägt möjligheten att med stöd av art 85 ålägga en patentinnehavare att upplåta en licens.

Det tyska företaget Intressengemeinschaft für Rundfunkschutzrechte GmbH (IGR), vars medlemmar bestod av samtliga tillverkare av färg-TV-apparater i Tyskland, hade förvärvat två patent avseende stereotelevisionsapparater. IGR upplät licenser att utnyttja patenten till sina medlemmar. Däremot vägrades det finska företaget Salora licens vilket medförde att detta företag utestängdes från den tyska stereotelevisionsmarknaden. Salora anmälde licensvägran till kommissionen. IGR förklarade därefter att man var villig att upplåta licenser till alla företag som tillverkade TV-apparater avsedda för den tyska marknaden.

Enligt art 3 i förordning 17 kan kommissionen ålägga ett företag att upphöra med sådana handlingar som strider mot art 85 eller 86. Denna befogenhet anses även inkludera rätt att ålägga ett företag att vidta vissa positiva åtgärder, t ex att leverera till en viss kund.³⁰⁵

302. Se ovan s 21 ff.

303. Se närmare ovan s 93 ff.

304. Omnämnt i Eleventh Report on Competition Policy s 63 f.

305. Se t ex Bellamy-Child, a a s 359, Gleiss-Hirsch, a a s 431 f.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att det inte föreligger några generella hinder mot att med stöd av art 85 eller 86 ålägga en immaterialrättsinnehavare att upplåta en licens men att detta bara torde kunna ske i mycket sällsynta undantagsfall. Någon tvekan om att kommissionen har befogenhet att ålägga ett företag att vidta en positiv åtgärd, t ex att upplåta en licens, finns inte.

6.4 Bedömningen av vissa typer av klausuler

6.4.1 Exklusivitetsklausuler

Licenser uppdelas normalt i exklusiva, "sole" och icke-exklusiva (enkla) licenser. Med exklusiva licenser avses sådana licenser där licensgivaren åtar sig både att inte upplåta några andra licenser avseende det ifrågavarande geografiska området och att inte heller själv konkurrera med licenstagaren inom detta område. Även vid "sole" licenser åtar sig licensgivaren att inte upplåta andra licenser inom det ifrågavarande området men han åtar sig inte att själv avstå från att konkurrera med licenstagaren. Vid icke-exklusiva licenser står det licensgivaren fritt både att upplåta konkurrerande licenser och att själv konkurrera med licenstagaren.

En licensgivare har således möjlighet att upplåta flera exklusiva licenser men de måste i så fall avse olika geografiska områden, olika tider eller olika rättigheter.

I den skjultonskungörelsen uttalade kommissionen som sin åsikt att exklusivitetsklausuler i patentlicensavtal inte täcks av förbudet i art 85 (1), se kungörelsens punkt E.³⁰⁶

Kommissionen ändrade emellertid därefter sin ståndpunkt. I fyra beslut från 1971 och 1972 uttalade kommissionen att exklusiva licenser "in certain cases" kan träffas av förbudet i art 85(1).³⁰⁷ Endast i ett av dessa beslut ansågs

306. Där anges att art 85 (1) ej täcker

"Undertakings on the part of the licensor:

(1) not to authorize anyone else to exploit the invention;

(2) not to exploit the invention himself."

307. Se (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), Burroughs-Delplanque, (1972) J.O. L 13/53 (= (1972) C.M.L.R. D 72), Burroughs-Geba-Werke, (1972) J.O. L 143/31 (= (1972) C.M.L.R. D 52), Davidson Rubber, (1972) J.O. L 143/39 (= (1972) C.M.L.R. D 45), Raymond & Co.

dock så vara fallet och i detta fall meddelades 85 (3)-förklaring.³⁰⁸ I ett avgörande från 1975 använde kommissionen ett något annat uttryck och uttalade att en exklusiv licens "may be a restriction of competition".³⁰⁹ Den ifrågavarande exklusivitetsklausulen ansågs innefatta en konkurrensbegränsning, men kommissionen meddelade 85 (3)-förklaring.

Ett senare avgörande från samma år, AOIP-Beyrard-fallet,³¹⁰ synes vara det första i vilket kommissionen intog en än mer restriktiv inställning.³¹¹ Karakteristiskt för kommissionens inställning i slutet av 1970-talet är dess beslut i Majs-fallet.³¹² Efter att ha konstaterat att exklusivitetsklausulen i avtalet stred mot 85 (1) anförde kommissionen som motivering härför:

"these obligations (d v s de som framgick av exklusivklausulen, min anm) are restrictive in that, by licensing a single undertaking to exploit its bredder's rights in a given territory, the licensor deprives himself for the entire duration of the contract of the ability to issue licences to other undertakings in the same territory, thereby eliminating them as competing suppliers in that territory, despite the fact that they may be willing and able to undertake this role. Further, by undertaking not to produce or market the product himself in the territory covered by the contract, the licensor likewise eliminates himself, as well as FRASEMA (en organisation som härledde sina rättigheter från licensgivaren, min anm) and its members, as suppliers in that territory."

Som indirekt framgått redan av inledningen till detta kapitel överklagades kommissionens beslut i Majs-fallet till domstolen som dock först efter tre och ett halvt år meddelade sin dom.³¹³

308. Davidson Rubber-fallet, se föregående not.

309. (1975) O.J. L 222/34 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 40), Kabelmetal-Luchaire.

310. (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) 1 C.M.L.R. D 14). Redan i ett avgörande från 1975, (1975) O.J. L 249/27 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 67), Zuid-Nederlandsche Bronbemaling v. Heidemaatschappij, ansåg dock kommissionen att ett åtagande av en licensgivare att överhuvudtaget inte upplåta fler licenser stred mot art 85 (1).

311. Se även (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari, (1978) O.J. L 157/39 (= (1978) 3 C.M.L.R. 306), RAI/UNITEL, (1978) O.J. L 286/23 (= (1978) 3 C.M.L.R. 434, Majs-fallet. Se även Seventh Report on Competition Policy s 105 ff (AGA Steel Radiators) och Eighth Report on Competition Policy s 90 f (Pentacon, Dresden).

312. Se föregående not. Kommissionens inställning blev föremål för en hel del kritik. Se t ex Albrechtskirchinger; Die Bedeutung der Ergebnisse der Luxemburger Konferenz über das Gemeinschaftspatent für das Recht der Lizenzverträge, GRUR Int 1976 s 255 ff, Cawthra, Exclusive, Sole and Non-Exclusive Rights in Patent Licence Agreements, IIC 1977 s 430 ff, Gundersen, Licensavtaler i EF's kartellrett, NIR 1973 s 291 ff, Mailänder, Die Kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzverträgen nach EG-Kartellrecht und US-Antitrustrechte, GRUR Int 1979 s 383 ff.

313. Mål 258/78, (1982) E.C.R. 2015 (= (1983) 1 C.M.L.R. 278).

Den statliga franska organisationen Institut National de la Recherche Agronomique (INRA) hade utvecklat vissa majssorter för vilka institutet erhållit sort-skydd i Frankrike. Såvitt gällde den tyska marknaden ingick INRA 1960 ett avtal med herr Eisele, huvuddelägare i kommanditbolaget Nungesser KB. Genom avtalet åtog sig Eisele bl a att företräda INRA inför Bundessortenamt i syfte att tillförsäkra INRA registrering av majssorterna i Tyskland. Med stöd av avtalet erhöll Eisele i eget namn registrering av majssorterna och blev således innehavare av växtförädlarrätterna i Tyskland. 1965 ingicks ett nytt avtal mellan INRA och Eisele som bl a innehöll följande klausuler:³¹⁴

“Clause 1

INRA confers on Mr Eisele the exklusive right to organize sales in the Federal Republic of its maize varieties . . .

Clause 5

INRA undertakes to ensure that the relevant organization shall take all necessary steps to prevent INRA maize varieties from being exported to the Federal Republic of Germany otherwise than by way of Mr. Eisele.”

Eisele upplät sedermera sina rättigheter enligt detta avtal till Nungesser.

Med stöd av 1965 års avtal ingrep Eisele mot två företag, Louis David och Robert Bomberault, vilka båda i Tyskland sålde majssorter som omfattades av avtalet. Eisele ingick en förlikning med Louis David enligt vilken sistnämnda företag i fortsättningen skulle avstå från att sälja majssorten ifråga. Någon överenskommelse kom däremot inte till stånd mellan Eisele och Bomberault, utan Bomberault anmälde Eisele för kommissionen. Som nyss framgått ansåg kommissionen att bl a exklusivklausulen i 1965 års avtal stred mot art 85 (1). Klausulen ansågs inte heller kunna bli föremål för 85 (3)-förklaring, bl a eftersom den var kombinerad med en regel om absolut områdesskydd.

Eisele och Nungesser överklagade beslutet till domstolen. Till stöd för sin talan åberopade de bl a att kommissionens beslut stred mot art 85 (1), 30 och 36 dels p g a att kommissionen i sitt beslut inte tagit någon hänsyn till växtförädlarrättens speciella natur, dels p g a att kommissionen felaktigt utgått ifrån att alla exklusiva licenser avseende växtförädlarrätter definitionsmässigt faller under art 85 (1). Vidare åberopade Eisele och Nungesser att de ifrågavarande avtalen var berättigade till 85 (3)-förklaring.³¹⁵

Domstolen ansåg inte att växtförädlarrätten uppvisade sådana särdrag i förhållande till andra rättigheter inom det industriella rättsskyddet att konkurrensreglerna skulle tillämpas på ett i förhållande till dessa avvikande sätt. Till skillnad från kommissionen ansåg emellertid domstolen att s k öppna exklusiva licenser i fall som det föreliggande inte stred mot art 85 (1). Däremot ansåg domstolen att de regler som innebar att Eisel/Nungesser fick ett absolut områdesskydd stod i strid med art 85 (1) och att de inte kunde erhålla 85 (3)-förklaring.

314. Avtalet innehöll också ett konkurrensförbud samt klausuler om prissättning, maximikvantitet och intrång. Kommissionens beslut rörande dessa klausuler överklagades inte. Tillåtligheten av ifrågavarande klausuler behandlas nedan på s 157 f resp 134 ff.

315. Eisele och Nungesser åberopade även tre andra grunder vilka dock saknar intresse i detta sammanhang.

Som framgår av ovanstående relativt omfattande referat avviker de faktiska förhållandena i Majs-fallet från vad som är det normala vid licensavtal på så sätt att Eisele och inte INRA var innehavare av ensamrätten i det ifrågavarande territoriet. Inför EG-domstolen gjorde Eisele och Nungesser också gällande att deras exklusiva rätt att producera och marknadsföra majssorterna inte baserade sig på 1965 års avtal mellan Eisele och INRA, utan på att Eisele var innehavare av växtförädlarrätten i Tyskland. EG-domstolen ansåg emellertid att de olika avtalen mellan INRA och Eisele måste ses som en enhet och att Eisele ekonomiskt sett intog en ställning som motsvarade en exklusiv licensstagares. Vad som sägs i domen har därför full tillämplighet på vanliga licensavtal.

I domen görs en viktig distinktion mellan öppna exklusiva licenser ("open exclusive licences") och exklusiva licenser med absolut områdesskydd ("exclusive licences with absolute territorial protection"). Med öppna exklusiva licenser avses exklusiva licenser genom vilka licensgivaren inte åtar sig mer än att varken upplåta andra licenser eller att själv konkurrera med licensstagaren. Öppna exklusiva licenser skiljer sig från exklusiva licenser med absolut områdesskydd genom att de förra saknar regler enligt vilka avtalsparterna åtar sig att förhindra att tredje man blir i stånd att sälja den ifrågavarande produkten inom avtalsområdet.

Som framgått av referatet var kommissionen och EG-domstolen överens om att avtalen mellan Eisele och INRA stred mot art 85 (1) genom att de gav Eisele ett absolut områdesskydd.³¹⁶ Däremot ansåg domstolen, i motsats till kommissionen, att den öppna exklusiva licensen ej föll under art 85 (1). Skillnaden i bedömning synes främst bero på att kommissionen och domstolen använt olika jämförelsesituationer. Som framgått av det ovan³¹⁷ citerade uttalandet från kommissionsbeslutet baserade kommissionen sin ståndpunkt på att den öppna exklusiva licensen innebar en konkurrensbegränsning jämfört med om andra licensstagare och INRA skulle ha konkurrerat med Eisele i Tyskland. Domstolen däremot har ställt sig frågan hur situationen skulle ha blivit om INRA ej haft möjlighet att upplåta en öppen exklusiv licens. Man fann därvid att det i den aktuella situationen var fråga om upplåtelse av ny teknologi och att en eventuell licensstagare måste göra vissa investeringar. Det var därför sannolikt att det skulle ha varit omöjligt att finna något företag som var villigt att acceptera en icke-exklusiv licens. Resultatet skulle då ha blivit att den nya teknik som de ifrågavarande majssorterna representerade överhuvudtaget ej skulle ha spritts till Tyskland. Med hänsyn härtill ansåg domstolen att en öppen exklusiv licens inte stred mot art 85 (1) i ett fall som det föreliggande. Att det endast

316. Se härom nedan s 125 ff.

317. Se ovan s 120.

delvis var fråga om en tillverkningslicens har tydligen ansetts sakna betydelse.

EG-domstolens motivering är mycket kasuistisk och det beror på omständigheterna i det enskilda fallet om en öppen exklusiv licens faller under art 85 (1) eller inte. I avgörandet fäste domstolen stor, kanske avgörande, vikt vid att det var fråga om ny teknologi. Domen ger dock ingen ledning när det gäller att avgöra vad som krävs för att viss teknologi skall anses som ny.³¹⁸ Oavsett den närmare innebörden härav står det dock klart att ett krav på att licensen avser i något hänseende ny teknologi medför att exklusivitetsklausuler i många varumärkeslicenser faller under art 85 (1). Vidare konstaterar EG-domstolen att licenstagaren var tvungen att göra investeringar och att han därmed tog en viss ekonomisk risk. Huruvida detta är en förutsättning för att en exklusivlicens skall falla utanför art 85 (1), och hur stora investeringarna i så fall måste vara, framgår dock inte.

EG-domstolens avståndstagande från kommissionens ståndpunkt torde av de flesta bedömare hälsas med glädje. Oftast torde en licensgivare bara ha att välja mellan att upplåta en exklusiv licens eller att inte upplåta någon licens alls. Kommissionens resonemang blir då verklighetsfrämmande. Det kan ju knappast sägas innebära någon begränsning av konkurrensen att avtalsvägen omöjliggöra en marknadssituation som av ekonomiska skäl ändå inte kan uppkomma. Huruvida redan detta medför att en exklusivitetsklausul faller utanför art 85 (1) är dock oklart.

I en speciell situation kan även en öppen exklusiv licens medföra ett absolut områdesskydd, nämligen då licensen avser hela EG. I den utsträckning det enligt den nationella immaterialrättslagstiftningen är möjligt att hindra import kan ju då licenstagaren helt stoppa tredje mans försäljning inom EG.³¹⁹ I praktiken uppkommer vanligen också ett starkt områdesskydd när en exklusiv licens omfattar hela den del av EG som inte licensgivaren förbehållit sig själv. Det har därför hävdats att exklusiva licenser som avser någon av dessa båda situationer alltid faller under art 85 (1).³²⁰ Något direkt stöd för denna åsikt ger dock inte Majs-fallet.

Majs-fallet gäller licens av en växtförädlarrätt. En fråga som inställer sig är givetvis om en licensupplåtelse av en patent- eller varumärkesrätt skulle ha bedömts på samma sätt om omständigheterna i övrigt varit desamma. Som framgått av referatet ovan gjorde Eisele inför domstolen gällande att kommissionens beslut var felaktigt, eftersom det bortsåg från växtförädlarrättens särskilda natur. Domstolen uttalade med anledning härav att växtförädlarrätten inte

318. Hoffmann-O'Farrell, The 'Open Exclusive Licence' — Scope and Consequences, (1984) EIPR s 105 ff.

319. Se ovan s 87 ff och 104 ff.

320. Hoffmann-O'Farrell, a a s 109. Se även v. Gamm, Copyright Licence Contracts and Restrictions Under the EEC Treaty, IIC 1983 s 589.

uppvisade några sådana egenheter i förhållande till övriga industriella rättigheter att det vid tillämpningen av konkurrensreglerna fanns anledning att behandla växtförädlarrätten på annat sätt än de övriga rättigheterna. Utgången synes därför ha blivit densamma om det i stället hade varit fråga om en patent-, mönster- eller varumärkeslicens.³²¹

EG-domstolens andra dom rörande exklusiva licensavtal, Coditel II-fallet,³²² rör upplåtelse av upphovsrätt.

Denna dom avser samma faktiska förhållanden som Coditel I-fallet vilket refererats ovan på s 45 f. Frågan i Coditel II-fallet var i korthet om en tidsbegränsad upplåtelse av en exklusiv rätt att i en EG-stat visa en film kan falla under förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i art 85 (1). Domstolen ansåg att en dylik licens inte som sådan strider mot art 85 (1). I sin motivering uttalade domstolen bl a:

“Indeed the characteristic features of the cinematograph industry and markets in the Community, particularly those relating to dubbing or subtitling for audiences belonging to different language groups, to the possibilities of television broadcasting, and to the system for financing film production in Europe, show that a licence for exclusive exhibition is not in itself likely to prevent, restrict or distort competition.

Although, therefore, the copyright in a film and the right, arising from the copyright, to exhibit a film do not by their nature fall within the prohibitions of Article 85, the exercise of such rights may nevertheless, under economic or legal circumstances which have the effect of substantially restricting the distribution of films or distorting competition in the film market, having regard to its special characteristics, fall within those prohibitions.”

Coditel II-domen ligger enligt min mening väl i linje med domen i Majs-fallet. I båda domarna har domstolen fäst avgörande vikt vid om de exklusiva licenserna i det enskilda fallet medfört någon beaktansvärd konkurrensbegränsning. I Majs-fallet ansågs inte någon sådan begränsning uppkomma, bl a eftersom det var osannolikt att det gått att finna något företag som var villigt att acceptera en icke-exklusiv licens och i Coditel II-fallet ansågs språkbarriärerna medföra att det var osannolikt att den exklusiva licensen i någon mer betydande grad skulle begränsa konkurrensen.

En vanlig form av exklusiva upphovsrättslicenser är förlagsavtal. Såvitt be-

321. Hoffmann-O'Farrell, a s och Pietzke, a a s 537. Det bör dock noteras att generaladvokaten Rozès intog en annan ståndpunkt. Ang exklusiva varumärkeslicenser se vidare Joliet, Territorial and Exclusive Trademark Licensing Under the EEC Law of Competition, IIC 1984 s 21 ff.

322. Mål 262/81, (1982) E.C.R. 3381 (= (1983) 1 C.M.L.R. 49).

kant har kommissionen hittills inte gjort gällande att exklusiviteten i dylika avtal skulle strida mot art 85 (1). Eftersom språkbarriärer har stor betydelse även för bokmarknaden torde Coditel II-domen få ses som en bekräftelse på att exklusiviteten i förlagsavtal, i vart fall såvida den överensstämmer med ett visst språkområde, normalt inte strider mot art 85 (1).

Något formellt beslut av kommissionen rörande tillåtligheten av öppna exklusivavtal synes inte finnas från tiden efter Majs- och Coditel-avgörandena.³²³

Enligt gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal är huvudregeln att exklusivitetsklausuler accepteras. Detta framgår av art 1 (1) (1) och (2) där det anges att art 85 (1) ej skall tillämpas på klausuler enligt vilka licensgivaren åtar sig att inom avtalsområdet varken själv eller genom andra licenstagare exploatera den eller de uppfinningar avtalet omfattar så länge något av de licensierade patenten är i kraft. Något krav på att licensavtalet skall avse ny teknologi för att kunna omfattas av gruppundantag uppställs inte.

I många länder är det en öppen fråga huruvida en upplåtelse av en exklusiv licens avseende ett visst geografiskt område även innefattar en förpliktelse för licenstagaren att avstå från att utnyttja den upplåtna rättigheten inom andra områden eller om en sådan förpliktelse kräver en uttrycklig överenskommelse därom.³²⁴ Oavsett hur det förhåller sig härmed accepteras emellertid enligt gruppundantagsförordningen förpliktelser enligt vilka licenstagaren åtar sig att inte utnyttja den licensierade uppfinningen inom sådana delar av EG som är förbehållna licensgivaren, art 1 (1) (3), och förpliktelser enligt vilka licenstagaren åtar sig att inte tillverka eller använda den licensierade produkten eller använda den patenterade metoden eller överförd know how inom områden som är förbehållna andra licenstagare, art 1 (1) (4). Förpliktelserna accepteras dock endast i den utsträckning de är begränsade till områden där den licensierade uppfinningen skyddas av parallella patent.

6.4.2 Förstärkt eller absolut områdesskydd

Som bekant är det mycket vanligt förekommande att en rättighetshavare upplåter exklusiva licenser avseende samma rättighet till olika licenstagare men

323. Däremot har preliminära undersökningar förekommit, se bl a Bull E C 1983:3 s 32, Knoll/Hilfe-Form.

324. Se härom för svensk rätts del Hedman, Internationella licensavtal, NIR 1969 s 112. Enligt Hedman torde en licenstagare ha rätt att exploatera det licensierade objektet utanför avtalsområdet om detta inte innefattar intrång eller strider mot licensavtalet. Samma ståndpunkt intar Joliet, a a s 22, såvitt gäller Benelux-länderna.

omfattande skilda geografiska områden. Med förstärkt eller absolut områdesskydd avses i sådana sammanhang skydd som uppkommer genom avtalsförpliktelser som syftar till att hindra andra licenstagare eller tredje man från att sälja de produkter en viss licens avser inom ifrågavarande licenstagares område. Sådana förpliktelser kan indelas i två olika huvudgrupper. Den första består av förpliktelser som går ut på att avtalsparterna inte skall sälja avtalsprodukten till kunder utanför sina respektive områden. Inom denna grupp kan man i sin tur skilja mellan åtaganden som innebär att parten skall avstå från att sälja till kunder inom områden där immaterialrättsskydd består och där tillverkning och/eller försäljning normalt förbehållits något annat företag och åtaganden som går ut på att avstå från att sälja till kunder i områden där skydd saknas. Den andra huvudgruppen utgörs av åtaganden som går ut på att licenstagaren och/eller licensgivaren generellt eller på angivna sätt skall se till att deras kunder inte i sin tur säljer avtalsprodukten vidare till kunder inom ett visst område.

Reglerna om att varor fritt skall kunna cirkulera inom EG intar som omtalats i avsnitt 2.2 en mycket framträdande plats inom EG-rätten. Det är därför knappast förvånande att EG-domstolen och kommissionen intagit en synnerligen negativ hållning gentemot klausuler som kan ge upphov till ett förstärkt eller absolut områdesskydd för en licensgivare eller licenstagare.

Som framgått redan av föregående avsnitt ansåg EG-domstolen i Majs-fallet³²⁵ att sådana föreskrifter om förstärkt områdesskydd i ett licensavtal som går ut på att förhindra att någon annan än licenstagaren får möjlighet att sälja avtalsprodukten inom licensområdet strider mot 85 (1). Det grundläggande avgörandet såvitt gäller dylika klausuler är emellertid det redan berörda Grundig-fallet³²⁶ som dock inte avser ett licensavtal utan ett återförsäljaravtal.

Företaget Consten S A var återförsäljare av Grundigs varor i Frankrike. Enligt återförsäljaravtalet förband sig Grundig att varken direkt eller indirekt till tredje man leverera varor som var avsedda för den franska marknaden. Dessutom hade Grundig både i avtalet med Consten och i övriga återförsäljaravtal intagit klausuler enligt vilka återförsäljarna förband sig att inte sälja Grundigs produkter utanför det område som respektive återförsäljaravtal omfattade. Bl a eftersom distributionskostnaderna utgör en betydande del av en varas totala pris ansåg EG-domstolen det viktigt att inte konkurrensen inskränktes mellan olika återförsäljare av samma märke. De nu nämnda avtalsklausulerna ansågs medföra en förvrängning av konkurrensen på EG-marknaden och stred därför mot art 85 (1). Några skäl att meddela 85 (3)-förklaring ansågs inte heller föreligga.

325. Mål 258/78, (1982) E.C.R. 2015 (= (1983) 1 C.M.L.R. 278).

326. Mål 56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418).

EG-domstolens dom i Majs-fallet ligger, såvitt gäller den här aktuella klausulen, helt i linje med domen i Grundig-målet.

Som redan framgått var det i Majs-fallet fråga om en klausul enligt vilken licensgivaren åtog att vidta alla åtgärder som var nödvändiga för att förhindra att avtalsprodukterna exporterades till licensområdet av andra än licenstagaren. EG-domstolen fann det klart att denna klausul syftade till att begränsa konkurrensen inom EG och ansåg därför att den stred mot art 85 (1). Domstolen hänvisade i detta sammanhang också till domen i Grundig-målet. Såvitt gällde möjligheten att meddela 85 (3)-förklaring uttalade domstolen att absolut områdesskydd i detta fall gick utöver vad som var nödvändigt för att förbättra produktion eller distribution eller för att främja tekniskt framåtskridande. Klausulen utgjorde därför ett tillräckligt skäl för att vägra avtalet 85 (3)-förklaring.

Det kan således konstateras att EG-domstolen anser att en i ett licensavtal intagen allmän förpliktelse att vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att förhindra att tredje man får möjlighet att sälja avtalsprodukterna inom licensområdet strider mot art 85 (1). En sådan klausul kan inte heller bli föremål för 85 (3)-förklaring annat än möjligen i mycket sällsynta undantagsfall.

I Majs-fallet hade EG-domstolen inte anledning att ta ställning till om redan en förpliktelse för licensgivaren att inte själv sälja till kunder utanför sitt territorium strider mot art 85 (1). Inte heller prövades om det är tillåtet att ålägga licenstagaren motsvarande förpliktelse och om det härvid gör någon skillnad om förpliktelsen avser det territorium som licenstagaren förbehållit sig själv eller om den avser territorier som förbehållits andra licenstagare.³²⁷ EG-domstolens motivering tyder dock närmast på att även sådana klausuler kan strida mot art 85 (1). I samma riktning talar också domstolens och kommissionens praxis rörande återförsäljaravtal.³²⁸

Såvitt gäller kommissionens praxis är Windsurfing-fallet³²⁹ av särskilt intresse, eftersom det avgjorts efter Majs-fallet. Windsurfing-fallet avser huvudsakligen tillåtligheten av vissa typer av klausuler i patentlicensavtal. Därutöver prövade emellertid kommissionen huruvida de förpliktelser att överhuvudtaget inte sälja till kunder utanför sina respektive områden som Windsurfing Internationals och licenstagarnas återförsäljare ålagts stred mot art 85 (1). Kommissionen fann att så var fallet och att förutsättningarna att meddela 85 (3)-förklaring ej var uppfyllda.

327. Se härom Hoffmann-O'Farrel, a a s 107 ff.

328. Se bl a det nyss berörda Grundig-målet samt mål 22/71, (1971) E.C.R. 949 (= (1972) C.M.L.R. 81), Bequelin Imports v. G.L. Import Export.

329. (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) I C.M.L.R. 1), Ima AG v. Windsurfing International. Kommissionens beslut har överklagats till EG-domstolen.

Även än mindre ingripande klausuler som kan ge upphov till ett förstärkt områdesskydd har ansetts strida mot art 85 (1) men däremot bedömts uppfylla villkoren för att kunna erhålla 85 (3)-förklaring.

I Campari-fallet³³⁰ ansåg kommissionen att föreskrifter enligt vilka licenstagarna förbjöds att bedriva några aktiva försäljningsåtgärder utanför sina respektive territorier och licensgivaren förbjöds att bedriva några aktiva försäljningsåtgärder inom licenstagarnas territorier stred mot art 85 (1). Däremot meddelades 85 (3)-förklaring. Kommissionen ansåg att föreskrifterna medförde att distributionen av avtalsprodukten förbättrades genom att licenstagarnas försäljningsansträngningar koncentrerades till bestämda områden och att konsumenterna inom dessa fick ett bättre utbud.

Mellan Grundig-målet och Campari-fallet råder den betydelsefulla skillnaden att det i Grundig-målet var fråga om ett direkt förbud för återförsäljarna att sälja utanför avtalsområdet, medan det i Campari-fallet endast var otillåtet för licenstagarna att aktivt marknadsföra sina produkter utanför respektive område. Licenstagarna var således i Campari-fallet inte generellt förbjudna att sälja utanför sina avtalsområden.

Kommissionens ställningstagande i Campari-fallet överensstämmer med vad som föreskrivs i gruppundantagsförordningen för återförsäljaravtal i vars art 2 (2) (c) anges att gruppundantag kan ifrågakomma även om återförsäljaren åtar sig

“the obligation to refrain, outside the contract territory and in relation to the contract goods, from seeking customers, . . .”

Domstolen och kommissionen^{330a} har således intagit en mycket strikt hållning gentemot ageranden som syftar till att skapa ett förstärkt eller absolut områdesskydd. I vissa udda fall synes dock kommissionen beredd att meddela 85 (3)-förklaring vilket framgår av nedanstående ärende.³³¹

Distillers Co producerar whisky av bl a märket Johnnie Walker Red Label. När Storbritannien 1973 inträdde i EG var Johnnie Walker Red Label det ledande whiskymärket inom EG. 1978 upphörde Distillers av marknadsmässiga skäl att sälja Johnnie Walker Red Label i Storbritannien. I början av 1980-talet blev det emellertid aktuellt att återintroducera märket. Problem uppstod då p g a att Johnnie Walker Red Label tidigare varit ett lågprismärke i Storbritan-

330. (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397). Se även (1979) 3 C.M.L.R. 42, Plant Royalty Bureau Ltd.

330a. Se såvitt gäller en upphovsrättslicens även (1977) 1 C.M.L.R.D 121, Re The Old Man and the Sea.

331. (1983) O.J. L 245/3 (= (1983) 3 C.M.L.R. 173), Re The Distillers Company.

nien medan det var en statusvara inom övriga EG-länder där omfattande marknadsföringsåtgärder vidtagits. För att kunna återintroducera Johnnie Walker Red Label i Storbritannien var det därför nödvändigt att där sälja produkten till ett betydligt lägre pris än inom övriga EG, vilket i sin tur skulle kunna ge upphov till omfattande parallellimport från Storbritannien till de andra EG-länderna. Distillers avsåg därför att ta ut en särskild "promotion equalization charge" av dem som köpte Johnnie Walker Red Label i Storbritannien i avsikt att exportera whiskyn till någon annan EG-stat. Kommissionen har ställt sig positiv till att meddela en 85 (3)-förklaring för denna åtgärd men har ännu inte fattat något formellt beslut.

Enligt gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal accepteras klausuler om förstärkt områdesskydd av den typ som var aktuell i Campari-fallet. Detta framgår av art 1 (1) (5) där det anges att art 85 (1) RomF inte skall tillämpas på

"an obligation on the licensee not to pursue an active policy of putting the licensed product on the market in the territories within the common market which are licensed to other licensees, and in particular not to engage in advertising specifically aimed at those territories or to establish any branch or maintain any distribution depot there, . . ."

Regeln gäller dock endast åtaganden som avser områden där uppfinningen skyddas av parallella patent.

Under en period som inte överstiger fem år från det att avtalsprodukten först förts ut på EG-marknaden av licensgivaren eller någon av dennes licensstagare accepteras även mer långtgående förpliktelser. Licensstagaren kan då förpliktas att överhuvudtaget inte föra ut den licensierade produkten på marknaden inom områden som förbehållits andra licensstagare, art 1 (1) (6). Även denna regel är begränsad till åtaganden som avser områden där produkten skyddas av parallella patent. Om åtagandet avser en längre tid än fem år kommer däremot gruppundantag inte ifråga, art 3 (10).

De förpliktelser som licensstagaren enligt art 1 (1) (5) och art 1 (1) (6) kan åläggas avser bra andra licensstagers territorier. Förpliktelser som avser att skydda det område som licensgivaren förbehållit sig själv regleras istället av art 1 (1) (3), eftersom saluhållande av en patentskyddad produkt innebär en form av utnyttjande av patentet. Härav följer att en licensstagare under obegränsad tid kan åläggas att avstå från att sälja till kunder inom det område som licensgivaren förbehållit sig själv. En förutsättning är dock att licensgivarens område omfattas av ett med det licensierade patentet parallellt patent.

Långtgående åtaganden av typen att licensgivaren och/eller licensstagaren allmänt skall försvåra för försäljare att erhålla avtalsprodukten från andra försäljare inom EG medför att gruppundantag inte kan ifrågakomma. Särskilt gäller detta om åtgärden består i att licensgivaren eller licensstagaren utan objektivet godtagbara skäl vägrar att leverera avtalsprodukten till sådana kunder inom det egna territoriet som kan misstänkas sälja varorna vidare utanför

detsamma eller om åtgärden syftar till att hindra parallellimport, art 3 (11) (a) och (b).

Vad som anförts i detta avsnitt avser klausuler som syftar till att ge licensgivaren eller licenstagaren ett absolut områdesskydd inom EG. Om däremot klausulen avser ett område utanför EG blir klausulens tillåtlighet beroende av om det är sannolikt att avtalsprodukterna i någon mer påtaglig omfattning kommer att exporteras från området ifråga till EG. Om en sådan export är sannolik kan, men behöver inte, en klausul om absolut områdesskydd stå i strid med art 85 (1) trots att klausulen endast avser områden utanför EG.³³² Skulle däremot export vara osannolik är samhandelskriteriet³³³ inte uppfyllt och art 85 (1) således inte tillämplig.³³⁴

De i detta avsnitt 6.4.2 omtalade avgörandena har avsett patent-³³⁵, växtförädlar-³³⁶, varumärkes-³³⁷ och know how-licenser.³³⁸ Inte i något av avgörandena synes typen av immaterialrätt ha haft någon betydelse för utgången. Det förefaller inte heller föreligga några skäl att i här aktuellt hänseende generellt behandla olika rättigheter inom det industriella rättsskyddet på skilda sätt. Kommissionen har också uttalat att den avser att tillämpa konkurrensreglerna på samma sätt för upphovsrättsligt skyddade produkter som för produkter som är föremål för patentskydd.³³⁹ EG-domstolens dom i Coditel II-fallet torde inte heller kunna tas till intäkt för någon annan tolkning.

6.4.3 Field of use klausuler

Många uppfinningar och annan teknologi har sådan karaktär att de kan utnyttjas för ett flertal olika förfaranden eller produkter. I sådana fall är det givetvis tekniskt möjligt att begränsa en licens att utnyttja en uppfinning eller viss teknologi till att endast omfatta vissa angivna förfaranden eller produkter.

332. Här förutsätts att licensavtalet har sådan anknytning till EG att art 85 överhuvudtaget kan tillämpas. Se härom ovan s 23 ff m v h.

333. Se ovan s 23 ff.

334. Se kommissionens beslut (1975) O.J. L 222/34 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 40), Kabelmetal-Lu-chaire. Se även (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari.

335. (1975) O.J. L 222/34 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 40), Kabelmetal-Lu-chaire.

336. Mål 258/78, (1982) E.C.R. 2015 (= (1983) 1 C.M.L.R. 278), Majs-fallet.

337. Mål 56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418), Grundig-målet och (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari.

338. (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari.

339. Bull E C 1982:6 s 30 f. Se även (1977) 1 C.M.L.R. D 121, Re The Old Man and the Sea och (1979) 3 C.M.L.R. 636, Ernest Benn Ltd.

På motsvarande sätt kan det vara möjligt att begränsa t ex en varumärkeslicens till att endast avse några av de produkter för vilka det licensierade varumärket är skyddat eller att begränsa en upplåtelse av en upphovsrätt till att endast avse vissa framförandeformer. Rätten att visa en film kan t ex vara begränsad till att avse television medan rätten att visa filmen på biografer upplåtits till ett annat företag. Klausuler som på detta sätt begränsar en licenstagares rätt att utnyttja avtalsobjektet brukar benämnas field of use-klausuler.

Genom immaterialrättslagstiftningen kan en näringsidkare få ensamrätt att utnyttja t ex en uppfinning, ett mönster eller ett varumärke. Förutom i vissa undantagsfall³⁴⁰ har rättighetsinnehavaren full frihet att själv bestämma om han önskar ge någon annan rätt att utnyttja rättigheten ifråga. Immaterialrättsligt står det också rättighetsinnehavaren fritt att kringgärda de undantag från sin ensamrätt som han kan tänka sig att göra med begränsningar i olika hänseenden, t ex att begränsa en licenstagares rätt att utnyttja den upplåtna rättigheten till vissa verksamhetsområden eller produkter. Skulle licenstagaren trots detta utnyttja rättigheten i strid mot begränsningen begär licenstagaren intrång. Mot denna bakgrund måste en field of use-klausul sägas ha sin grund i den licensierade rättigheten.

Redan av kommissionens tillkännagivande om patentlicensavtal från 1972 framgår att field of use-klausuler som huvudregel anses tillåtna. I tillkännagivandet anförts att sådana klausuler inte strider mot art 85 (1) som syftar till

“the limitation:

- (a) of the manufacture of the patented product,
 - (b) of the use of the patented process,
- to certain technical applications;”

Ett till innehållet motsvarande uttalande återkommer i Fourth Report on Competition Policy. Där anförts dock även att art 85 (1) kan tillämpas om en field of use-klausul skulle användas för att eliminera konkurrens mellan olika licenstagare eller mellan licenstagaren och licensgivaren.³⁴¹ Något exempel på sådana situationer ges dock ej.

I enlighet med dessa uttalanden följer av kommissionens praxis såvitt gäller patent- och know how-licensavtal att ”verkliga” field of use-klausuler som huvudregel inte anses konkurrensbegränsande. Med ”verkliga” (genuine) field of use-klausuler avses härvid klausuler som begränsar licenstagarens utnyttjande till ett särskilt förfarande eller en särskild produkt som tekniskt sett i något mer betydande hänseende skiljer sig från de andra förfaranden eller pro-

340. Se ovan s 116 ff.

341. S 22.

dukter för vilka uppfinningen eller teknologin också kan utnyttjas.³⁴² Däremot godtas inte field of use-klausuler som primärt syftar till att begränsa konkurrensen mellan näringsidkare vilkas verksamhet avser direkt konkurrerande produkter.

Det grundläggande avgörandet är Windsurfing-fallet.³⁴³

Windsurfing International upplät ett flertal licenser att tillverka och marknadsföra patentskyddade riggar till vindsurfingbrädor. Avtalen innehöll bl a klausuler enligt vilka licenserna bara avsåg riggar till vissa uppräknade typer av brädor. Om licensgivaren önskade att riggarna skulle få användas till andra typer av brädor skulle dessa först godkännas av Windsurfing International. Kommissionen ansåg att dessa klausuler stred mot art 85 (1) p g a att de gjorde det möjligt för Windsurfing International att genom selektiv tillståndsgivning begränsa konkurrensen såväl mellan sig själv och licenstagarna som mellan de olika licenstagarna. Kriterierna för att erhålla 85 (3)-förklaring ansågs inte heller uppfylla.

Vidare kan nämnas ett ärende rörande ett licensavtal mellan franska staten och Société Suralmo.³⁴⁴

Franska staten var innehavare av ett patent avseende dieselmotorer och montering av sådana. Suralmo erhöll rätt att utnyttja patentet genom att företaget gavs rätt att meddela underlicenser till andra företag. För att den patenterade uppfinningen skulle få användas för militära ändamål fordrades dock särskilt tillstånd från en viss fransk myndighet. Kommissionen ansåg att detta utgjorde en field of use-klausul som kunde falla under art 85 (1). Parterna ändrade därför licensavtalet så att Suralmo utan särskilt tillstånd skulle få militärt utnyttja uppfinningen.³⁴⁵

Kommissionen synes således anse att en field of use-klausul endast är tillåten när det råder en mer beaktansvärd artskillnad mellan de olika produkter eller förfaranden som den licensierade uppfinningen avser.

I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal regleras field of use-klausuler i art 2 (1) (3). Enligt denna artikel kan en licenstagare förpliktas

“to restrict his exploitation of the licensed invention to one or more technical fields of application covered by the licensed patent;”

342. Guy-Leigh, a a s 189 f.

343. (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) 1 C.M.L.R. 1), IMA v. Windsurfing International. Se om fallet även ovan s 127.

344. Se Ninth Report on Competition Policy s 72 f.

345. Upplysningsvis kan meddelas att kommissionen inte ansåg att de särskilda reglerna för militära produkter i art 223 RomF var tillämpliga.

Denna regel torde ge upphov till en hel del tolkningsproblem, eftersom det är oklart vad som avses med "technical fields". Motsvarigheten till art 2 (1) (3) i 1979 års förslag innehöll en förklaring till det där använda uttrycket "different technical fields of application". Enligt denna förklaring var det fråga om olika tekniska områden

"where the relevant products in each of the fields from which the licensee is excluded differ in a material respect from the products for which the licence is granted;"

Självfallet måste t ex olika typer av vindsurfingbrädor sägas tillhöra samma tekniska område. Det är emellertid lätt att konstruera exempel där rättsläget är oklart. Antag t ex att ett företag har fått patent på en ny typ av förgasare. En typisk field of use-begränsning är att ge en licenstagare rätt att utnyttja uppfinningen för bilmotorer och en annan licenstagare rätt att utnyttja uppfinningen för båtmotorer. Enligt min mening kan man knappast hävda att de bägge licenserna skulle avse olika tekniska områden. Det är inte heller uteslutet att en sådan field of use-klausul skulle kunna innebära en viss konkurrensbegränsning, eftersom det ofta är möjligt att använda samma typ av förgasare både till bil- och båtmotorer. Som ovan anförts är det å andra sidan också klart att en sådan klausul har stöd i det patent som ligger till grund för licensen.

I detta sammanhang bör också påpekas att gruppundantag inte kan ifrågakomma för licensavtal enligt vilka någon av avtalsparterna endast får sälja till eller utföra tjänster åt vissa särskilda grupper av köpare eller beställare, art 3 (7)

I avsaknad av praxis och vägledande uttalanden är det något osäkert hur bedömningen av field of use-klausuler skulle bli när det är fråga om andra typer av licensavtal än patentlicensavtal. Det förefaller dock inte finnas några skäl att i ett varumärkeslicensavtal förbjuda en klausul enligt vilken licenstagaren endast får rätt att utnyttja varumärket för några av de varor för vilka märket är skyddat.³⁴⁶ Särskilt gäller givetvis detta om en licenstagares användning av varumärket för andra varor skulle medföra att allmänheten vilseleds. Om skyddet för de olika varuslagen skulle basera sig på olika registreringar talar också detta, om än enligt min mening med mindre styrka, för att en field of use-klausul skall anses tillåten. Sådana klausuler måste också regelmässigt accepteras såvitt gäller upplåtelser av upphovsrätt, eftersom upphovsrättslagstiftningen kan sägas bygga på tanken att det skall vara möjligt att låta olika

346. Guy-Leigh, a a s 190, Kinkelday, Pitfalls of Trademark Licensing in the EEC, 1982 TMR s 148.

personer eller företag erhålla skilda rättigheter att utnyttja ett verk.³⁴⁷ Det är således mycket ovanligt att ett företag får rätt att visa en film i television medan ett annat företag får rätt att visa filmen på biografer. Det kan också nämnas att field of use-klausuler ibland kan uppfattas som nödvändiga för att skydda en upphovsmans droit moral.

6.4.4 Kvantitetsrestriktioner

Många licensavtal innehåller särskilda regler som begränsar licenstagarens möjlighet att själv bestämma omfattningen av den tillverkning som han avser att bedriva med stöd av den upplåtna licensen. Det kan härvid vara fråga om begränsningar både avseende maximi- och minimikvantiteter.

Maximikvantitetsklausuler intar samma principiella ställning i förhållande till den ifrågavarande immaterialrätten som field of use-klausuler.³⁴⁸ Eftersom en rättighetsinnehavare har ensamrätt att utnyttja rättigheten ifråga måste en maximikvantitetsklausul, genom vilken rättighetsinnehavaren endast begränsar hur många undantag han är beredd att göra från sin ensamrätt, anses ha sin grund i immaterialrätten.³⁴⁹ Däremot berättigar inte immaterialrättslagstiftningen till uppställandet av minimikvantitetsklausuler.

Såvitt gäller tillåtligheten av maximikvantitetsklausuler kan till att börja med observeras att överenskommelser som innebär begränsningar eller kontroll av produktion i art 85 (1) anges som exempel på klausuler som är förbjudna. Inte desto mindre uttalade kommissionen 1962 i julaftonskungörelsen (art 1 A (3)) att art 85 (1) RomF inte är tillämplig på klausuler som syftar till

“the limitation of the quantity of products to be manufactured or of the number of acts constituting exploitation;”

1975 hade emellertid kommissionen ändrat åsikt och man ansåg att maximikvantitetsklausuler stred mot art 85 (1). Kommissionens inställning framgår av ett uttalande i Fourth Report on Competition Policy där bl a följande anförts:³⁵⁰

347. Tydliga exempel härpå ger 27 § 1 st i den danska upphovsrättslagen och 25 § i den norska upphovsrättslagen. Motsvarande anses följa av 27 §§ i de finska och svenska upphovsrättslagarna.

348. Se ovan s 130 ff.

349. Så i t ex svensk och amerikansk rätt, se MD 1972:7 (= NIR 1972 s 443), Dubbman resp Handler-Blechman, a a s 315 f. Annan åsikt Guy-Leigh, a a s 194.

350. S 23.

“In the Commission’s view, Article 85 (1) applies to contractual obligations imposed on a licensee which restrict his production to specified quantities, since the normal result of such restrictions would be to prevent a licensee from increasing his output and to make him less effective as a competitor. It is also possible for such restrictions, if imposed on a number of licensees, to have similar effects as export bans.”

Maximikvantitetsklausuler accepteras inte heller i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. I art 3 (5) anges nämligen att gruppundantag inte är möjligt om

“the quantity of licensed products one party may manufacture or sell or the number of operations exploiting the licensed invention he may carry out are subject to limitations;”

Vad som nu sagts om maximikvantitetsklausuler avser inte bara sådana klausuler som anger att endast ett visst angivet antal produkter får produceras med stöd av licensen, utan även klausuler som på något annat sätt begränsar utbudet. Detta framgår bl a av kommissionens beslut i Majs-fallet.³⁵¹

Enligt avtalet mellan INRA och Eisele skulle Eisele importera åtminstone två tredjedelar av den volym som efterfrågades på den tyska marknaden från Frankrike. Resten, d v s maximalt en tredjedel av vad som efterfrågades, fick Eisele producera själv. Kommissionen ansåg att denna bestämmelse innebar en konkurrensbegränsning, eftersom den omöjliggjorde för Eisele att framställa en så stor volym av den ifrågavarande växtsorten att Eisele kunde konkurrera på andra marknader än den tyska. Kvantitetsbegränsningen ansågs i detta fall inte medföra några tekniska eller ekonomiska förbättringar, varför rekvisiten i art 85 (3) ej var uppfyllda. Tillåtligheten av denna klausul var ej föremål för EG-domstolens prövning.

En intressant detalj i avgörandet är att kommissionen genom uttrycket ”in the present case” antyder att maximikvantitetsklausuler i vissa fall kan tänkas kvalificera för 85 (3)-förklaring. Däremot kan, som ovan framgått, avtal som innehåller maximikvantitetsklausuler aldrig omfattas av gruppundantag.

Kommissionen kommer med största sannolikhet att bedöma klausuler som på andra sätt begränsar licenstagarens möjlighet att själv bestämma omfattningen av sin produktion likadant som den klausul som var aktuell i Majs-fallet. Exempel på sådana klausuler är föreskrifter som begränsar hur många personer licenstagaren får sysselsätta vid produktion enligt licensavtalet eller hur stor licenstagarens förbrukning av olika råvaror får vara.

351. (1978) O.J. L 286/23 (= (1978) 3 C.M.L.R. 434).

I Windsurfing-fallet³⁵² aktualiserades tillåtligheten av en klausul enligt vilken Windsurfing Internationals licenstagare bara fick utnyttja den licensierade uppfinningen i var sin angiven fabrik. Brott mot klausulen berättigade Windsurfing International att omedelbart säga upp avtalet. När en utpekad fabrik hade begränsad kapacitet fick klausulen samma effekt som en ren maximikvantitetsbegränsning. Kommissionen berörde emellertid endast indirekt denna fråga. I stället ansåg kommissionen att klausulen var konkurrensbegränsande genom att den hindrade licenstagarna från att exploatera uppfinningen i länder där den ej var föremål för patent.

I motsats till vad som gäller för maximikvantitetsklausuler har kommissionen aldrig ingripit mot minimikvantitetsklausuler. Som framgår av den redan tidigare citerade art 1 A (3) i julaftonskungörelsen anser kommissionen att minimikvantitetsklausuler inte strider mot art 85 (1). Motsvarande anfördes också i de båda Burroughs-fallen från 1971.³⁵³ I art 2 (1) (2) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal anges att en klausul enligt vilken licenstagaren skall

“... produce a minimum quantity of the licensed product or to carry out a minimum number of operations exploiting the licensed invention”

inte utesluter att avtalet kan omfattas av gruppundantag.

Det kan således konstateras att kommissionen bedömer maximikvantitetsklausuler, som måste sägas ha sin grund i den upplåtta immaterialrätten, strängare än minimikvantitetsklausuler, vilka inte har någon sådan grund. Även om detta står i mindre god överensstämmelse med regeln att art 85 (1) inte skall ges en sådan tolkning att den kommer i konflikt med ifrågavarande immaterialrätts ”specific subject-matter”,³⁵⁴ måste det ändå konstateras att maximikvantitetsklausuler i normalfallet har större konkurrensbegränsande verkan än minimikvantitetsklausuler. Om den föreskrivna minimikvantiteten är mycket stor kan dock detta medföra en konkurrensbegränsning genom att licenstagaren kommer att sakna resurser för att kunna bedriva konkurrerande verksamhet på andra områden än det som licensavtalet avser.

Vad som ovan anförts beträffande tillåtligheten av maximi- och minimikvantitetsklausuler synes tillämpligt oavsett vilken typ av immateriell rättighet som upplåtits.³⁵⁵

352. (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) 1 C.M.L.R. 1), IMA v. Windsurfing International.

353. (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), Burroughs-Delplanque resp (1972) J.O. L 13/53 (= (1972) C.M.L.R. D 72), Burroughs & Geha-Werke.

354. Se för patenträttens del ovan s 50.

355. Samma Guy-Leigh, a a s 195.

6.4.5 Vidareöverlåtelse och vidareupplåtelse

För innehavaren av en immaterialrätt är det givetvis av största vikt vem som kommer att utnyttja de eventuella licenser som innehavaren kan tänkas meddela. Rätten att själv bestämma härom måste också sägas vara ett utflöde av innehavet av immaterialrätten. I svensk immaterialrätt gäller därför att den som förvärvat en licens inte får överlåta denna vidare utan tillstånd av licensgivaren, 28 § URL, 43 § PatL, 26 § ML och 34 § VmL. Inte heller upplåtelser av underlicenser anses tillåtna utan tillstånd.³⁵⁶ Motsvarande torde även gälla i de flesta EG-stater.

Mot bakgrund härav, och eftersom förbud mot vidareupplåtelse av en licens eller underlicensiering vanligen inte medför någon större konkurrensbegränsning, är det inte förvånande att dylika klausuler i princip inte ansetts strida mot art 85 (1).³⁵⁷ Rättsläget skulle ju för övrigt i de flesta fall bli detsamma även om något uttryckligt förbud inte existerade. I fallet Davidson Rubber³⁵⁸ uttalade således kommissionen att

“the obligation on the licensees to grant sub-licences only with the approval of the Davidson Rubber Company (is not covered by art 85 (1)) since both that obligation is covered by the exclusive right of the licensor and also it is justified by the latter’s interest in its know-how not being divulged without its agreement to undertakings other than those which have been authorised to use it;”

Av det citerade uttalandet framgår att kommissionen baserade sin ståndpunkt dels på klausulens stöd i immaterialrätten ifråga, dels på licensgivarens intresse av att skydda sin know-how. Det ligger givetvis nära till hands att fråga sig hur bedömningen skulle bli i det i praktiken relativt ovanliga fallet att licensupplåtelsen inte innefattar någon know-how. Kommissionen synes inte ha beslutat i något sådant fall. Motiveringen i Campari-avgörandet,³⁵⁹ där det var fråga om en varumärkes- och know-how-licens, talar dock för att förbud mot vidare-

356. Se för patent Hesser-Essén, Patentlagen, 1968 s 116 och för mönster, SOU 1965:61 s 289, prop 1969:168 s 202. I varumärkeslagens förarbeten berörs inte denna fråga. Lagtextens begrepp överlåtelse måste dock i detta fall anses inkludera upplåtelse, jfr prop 1969:168 s 202. I upphovsrättslagen betecknas både överlåtelse av hela rättigheter och upplåtelse av begränsade rättigheter med ordet överlåtelse. Redan härav följer att 28 § URL omfattar upplåtelser.

357. Se (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), Burroughs-Delplanque, (1972) J.O. L 13/53 (= (1972) C.M.L.R. D 72), Burroughs-GeHa-Werke, (1972) J.O. L 143/31 (= (1972) C.M.L.R. D 52), Davidson Rubber samt (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari.

358. (1972) J.O. L 143/31 (= (1972) C.M.L.R. D 52).

359. (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397).

överlåtelse eller vidareupplåtelse normalt är tillåten även i dessa fall. I Campari-avgörandet anfördes

“By banning assignments, the licensor is simply safeguarding its freedom to select its licensees. When it enters into an agreement the identity of the other party is highly material to it and it must remain free to decide with whom it will deal.”

I samma riktning talar vad som tidigare anförts rörande här ifrågasvarande klausulers förhållande till immaterialrätten.

Vad som ovan sagts bygger på förutsättningen att licensgivaren är ensam om att kunna disponera över den upplåtna rättigheten. Detta behöver dock inte alltid vara fallet. Som exempel kan följande situation nämnas. A som är innehavare av ett patent upplåter licenser till B och C som båda får rätt att meddela underlicenser. B torde då inte i ett underlicensavtal med ett fjärde företag D kunna föreskriva att D inte skulle få överlåta eller upplåta rättigheter som D parallellt kan ha förvärvat från C. En sådan klausul skulle inte ha något stöd i den upplåtna immaterialrätten. I sina beslut i de båda Burroughs-fallen³⁶⁰ uttalade kommissionen att en klausul enligt vilken licenstagaren förbjöds att upplåta underlicenser inte stred mot art 85 (1)

“... given that the holder of a patent is the only one able to permit the utilisation of his right in the invention ...”

Möjligen måste en viss reservation avseende den ovan angivna huvudregeln också göras för det fallet att en licenstagare får rätt att upplåta vissa underlicenser men inte andra. Härför talar vad kommissionen anfört i ett ärende rörande ett avtal mellan franska staten och Suralmo i vilket ärende något formellt beslut dock aldrig fattades.³⁶¹ Enligt avtalet hade Suralmo rätt att upplåta underlicenser såvitt gällde civila utnyttjanden av det licensierade patentet men däremot inte såvitt gällde militära. Kommissionen ansåg att denna klausul stred mot art 85 (1), eftersom upplåtelsebegränsningen hade samma verkan som en otillåten field-of-use klausul.³⁶² Ärendet synes dock knappast kunna tas till intäkt för att kommissionen ibland anlagt en strängare syn mot förbud mot underlicensiering.

Gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal synes ge uttryck åt en

360. (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), Burroughs-Delplanque resp (1972) J.O. L 13/53 (= (1972) C.M.L.R. D 72), Burroughs-Geba-Werke.

361. Refererat i Ninth Report on Competition Policy s 72 f.

362. Se ovan s 130 ff.

något liberalare inställning än kommissionens tidigare praxis. I förordningen accepteras nämligen, art 2 (1) (4), utan inskränkningar, klausuler innehållande

“an obligation on the licensee not to grant sub-licences or assign the licence;”

De beslut som kommissionen fattat rörande tillåtligheten av här ifrågakarande klausuler har avsett patent-, varumärkes- och/eller know-how-licensavtal. Det finns dock knappast någon anledning att tro att upphovsrätts- eller mönsterlicenser skulle bedömas annorlunda.³⁶³

6.4.6 Grant back klausuler

Licensavtal brukar ofta innehålla en klausul enligt vilken licenstagaren förpliktar sig dels att informera licensgivaren om de eventuella förbättringar i olika hänseenden som licenstagaren kan komma att göra avseende licensobjektet, dels att låta licensgivaren utnyttja dessa förbättringar, en s k grant back klausul. Sådana klausuler kan vara mer eller mindre långtgående. Vanligt är att licenstagaren beviljar licensgivaren en kostnadsfri icke exklusiv licens att utöva förbättringen. Det förekommer dock också för licenstagaren betydligt strängare regler, t ex att licensgivaren skall bli ensam innehavare av rätten till förbättringen och att licenstagaren endast skall få en icke-exklusiv licens att utnyttja förbättringen inom det territorium som hans licens omfattar. Relativt ofta regleras också särskilt betydelsefulla förbättringar, s k technical break throughs, särskilt.

En klausul som enbart förpliktar licenstagaren att informera licensgivaren om de förbättringar och modifikationer rörande licensobjektet som licenstagaren utvecklat står inte i strid med art 85 (1). Normalt är det också tillåtet att föreskriva att licenstagaren skall upplåta en icke-exklusiv licens avseende förbättringen till licensgivaren. I vart fall gäller detta om licenstagarens och licensgivarens förpliktelser är lika långtgående.³⁶⁴ I sitt beslut i Kabelmetal-Luchaire-fallet³⁶⁵ har däremot kommissionen uttalat att en ensidig förpliktelse för licenstagaren att upplåta en icke-exklusiv licens ibland, särskilt på oligopolmarknader, kan stå i strid med art 85 (1), eftersom förpliknelsen kan dämpa licenstagarens intresse av att utveckla förbättringar.

363. Samma Guy-Leigh, a a s 206.

364. Kommissionens beslut i Davidson Rubber-fallet (1972) J.O. L 143/31 (= (1972) C.M.L.R. D52), Bellamy-Child, a a s 303 f, Cornish, a a s 242 f, Guy-Leigh, a a s 200. En något liberalare hållning intas i Raymond & Co-fallet, (1972) J.O. L 143/39, (= (1972) C.M.L.R. D 45), vilket torde bero på att licensen avsåg ett område utanför EG.

365. (1975) O.J. L 222/34 (= 1975) C.M.L.R. D 40).

Grant back klausuler som innebär att licensgivaren skall anses som innehavare av rätten till de förbättringar och modifikationer som licenstagaren utvecklar står däremot, enligt vad kommissionen anför i Raymond & Co-beslutet³⁶⁶, i strid med artikel 85 (1). Detta gäller även klausuler enligt vilka licensgivaren och licenstagaren gemensamt skall anses som innehavare av rätten till de förbättringar som utvecklats av licenstagaren ensam³⁶⁷ och klausuler enligt vilka licenstagaren förpliktas att upplåta en exklusiv licens avseende förbättringen till licensgivaren.³⁶⁸

I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal anges i art 2 (1) (10) att gruppundantag kan ifrågakomma även om avtalet innehåller följande förpliktelse:

“an obligation on the parties to communicate to one another any experience gained in exploiting the licensed invention and to grant one another a licence in respect of inventions relating to improvements and new applications, provided that such communication or licence is non-exclusive;”

Gruppundantag ifrågakommer således endast om ömsesidighet råder mellan licenstagarens och licensgivarens förpliktelser. Om däremot licensavtalet innehåller en klausul enligt vilken licenstagaren förpliktas att till licensgivaren helt eller delvis överlåta rätten till eventuella patent eller patentansökningar avseende förbättringar så är avtalet inte kvalificerat för gruppundantag, se art 3 (8).³⁶⁹

Grant back klausuler förekommer av naturliga skäl nästan enbart i patent- och know-how-licensavtal. Kommissionen har dock uttalat att om en sådan klausul skulle förekomma i ett licensavtal avseende upphovsrätt blir bedömningen av klausulens tillåtlighet i princip densamma som om det varit fråga om ett patentlicensavtal.³⁷⁰

6.4.7. Kvalitetskontroll

För att skydda sin goodwill har en licensgivare normalt ett starkt intresse av att de produkter som hans licenstagare tillverkar är av lika god kvalitet som licensgivarens egna produkter eller, om denne inte själv tillverkar produkten ifråga,

366. (1972) J.O. L 143/39 (= (1972) C.M.L.R. D 45), Guy-Leigh, a a s 200.

367. Tenth Report on Competition Policy s 88 f (Nodet-Gougis/Lamazou).

368. Kommissionens Announcement on Patent Licence Agreements den 24.12.1962.

369. Kritik mot en sådan regel har bl a uttalats av Handler-Blechman, a a s 318 ff.

370. Bull E C 1982:6 s 30 f.

är av god kvalitet i förhållande till övriga produkter på marknaden. I särskilt hög grad gäller detta om licensgivarens och licenstagarens varor säljs parallellt på samma marknad under samma varumärke. I sådana fall är det också från allmän synpunkt viktigt att produkterna är kvalitetsmässigt likvärdiga, eftersom allmänheten annars kan komma att vilseledas rörande varornas kvalitet. I engelsk rätt accepteras därför inte varumärkeslicenser såvida inte licensgivaren utövar en viss kontroll över licenstagarens varumärkesanvändning, t ex genom att han kontrollerar att licenstagarens varor uppfyller samma kvalitetskrav som hans egna.³⁷¹

Föreskrifter om kvalitetskontroll har varit föremål för kommissionens bedömning bl a i *Raymond & Co-fallet*.³⁷² Licenstagaren hade där åtagit sig att efter bästa förmåga se till att de produkter som han tillverkade var av lika bra kvalitet som licensgivarens. Licensgivaren hade även rätt att göra inspektioner hos licenstagaren. Kommissionen konstaterade att dessa förpliktelser var nödvändiga för ett lämpligt utnyttjande av licensobjektet och att de därför inte stod i strid med art 85 (1). Beslutet står i överensstämmelse med vad kommissionen anfört i andra avgöranden³⁷³ och i sitt tillkännagivande av dem 24.12.1962.³⁷⁴ I linje med vad som ovan angivits om vikten av att en varumärkeslicensgivares och en varumärkeslicenstagares produkter är av samma kvalitet har kommissionen också i *Campari-avgörandet*³⁷⁵ uttalat att en licensgivares krav på att få utöva en viss kvalitetskontroll kan återföras på dennes varumärkesrätt.

Det sagda hindrar dock inte att det finns sätt att utöva kvalitetskontroll på som kan strida mot art 85 (1). En i licensavtal inte ovanlig föreskrift är att licenstagaren förpliktas att inköpa en för slutprodukts kvalitet vital komponent från licensgivaren. Dylika klausuler, som kan strida mot art 85 (1), behandlas nedan under rubriken "Tie ins".³⁷⁶

Man kan också tänka sig kvalitetskontrollbestämmelser som är så långtgående att de i praktiken fungerar som konkurrensklausuler. Sådana klausuler, som också kan strida mot art 85 (1), behandlas nedan under rubriken "Konkurrensklausuler".³⁷⁷

Sammanfattningsvis kan konstateras att sådan kvalitetskontroll som är

371. Cornish, a a s 555 f.

372. (1972) J.O. L 143/39 (= (1972) C.M.L.R. D 45).

373. (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), *Burroughs-Delplanque* och (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), *Campari*.

374. Där anges att klausuler i patentlicensavtal med följande innebörd inte strider mot art 85 (1): "Quality standards or . . . imposed on the licensee — in so far as they are indispensable for the technically perfect exploitation of the patent".

375. (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397).

376. Se följande sida.

377. Se nedan s 153 ff.

nödvändig för att licenstagarens varor skall bli likvärdiga med licensgivarens varor eller som är nödvändig för ett adekvat utövande av den överförda teknologin inte strider mot art 85 (1).³⁷⁸

I enlighet med det nu sagda accepteras i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal förpliktelser för licenstagaren dels att iaktta sådana minimikvalitetsföreskrifter avseende den licensierade produkten som är nödvändiga för ett tekniskt tillfredsställande utnyttjande av den licensierade uppfinningen, dels att låta licensgivaren genomföra lämpliga kontroller, art 2 (1) (9). Längre gående förpliktelser medför att gruppundantag ej kan ifrågakomma. Däremot kan undantag från art 85 (1) RomF erhållas även för sådana klausuler genom förfarande enligt art 4 i gruppundantagsförordningen.³⁷⁹

6.4.8 Tie ins

Det förekommer inte sällan i licensavtal att licensgivaren på olika sätt binder upp licenstagaren, t ex genom att denne förpliktas att göra vissa inköp hos licensgivaren. Kommissionen har traditionellt intagit en restriktiv attityd gentemot sådana förpliktelser, s k tie ins.

Huvudregeln synes vara att endast sådana inköpsförpliktelser anses tillåtna som är nödvändiga för att kvaliteten hos de produkter som tillverkas med stöd av licensen skall bli den avsedda. Detta framgår av kommissionens beslut i Campari-fallet.³⁸⁰

David Campari-Milano SpA (Campari-Milano) var innehavare dels av olika varumärken innehållande ordet CAMPARI, dels av hemlig know-how avseende tillverkningen av de aperitifs som såldes under dessa varumärken. Campari-Milano upplåt ett antal licenser att i olika länder tillverka och under varumärket CAMPARI sälja bolagets produkter. I licensavtalen föreskrevs att licenstagarna direkt från Campari-Milano skulle köpa det hemliga koncentrat som gav dryckerna deras särskilda smaker. Kommissionen ansåg inte att dessa inköpsförpliktelser stred mot art 85 (1) och uttalade härvid:

“the licensees are obliged . . . to buy certain secret raw materials from the licensor itself. Here again, control over the quality of the products manufactured under licence and over their similarity to the original Italian product is in the present case very important for the licensor, in the sense that it is again bound up with its interest in the maintenance of

378. Guy-Leigh, a s 197 ff.

379. Se härom ovan s 115 f.

380. (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L. R. 397).

quality, which is referable to the existence of the trade mark right. According to information provided by the parties, the standards enforced do not oblige the licensees to obtain supplies of albumin or bitter orange essence from any particular source, but only to choose between different products on the basis of objective quality considerations. This does not, however, apply to the colouring matter and the herbal mixtures, where the licensor's legitimate concern to ensure that the product manufactured under licence has the same quality as the original product can be protected only if the licensees obtain all their supplies from it. The composition of the products in question which is the factor that determines the particular characteristics of Bitter Campari is a trade secret which the licensor cannot be required under Community law to reveal to its licensees,"

Uttalandet antyder att kommissionen är benägen att inta en något liberalare attityd gentemot inköpsförpliktelser som avser produkter som endast är skyddade av hemlig know-how än mot förpliktelser som avser produkter vilka är föremål för patentskydd.

Av det citerade uttalandet torde man också motsattsvis kunna dra slutsatsen att kommissionen anser att sådana inköpsförpliktelser normalt strider mot art 85 (1) som inte är nödvändiga för att de med stöd av en licens tillverkade produkterna skall få avsedd kvalitet. Denna slutsats får stöd av kommissionens avgörande i *Vaessen v. Morris-fallet*.³⁸¹ Där anfördes att en klausul enligt vilken licenstagaren skulle köpa en viss komponent enbart från licensgivaren stod i strid mot art 85 (1), eftersom licenstagaren därmed betogs rätten att göra sina inköp där licenstagaren ansåg det fördelaktigast. Klausulens existens ansågs inte heller kunna återföras på licensgivarens patent, eftersom den produkt som inköpsförpliktelsern avsåg inte var föremål för något patentskydd. Licenstagaren betalade ingen royalty för licensen, utan licensgivarens enda ersättning bestod i den förtjänst han gjorde på försäljningen av den aktuella komponenten. Kommissionen ansåg dock uppenbarligen inte att detta hade någon avgörande betydelse. Inte heller ansågs rekvisiten för meddelande av 85 (3)-förklaring vara uppfyllda.³⁸²

Regleringen av inköpsförpliktelser i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal ligger väl i linje med kommissionens praxis. I förordningen anges således att endast sådana inköpsförpliktelser är acceptabla som är nödvändiga för ett tekniskt tillfredsställande utnyttjande av den licensierade uppfinningen, art 2 (1) (1). Längre gående inköps- och andra likartade förpliktelser medför att gruppundantag inte kan ifrågakomma. Enligt art 3 (9) omfattar

381. (1979) O.J. L 19/32 (= (1979) 1 C.M.L.R. 511). Se även *Bellamy-Child*, a a s 303, *Cornish*, a a s 240 ff, *Guy-Leigh*, a a s 197 ff.

382. Se även kommissionens uttalande i *Tenth Report on Competition Policy* s 89 f.

nämligen gruppundantaget inte avtal vari

“the licensee is induced at the time the agreement is entered into to accept further licences which he does not want or to agree to use patents, goods or services which he does not want, unless such patents, products or services are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention;”

6.4.9 Försäljningsförpliktelser

Det förekommer att en licenstagare åläggs att sälja en större eller mindre del av de produkter som licenstagaren erhållit rätt att producera till licensgivaren eller något av denne anvisat företag. Om ett sådant försäljningsåtagande omfattar hela licenstagarens produktion enligt licensavtalet blir licensavtalet närmast att betrakta som ett legotillverkningsavtal.

Såvitt gäller tillåtligheten av denna typ av försäljningsförpliktelser har kommissionen skilt mellan sådana fall där den uppfinning som omfattas av det licensierade patentet utvecklats enbart av licensgivaren och sådana fall där även licenstagaren bidragit till uppfinningen. Är det licensgivaren ensam som står bakom uppfinningen anses en förpliktelse för licenstagaren att sälja endast till licensgivaren eller något av denne anvisat företag inte innebära någon konkurrensbegränsning i strid mot art 85 (1).³⁸³ Bedömningen är således här densamma som vid legotillverkningsavtal. Om däremot licenstagaren i så stor utsträckning bidragit till utvecklandet av uppfinningen att licenstagaren är att betrakta som meduppfinnare anser kommissionen att en försäljningsförpliktelse kan komma att stå i strid med art 85 (1).³⁸⁴ Något formellt beslut med denna innebörd synes kommissionen dock inte ha fattat och rättsläget måste därför bedömas som osäkert.

En försäljningsförpliktelse kan också gå ut på att licenstagaren endast får sälja avtalsprodukten tillsammans med någon viss annan produkt. Detta betyder i allmänhet att licenstagaren måste inköpa denna andra produkt separat, t ex från licensgivaren. Ifrågavarande typ av försäljningsförpliktelse kan därför få samma effekt som en tie in klausul.

383. Se Commissions Notice of 18 December 1978 concerning the assessment of subcontracting agreements under Article 85 (1) of the EEC Treaty återgivet i (1979) O.J. C 1 och refererat i Eight Report on Competition Policy s 18 f. Se även Tenth Report on Competition Policy s 89.

384. Tenth Report on Competition Policy s 89.

Från praxis kan nämnas det såvitt gäller andra klausuler redan berörda Windsurfing-fallet.³⁸⁵ I vissa av Windsurfing International's licensavtal fanns en klausul enligt vilken licenstagaren förband sig att endast marknadsföra de licensierade riggarna tillsammans med sådana typer av windsurfingbrädor som Windsurfing International godkänt. Undantag gällde endast för försäljning av reservdelar. Kommissionen ansåg att klausulen stred mot art 85 (1), eftersom klausulen begränsade licenstagarnas rätt att själva avgöra om de skulle marknadsföra kompletta windsurfingbrädor eller om de skulle specialisera sig på att enbart sälja riggar.

Det kan således konstateras att det normalt torde strida mot art 85 att ålägga licenstagaren att endast sälja avtalsprodukten tillsammans med någon viss annan vara.

Frånsett reglerna om exklusivitet och områdesskydd innehåller gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal också en mer allmän bestämmelse om försäljningsrestriktioner, art 3 (7). Där anges att sådana licensavtal inte är föremål för gruppundantag vari

“one party is restricted as to the customers he may serve, in particular by being prohibited from supplying certain classes of user, employing certain forms of distribution or, with the aim of sharing customers, using certain types of packaging for the products, save as provided in Article 1 (1) (7) and Article 2 (1) (3);”

Artikeln tar således endast sikte på begränsningar i parternas kundval. Den typ av försäljningsrestriktion som var aktuell i Windsurfing-fallet regleras däremot inte alls i gruppundantagsförordningen. För att sådana klausuler skall vara rättsenliga krävs således att de erhållit 85 (3)-förklaring eller undantag enligt art 4 i gruppundantagsförordningen.

Genom att förordningens art 3 (6) avser alla begränsningar i parternas fria kundval omfattar artikeln formellt även förpliktelser för licenstagaren att sälja hela sin produktion av avtalsprodukter till licensgivaren. Sådana klausuler medför således att gruppundantag inte kan komma ifråga. Huruvida detta verkligen var avsett torde vara en öppen fråga.

385. (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) 1 C.M.L.R. 1), IMA v. Windsurfing International.

6.4.10 Marknadsföringsförpliktelser

De flesta licensavtal innehåller mer eller mindre omfattande regler om hur licenstagaren skall marknadsföra avtalsprodukterna. Det kan vara fråga om hur licenstagarens marknadsföringsorganisation skall vara uppbyggd (t ex antal säljare och deras utbildning), hur försäljningen skall ske (t ex direktförsäljning, deltagande på mässor), vilken omfattning och inriktning reklamen skall ha (direktreklam eller reklam i massmedia, målgrupp, layout), vilka varumärken som skall användas (licensgivarens eller licenstagarens), hur förpackningarna skall utformas o s v.

Praxis rörande olika marknadsföringsförpliktelser är mager. Huvudregeln måste emellertid vara att det är tillåtet att ålägga licenstagaren förpliktelser i detta hänseende. För detta talar också kommissionens beslut i Campari-fallet.³⁸⁶

Campari-Milanos licenstagare hade bl a varit tvungna att åta sig att hålla kontinuerlig kontakt med sina kunder, att avsätta vissa belopp till reklam samt att marknadsföra avtalsprodukten i föreskrivna förpackningar. Kommissionen ansåg inte att dessa åtaganden stred mot art 85 (1).

Av kommissionens motivering framgår dock att förpliktelser att vidta vissa marknadsföringsåtgärder kan strida mot art 85 (1) om förpliktelserna är så omfattande att de omöjliggör för licenstagaren att vidta andra konkurrensåtgärder eller att marknadsföra sina egna produkter. Tanken bakom uttalandet är uppenbarligen att det inte skall vara möjligt att ålägga en licenstagare så omfattande förpliktelser att dessa i praktiken även fungerar som konkurrensklausuler.³⁸⁷

Det möter inga hinder att ålägga en licenstagare att ange att avtalsprodukten tillverkats och/eller sålts med stöd av en licens. Detta framgår såväl av kommissionens praxis³⁸⁸ som av art 2 (1) (6) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. Undantag gäller dock till den del förpliknelsen även avser produkter som inte är föremål för något skydd eller som inte omfattas av någon hemlig know-how.

386. (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397).

387. Jfr vad som ovan s 136 anförts om minimikvantitetsklausuler.

388. Se (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), Burroughs-Delplanque och (1972) J.O. L 13/53 (= (1972) C.M.L.R. D 72), Burroughs-Geba-Werke.

I Windsurfing-fallet³⁸⁹ ansågs en klausul enligt vilken licenstagarna skulle märka av dem tillverkade windsurfingbrädor med "Licensed by Hoyle Schweitzer" (de första windsurfingbrädornas konstruktör) eller "Licensed by WSI" strida mot art 85 (1), eftersom själva brädorna inte var föremål för patentskydd.

Motiveringen i Campari-fallet tyder på att förpliktelser att inte vidta vissa marknadsföringsåtgärder regelmässigt anses strida mot art 85 (1). I samma riktning talar också att det i art 3 (9) i 1979 års förslag till gruppundantagsförordning för patentlicensavtal generellt stadgades att det inte var tillåtet att förbjuda licenstagaren att använda sitt eget varumärke eller sin egen firma eller förpackningsutstyrsel för avtalsprodukterna. Denna regel blev dock starkt kritiserad från näringslivshåll. I gruppundantagsförordningen föreskrivs därför nu att licenstagaren kan förpliktas att endast använda licensgivarens varumärke eller av denne föreskriven förpackningsutstyrsel under förutsättning att licenstagaren inte hindras att ange att han är tillverkare av avtalsprodukten, art 1 (1) (7).

6.4.11 Icke-angreppsklausuler

Klausuler enligt vilka en licenstagare förbinder sig att inte angripa giltigheten av den licensierade rättigheten brukar benämnas icke-angreppsklausuler. Förekomsten av egentliga icke-angreppsklausuler är av naturliga skäl begränsad till sådana rättigheter som baserar sig på registrering, d v s patent-, mönster- och växtförädlarrätter samt registrerade känneteckensrätter. Det är ju endast sådana rättigheter som kan ogiltigförklaras. Däremot är det givetvis möjligt, i den mån processordningen så tillåter, att i avtal avseende icke-registrerade rättigheter inta föreskrifter om att licenstagaren ej äger föra talan om huruvida en viss rättighet består eller inte.³⁹⁰ Oavsett om det är fråga om registrerade rättigheter eller inte är det naturligtvis också möjligt att i ett licensavtal låta licenstagaren uttala att han erkänner att licensgivaren är innehavare av den eller de licensierade rättigheterna.

389. (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) I C.M.L.R. 1), IMA v. Windsurfing International.

390. I Sverige är sådan talan tillåten såvitt gäller patent, mönster, varumärke och firma, se 63 § PatL, 41 § ML, 44 § VmL resp 23 § FL. I avsaknad av uttrycklig föreskrift därom gäller däremot motsatsen såvitt gäller upphovsrätter och fötorätter, se HDs beslut 8.1.1982, nr 1473/81, William Friedkin.

Huruvida icke-angreppsklausuler strider mot konkurrensbegränsningslagstiftningen torde vara en av licensrättens mest diskuterade frågor. Såvitt gäller svensk rätt kan konstateras att en icke-angreppsklausul inte kan anses ha sin grund i den ifrågavarande ensamrätten.³⁹¹ Rättssenligheten skall således bedömas enligt konkurrenslagens ”normala” bedömningskriterier.³⁹² Såvitt gäller patent torde trots det sagda förhärskande åsikt vara att en icke-angreppsklausul i normalfallet ej strider mot 2 § KL.³⁹³ Däremot har Sandgren anfört³⁹⁴ att icke-angreppsklausuler i rena patentlicensavtal, d v s patentlicensavtal som inte innefattar någon upplåtelse av know-how, p g a bestämmelsen i 52 §, 2 st PatL saknar processrättslig verkan och att sådana klausuler därför även torde vara civilrättsligt ogiltiga. För andra typer av licensavtal än patentlicensavtal kan någon förhärskande ståndpunkt inte sägas föreligga.

Såvitt gäller patent- samt kombinerade patent- och know-how-licensavtal har EG-kommissionen genomgående uttalat att icke-angreppsklausuler strider mot art 85 (1) och att sådana klausuler inte heller uppfyller rekvisiten i art 85 (3).³⁹⁵ Representativt för kommissionens ståndpunkt är följande uttalande från AOIP/Beyrard-avgörandet:³⁹⁶

“Such a no-challenge clause is not a matter pertaining to the existence of the patent. Rather, it constitutes a contractual restriction of competition in that it deprives the licensee of the possibility, which is available to everyone else, of removing an obstacle to his freedom of action in the commercial field by means of an action for revocation of the patents. This is no less the case where the relevant authority examines an application for novelty and degree of inventiveness before granting a patent, since such examination does not affect the right of firms who might profit from the non-existence of the patent to oppose it or to bring actions for its revocation.”

391. Se för patenträttens del, Sandgren, a a s 260.

392. Jfr ovan s 117 not 301.

393. Sandgren, a a s 257 ff. Sandgren uttalar sig dock bara om vad han benämner rena patentlicensavtal, d v s patentlicensavtal som inte innefattar upplåtelse av know-how. Inte heller avses licensavtal som grundar sig på patentansökningar vilka ännu ej lett till patent. Flera av de licensavtal som var föremål för marknadsdomstolens prövning i Däckdubbsmålet, MD 1972:7 (= NIR 1972 s 443), innehöll icke-angreppsklausuler. NO gjorde dock inte gällande att dessa stred mot den då gällande konkurrensbegränsningslagen.

Ang rättsläget i de övriga nordiska länderna, se Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler. Anföranden och inlägg vid XV nordiska mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1975 s 68 ff.

394. A a s 253 ff.

395. (1972) J.O. L 143/31 (= (1972) C.M.L.R. D 52), Davidson Rubber, (1972) J.O. L 143/39 (= (1972) C.M.L.R. D 45), Raymond & Co, (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) I C.M.L.R. D 14), AOIP/Beyrard, (1979) O.J. L 19/32 (= (1979) I C.M.L.R. 511), Vaessen v. Morris, (1979) 3 C.M.L.R. 77, Ateliers de Construction de Compiègne v. Fabry. Se även Seventh Report on Competition Policy s 105 ff (AGA Steel Radiators).

396. (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) I C.M.L.R. D 14).

Kommissionen delar således den i svensk rätt förhärskande åsikten att icke-angreppsklausuler inte har någon grund i patenträtten. Skillnaden i bedömningen av rättsenligheten ligger i klausulens förmodade konkurrensbegränsande verkan i förhållande till vad som accepteras enligt konkurrensbegränsningslagstiftningen.

Icke-angreppsklausuler tillhör den grupp av avtalsvillkor som medför att gruppundantag inte kan ifrågakomma enligt gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. I förordningens art 3 (1) föreskrivs nämligen att gruppundantag inte gäller för avtal i vilka

“the licensee is prohibited from challenging the validity of licensed patents or other industrial or commercial property rights within the common market belonging to the licensor or undertakings connected with him, without prejudice to the right of the licensor to terminate the licensing agreement in the event of such a challenge;”

Som uttryckligen framgår av den citerade artikeln saknar det betydelse om icke-angreppsklausulen avser ett licensierat patent eller om klausulen avser någon annan immaterialrätt som licensgivaren är innehavare av. Artikeln avser dock bara immaterialrätter inom EG.

Däremot accepteras klausuler enligt vilka licensgivaren får säga upp licensavtalet om licenstagaren angriper någon licensgivaren tillhörig immaterialrätt. Detta kan vid första anblicken synas naturligt, eftersom licenstagaren ju kan fortsätta att använda den uppfinning som det licensierade patentet avser även efter avtalets upphörande om licenstagarens angrepp är framgångsrikt. Skulle däremot det ifrågavarande licensavtalet inte bara avse det eller de patent som angrips, utan också andra rättigheter kan en klausul om att licensgivaren får säga upp hela avtalet så snart licenstagaren angriper någon av de licensierade rättigheterna ha lika kraftig avhållande verkan på licenstagaren som en uttrycklig icke-angreppsklausul, eftersom licenstagaren då oavsett utgången av ogiltighetsprocessen måste inskränka den verksamhet han bedriver med stöd av licensavtalet.³⁹⁷ Det sagda gäller naturligtvis i lika hög grad om licenstagaren förbjuds att angripa icke-licensierade immaterialrätter. Trots detta accepteras dock sådana klausuler.

Även icke-angreppsklausuler avseende varumärkesrätter strider mot art 85 (1). Detta framgår av kommissionens beslut i Toltecs/Dorcet-fallet vilket rörde rättsenligheten av ett sk avgränsningsavtal.³⁹⁸ Likaså ansåg kommissionen i Windsurfing-fallet att en klausul enligt vilken licenstagaren erkände att orden

397. Jfr Guy-Leigh, a a s 205.

398. (1982) O.J. L 379/19 (= (1983) 1 C.M.L.R. 412). Se om fallet ovan s 33 f och 80.

WINDSURFER och WINDSURFING jämte figurer var skyddade varumärken inte kunde accepteras.³⁹⁹ I vissa mycket speciella situationer kan dock tidsbegränsade icke-angreppsklausuler godtas. I Penney-fallet fann kommissionen att en förpliktelse att under fem år avstå från rätten att angripa vissa varumärkesrätter kunde accepteras som en del av ett förlikningsavtal.⁴⁰⁰ Kommissionen anförde dock uttryckligen i sin motivering att det var fråga om ett undantagsfall.

Såvitt gäller upphovs- och mönsterrätter synes tillåtligheten av icke-angreppsklausuler och motsvarande bestämmelser inte ha varit föremål för kommissionens prövning. Kommissionen har emellertid tillkännagivit att sådana klausuler i licensavtal avseende upphovsrätter normalt strider mot art 85 (1) och att de inte heller uppfyller rekvisiten i art 85 (3)⁴⁰¹ I vart fall gäller detta om den ifrågavarande upphovsrätten avser industrivaror. Som framgår av art 3 (1) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal medför även icke-angreppsklausuler avseende andra immaterialrätter än patenträtter att gruppundantag inte kan ifrågakomma. Den förhärskande åsikten synes också vara att icke-angreppsklausuler och motsvarande förpliktelser i vart fall som huvudregel strider mot art 85 (1) även när det gäller andra immaterialrätter än patenträtter.⁴⁰²

Det finns dock omständigheter som talar för att behandla icke-angreppsklausuler i patentlicensavtal annorlunda än andra icke-angreppsklausuler. En av orsakerna till att icke-angreppsklausuler i patentlicensavtal anses ha så stark konkurrensbegränsande verkan är att patentlicenstagare i kraft av sina tekniska kunskaper på det ifrågavarande området ofta har särskilt goda möjligheter att upptäcka att förutsättningarna för att kunna ogiltigförklara ett patent föreligger. För övriga immaterialrätters del torde däremot licenstagare och tredje man normalt ha ungefär samma möjlighet att upptäcka att den ifrågavarande immaterialrätten kan ogiltigförklaras, alternativt icke existerar, eftersom detta vanligen inte fordrar så omfattande tekniska kunskaper. Sagda förhållande talar således för att icke-angreppsklausuler i andra typer av licensavtal än patentlicensavtal skulle bedömas mindre strängt. Häremot kan dock invändas att förekomsten av immaterialrättsskydd endast är berättigat i de fall som anges i lagstiftningen och att man av konkurrensskäl generellt bör försöka undanröja existensen av alla oberättigade immaterialrätter. Varje hinder för ett företag eller en person att angripa en immaterialrätt medför då en oacceptabelt omfattande konkurrensbegränsning. Någon tvekan om att detta är kommissionens åsikt råder inte.

399. (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) 1 C.M.L.R. 1).

400. (1978) O.J. L 60/19 (= (1978) 2 C.M.L.R. 100). Se om fallet ovan s 80 f.

401. Bull E C 1982:6 s 30 f.

402. Guy-Leigh, a a s 205.

6.4.12 Regler rörande intrång

I de flesta licensavtal brukar intas regler om hur avtalsparterna skall agera om tredje man begår intrång i den licensierade rättigheten. Reglerna brukar avse bl a om både licensgivaren och licenstagaren skall ha rätt att föra talan om intrång eller om detta är förbehållet någon av dem, hur kostnaderna för intrångstalan skall fördelas, i vilken utsträckning en part som ej för talan skall vara skyldig att bistå den andre, hur omfattande detta bistånd skall vara och vem som skall stå kostnaderna härför samt hur eventuellt skadestånd från tredje man skall fördelas.

Någon praxis rörande dessa klausuler synes inte finnas. Av gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal framgår dock att en patentlicenstagare kan förpliktas att informera licensgivaren om intrång i det licensierade patentet, att vidta rättsliga åtgärder mot en intrångsgörare samt att bistå licensgivaren i varje fall av rättsliga ingripanden mot en intrångsgörare, art 2 (1) (8). Dessa förpliktelser får dock inte vara så långtgående att de har samma effekt som en icke-angreppsklausul.

Det förekommer även att parterna i ett licensavtal uttryckligen reglerar sina förpliktelser för den händelse det skulle visa sig att den licensierade rättigheten är ogiltig eller inte kan utövas utan tillstånd från tredje man. Inte heller när det gäller sådana regler synes det finnas någon praxis. Denna fråga berörs inte heller direkt i gruppundantagsförordningen. Däremot innehåller denna vissa mer generella regler som kan få betydelse i dessa situationer. Här avses dels reglerna om sådana licensavtal som även omfattar viss tid efter det att det licensierade patent upphört att gälla, art 3 (2), dels reglerna om royalty för utnyttjanden som inte är föremål för skydd, art 3 (4). Dessa regler behandlas nedan i avsnitt 6.4.18 resp 6.4.17.

6.4.13 Most favoured clauses

Då en licenstagare antar eller vet att licensgivaren avser att upplåta flera konkurrerande licenser kan det vara fördelaktigt för licenstagaren om det i licensavtalet intas en klausul enligt vilken licensgivaren förbinder sig att inte senare upplåta konkurrerande licenser till andra licenstagare på bättre villkor än dem som gäller i förhållande till den äldre licenstagaren, en s k most favoured clause. Sådana klausuler anses regelmässigt vara förenliga med art 85 (1).⁴⁰³ Most

403. Se kommissionens avgörande Kabelmetal-Luchaire, (1975) O.J. L 222/34 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 40).

favoured clauses har också accepterats i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal, art 2 (1) (11).

Kommissionen har dock uttalat att en most favoured clause kan strida mot art 85 (1) om marknadssituationen är sådan att det för licensgivaren inte är möjligt att upplåta nya licenser utan att erbjuda bättre villkor än de som gäller i förhållande till tidigare licenstagare. Uppenbarligen är det samma grundtanke som ligger bakom detta uttalande och kommissionens tidigare ståndpunkt att exklusiva licenser normalt strider mot art 85 (1), nämligen att varje bindning som hindrar en licensgivare från att upplåta fler licenser är konkurrensbegränsande. Av Majs-fallet⁴⁰⁴ framgår dock att EG-domstolens åsikt på denna punkt skiljer sig från kommissionens. Most favoured clauses torde därför endast i sällsynta undantagsfall komma att stå i strid med art 85 (1).

Någon anledning att skilja mellan olika immaterialrätter torde inte finnas när det gäller tillåtligheten av most favoured clauses.⁴⁰⁵

6.4.14 Sekretessklausuler

För innehavare av hemlig know-how är det givetvis av största vikt att se till att denna know-how förblir hemlig. Sekretessklausuler är därför nödvändiga både i rena know-how licensavtal och i andra avtal som innefattar avslöjande av hemlig know-how. Eftersom patentlicensavtal normalt även omfattar upplåtelse av viss know-how, ingår sekretessklausuler regelmässigt i sådana avtal.

Mot bakgrund av det sagda kan det knappast komma ifråga att anse att sedvanliga sekretessklausuler strider mot art 85 (1). Kommissionen har också i sina beslut i Burroughs-Delplanque-, Kabelmetal-Luchaire- och Campari-fallen⁴⁰⁶ uttryckligen förklarat att en licenstagares skyldighet att hålla överförd know-how hemlig inte medför någon konkurrensbegränsning i strid mot art 85 (1).

Denna inställning har också kommit till uttryck i art 2 (1) (7) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal, där det anges att förekomsten av en klausul enligt vilken en licenstagare inte får avslöja överförd hemlig know-how inte utesluter att avtalet är kvalificerat för gruppundantag.

En särskild fråga är hur lång tid efter ett licensavtals utgång som licenstaga-

404. Se ovan s 120 ff.

405. Samma Guy-Leigh, a a s 208.

406. (1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), (1975) O.J. L 222/34 (= (1975) C.M.L.R. D40) resp (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397).

ren kan åläggas att iaktta sekretess. Bedömningen härav synes vara liberal. I det nyssnämnda Burroughs-Delplanque-avgörandet accepterade kommissionen en så lång sekretesstid som tio år. I gruppundantagsförordningen anges att sekretessåläggandet även får avse tid efter licensavtalets upphörande utan att någon särskild längsta tid föreskrivs.

6.4.15 Konkurrensklausuler

Nästan alla licensavtal innehåller regler enligt vilka parterna i olika hänseenden åtar sig att inte konkurrera med varandra. Såvitt gäller vertikala avtal skiljer man härvid mellan regler som avser att åstadkomma en geografisk marknadsuppdelning, d v s exklusivitetsklausuler och klausuler om områdesskydd, och regler som i allmänhet avser att åstadkomma en produktmässig uppdelning av marknaden, s k konkurrensklausuler.⁴⁰⁷

Det går att urskilja åtminstone tre olika typer av konkurrensklausuler, nämligen;

1. klausuler enligt vilka endera eller båda parterna förpliktas att under avtals tiden inte tillverka, sälja eller utveckla produkter som konkurrerar med avtalsprodukten eller som konkurrerar med produkter som tillverkats enligt avtalsmetoden,
2. klausuler enligt vilka endera eller båda parterna förpliktas att inte heller efter avtalets utgång konkurrera med varandra på i punkt 1 ovan nämnt sätt, samt
3. klausuler enligt vilka en licenstagare förpliktas att avstå från att utnyttja den upplåtna rättigheten eller teknologin efter avtalets upphörande. Sådana klausuler är särskilt vanliga i know-how-licensavtal, eftersom det ju annars regelmässigt skulle vara möjligt för licenstagaren att utnyttja den oskyddade teknologin även efter det att avtalet upphört.

Konkurrensklausuler av den första typen har av kommissionen bedömts strida mot art 85 (1) såväl när det varit fråga om patent- som varumärkeslicensavtal.⁴⁰⁸ Kommissionen har dock uttalat att undantag enligt art 85 (3) kan ifrågakomma i vissa fall, särskilt när det är fråga om avtal som närmast har karaktä-

407. I horisontella avtal om marknadsuppdelning benämns däremot ofta även klausuler som syftar till en geografisk marknadsuppdelning konkurrensklausuler.

408. Se såvitt gäller patentlicensavtal (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) C.M.L.R. D 14), AOIP/Beyrard och såvitt gäller varumärkeslicensavtal (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari. Se även kommissionens beslut i Majs-fallet, (1978) O.J. L 286/23 (= (1978) 3 C.M.L.R. 434). Bedömningen av konkurrensklausulen var ej föremål för EG-domstolens prövning.

ren av specialiseringsavtal.⁴⁰⁹ Vidare kan undantag ifrågakomma för licensavtal som har stora likheter med återförsäljaravtal.⁴¹⁰

Även föreskrifter som inte varit utformade som konkurrensklausuler men som har haft motsvarande verkan har bedömts strida mot art 85 (1). Detta framgår av det s k Video Cassette Recorders-avgörandet.⁴¹¹

Philips och Sony hade utvecklat var sitt system för videokassetter. De båda systemen kunde inte användas parallellt. Philips, som patentsökt sitt system, ingick licensavtal med ett flertal tillverkare av videobandspelare, bl a Blaupunktwerke, Bosch-Siemens och Grundig. I avtalen föreskrevs bl a att licensstagarna skulle iakta vissa tekniska specifikationer vilka gjorde det omöjligt för licensstagarna att utnyttja Sonys videokassettsystem. Kommissionen ansåg att denna föreskrift stred mot art 85 (1).

I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal har konkurrensklausuler av här ifrågavarande typ hänförs till den grupp av klausuler som medför att gruppundantag inte kan ifrågakomma, art 3 (3). Uteslutna är avtal där

“one party is restricted from competing with the other party, with undertakings connected with the other party or with other undertakings within the common market in respect of research and development, manufacture, use or sales, . . .”

Artikeln tar således inte bara sikte på konkurrensåtaganden mellan parterna eller parterna närstående företag, utan även på åtaganden till förmån för helt fristående företag inom EG. Däremot avser artikeln inte konkurrensbegränsningar som har sin grund i licensavtalets eventuella exklusivitet eller i förekommande föreskrifter om områdesskydd. Detta följer av att vad som sägs i det nyss citerade avsnittet av art 3 (3) gäller ”save as provided in Article 1”. I art 3 (3) anges också uttryckligen att artikeln inte hindrar att licensstagaren åläggs att på effektivast möjliga sätt exploatera den licensierade uppfinningen.

Övervägande skäl talar för att konkurrensklausuler av här aktuell typ bedöms lika oavsett vilken typ av immaterialrätt licensavtalet avser.⁴¹²

409. Fourth Report on Competition Policy s 23.

410. Undantag beviljades därför i Campari-fallet, (1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397). Se även förordning 83/83 ang gruppundantag för vissa typer av exklusiva återförsäljaravtal, art 2 (2) (a).

411. (1978) O.J. L 47/42 (= (1978) 2 C.M.L.R. 160).

412. Guy-Leigh, a a s 204.

Några formella beslut av kommissionen som rör den andra typen av konkurrensklausuler, d v s klausuler enligt vilka licenstagaren förpliktas att efter licensavtalets utgång inte konkurrera med licensgivaren eller något denne närstående företag genom att tillverka eller sälja produkter som konkurrerar med avtalsprodukten eller som tillverkats enligt avtalsmetoden, förefaller inte finnas. Några skäl för att bedöma sådana konkurrensklausuler liberalare än konkurrensklausuler av den förra typen synes emellertid inte föreligga. Kommissionen har ansett att en klausul enligt vilken en upphovsrättslicenstagare åtog sig att efter avtalets upphörande inte konkurrera med licensgivaren stred mot art 85 (1).⁴¹³ Likaså är den nyss återgivna art 3 (3) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal även tillämplig på konkurrensåtaganden som avser tiden efter licensavtalets utgång. Sådana åtaganden medför således att gruppundantag ej kan komma ifråga. Det torde också stå klart att man inom EG inte anser att det finns någon anledning att i nu aktuellt hänseende göra skillnad mellan licensavtal avseende olika immaterialrätter. Härfor talar också att det numer inte heller i återförsäljaravtal accepteras att en återförsäljare åtar sig att efter avtalets upphörande avstå från att tillverka eller sälja produkter som konkurrerar med de produkter som återförsäljaravtalet avsåg, se förordning 83/83 ang gruppundantag för vissa typer av exklusiva återförsäljaravtal, art 2 (2) (a).⁴¹⁴

Såvitt gäller klausuler av den tredje typen, d v s klausuler enligt vilka licenstagaren förpliktas att avstå från att utnyttja den upplåtna rättigheten eller teknologin efter licensavtalets upphörande, måste skillnad göras mellan licenser som avser know-how och licenser som avser immaterialrätter. Bland de licenser som avser immaterialrätter måste i sin tur skiljas mellan de fall där rättigheten vid avtalsslutet fortfarande är föremål för immaterialrättsskydd och de fall där skyddet har upphört.

När det är fråga om en immaterialrättslicens och skyddstiden vid avtalsslutet ännu inte löpt ut kan en konkurrensklausul inte strida mot art 85 (1). Detta följer redan av att licenstagaren då inte kan fortsätta att utnyttja den upplåtna rättigheten ens om någon uttrycklig föreskrift därom inte intagits i licensavtalet, eftersom ett fortsatt utnyttjande skulle innebära immaterialrättsintrång. I enlighet med det sagda föreskrivs i art 2 (1) (4) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal att gruppundantag gäller även om licenstagaren åtar sig

“not to exploit the patent after termination of the agreement in so far as the patent is still in force;”.

413. Bull E C 1982:6 s 30 f.

414. I den äldre förordningen 67/67 accepterades däremot konkurrensklausuler som omfattade upp till ett år efter avtalets upphörande, art 2 (1) (a).

Situationen är en annan då skyddet för den ifrågavarande rättigheten löpt ut vid avtalsperiodens slut. I dylika fall torde konkurrensklausuler av den tredje typen regelmässigt strida mot art 85 (1). Någon regel i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal som direkt tar sikte på denna situation finns inte. Den redan återgivna art 3 (3) gäller bara konkurrensklausuler av de två förra typerna. Inte heller artikel 3 (2), som avser licensavtal där avtalstiden är längre än någon av de licensierade patentens skyddstider, kan sägas vara direkt tillämplig på den tredje typen av konkurrensklausuler. Det måste därför antas att sådana klausuler kan undantas från bestämmelsen i art 85 (1) RomF om kommissionen inte motsätter sig detta inom sex månader från det att avtalet anmälts till kommissionen, art 4 (1).

Såvitt gäller know-how-licenser är rättsläget mer svårbedömt, eftersom kommissionens inställning varierat från en tidpunkt till en annan. Enligt min mening kan det inte komma ifråga att förbjuda konkurrensklausuler av den tredje typen i sådana avtal, eftersom detta i praktiken skulle verka mycket avhållande på incitamentet att upplåta know-how-licenser. Så snart information om den upplåtna teknologin överförs till licenstagaren skulle ju denne ha ett intresse av att licensavtalet upphör, eftersom licenstagaren därefter skulle vara oförhindrad att helt efter eget gottfinnande disponera över den ifrågavarande teknologin och detta utan att betala någon som helst ersättning. Konkurrensklausuler av den tredje typen utgör därför en naturlig del av know-how-licensavtal.

I linje med det anförda förklarade kommissionen i Burroughs-Delplanque-ärendet från 1971 att en konkurrensklausul av den tredje typen inte strider mot art 85 (1).⁴¹⁵

De konkurrensbegränsande verkningarna av en konkurrensklausul blir, åtminstone inom ett visst tidsintervall, större ju längre tid klausulen avser. Mot bakgrund av vad som ovan anförts är det naturligt att acceptera konkurrensklausuler som inte avser längre tid än den tid under vilken den upplåtna teknologin har något värde. Hur lång tid en konkurrensklausul maximalt får avse är oklart. Den i Burroughs-Delplanque-fallet godtagna klausulen avsåg tio år. Härutöver ger dock beslutet ingen vägledning, eftersom konkurrensförbudets utsträckning i tiden inte närmare berörs i motiveringen.

Däremot talar motiveringen i Burroughs-Delplanque-fallet klart för att kommissionen endast accepterar konkurrensförbud om den upplåtna teknologin är hemlig. I praktiken torde denna begränsning ofta inte ha någon betydelse, eftersom det knappast finns några företag som är villiga att betala för att få

415. (1972) O.J. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67).

ta del av icke hemlighållen teknologi. Svårbedömda gränsfall kan dock uppkomma om den upplåtna teknologin delvis är hemlig, delvis är allmänt tillgänglig. Det kan också tänkas att den upplåtna teknologin vid avtalets ingående var hemlig men att den sedermera på grund av omständigheter som ligger utanför avtalsparternas kontroll blivit allmänt tillgänglig. Burroughs-Delplanque-fallet ger dock på denna punkt inte någon ledning.

Under senare delen av 1970-talet ändrade emellertid kommissionen åsikt och intog en mycket negativ hållning gentemot den nu aktuella kategorin konkurrensklausuler. En föraning om vad som skulle komma finns i Kabelmetal-Luchaire-fallet som avgjordes 1975.⁴¹⁶ Kommissionen uttalade där att licenstagarens förpliktelse att betala royalties om licenstagaren utnyttjade den licensierade teknologin efter licensavtalets upphörande inte stred mot art 85 (1), eftersom förpliktelsen inte hindrade licenstagaren från att utnyttja den upplåtna kunskapen efter licensavtalets utgång. Av såväl art 3 (10) i 1979 års förslag till gruppundantagsförordning för patentlicensavtal som Cartoux-Terrapin-fallet från 1980⁴¹⁷ framgår uttryckligen att kommissionen ansåg det otillåtet att generellt förbjuda en licenstagare att efter en viss tidpunkt utnyttja den know-how som överförts genom licensavtalet. Denna åsikt blev emellertid utsatt för stark kritik.⁴¹⁸ Någon artikel motsvarande 3 (10) i 1979 års förslag har därför inte upptagits i den nu ikraftträdde förordningen. Huruvida detta innebär att kommissionen ånyo ändrat ståndpunkt och åter intar den ståndpunkt som framgår av Burroughs-Delplanque-fallet måste dock bedömas som osäkert. Såvitt gäller kombinerade patent- och know-how-licenser medför emellertid gruppundantagsförordningen att klausuler enligt vilka licenstagaren åläggs att upphöra att utnyttja upplåten know-how vid avtalsslutet kan erhålla undantag från art 85 (1) RomF enligt det förfarande som anges i art 4 (1) i gruppundantagsförordningen.⁴¹⁹

6.4.16 Prisbindningsklausuler

Att i ett licensavtal föreskriva till vilket pris licenstagaren skall sälja avtalsprodukterna torde ofta strida mot den interna konkurrensbegränsningslagstift-

416. (1975) O.J. L 222/34 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 40).

417. (1981) 1 C.M.L.R. 192.

418. Se bl a Handler-Blechman, a a s 303 ff.

419. Se härom ovan s 115 f.

ningen i många EG-länder.⁴²⁰ Detsamma gäller även enligt art 85 (1), vilket framgår redan av den däri intagna exemplifierande uppräknningen i vilken bl a anges att överenskommelser som innebär ett direkt eller indirekt fastställande av inköps- eller försäljningspriser är förbjudna.⁴²¹

I ett av de avtal som var föremål för bedömning i det redan refererade Majsfallet⁴²² ingick en klausul enligt vilken Eisele, som intog en ställning motsvarande en licenstagares, skulle sälja avtalsprodukterna till priser som skulle överenskommas mellan honom och INRA, licensgivaren. Kommissionen ansåg, utan närmare motivering, att denna klausul stred mot art 85 (1). Denna del av kommissionens beslut överklagades inte till EG-domstolen.

Vidare kan här nämnas Yoshida Kogyo-ärendet⁴²³, i vilket kommissionen ansåg att vissa begränsningar i parternas rätt att själva bestämma sina priser stred mot art 85 (1). Något formellt beslut därom kom dock aldrig att fattas, eftersom parterna frivilligt utmönstrade de klausuler som kommissionen ansåg otillåtna ur kontraktet.

I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal har det sagda kommit till uttryck på så sätt att det i art 3 (6) anges att sådana avtal inte omfattas av gruppundantag vari

“one party is restricted in the determination of prices, components of prices or discounts for the licensed products;”

6.4.17 Royaltyklausuler

Den ersättning som en licenstagare skall erlagga till licensgivaren för rätten att få utnyttja en viss rättighet utgår vanligen åtminstone delvis i form av royalty. Huvudregeln är att det står parterna fritt att själva bestämma både royaltyns

420. Se för svensk rätts del MD 1972:7 (= NIR 1972 s 443), Däckdubb, där en klausul enligt vilken licensgivaren och licenstagaren skulle sälja avtalsprodukten till samma pris ansågs medföra skadlig verkan enligt dåvarande 5 § KBL.

421. Se härom allmänt Bellamy-Child, a a s 71 ff, Gleiss-Hirsch, a a s 93 ff.

422. Kommissionens beslut refereras i (1978) O.J. L 286/23 (= (1978) 3 C.M.L.R. 434).

423. (1978) 3 C.M.L.R. 44.

storlek och sättet för dess beräkning. Det finns dock ett flertal undantag från denna huvudregel.

Royaltns storlek berörs knappast av konkurrensreglerna. Det är dock inte helt uteslutet att en exceptionellt hög royalty skulle kunna strida mot art 85 eller 86.^{423a} Huvudsakligen torde det här bli fråga om sådana situationer där även förutsättningarna för att ålägga licenstagaren att upplåta en licens skulle vara uppfyllda om rättighetsinnehavaren istället skulle ha valt detta sätt att utnyttja sin ställning.⁴²⁴

Som bekant är de flesta immaterialrätter begränsade i tiden. Kommissionen har flera gånger fastslagit att en licensgivare inte kan kräva att licenstagaren betalar royalty för utnyttjanden som avser tiden efter det att skyddet för den licensierade rättigheten upphört. I vart fall gäller detta om licenstagaren inte ha rätt att säga upp avtalet i samband med att skyddet upphör.

Det grundläggande kommissionsbeslutet är AOIP/Beyard-fallet⁴²⁵ vari följande uttalades:

“The obligation to pay royalties after the expiration of the most recent patent in force when the agreement was made constitutes, in this case, an infringement of Article 85 because the licensee does not have the right to terminate the agreement. Maintenance of such an obligation for products or processes which have been manufactured or used under an expired patent, or for which a patent has been obtained, but not used, after the date when the licensing agreement was made, has the effect of burdening manufacturing costs without any economic justification and thereby weakening the competitive position of the licensee.”

I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal har det nyss sagda kommit till uttryck i art 3 (4) av vilken följer att gruppundantag inte omfattar avtal enligt vilka licenstagaren skall betala royalty för produkter som varken till någon del är patentskyddade eller tillverkade enligt en patenterad process.⁴²⁶

På motsvarande sätt gäller att om ett licensavtal avser hemlighållen know-how så kan inte licenstagaren åläggas att betala royalty för tiden efter det att denna know-how blivit allmänt känd. Undantag gäller dock om kännedomen är ett resultat av licenstagarens egna åtgärder eller av åtgärder som har vidta-

423a. Se allmänt om extremt höga ersättningar Bellamy-Child, a a s 177 f, 196 f och Gleiss-Hirsch, a a s 346 ff.

424. Se härom ovan s 116 ff.

425. (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) I C.M.L.R. D 14). Se även Seventh Report on Competition Policy s 105 ff (AGA Steel Radiators) och Tenth Report on Competition Policy s 87 f (Preflex/Lipski).

426. Se även preambeln punkt 22.

gits av ett företag som har en ekonomisk gemenskap med licenstagaren. I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal har även en bestämmelse härom intagits i art 3 (4).

Nu nämnda regler avser således utnyttjanden som skett efter det att immaterialrättsskyddet upphört eller kunskapen blivit allmänt tillgänglig. Däremot är det tillåtet att föreskriva att licenstagaren får erlägga royalties som avser användning före denna tidpunkt vid ett senare tillfälle. Det är således möjligt att ge licenstagaren en viss kredit vid royaltybetalningen. Detta framgår uttryckligen av art 3 (4) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal.

Som bekant är det vanligt att ett och samma licensavtal omfattar flera olika rättigheter, t ex patent, know-how och varumärken. Det är i så fall möjligt att för tiden efter det att patentskyddet upphört ålägga licenstagaren att betala en reducerad royalty för rätten att utnyttja know-how och varumärken. Någon praxis som belyser detta synes inte finnas men regeln ligger till grund för art 3 (2) i gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. Regeln kan uppenbarligen ge upphov till besvärliga problem avseende värderingen av de olika rättigheter som en licens omfattar.

I vissa licensavtal förekommer det att royaltyns storlek inte är direkt knuten till i vilken omfattning licenstagarens verksamhet faller under vad som är immaterialrättsligt skyddat eller vad som utgör hemlig know-how. Det kan t ex förekomma att royalty även skall beräknas på värdet av produkter som inte omfattas av det licensierade patentet. Av kommissionens beslut i AOIP/Beyrard- och Windsurfing-fallen⁴²⁷ framgår att det inom EG normalt inte är tillåtet att ålägga en licenstagare att erlägga royalty för sådana åtgärder som inte omfattas av någon immaterialrättighet eller hemlighållen know-how. Skälen härför är att ett sådant åläggande omotiverat fördyrar licenstagarens tillverkningskostnader och därigenom försämrar hans konkurrensförmåga, att åläggandet förtar licenstagarens incitament att själv utveckla någon teknologi på området samt att åläggandet kan göra det omöjligt för licenstagaren att begränsa sitt utbud på önskat sätt.

Av Windsurfing-fallet framgår dock att kommissionen kan tänka sig undantag från nu nämnda regel när det är befogat av praktiska skäl. Som exempel nämner kommissionen fall då det i en komplex tillverkningsprocess är svårt att fastställa hur många patenterade produkter som antingen använts i processen eller som processen resulterat i. Ett annat exempel är när det inte finns någon separat marknad för den patenterade produkten.

I gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal, art 3 (4) föreskrivs i enlighet med ovanstående praxis att gruppundantag inte omfattar avtal enligt vilka

427. (1976) O.J. L 6/8 (= (1976) 1 C.M.L.R. D 14) resp (1983) O.J. L 229/1 (= (1984) 1 C.M.L.R. 1).

“the licensee is charged royalties on products which are not entirely or partially patented or manufactured by means of a patented process or for the use of know-how which has entered into the public domain otherwise than by the fault of the licensee or an undertaking connected with him, . . .”⁴²⁸

Många licensavtal, särskilt om de är exklusiva, innehåller regler om minimiroyalty. Sådana regler får, åtminstone i här aktuellt hänseende, i praktiken samma effekt som regler om minimikvantiteter.⁴²⁹ Båda dessa regler anses som huvudregel tillåtna.

Vad som nu redovisats om olika royaltyklausuler torde med de modifieringar som angetts för know-how-licensavtal gälla oavsett vilken typ av rättighet licensavtalet avser.⁴³⁰

6.4.18 Avtalstid

Med avtalstidens längd som grund kan licensavtal indelas i tre olika grupper, nämligen

1. avtal som omfattar kortare tid än den upplåtna immaterialrättens skyddstid,
2. avtal som omfattar lika lång tid som den upplåtna immaterialrättens skyddstid samt
3. avtal som omfattar längre tid än den upplåtna immaterialrättens skyddstid.

När det är fråga om licensavtal som tillhör någon av de båda första grupperna medför avtalstidens längd regelmässigt inte några konkurrensbegränsningsrättsliga problem. Såvitt gäller patentlicensavtal har kommissionen vid flera tillfällen gett uttryck åt denna ståndpunkt.⁴³¹ Av art 2 (1) (4) i gruppundantagsförordningen för sådana avtal framgår också att sådana klausuler är acceptabla enligt vilka licenstagare åläggs

428. Kritik mot en sådan regel har uttalats av Bellamy-Child, a a s 304 f och Handler-Blechman, a a s 317 f.

429. Se härom ovan s 136.

430. Samma Guy-Leigh, a a s 197.

431. Se bl a kommissionens tillkännagivande den 24 december 1962 rörande patentlicensavtal art A 4 (a) samt Fourth Report on Competition Policy s 23 där följande anförts:

“In the view of the Commission, Article 85 (1) does not in principle touch upon the contractually fixed duration of a patent license agreement, if this is for the life of a single licensed patent or a shorter term.”

“ . . . not to exploit the patent after termination of the agreement in so far as the patent is still in force;”

När det gäller licensavtal som omfattar längre tid än den upplåtna rättighetens skyddstid har redan av föregående avsnitt framgått att det anses strida mot art 85 (1) att fordra royalty för tiden efter skyddets upphörande. Motsvarande gäller med största sannolikhet även för andra förpliktelser som kan sägas utgöra någon sorts ersättning för utnyttjandet av rättigheten ifråga och förpliktelserna inte är av försumbar omfattning. Därutöver gäller enligt gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal att en klausul enligt vilken ett licensavtal automatiskt kan förlängas till att även omfatta tid efter det att alla de patent upphört att gälla som licensavtalet avsåg vid dess tillkomst medför att licensavtalet ej omfattas av gruppundantag, såvida inte vardera parten har rätt att säga upp avtalet årligen, art 3 (2). Denna artikel har dock inte någon betydelse för de eventuella klausuler i ett kombinerat licensavtal som avser know-how- och varumärkeslicenser.

7. Planerad immaterialrättslagstiftning

Som framhållits redan i inledningskapitlet har ännu inte någon EG-rättslig immaterialrättslagstiftning trätt i kraft frånsett gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal. Såvitt gäller de flesta immaterialrätter, dock ej firmarätten, har emellertid ett mer eller mindre omfattande lagstiftningsarbete nedlagts. I det följande ges en kortfattad översikt över detta arbete.

Lagstiftningsarbetet har två olika inriktningar. Dels strävar man efter att skapa en autonom EG-rättslig immaterialrättslagstiftning, dels strävar man efter att åstadkomma en harmonisering av EG-staternas nationella immaterialrättslagstiftningar.

Strävandena att åstadkomma en autonom EG-rättslig immaterialrättslagstiftning är hittills begränsade till patent- och varumärkesrätten. Tekniskt har man härvid gått fram på olika vägar. För patenträttens del undertecknades redan 1975 den s k marknadspatentkonventionen (Community Patent Convention, CPC) vilken dock ännu inte har trätt i kraft. Såvitt gäller varumärkesrätten är istället tanken att den autonoma lagstiftningen skall få formen av en förordning.

Harmoniseringssträvandena omfattar de flesta av immaterialrättens olika områden. Lagstiftningen är här avsedd att komma till uttryck i direktiv, varigenom EG-staterna åläggs att ge sin nationella lagstiftning visst innehåll.

Det finns i princip två olika orsaker till att det ansetts önskvärt att skapa mer likformiga EG-rättsliga immaterialrättsregler. För det första anses detta förhöja den avsedda effekten med immaterialrättslagstiftningen, t ex för patenträttens del att främja den teknologiska utvecklingen, och för det andra anses likformiga regler i viss mån kunna minska den konkurrensbegränsande effekt och den uppdelning av EG i skilda nationella marknader som innehavet av olika immaterialrätter kan ge upphov till.⁴³²

432. Se Community Action in the Cultural Sector, Bull E C, Supplement 6/77 s 5 f samt preambeln till marknadspatentkonventionen och preambeln i förslaget till marknadsvarumärkesförordning.

I detta sammanhang bör också påpekas att det förekommit en viss diskussion om EG:s kompetens att lagstifta på immaterialrättsområdet. Diskussionen har föranletts av förslaget till autonom varumärkeslagstiftning.⁴³³ Marknadspatentkonventionen däremot gav inte upphov till motsvarande problem, eftersom den utgör en självständig konvention som inte tillkommit med stöd av någon bestämmelse i Romfördraget.

Såvitt gäller möjligheten att utfärda harmoniseringsdirektiv vilar EG:s legislativa kompetens på art 100 RomF där det anges att rådet på kommissionens förslag skall

”utfärda direktiv för harmonisering av sådana rättsregler och förvaltningsföreskrifter i medlemsstaterna som direkt påverka den gemensamma marknadens upprättande och funktion.”

Eftersom innehavet av en immaterialrätt kan påverka de fria varurörelserna inom den gemensamma marknaden kan det knappast råda någon tvekan om att EG har kompetens att utfärda harmoniseringsdirektiv avseende medlemsstaternas immaterialrättslagstiftningar.

EG:s kompetens att utfärda autonoma immaterialrättsliga regler grundas på art 235 RomF som har följande lydelse:

”Om en åtgärd från gemenskapens sida framstår som erforderlig för att inom den gemensamma marknadens ram förverkliga något av gemenskapens mål och detta fördrag icke förutsett härför erforderliga handlingsbefogenheter, skall rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter hörande av församlingen utfärda lämpliga bestämmelser.”

433. Se The Need for a European Trade Mark System. Competence of the European Community to Create One, Document No III/D/1294/79. Dokumentet återges i IIC 1980 s 58 ff, 174 ff och i GRUR Int 1980 s 33 ff, 96 ff. Se vidare diskussionen mellan Lassen, Legalitetsproblemer i EF, UfR 1982 s 193 ff, som hävdar att såväl marknadspatentkonventionen som förslaget till marknadsvarumärkesförordning strider mot Romfördraget, och Thoft-Jacobsen-Hagel-Sörensen-Østerborg, Om retsgrundlaget for det europeiske samarbejde inden for patent- og varemærkeretten, UfR 1982 s 283 ff, som intar motsatt ståndpunkt.

Huruvida och, om så är fallet, i vad mån det är erforderligt att skapa autonoma EG-rättsliga immaterialrättsregler för att inom gemenskapens ram förverkliga något av gemenskapens mål kan givetvis vara föremål för delade meningar. För varumärkesrättens del kan dock konstateras att man från kommissionens sida inte hyser några tvivel om att utfärdandet av en marknadsvarumärkesförordning faller inom EG:s kompetens.⁴³⁴

7.1 Upphovsrätt

Önskvärdheten och möjligheten att åstadkomma en harmonisering av EG-staternas upphovsrättslagstiftningar har sedan ett antal år diskuterats både inom EG-kommissionen och inom olika privata organisationer.⁴³⁵ Några konkreta lagförslag har dock ännu inte framlagts, utan lagstiftningsarbetet befinner sig på ett mycket förberedande stadium.

Till grund för kommissionens arbete ligger de tankar som kommissionen 1977 förde fram i ett meddelande till ministerrådet.⁴³⁶ Där uttalas bl a att EG:s verksamhet inom den kulturella sektorn först och främst syftar till att stödja kulturella aktiviteter genom att gradvis skapa en mer gynnsam ekonomisk och social miljö.⁴³⁷ Strävandena att harmonisera upphovsrättslagstiftningen utgör ett led i detta arbete. I kommissionens meddelande anges ett ganska stort antal punkter på vilka ett närmare samarbete och en mer enhetlig lagstiftning kan framstå som önskvärd.⁴³⁸ Som exempel kan nämnas reglerna rörande fotokopiering och kabel-TV, upphovsrättsskyddets längd, biblioteksutlåning m m.

Som ett led i harmoniseringssträvandena gav kommissionen den vid Max Planck Institutet i München verksamme upphovsrättsexperten Adolf Dietz i

434. Se det i föregående not angivna dokumentet.

435. Här förtjänar särskilt att nämnas den konferens rörande "Harmonisierung des Urheberrechts in Europa" som Gesellschaft für Rechtsvergleichung anordnade 1977. Vid konferensen diskuterades, fränsett de allmänna förutsättningarna för att uppnå en harmonisering av upphovsrättslagstiftningen, önskvärdheten av och möjligheterna att skapa till innehållet lika regler rörande upphovsrättsskyddets längd, konsumtion och spridningsrättigheter samt tillgängligheten av fotokopiering. Inledningsanförandena samt ett referat av diskussionen återges i GRUR Int 1978 s 101 ff, 126 ff.

436. Community Action in the Cultural Sector, Bull E C, Supplement 6/77.

437. A a s 5.

438. A a s 12 ff.

uppdrag att utarbeta en rättsjämförande studie över upphovsrättslagstiftningen i EG-staterna.⁴³⁹ En motsvarande studie över reglerna om sk närstående rättigheter har utarbetats av den belgiske professorn Frank Gotzen.⁴⁴⁰ 1980 arrangerade kommissionen två hearings, en avseende lämpligheten att införa likalydande regler om droit de suite och en avseende harmonisering av reglerna om upphovsrättsskyddets längd och om införande av regler om domaine public payant.⁴⁴¹

Vissa upphovsrättsliga frågor behandlas även i EG-kommissionens rapport *Television Without Frontiers*.⁴⁴² I rapporten analyseras de rättsliga problem som uppkommer i samband med radio- och TV-sändningar över EG-staternas gränser. Därvid föreslås bl a att EG-länderna i sina upphovsrättslagstiftningar skall införa regler som gör det möjligt att sprida radio- och TV-program vidare från en medlemsstat till en annan utan upphovsmännens tillstånd men mot ersättning. Det bör dock observeras att sådana regler lätt kan komma i konflikt med bestämmelserna om upphovsmäns ensamrätt att låta utsända sina verk i radio och TV i art 11 Bernkonventionen.⁴⁴³

Det är ännu oklart vilka delar av det hittills utförda lagstiftningsarbetet som kan komma att leda till att något förslag till harmoniseringsdirektiv offentliggörs och, om så sker, när offentliggörandet kan komma att äga rum.

7.2 Patenträtt

Patenträtten är det immaterialrättsliga område där EG:s lagstiftningsarbete nått längst. Redan i december 1975 undertecknade EG-staterna i Luxemburg den sk marknadspatentkonventionen (*Community Patent Convention*,

439. *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1978.

440. *Das Recht der Interpreten in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Baden-Baden 1980.

En annan rättsjämförande studie som särskilt tar sikte på fonogramframställares och musikers rättigheter är Davies - von Rauscher auf Weeg, *Challenges to Copyright and Related Rights in the European Community*, Oxford 1983, vilken har tillkommit på IFPI:s initiativ. I denna framställning riktas delvis skarp kritik mot Dietz' i föregående not nämnda arbete.

441. Se härom notiser i GRUR Int 1980 s 546 resp 767 ff.

Med droit de suite avses en rätt för upphovsmannen att erhålla en andel av försäljningssumman när ett original av hans verk säljs vidare. Se om denna rätt t ex Karnell, *Droit de suite*, NIR 1977 s 315 ff.

Med domaine public payant avses regler som ger allmänheten en generell rätt att utnyttja ett verk under förutsättning att fastställt vederlag erläggs. Denna rätt omfattar en viss tidsperiod efter det att det egentliga upphovsrättsskyddet upphört. Institutet domaine public payant existerar i olika former i Frankrike och Italien.

442. Document COM (84) 300 final/2.

443. Se om dessa frågor bl a NU 1983:12 s 90 ff.

CPC).⁴⁴⁴ Konventionen har dock ännu inte trätt i kraft. För att så skall ske krävs att samtliga de stater som undertecknat konventionen ratificerar den. I Danmark har det visat sig omöjligt att erhålla erforderlig majoritet i folketinget för ett ratifikationsbeslut. En likartad situation föreligger i Irland.

Som redan omtalats har marknadspatentkonventionen inte tillkommit med stöd av någon föreskrift i Romfördraget, utan konventionen utgör en med Romfördraget sidoställd konvention. På grund av sitt innehåll måste dock marknadspatentkonventionen ändå betraktas som en del av EG-rätten.

Som framgått förutsätts i marknadspatentkonventionen att den tillträds av samtliga EG-stater. Detta gäller även eventuella tillkommande medlemmar, art 95 (3). Dessutom kan EG-staterna låta sådana stater tillträda marknadspatentkonventionen som både har tillträtt den europeiska patentkonventionen (European Patent Convention, EPC) och bildar en tullunion eller ett frihandelsområde med EG. Sverige har således i princip möjlighet att tillträda konventionen. Detta är dock för närvarande inte aktuellt.⁴⁴⁵

Marknadspatentkonventionen har ett starkt samband med den europeiska patentkonventionen som trädde i kraft 1978 och som tillträtts av bl a Sverige samt samtliga EG-stater utom Danmark och Irland. Genom sistnämnda konvention inrättades ett europeiskt patentverk i München med uppgift att pröva patentansökningar enligt konventionen (europeiska patentansökningar) och att bevilja s k europeiska patent. Den europeiska patentkonventionen reglerar fullständigt förutsättningarna för att europeiska patent skall kunna beviljas. Sådana patent skall i konventionsstaterna i princip ha samma rättsverkan som nationella patent. Den europeiska patentkonventionen innehåller dock även i detta hänseende vissa tvingande bestämmelser.

I den europeiska patentkonventionen anges vidare att, under vissa förutsättningar, en grupp fördragsslutande stater kan överenskomma att europeiskt patent endast får meddelas gemensamt för denna grupp av stater, art 142. Marknadspatentkonventionen utgör en sådan överenskommelse. När denna konvention trätt i kraft får således europeiska patent som omfattar någon EG-stat endast meddelas gemensamt för alla EG-stater, s k marknadspatent. Detta hindrar givetvis inte att ett marknadspatent kan meddelas tillsammans med ett patent avseende t ex Sverige.

Marknadspatentkonventionens regler baserar sig på två huvudprinciper. De patent som meddelas enligt konventionen är för det första enhetliga, art 2 (2), och för det andra autonoma, art 2 (3). Enhetligheten består i att ett marknadspatent endast kan beviljas, överlätas, upphävas eller förfalla för samtliga EG-

444. Marknadspatentkonventionen har publicerats i (1976) O.J. L 17/1. Den återges även i SOU 1976:25 s 447 ff.

445. Prop 1977/78:1 s 148.

stater. Detta gäller mutatis mutandis även för marknadspatent som baserar sig på europeiska patentansökningar, art 2 (2).⁴⁴⁶ Att marknadspatenten är autonoma innebär att endast marknadspatentkonventionens och, för det fall ett marknadspatent baserar sig på en europeisk patentansökan, den europeiska patentkonventionens regler är tillämpliga på marknadspatenten. Därutöver är dock även Romfördragets regler tillämpliga, art 93.

Marknadspatentkonventionen innehåller således en fullständig och ingående reglering av marknadspatentsystemet. Det kan inte komma ifråga att i detta sammanhang närmare redogöra för denna reglering.⁴⁴⁷ Ett par korta påpekanden skall dock göras. Vid 1978 års revision av den svenska patentlagstiftningen beaktades i hög grad marknadspatentkonventionens regler vilket medfört att det på många punkter råder stora likheter mellan de materiella reglerna i denna konvention och den svenska patentlagen.⁴⁴⁸

I avsnitt 3.1.2 av denna framställning har konstaterats att en patentinnehavare inte med stöd av sin patenträtt kan hindra import till en EG-stat av produkter som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden i en annan EG-stat. Motsvarande gäller enligt art 32 CPC. Denna artikel är dock försedd med ett undantag för sådana situationer då "there are grounds which, under Community Law, would justify the extension to such acts of the rights conferred by the patent". Vad detta undantag närmare innebär är dock oklart.

Marknadspatentkonventionens ikraftträdande medför inte att EG-staternas nationella patentlagstiftningar upphör att gälla. Det kommer således även i fortsättningen att vara möjligt att erhålla nationella patent i EG-staterna. Där- emot skall samma uppfinning inte kunna skyddas både av ett marknadspatent och ett eller flera nationella patent. Skulle sådana konkurrerande patent erhållas skall det nationella patentet anses sakna rättsverkan, art 80. Vidare finns i art 81 en föreskrift enligt vilken rätten till ett nationellt patent är underkastad motsvarande regler om konsumtion som ett marknadspatent.

Frågor om intrång i ett marknadspatent prövas av nationell domstol, art 69. Skulle det härvid uppkomma tvekan om den rätta tolkningen av marknads- patentkonventionen har domstolen rätt, eller om det är fråga om en slutinstans, skyldighet att begära tolkningsförklaring av EG-domstolen, art 73. Ogiltig- hetstalan förs däremot normalt hos det europeiska patentverket, art 9 och 10. I samband med ett intrångsmål kan dock ogiltighetstalan under vissa förutsätt- ningar även prövas av nationell domstol, art 90.

446. Under en övergångsperiod gäller dock vissa undantag från detta, se art 86.

447. Se härom i svensk litteratur bl a SOU 1976:24 s 150 ff, Jacobsson-Tersmeden-Törnroth, a a s 679 ff, Törnroth, Marknadspatentet, 1976. Internationellt finns en synnerligen rikhaltig litte- ratur. Omfattande förteckningar häröver och över litteratur ang den europeiska patentkon- ventionen, finns i GRUR Int 1974 s 103 ff, 1976 s 251 ff och 1983 s 252 ff.

448. Prop 1977/78:1 s 160, 199 ff.

7.3 Mönsterrätt

På mönsterrättens område har endast ett mycket begränsat förberedande lagstiftningsarbete nedlagts. Detta har framför allt bestått i att kommissionen initierat och understött utarbetandet av olika rapporter vilka huvudsakligen har syftat till att kartlägga rättsläget inom de olika medlemsstaterna och behovet av EG-rättsliga regler.⁴⁴⁹ Härvid har det framkommit att de nationella mönsterlagstiftningarna uppvisar stora olikheter⁴⁵⁰ och att det finns ett behov av en mer enhetlig reglering av mönsterrätten. Någon enighet om vilket innehåll eller vilken form de nya reglerna skall ha har dock inte uppnåtts.⁴⁵¹ Någon EG-rättslig lagstiftningen på mönsterområdet är därför inte att vänta inom överskådlig framtid.

7.4 Varumärkesrätt

På varumärkesrättens område bedrivs inom EG sedan ett flertal år tillbaka ett relativt omfattande lagstiftningsarbete. Målsättningen är dels att tillskapa en autonom EG-rättslig varumärkeslagstiftning som skall göra det möjligt att genom registrering hos den europeiska varumärkesbyrån erhålla skydd för ett varumärke i samtliga EG-stater, s k marknadsvarumärken, dels att åstadkomma en harmonisering av EG-staternas nationella varumärkeslagstiftningar. Det är således inte meningen att den EG-rättsliga varumärkeslagstiftningen skall ersätta den nationella, utan dessa båda regelsystem skall existera parallellt. Den autonoma varumärkeslagstiftningen är avsedd att få formen av en förordning medan harmoniseringen kommer att ske genom utfärdande av direktiv. EG-parlamentet behandlade under hösten 1983 förslag från kommissionen både avseende en varumärkesförordning och ett harmoniseringsdirektiv.⁴⁵² Härvid gjordes ett antal ändringar och tillägg av vilka somliga har stor

449. Se Roscioni, Rapport au Comité de Coordination sur les Problèmes du Droit des Dessins et Modèles, 1962 (interndokument 2143/IV/62-F) och Duchemin, Protection of the Works of Artist-Craftsmen, 1976 (dokument XII/905/76 — E). I verket Les Perspectives d'un Droit Communautaire en Matière de Dessins et Modèles Industriels, 1978, redovisas rapporter och diskussionsinlägg från en konferens i Grenoble 12—13 december 1977 med samma titel.

450. Se härom även Design Protection, ed Cohen Jehoram, 1976.

451. Se bl a Lahore, Harmonization of Design Laws in the European Communities: The Copyright Dilemma, (1983) C.M.L. Rev. 233 ff.

452. Förslagen återges bl a i IIC 1981 s 336 ff och GRUR Int 1981 s 30 ff, 86 ff.

betydelse.⁴⁵³ Såvitt gäller varumärkesförordningen har kommissionen därefter utarbetat ett nytt förslag under beaktande av parlamentets ändringar och tillägg.⁴⁵⁴ Något motsvarande förslag till harmoniseringsdirektiv föreligger däremot inte ännu.

Eftersom det inte finns någon lättillgänglig framställning vari förslagen till förordning respektive direktiv presenteras i sina nuvarande lydelse skall i det följande en kortfattad redogörelse härför lämnas.⁴⁵⁵

7.4.1 Förslaget till marknadsvarumärkesförordning

Förslaget till varumärkesförordning bygger, liksom marknadspatentkonventionen, på principen att de erhållna rättigheterna skall vara enhetliga och autonoma. Rätten till ett marknadsvarumärke skall således exklusivt regleras av den föreslagna varumärkesförordningen, art 12 och 82. Undantag härifrån gäller dock för sanktionsreglerna och reglerna om processen i intrångsmål. Enhetligheten innebär att ett marknadsvarumärke skall ha samma effekt inom hela EG. Det kan således inte registreras, överlåtas, hävas eller ogiltigförklaras annat än för hela detta område, art 1 (2). Undantag från enhetlighetsprincipen gäller dock på så sätt att användning av ett marknadsvarumärke kan vara förbjuden i ett visst begränsat geografisk område inom vilket ett äldre förväxlingsbart varumärke är skyddat, art 45.-

Frånsett ord och figurer används i modern marknadsföring ett stort antal andra typer av objekt som varumärken, t ex varu- och förpackningsutstyrselar, färgkombinationer, ljudsignaler, butikslayouter o s v. I förslaget till marknadsvarumärkesförordning har man tagit konsekvensen härav. Alla objekt, oavsett typ, som kan fungera som varumärken, d v s som kan särskilja ett visst företags varor och tjänster från andra företags, kan därmed erhålla skydd, art 3.

Ifråga om vilka rättssubjekt som kan erhålla skydd intas också en liberal hållning. Självfallet kan alla rättssubjekt som tillhör någon EG-stat eller nå-

453. Se (1983) O.J. C 307/44.

454. Amended Proposal for a Council Regulation on the Community Trade Mark, Document COM (84) 470 final.

455. Se om utvecklingen och 1981 års båda förslag i deras lydelse före EG-parlamentets ändringar bl a Armitage, *The CTM: Comments on the Latest Drafts of the Proposed EEC Regulation and Directive*, 1981 EIPR s 72 ff, Beier, *Entwicklung und Grundzüge des europäischen Markenrechts*, NIR 1982 s 13 ff, Schwartz, *Das Markenrecht in der Europäischen Gemeinschaft — Eine Zwischenbilanz*, GRUR Int 1981 s 1 ff.

gon stat som tillträtt Pariskonventionen ansöka om skydd. Denna möjlighet står vidare öppen för rättssubjekt som utan att tillhöra någon stat som tillträtt Pariskonventionen antingen (1) driver industri eller handel från något driftställe inom EG eller (2) tillhör någon stat som ger rättssubjekt som tillhör EG samma möjlighet till varumärkesskydd som sina egna rättssubjekt, art 4. Svenska rättssubjekt kan således ansöka om registrering av sina varumärken enligt marknadsvarumärkesförordningen.

Enligt den föreslagna förordningen kan skydd endast uppkomma genom registrering, art 5. Ett enbart använt märke skyddas således inte oavsett hur känt det har blivit.

Lämpligheten av denna regel kan enligt min mening ifrågasättas. Den harmonierar också mindre väl med ett uttalande i preambeln där det anges att det inte finns någon anledning att skydda varumärken som inte används.

I förslaget görs en skillnad mellan absoluta och relativa registreringshinder. Absoluta registreringshinder uppställs bl a för märken som saknar erforderlig särskiljningsförmåga eller som är funktionella, vilseledande eller stridande mot allmän ordning eller allmänna moralprinciper, art 6. Förekomsten av äldre förväxlingsbara kännetecken eller vissa andra immaterialrättigheter utgör däremot endast relativa registreringshinder. Detta betyder att registrering beviljas om inte innehavaren av den äldre rättigheten invänder mot registreringsansökan, art 7 (4). Till skillnad från vad som gäller enligt nordisk varumärkesrätt ankommer det således på innehavarna av äldre rättigheter att själva beakta att inte några förväxlingsbara varumärken registreras.

Vid den föreslagna förordningens behandling i EG-parlamentet utvidgades kraftigt den grupp av rättighetsinnehavare som kan göra invändning mot en registreringsansökan. Enligt förslagets nuvarande lydelse kan invändning göras av alla innehavare av äldre förväxlingsbara marknadsvarumärken eller nationella varumärken eller firmor. Invändningsmöjligheten står också öppen för bl a innehavare av vissa namn-, upphovs- och mönsterrätter, art 7, 34 och 35.

Enligt kommissionens förslag från 1980 kunde invändning bara göras av innehavare av vissa uppräknade grupper av varumärken nämligen marknadsvarumärken, nationellt registrerade varumärken, varumärken som registrerats med stöd av en internationell överenskommelse som tillträtts av någon EG-stat samt varumärken som i någon EG-stat var "well known" i den mening som avses i art 6 bis ParisK. Däremot hade t ex inte innehavare av sådana nationella varumärken vars skydd enbart baserade sig på användning men som inte var så kända att de kunde anses som "well known" möjlighet att göra invändning. Sådan möjlighet saknade också innehavare av äldre skyddade firmor. Lämpligheten av en så stark begränsning av invändarkretsen blev föremål för relativt omfattande, och enligt min mening berättigad, kritik. EG-parlamentets ändringar bör därför i princip hälsas med tillfredsställelse. Tyvärr har emellertid

art 7 fått en mycket komplicerad lydelse vilket gör den svårtolkad. Detta gäller bl a frågan om en upphovsrättsinnehavare alltid kan hindra registrering av ett varumärke som innehåller ett skyddat verk eller om det även krävs att varuslagslikhet skall bestå mellan exemplar av verket och de varor varumärket avser. Bl a eftersom en upphovsrätt aldrig är begränsad till att avse vissa varuslag kan rimligen någon sådan likhet inte krävas.

Även reglerna om varumärkesrättens omfattning blev föremål för en relativt omfattande revision vid parlamentsbehandlingen. Förenklat innebär de nu föreslagna reglerna, som tyvärr också de har fått en mycket komplicerad utformning, att innehavaren av ett marknadsvarumärke kan förbjuda tredje man från att använda identiska eller så likartade varumärken för varor av samma eller liknande slag som de varor och tjänster marknadsvarumärket är registrerat för att användningen ger upphov till risk för förväxlingar ("likelihood of confusion"), art 8. Undantag från kravet på varuslagslikhet föreligger dock för märken med "wide repute", art 8 (1) (d).

Enligt kommissionens ursprungliga förslag var skyddsomfånget snävare. Innehavaren av ett marknadsvarumärke kunde enligt detta endast hindra tredje man från att använda ett varumärke som var så likt hans eget att användningen gav upphov till allvarlig risk för förväxling ("serious likelihood of confusion"). Motivet till denna snäva begränsning av varumärkesskyddet var att begränsa antalet varumärkesintrång och därmed också antalet situationer då en varumärkesinnehavare har möjlighet att förhindra import av varor som är försedda med ett förväxlingsbart varumärke. Regeln torde emellertid även ha givit uttryck för kommissionens tolkning av EG-domstolens uttalande i Terrapin/Terranova-fallet.⁴⁵⁶ I litteraturen blev den av kommissionen föreslagna regeln föremål för en hel del kritik⁴⁵⁷ vilken således nu beaktats. Av kommissionens egna kommentarer till sitt nya förslag framgår dock att kommissionen trots de föreslagna ändringarna står fast vid sin tidigare åsikt att det är viktigt att varumärkesskyddet inte är alltför omfattande.⁴⁵⁸

Ensamrätten till ett marknadsvarumärke omfattar bl a rätten att anbringa varumärket på produkter och förpackningar, att föra ut produkter på marknaden under varumärket eller att bjuda ut tjänster under detta samt att använda varumärket på affärshandlingar, art 8 (2).

Reglerna om konsumtion har utformats i enlighet med den praxis som utbil-

456. Mål 119/75, (1976) E.C.R. 1039 (= (1976) 2 C.M.L.R. 482), Terrapin v. Terranova Industries. Se härom ovan s 64 f.

457. Se bl a Beier, a a s 29 f, Vierheilig, „Ernsthafte“ Verwechslungsgefahr? Überlegungen zu europäischen Reformstrebungen im Markenrecht, GRUR Int 1982 s 506 ff.

458. Amended Proposal for a Council Regulation on the Community Trade Mark, document COM (84) 470 final s V. Se även preambeln punkt 8.

dats av EG-domstolen. Innehavaren av ett marknadsvarumärke kan således inte hindra att varor som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden inom EG därefter säljs vidare inom samma område under varumärket ifråga. Däremot kan innehavaren av ett marknadsvarumärke hindra import till EG av varor som han själv eller någon som haft hans tillstånd fört ut på marknaden utanför EG. Innehavaren av ett marknadsvarumärke har således i detta hänseende en mer skyddad ställning än en innehavare av en nationell varumärkesrätt vanligen har,⁴⁵⁹ eftersom den förstnämnde med stöd av sin varumärkesrätt helt kan separera EG-marknaden från andra marknader.

Från varumärkesrättslig synpunkt finns det inte någon anledning att ge innehavaren av ett marknadsvarumärke möjlighet att hindra import till EG av produkter som innehavaren själv fört ut på marknaden utanför EG. Däremot kan en sådan regel ge upphov till betydande konkurrensbegränsande effekter. Utvecklingen i de allra flesta länder har därför entydigt gått mot att i allt högre grad tillåta parallellimport och liknande.⁴⁶⁰ Den av EG-kommissionen föreslagna regeln torde därför få ses som en strävan att ge näringsidkare inom EG möjlighet att konkurrera på lågprismarknader i t ex Fjärran Östern utan att behöva riskera att de varor som där säljs till låga priser sedermera reexporteras till EG.

Kommissionens ursprungliga förslag till förordning innehöll vidare en regel som begränsade en varumärkesinnehavares möjlighet att förbjuda användningen av ett marknadsvarumärke om innehavarens varor utan tillstånd packeterats om av tredje man. Dessa regler borttogs emellertid vid parlamentsbehandlingen. Detta innebär att de regler som följer av Romfördragets bestämmelser och som redovisats i avsnitt 3.1.4.1 blir tillämpliga även på marknadsvarumärken.

Rätten till ett marknadsvarumärke kan överlåtas fritt. Överlåtelsen måste vara skriftlig. Den kan vara begränsad till att endast avse vissa av de varor och tjänster som märket är registrerat för, art 17. Däremot kan, som redan omtalats, en överlåtelse inte begränsas till ett visst geografiskt område inom EG, art 1 (2). Om en rörelse överläts innefattas eventuella till rörelsen hörande marknadsvarumärken in dubio häri.

Ett marknadsvarumärke kan också licensieras, art 21. Liksom en överlåtelse kan en licens vara begränsad till att endast avse vissa av de varor och tjänster som märket är skyddat för. En licens kan emellertid också begränsas till att endast avse ett visst geografiskt område inom EG. Till skillnad från vad som gäller enligt de nordiska varumärkeslagarna föreskrivs i förslaget att licensgi-

459. Se ovan s 59 ff.

460. Se härom t ex Ladas, a a s 1328 ff.

varen måste vidta adekvata åtgärder för att försäkra sig om att de varor och tjänster som licenstagaren marknadsför under varumärket överensstämmer med licenstagarens instruktioner, art 21 (3).

Registrering av ett marknadsvarumärke gäller i tio år från inlämnandet av registreringsansökan och kan förnyas för ett obestämt antal tioårsperioder, art 14.

Frånsett att tiden för en varumärkesregistrering löper ut utan att registreringen förnyas kan varumärkesskyddet upphöra genom övergivande, art 38, hävning, art 39 och 40, samt ogiltigförklaring, art 41—45. Reglerna om varumärkesskyddets upphörande uppvisar således betydligt fler varianter än enligt de nordiska varumärkeslagarna, låt vara att skillnaderna i praktiken inte är så stora. Med övergivande avses att varumärkesinnehavaren genom ett meddelande till varumärkesbyrån tillkännager att han inte längre önskar att hans varumärkesregistrering skall kvarstå. Möjligheten att häva en registrering är begränsad till sådana situationer då det efter registreringens beviljande inträffat något som medför att varumärket inte längre anses skyddsvärt medan en registrering kan ogiltigförklaras om den strider mot någon tredje man tillkommande äldre rätt. Hävning kan enligt förslaget ske om marknadsvarumärket inte använts under en femårsperiod, om märket har degenererat och detta beror på att varumärkesinnehavaren vidtagit eller underlåtit att vidta vissa åtgärder samt om märket har använts för varor eller tjänster för vilka det kan vilseleda allmänheten. Ogiltigförklaring är möjlig om ett marknadsvarumärke registrerats i strid mot något absolut registreringshinder i art 6 samt om det finns någon närmare angiven äldre rättighet som utgjort ett relativt registreringshinder och innehavaren av denna rättighet för talan om att marknadsvarumärket skall ogiltigförklaras.

Att ett varumärke förlorat sin särskiljningsförmåga, degenererat, utgör således endast hinder mot fortsatt registrering om förlusten kan hänföras till sådana åtgärder som beror på varumärkesinnehavaren. Detta är något förvånande eftersom inga degenererade varumärken, oavsett vad som är orsaken till degenerationen, kan fylla varumärkets funktion att särskilja sin innehavares varor från andra näringsidkares varor. Likaså är de konkurrensbegränsande verkningarna av att en näringsidkare kan göra gällande en ensamrätt till ett degenererat varumärke i princip oberoende av degenerationsorsaken.

Talan om intrång i rätten till ett marknadsvarumärke skall, liksom talan om intrång i ett marknadspatent, föras hos nationell domstol, art 74. Detsamma gäller talan om hävning och ogiltigförklaring som förs i samband med en intrångsprocess, art 78. Om hävning- eller ogiltighetstalan förs självständigt skall däremot talan föras hos den europeiska varumärkesbyrån, art 46.

I likhet med vad som gäller enligt marknadspatentkonventionen är det enligt förslaget till marknadsvarumärkesförordning inte möjligt för en näringsidkare att åberopa skydd för samma eller förväxlingsbara varumärken både enligt

förordningen och enligt nationell rätt. Om samma näringsidkare är innehavare av två sådana märken och innehaven ger upphov till identiska befogenheter skall ensamrätten till det nationella varumärket vara suspenderad så länge rätten till marknadsvarumärket består, art 81.

7.4.2 Förslaget till harmoniseringsdirektiv

Förslaget till harmoniseringsdirektiv avser inte att åstadkomma någon fullständig likhet mellan EG-staternas varumärkeslagstiftningar. Istället är förslaget begränsat till sådana regler som enligt kommissionen och parlamentet mer direkt påverkar det fria flödet av varor och tjänster inom EG. I första hand tar direktivet sikte på reglerna om varumärkesskyddets uppkomst, omfattning och upphörande. Generellt gäller att harmoniseringsdirektivet uppvisar stora likheter med reglerna i marknadsvarumärkesförordningen. Som redan omtalats har dock kommissionen ännu inte hunnit utarbeta något reviderat förslag till harmoniseringsdirektiv efter parlamentsbehandlingen. Ett sådant förslag är emellertid att förvänta.

Såvitt gäller skyddets uppkomst är det två frågor som behandlas, nämligen kravet på särskiljningsförmåga och registreringshindren för bl a äldre rättigheter, art 2 resp 8. Båda dessa artiklar uppvisar stora likheter med den utformning som motsvarande bestämmelser i förslaget till marknadsvarumärkesförordning hade efter parlamentsbehandlingen.⁴⁶¹ Det bör noteras att det av art 2 framgår att det är förutsett att bedömningen av om ett visst varumärke har erforderlig särskiljningsförmåga kan utfalla olika i skilda EG-stater.

Reglerna om varumärkesrättens omfattning, inklusive förväxlingsbedömningen, art 3—6, är till stora delar ordagrant lika med den tidigare lydelsen av motsvarande regler i marknadsvarumärkesförordningen, art 8—11. Såvitt gäller förväxlingsbedömningen framgår vidare av harmoniseringsdirektivets preambel att man från EG:s sida anser att denna bedömning i flera EG-stater är alltför sträng. Bl a anförs att domstolarna bör frånga den hittills i de flesta länder tillämpade regeln att vid förväxlingsbedömningen jämföra minnesbilden av det ena märket med det andra. Istället förordas att förväxlingsbedömningen skall grundas på en samtidig jämförelse av de ifrågavarande märkena. Enligt min mening kan det knappast råda någon tvekan om att detta kommer

461. Se härom ovan s 171 f.

att leda till uppkomsten av en diskrepans mellan den rättsliga förväxlingsbedömningen och allmänhetens uppfattning.⁴⁶²

Som bekant råder i vissa EG-stater stor trängsel i varumärkesregistren. I direktivet återfinns därför några regler som syftar till att göra det lättare att erhålla skydd för nya varumärken. Här märks för det första regeln att ett varumärke skall användas seriöst för de varor eller tjänster för vilka det är registrerat, såvida inte innehavaren har någon legitim orsak att underlåta att använda märket, art 11. Påföljden av underlåten användning är ogiltigförklaring, se närmare art 14. Nyss nämnda grundregel kompletteras av vissa speciella föreskrifter enligt vilka användning är en förutsättning för att en invändning eller ansökan om ogiltigförklaring skall beaktas, art 10 och 12. För det andra åligger det den myndighet som har att avgöra en tvist i ett invändningsförfarande eller i samband med en ansökan om ogiltigförklaring att föreslå en uppgörelse med sådant innehåll att de ifrågavarande bägge märkena kan användas parallellt. En förutsättning härför är dock att det är möjligt att lösa tvisten i godo och att uppgörelsen kan ges ett sådant innehåll att varumärkesanvändningen inte kan medföra någon allvarlig risk för förväxlingar, art 9.⁴⁶³

Såvitt gäller varumärkesrättens upphörande används i förslaget till harmoniseringsdirektiv endast begreppet ogiltighet. Regler härom finns i ett flertal artiklar, art 2, 8, 14 och 15. De ogiltighetsgrunder som anges i direktivet uppvisar stora likheter med de grunder för hävning och ogiltigförklaring som anges i parlamentets förslaget till marknadsvarumärkesförordning.⁴⁶⁴

462. Se härom Pehrson, a a s 210 ff, 246 ff.

463. I denna artikel kvarstår således uttrycket "serious likelihood of confusion" medan man i förväxlingsreglerna använder uttrycket "likelihood of confusion". Huruvida detta beror på ett förbiseende eller inte är oklart.

464. Se ovan s 174.

Bilagor

1. Utdrag ur Romfördraget

ARTIKEL 1

Genom detta fördrag upprätta de Höga fördragsslutande parterna mellan sig en Europeisk ekonomisk gemenskap.

ARTIKEL 2

Gemenskapen skall ha till uppgift att genom upprättande av en gemensam marknad och genom ett gradvis närmande av medlemsstaternas ekonomiska politik främja en harmonisk utveckling av den ekonomiska verksamheten inom gemenskapen som helhet, en fortgående och balanserad expansion, en ökad stabilitet, en allt snabbare höjning av levnadsstandarden samt närmare förbindelser mellan de stater som den förenar.

ARTIKEL 3

För att uppnå i föregående artikel angivna mål skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som förutses i detta fördrag innefatta:

- a) avveckling av tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna vid in- och utförsel av varor ävensom alla övriga åtgärder med motsvarande verkan,
- b) införandet av en gemensam tulltariff och en gemensam handelspolitik gentemot tredje land,
- c) avskaffandet mellan medlemsstaterna av hindren för den fria rörligheten för personer, tjänster och kapital,
- d) införandet av en gemensam politik på jordbrukets område,
- e) införandet av en gemensam politik på transporternas område,

- f) upprättandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden icke förvanskas,
- g) användandet av metoder som möjliggöra en samordning av medlemsstaternas ekonomiska politik och som motverka bristande jämvikt i deras betalningsbalanser,
- h) harmonisering av ländernas nationella lagstiftning i den utsträckning den gemensamma marknadens funktion så erfordrar,
- i) tillskapandet av en europeisk socialfond i syfte att förbättra arbetstagarnas sysselsättningsmöjligheter och att bidra till en höjning av deras levnadsstandard,
- j) upprättandet av en europeisk investeringsbank avsedd att underlätta gemenskapens ekonomiska expansion genom att skapa nya resurser,
- k) associering av utomeuropeiska länder och områden i syfte att öka handeln och att gemensamt främja den ekonomiska och sociala utvecklingen.

ARTIKEL 30

Kvantitativa importrestriktioner ävensom åtgärder med motsvarande verkan äro förbjudna mellan medlemsstaterna såvida icke annat nedan stadgas.

ARTIKEL 36

Bestämmelserna i artiklarna 30—34 skola icke utgöra hinder för sådana förbud eller restriktioner avseende import, export eller transitering, som motive-
ras av hänsyn till allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors och djurs hälsa och liv eller växters bevarande, skydd av nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller skydd av industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner få dock icke utgöra vare sig ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning i handeln mellan medlemsstaterna.

ARTIKEL 85

1. Överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden, vilka äro ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna och vilka ha till syfte eller följd att konkurrensen inom den gemensamma marknaden förhindras, inskränkes eller förvanskas, äro oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna, särskilt de som innebära:

- a) direkt eller indirekt fastställande av inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor,

b) begränsning eller kontroll av produktion, avsättning, teknisk utveckling eller investeringar,

c) uppdelning av marknader eller försörjningskällor,

d) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,

e) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk ha något samband med föremålet för avtalet.

2. Enligt denna artikel förbjudna överenskommelser eller beslut skola sakna rättsverkan.

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

— varje överenskommelse eller slag av överenskommelser mellan företag,

— varje beslut eller slag av beslut av företagssammanslutningar och

— varje samordnat förfarande eller slag av samordnade förfaranden

vilka bidra till att förbättra produktionen eller distribution av produkter eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som förbrukarna tillförsäkras en skälig andel av den därigenom uppkommande vinsten, och vilka icke

a) ålägga berörda företag restriktioner som icke äro oundgängliga för uppnåendet av dessa syften,

b) giva dessa företag möjlighet att för en väsentlig del av ifrågavarande produkter eliminera konkurrensen.

ARTIKEL 86

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den utsträckning det är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Missbruk kan särskilt bestå i:

a) direkt eller indirekt påtvingande av oskäligen låga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen låga affärsvillkor,

b) begränsning av produktion, avsättning eller teknisk utveckling till förfång för konsumenterna,

c) tillämpning av olika villkor för likvärdiga prestationer gentemot handelspartner, varigenom dessa tillskyndas nackdel i konkurrensen,

d) uppställande såsom villkor för avtal, att avtalspartner godkänner tilläggsprestationer, vilka varken till sin natur eller enligt handelsbruk ha något samband med föremålet för avtalet.

ARTIKEL 90

1. Medlemsstaterna skola med avseende på offentliga företag och företag vilka de bevilja särskilda eller exklusiva rättigheter icke påbjuda och icke heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet bestämmelserna i artiklarna 7 samt 85—94.

2. Företag som anförtrotts tilhandahållandet av tjänster av allmännyttig natur eller ha karaktären av fiskala monopol skola vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler icke de jure eller de facto hindra fullgörandet av de särskilda uppgifter som tillagts dem. Utvecklingen av handelsutbytet får icke påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

3. Kommissionen skall övervaka att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och skall i mån av behov rikta lämpliga direktiv eller beslut till medlemsstaterna.

ARTIKEL 100

Rådet skall enhälligt på förslag av kommissionen utfärda direktiv för harmonisering av bestämmelser i medlemsstaternas lagar, förordningar och administrativa föreskrifter som direkt inverka på den gemensamma marknadens upprättande eller funktion.

Församlingen samt den ekonomiska och sociala kommittén skola höras beträffande direktiv vilkas genomförande skulle medföra en ändring av lagbestämmelser i en eller flera medlemsstater.

ARTIKEL 177

Domstolen skall vara behörig att i form av förhandsbeslut med bindande verkan avgöra frågor rörande:

- a) tolkningen av detta fördrag,
- b) giltigheten och tolkningen av åtgärder av gemenskapens institutioner,
- c) tolkningen av stadgar för organ upprättade av rådet, då stadgarna förutsetta detta.

Då en sådan fråga väckes vid domstol i en av medlemsstaterna, må denna domstol, om den anser att ett beslut i frågan är erforderligt för att döma i saken, underställa domstolen frågan för avgörande.

Då en sådan fråga väckes i ett mål anhängigt vid en nationell domstol, mot vars beslut talan icke må föras enligt den interna rätten, skall den nationella domstolen vara skyldig att framlägga saken för domstolen.

ARTIKEL 235

Om en åtgärd från gemenskapens sida framstår som erforderlig för att inom den gemensamma marknadens ram förverkliga något av gemenskapens mål och detta fördrag icke förutsett härför erforderliga handlingsbefogenheter, skall rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter hörande av församlingen utfärda lämpliga bestämmelser.

2. Förordning 17

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Article 87 thereof;

Having regard to the proposal from the Commission;

Having regard to the Opinion of the Economic and Social Committee;

Having regard to the Opinion of the European Parliament;

Whereas, in order to establish a system ensuring that competition shall not be distorted in the common market, it is necessary to provide for balanced application of Articles 85 and 86 in a uniform manner in the Member States;

Whereas in establishing the rules for applying Article 85 (3) account must be taken of the need to ensure effective supervision and to simplify administration to the greatest possible extent;

Whereas it is accordingly necessary to make it obligatory, as a general principle, for undertakings which seek application of Article 85 (3) to notify to the Commission their agreements, decisions and concerted practices;

Whereas, on the one hand, such agreements, decisions and concerted practices are probably very numerous and cannot therefore all be examined at the same time and, on the other hand, some of them have special features which may make them less prejudicial to the development of the common market;

Whereas there is consequently a need to make more flexible arrangements for the time being in respect of certain categories of agreement, decision and concerted practice without prejudging their validity under Article 85;

Whereas it may be in the interest of undertakings to know whether any agreements, decisions or practices

to which they are party, or propose to become party, may lead to action on the part of the Commission pursuant to Article 85 (1) or Article 86;

Whereas, in order to secure uniform application of Articles 85 and 86 in the common market, rules must be made under which the Commission, acting in close and constant liaison with the competent authorities of the Member States, may take the requisite measures for applying those Articles;

Whereas for this purpose the Commission must have the co-operation of the competent authorities of the Member States and be empowered, throughout the common market, to require such information to be supplied and to undertake such investigations as are necessary to bring to light any agreement, decision or concerted practice prohibited by Article 85 (1) or any abuse of a dominant position prohibited by Article 86;

Whereas, in order to carry out its duty of ensuring that the provisions of the Treaty are applied, the Commission must be empowered to address to undertakings or associations of undertakings recommendations and decisions for the purpose of bringing to an end infringements of Articles 85 and 86;

Whereas compliance with Articles 85 and 86 and the fulfilment of obligations imposed on undertakings and associations of undertakings under this Regulation must be enforceable by means of fines and periodic penalty payments;

Whereas undertakings concerned must be accorded the right to be heard by the Commission, third parties whose interests may be affected by a decision must be given the opportunity of submitting their comments beforehand, and it must be ensured that wide publicity is given to decisions taken;

Whereas all decisions taken by the Commission under this Regulation are subject to review by the Court of Justice under the conditions specified in the Treaty; whereas it is moreover desirable to confer upon the Court of Justice, pursuant to Article 172, unlimited jurisdiction in respect of decisions under

which the Commission imposes fines or periodic penalty payments;

Whereas this Regulation may enter into force without prejudice to any other provisions that may hereafter be adopted pursuant to Article 87;

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1

Basic provision

Without prejudice to Articles 6, 7 and 23 of this Regulation, agreements, decisions and concerted practices of the kind described in Article 85 (1) of the Treaty and the abuse of a dominant position in the market, within the meaning of Article 86 of the Treaty, shall be prohibited, no prior decision to that effect being required.

Article 2

Negative clearance

Upon application by the undertakings or associations of undertakings concerned, the Commission may certify that, on the basis of the facts in its possession, there are no grounds under Article 85 (1) or Article 86 of the Treaty for action on its part in respect of an agreement, decision or practice.

Article 3

Termination of infringements

1. Where the Commission, upon application or upon its own initiative, finds that there is infringement of Article 85 or Article 86 of the Treaty, it may by decision require the undertakings or associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end.

2. Those entitled to make application are:

- (a) Member States;
- (b) natural or legal persons who claim a legitimate interest.

3. Without prejudice to the other provisions of this Regulation, the Commission may, before taking a decision under paragraph 1, address to the undertakings or associations of undertakings concerned recommendations for termination of the infringement.

Article 4

Notification of new agreements, decisions and practices

1. Agreements, decisions and concerted practices of the kind described in Article 85 (1) of the Treaty which come into existence after the entry into force of this Regulation and in respect of which the parties seek application of Article 85 (3) must be notified to the Commission. Until they have been notified, no decision in application of Article 85 (3) may be taken.

2. Paragraph 1 shall not apply to agreements, decisions or concerted practices where:

- (1) the only parties thereto are undertakings from one Member State and the agreements, decisions or practices do not relate either to imports or to exports between Member States;
- (2) not more than two undertakings are party thereto, and the agreements only:
 - (a) restrict the freedom of one party to the contract in determining the prices or conditions of business upon which the goods which he has obtained from the other party to the contract may be resold; or
 - (b) impose restrictions on the exercise of the rights of the assignee or user of industrial property rights—in particular patents, utility models, designs or trade marks—of the person entitled under a contract to the assignment, or grant, of the right to use a method of manufacture or knowledge relating to the use and to the application of industrial processes;
- (3) they have as their sole object:
 - (a) the development or uniform application of standards or types; or
 - (b) joint research for improvement of techniques, provided the results are accessible to all parties thereto and may be used by each of them.

These agreements, decisions and practices may be notified to the Commission.

Article 5

Notification of existing agreements, decisions and practices

1. Agreements, decisions and concerted practices of the kind described in Article 85 (1) of the Treaty which are in existence at the date of entry into force of this Regulation and in respect of which the parties

seek application of Article 85 (3) shall be notified to the Commission before 1 August 1962.

2. Paragraph 1 shall not apply to agreements, decisions or concerted practices falling within Article 4 (2); these may be notified to the Commission.

Article 6

Decisions pursuant to Article 85 (3)

1. Whenever the Commission takes a decision pursuant to Article 85 (3) of the Treaty, it shall specify therein the date from which the decision shall take effect. Such date shall not be earlier than the date of notification.

2. The second sentence of paragraph 1 shall not apply to agreements, decisions or concerted practices falling within Article 4 (2) and Article 5 (2), nor to those falling within Article 5 (1) which have been notified within the time limit specified in Article 5 (1).

Article 7

Special provisions for existing agreements, decisions and practices

1. Where agreements, decisions and concerted practices in existence at the date of entry into force of this Regulation and notified before 1 August 1962 do not satisfy the requirements of Article 85 (3) of the Treaty and the undertakings or associations of undertakings concerned cease to give effect to them or modify them in such manner that they no longer fall within the prohibition contained in Article 85 (1) or that they satisfy the requirements of Article 85 (3), the prohibition contained in Article 85 (1) shall apply only for a period fixed by the Commission. A decision by the Commission pursuant to the foregoing sentence shall not apply as against undertakings and associations of undertakings which did not expressly consent to the notification.

2. Paragraph 1 shall apply to agreements, decisions and concerted practices falling within Article 4 (2) which are in existence at the date of entry into force of this Regulation if they are notified before 1 January 1964.

Article 8

Duration and revocation of decisions under Article 85 (3)

1. A decision in application of Article 85 (3) of the Treaty shall be issued for a specified period and conditions and obligations may be attached thereto.

2. A decision may on application be renewed if the requirements of Article 85 (3) of the Treaty continue to be satisfied.

3. The Commission may revoke or amend its decision or prohibit specified acts by the parties:

- (a) where there has been a change in any of the facts which were basic to the making of the decision;
- (b) where the parties commit a breach of any obligation attached to the decision;
- (c) where the decision is based on incorrect information or was induced by deceit;
- (d) where the parties abuse the exemption from the provisions of Article 85 (1) of the Treaty granted to them by the decision.

In cases to which subparagraphs (b), (c) or (d) apply, the decision may be revoked with retroactive effect.

Article 9

Powers

1. Subject to review of its decision by the Court of Justice, the Commission shall have sole power to declare Article 85 (1) inapplicable pursuant to Article 85 (3) of the Treaty.

2. The Commission shall have power to apply Article 85 (1) and Article 86 of the Treaty; this power may be exercised notwithstanding that the time limits specified in Article 5 (1) and in Article 7 (2) relating to notification have not expired.

3. As long as the Commission has not initiated any procedure under Articles 2, 3 or 6, the authorities of the Member States shall remain competent to apply Article 85 (1) and Article 86 in accordance with Article 88 of the Treaty; they shall remain competent in this respect notwithstanding that the time limits specified in Article 5 (1) and in Article 7 (2) relating to notification have not expired.

Article 10

Liaison with the authorities of the Member States

1. The Commission shall forthwith transmit to the competent authorities of the Member States a copy of the applications and notifications together with copies of the most important documents lodged with the Commission for the purpose of establishing the existence of infringements of Articles 85 or 86 of the Treaty or of obtaining negative clearance or a decision in application of Article 85 (3).

2. The Commission shall carry out the procedure set out in paragraph 1 in close and constant liaison with the competent authorities of the Member States; such authorities shall have the right to express their views upon that procedure.

3. An Advisory Committee on Restrictive Practices and Monopolies shall be consulted prior to the taking of any decision following upon a procedure under paragraph 1, and of any decision concerning the renewal, amendment or revocation of a decision pursuant to Article 85 (3) of the Treaty.

4. The Advisory Committee shall be composed of officials competent in the matter of restrictive practices and monopolies. Each Member State shall appoint an official to represent it who, if prevented from attending, may be replaced by another official.

5. The consultation shall take place at a joint meeting convened by the Commission; such meeting shall be held not earlier than fourteen days after dispatch of the notice convening it. The notice shall, in respect of each case to be examined, be accompanied by a summary of the case together with an indication of the most important documents, and a preliminary draft decision.

6. The Advisory Committee may deliver an opinion notwithstanding that some of its members or their alternates are not present. A report of the outcome of the consultative proceedings shall be annexed to the draft decision. It shall not be made public.

Article 11

Requests for information

1. In carrying out the duties assigned to it by Article 89 and by provisions adopted under Article 87 of the Treaty, the Commission may obtain all necessary information from the Governments and competent authorities of the Member States and from undertakings and associations of undertakings.

2. When sending a request for information to an undertaking or association of undertakings, the Commission shall at the same time forward a copy of the request to the competent authority of the Member State in whose territory the seat of the undertaking or association of undertakings is situated.

3. In its request the Commission shall state the legal basis and the purpose of the request and also the penalties provided for in Article 15 (1) (b) for supplying incorrect information.

4. The owners of the undertakings or their representatives and, in the case of legal persons,

companies or firms, or of associations having no legal personality, the persons authorised to represent them by law or by their constitution shall supply the information requested.

5. Where an undertaking or association of undertakings does not supply the information requested within the time limit fixed by the Commission, or supplies incomplete information, the Commission shall by decision require the information to be supplied. The decision shall specify what information is required, fix an appropriate time limit within which it is to be supplied and indicate the penalties provided for in Article 15 (1) (b) and Article 16 (1) (c) and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

6. The Commission shall at the same time forward a copy of its decision to the competent authority of the Member State in whose territory the seat of the undertaking or association of undertakings is situated.

Article 12

Inquiry into sectors of the economy

1. If in any sector of the economy the trend of trade between Member States, price movements, inflexibility of prices or other circumstances suggest that in the economic sector concerned competition is being restricted or distorted within the common market, the Commission may decide to conduct a general inquiry into that economic sector and in the course thereof may request undertakings in the sector concerned to supply the information necessary for giving effect to the principles formulated in Articles 85 and 86 of the Treaty and for carrying out the duties entrusted to the Commission.

2. The Commission may in particular request every undertaking or association of undertakings in the economic sector concerned to communicate to it all agreements, decisions and concerted practices which are exempt from notification by virtue of Article 4 (2) and Article 5 (2).

3. When making inquiries pursuant to paragraph 2, the Commission shall also request undertakings or groups of undertakings whose size suggests that they occupy a dominant position within the common market or a substantial part thereof to supply to the Commission such particulars of the structure of the undertakings and of their behaviour as are requisite to an appraisal of their position in the light of Article 86 of the Treaty.

4. Article 10 (3) to (6) and Articles 11, 13 and 14 shall apply correspondingly.

Article 13

Investigations by the authorities of the Member States

1. At the request of the Commission, the competent authorities of the Member States shall undertake the investigations which the Commission considers to be necessary under Article 14 (1), or which it has ordered by decision pursuant to Article 14 (3). The officials of the competent authorities of the Member States responsible for conducting these investigations shall exercise their powers upon production of an authorisation in writing issued by the competent authority of the Member State in whose territory the investigation is to be made. Such authorisation shall specify the subject matter and purpose of the investigation.

2. If so requested by the Commission or by the competent authority of the Member State in whose territory the investigation is to be made, the officials of the Commission may assist the officials of such authorities in carrying out their duties.

Article 14

Investigating powers of the Commission

1. In carrying out the duties assigned to it by Article 89 and by provisions adopted under Article 87 of the Treaty, the Commission may undertake all necessary investigations into undertakings and associations of undertakings. To this end the officials authorised by the Commission are empowered:

- (a) to examine the books and other business records;
- (b) to take copies of or extracts from the books and business records;
- (c) to ask for oral explanations on the spot;
- (d) to enter any premises; land and means of transport of undertakings.

2. The officials of the Commission authorised for the purpose of these investigations shall exercise their powers upon production of an authorisation in writing specifying the subject matter and purpose of the investigation and the penalties provided for in Article 15 (1) (c) in cases where production of the required books or other business records is incomplete. In good time before the investigation, the Commission shall inform the competent authority of the Member State in whose territory the same is to be made of the investigation and of the identity of the authorised officials.

3. Undertakings and associations of undertakings shall submit to investigations ordered by decision of

the Commission. The decision shall specify the subject matter and purpose of the investigation, appoint the date on which it is to begin and indicate the penalties provided for in Article 15 (1) (c) and Article 16 (1) (d) and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

4. The Commission shall take decisions referred to in paragraph 3 after consultation with the competent authority of the Member State in whose territory the investigation is to be made.

5. Officials of the competent authority of the Member State in whose territory the investigation is to be made may, at the request of such authority or of the Commission, assist the officials of the Commission in carrying out their duties.

6. Where an undertaking opposes an investigation ordered pursuant to this Article, the Member State concerned shall afford the necessary assistance to the officials authorised by the Commission to enable them to make their investigation. Member States shall, after consultation with the Commission, take the necessary measures to this end before 1 October 1962.

Article 15

Fines

1. The Commission may by decision impose on undertakings or associations of undertakings fines of from 100 to 5000 units of account where, intentionally or negligently:

- (a) they supply incorrect or misleading information in an application pursuant to Article 2 or in a notification pursuant to Articles 4 or 5; or
- (b) they supply incorrect information in response to a request made pursuant to Article 11 (3) or (5) or to Article 12, or do not supply information within the time limit fixed by a decision taken under Article 11 (5); or
- (c) they produce the required books or other business records in incomplete form during investigations under Article 13 or 14, or refuse to submit to an investigation ordered by decision issued in implementation of Article 14 (3).

2. The Commission may by decision impose on undertakings or associations of undertakings fines of from 1000 to 1 000 000 units of account, or a sum in excess thereof but not exceeding 10% of the turnover in the preceding business year of each of the

undertakings participating in the infringement where, either intentionally or negligently:

- (a) they infringe Article 85 (1) or Article 86 of the Treaty; or
- (b) they commit a breach of any obligation imposed pursuant to Article 8 (1).

In fixing the amount of the fine, regard shall be had both to the gravity and to the duration of the infringement.

3. Article 10 (3) to (6) shall apply.

4. Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of a criminal law nature.

5. The fines provided for in paragraph 2 (a) shall not be imposed in respect of acts taking place:

- (a) after notification to the Commission and before its decision in application of Article 85 (3) of the Treaty, provided they fall within the limits of the activity described in the notification;
- (b) before notification and in the course of agreements, decisions or concerted practices in existence at the date of entry into force of this Regulation, provided that notification was effected within the time limits specified in Article 5 (1) and Article 7 (2).

6. Paragraph 5 shall not have effect where the Commission has informed the undertakings concerned that after preliminary examination it is of opinion that Article 85 (1) of the Treaty applies and that application of Article 85 (3) is not justified.

Article 16

Periodic penalty payments

1. The Commission may by decision impose on undertakings or associations of undertakings periodic penalty payments of from 50 to 1000 units of account per day, calculated from the date appointed by the decision, in order to compel them:

- (a) to put an end to an infringement of Article 85 or 86 of the Treaty, in accordance with a decision taken pursuant to Article 3 of this Regulation;
- (b) to refrain from any act prohibited under Article 8 (3);
- (c) to supply complete and correct information which it has requested by decision taken pursuant to Article 11 (5);
- (d) to submit to an investigation which it has ordered by decision taken pursuant to Article 14 (3).

2. Where the undertakings or associations of undertakings have satisfied the obligation which it was the purpose of the periodic penalty payment to enforce, the Commission may fix the total amount of the periodic penalty payment at a lower figure than that which would arise under the original decision.

3. Article 10 (3) to (6) shall apply.

Article 17

Review by the Court of Justice

The Court of Justice shall have unlimited jurisdiction within the meaning of Article 172 of the Treaty to review decisions whereby the Commission has fixed a fine or periodic penalty payment; it may cancel, reduce or increase the fine or periodic penalty payment imposed.

Article 18

Unit of account

For the purposes of applying Articles 15 to 17 the unit of account shall be that adopted in drawing up the budget of the Community in accordance with Articles 207 and 209 of the Treaty.

Article 19

Hearing of the parties and of third persons

1. Before taking decisions as provided for in Articles 2, 3, 6, 7, 8, 15 and 16, the Commission shall give the undertakings or associations of undertakings concerned the opportunity of being heard on the matters to which the Commission has taken objection.

2. If the Commission or the competent authorities of the Member States consider it necessary, they may also hear other natural or legal persons. Applications to be heard on the part of such persons shall, where they show a sufficient interest, be granted.

3. Where the Commission intends to give negative clearance pursuant to Article 2 or take a decision in application of Article 85 (3) of the Treaty, it shall publish a summary of the relevant application or notification and invite all interested third parties to submit their observations within a time limit which it shall fix being not less than one month. Publication shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

Article 20

Professional secrecy

1. Information acquired as a result of the application of Articles 11, 12, 13 and 14 shall be used only for the purpose of the relevant request or investigation.

2. Without prejudice to the provisions of Articles 19 and 21, the Commission and the competent authorities of the Member States, their officials and other servants shall not disclose information acquired by them as a result of the application of this Regulation and of the kind covered by the obligation of professional secrecy.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not prevent publication of general information or surveys which do not contain information relating to particular undertakings or associations of undertakings.

Article 21

Publication of decisions

1. The Commission shall publish the decisions which it takes pursuant to Articles 2, 3, 6, 7 and 8.

2. The publication shall state the names of the parties and the main content of the decision; it shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

Article 22

Special provisions

1. The Commission shall submit to the Council proposals for making certain categories of agreement, decision and concerted practice falling within Ar-

ticle 4 (2) or Article 5 (2) compulsorily notifiable under Article 4 or 5.

2. Within one year from the date of entry into force of this Regulation, the Council shall examine, on a proposal from the Commission, what special provisions might be made for exempting from the provisions of this Regulation agreements, decisions and concerted practices falling within Article 4 (2) or Article 5 (2).

Article 23

Transitional provisions applicable to decisions of authorities of the Member States

1. Agreements, decisions and concerted practices of the kind described in Article 85 (1) of the Treaty to which, before the entry into force of this Regulation, the competent authority of a Member State has declared Article 85 (1) to be inapplicable pursuant to Article 85 (3) shall not be subject to compulsory notification under Article 5. The decision of the competent authority of the Member State shall be deemed to be a decision within the meaning of Article 6; it shall cease to be valid upon expiration of the period fixed by such authority but in any event not more than three years after the entry into force of this Regulation. Article 8 (3) shall apply.

2. Applications for renewal of decisions of the kind described in paragraph 1 shall be decided upon by the Commission in accordance with Article 8 (2).

Article 24

Implementing provisions

The Commission shall have power to adopt implementing provisions concerning the form, content and other details of applications pursuant to Articles 2 and 3 and of notifications pursuant to Articles 4 and 5, and concerning hearings pursuant to Article 19 (1) and (2).

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

3. Gruppundantagsförordningen för patentlicensavtal

COMMISSION REGULATION (EEC) No 2349/84

of 23 July 1984

on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements

THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community,

Having regard to Council Regulation No 19/65/EEC of 2 March 1965 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices ⁽¹⁾, as last amended by the Act of Accession of Greece, and in particular Article 1 thereof,

Having published a draft of this Regulation ⁽²⁾,

After consulting the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions,

Whereas:

- (1) Regulation No 19/65/EEC empowers the Commission to apply Article 85 (3) of the Treaty by Regulation to certain categories of agreements and concerted practices falling within the scope of Article 85 (1) to which only two undertakings are party and which include restrictions imposed in relation to the acquisition or use of industrial property rights, in particular patents, utility models, designs or trade marks, or to the rights arising out of contracts for assignment of, or the right to use, a method of manufacture or knowledge relating to the use or application of industrial processes.
- (2) Patent licensing agreements are agreements whereby one undertaking, the holder of a patent (the licensor), permits another undertaking (the licensee) to exploit the patented invention by one or more of the means of exploitation afforded by patent law, in particular manufacture, use or putting on the market.
- (3) In the light of experience acquired so far, it is possible to define a category of patent licensing

agreements which are capable of falling within the scope of Article 85 (1), but which can normally be regarded as satisfying the conditions laid down in Article 85 (3). To the extent that patent licensing agreements to which undertakings in only one Member State are party and which concern only one or more patents for that Member State are capable of affecting trade between Member States, it is appropriate to include them in the exempted category.

- (4) The present Regulation applies to licences issued in respect of national patents of the Member States, Community patents ⁽³⁾, or European patents ⁽⁴⁾ granted for Member States, licences in respect of utility models or 'certificats d'utilité' issued in the Member States, and licences in respect of inventions for which a patent application is made within one year. Where such patent licensing agreements contain obligations relating not only to territories within the common market but also obligations relating to non-member countries, the presence of the latter does not prevent the present Regulation from applying to the obligations relating to territories within the common market.
- (5) However, where licensing agreements for non-member countries or for territories which extend beyond the frontiers of the Community have effects within the common market which may fall within the scope of Article 85 (1), such agreements should be covered by the Regulation to the same extent as would agreements for territories within the common market.
- (6) The Regulation should also apply to agreements concerning the assignment and acquisition of the rights referred to in point 4 above where the risk associated with exploitation remains with the

⁽¹⁾ OJ No 36, 6. 3. 1965, p. 533/65.

⁽²⁾ OJ No C 58, 3. 3. 1979, p. 12.

⁽³⁾ Convention for the European patent for the common market (Community Patent Convention) of 15 December 1975 (OJ No L 17, 26. 1. 1976, p. 1).

⁽⁴⁾ Convention on the grant of European patents of 5 October 1973.

assignor, patent licensing agreements in which the licensor is not the patentee but is authorized by the patentee to grant the licence (as in the case of sub-licences) and patent licensing agreements in which the parties' rights or obligations are assumed by connected undertakings.

- (7) The Regulation does not apply to agreements concerning sales alone, which are governed by the provisions of Commission Regulation (EEC) No 1983/83 of 22 June 1983 concerning the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements ⁽¹⁾.

- (8) Since the experience so far acquired is inadequate, it is not appropriate to include within the scope of the Regulation patent pools, licensing agreements entered into in connection with joint ventures, reciprocal licensing or distribution agreements, or licensing agreements in respect of plant breeder's rights. Reciprocal agreements which do not involve any territorial restrictions within the common market should, however, be so included.

- (9) On the other hand, it is appropriate to extend the scope of the Regulation to patent licensing agreements which also contain provisions assigning, or granting the right to use, non-patented technical knowledge, since such mixed agreements are commonly concluded in order to allow the transfer of a complex technology containing both patented and non-patented elements. Such agreements can only be regarded as fulfilling the conditions of Article 85 (3) for the purposes of this Regulation where the communicated technical knowledge is secret and permits a better exploitation of the licensed patents (know-how). Provisions concerning the provision of know-how are covered by the Regulation only in so far as the licensed patents are necessary for achieving the objects of the licensed technology and as long as at least one of the licensed patents remains in force.

- (10) It is also appropriate to extend the scope of the Regulation to patent licensing agreements containing ancillary provisions relating to trade marks, subject to ensuring that the trade-mark licence is not used to extend the effects of the patent licence beyond the life of the patents. For this purpose it is necessary to allow the licensee to identify himself within the 'licensed territory', i.e. the territory covering all or part of the common market where the licensor holds patents which the licensee is authorized to exploit, as the manufacturer of the 'licensed product', i.e. the product which is the subject matter of the licensed patent or which has been obtained directly from the process which is the subject matter of the licensed patent, to avoid his having to enter into a new trade-mark agreement with the licensor when the licensed patents expire in order not to lose the goodwill attaching to the licensed product.

- (11) Exclusive licensing agreements, i.e. agreements in which the licensor undertakes not to exploit the 'licensed invention', i.e. the licensed patented invention and any know-how communicated to the licensee, in the licensed territory himself or to grant further licences there, are not in themselves incompatible with Article 85 (1) where they are concerned with the introduction and protection of a new technology in the licensed territory, by reason of the scale of the research which has been undertaken and of the risk that is involved in manufacturing and marketing a product which is unfamiliar to users in the licensed territory at the time the agreement is made. This may also be the case where the agreements are concerned with the introduction and protection of a new process for manufacturing a product which is already known. In so far as in other cases agreements of this kind may fall within the scope of Article 85 (1), it is useful for the purposes of legal certainty to include them in Article 1, in order that they may also benefit from the exemption. However, the exemption of exclusive licensing agreements and certain export bans imposed on the licensor and his licensees is without prejudice to subsequent developments in the case law of the Court of Justice regarding the status of such agreements under Article 85 (1).

- (12) The obligations listed in Article 1 generally contribute to improving the production of goods and to promoting technical progress; they make

⁽¹⁾ OJ No L 173, 30. 6. 1983, p. 1.

- patentees more willing to grant licences and licensees more inclined to undertake the investment required to manufacture, use and put on the market a new product or to use a new process, so that undertakings other than the patentee acquire the possibility of manufacturing their products with the aid of the latest techniques and of developing those techniques further. The result is that the number of production facilities and the quantity and quality of goods produced in the common market are increased. This is true, in particular, of obligations on the licensor and on the licensee not to exploit the licensed invention in, and in particular not to export the licensed product into, the licensed territory in the case of the licensor and the 'territories reserved for the licensor', that is to say, territories within the common market in which the licensor has patent protection and has not granted any licences, in the case of the licensee. This is also true both of the obligation of the licensee not to conduct an active policy of putting the product on the market (i.e. a prohibition of active competition as defined in Article 1 (1) (5)) in the territories of other licensees for a period which may equal the duration of the licence and also the obligation of the licensee not to put the licensed product on the market in the territories of other licensees for a limited period of a few years (i.e. a prohibition not only of active competition but also of 'passive competition' whereby the licensee of a territory simply responds to requests which he has not solicited from users or resellers established in the territories of other licensees — Article 1 (1) (6)). However, such obligations may be permitted under the Regulation only in respect of territories in which the licensed product is protected by 'parallel patents', that is to say, patents covering the same invention, within the meaning of the case law of the Court of Justice, and as long as the patents remain in force.
- (13) Consumers will as a rule be allowed a fair share of the benefit resulting from this improvement in the supply of goods on the market. To safeguard this effect, however, it is right to exclude from the application of Article 1 cases where the parties agree to refuse to meet demand from users or resellers within their respective territories who would resell for export, or to take other steps to impede parallel imports, or where the licensee is obliged to refuse to meet unsolicited demand from the territory of other licensees (passive sales). The same applies where such action is the result of a concerted practice between the licensor and the licensee.
- (14) The obligations referred to above thus do not impose restrictions which are not indispensable to the attainment of the abovementioned objectives.
- (15) Competition at the distribution stage is safeguarded by the possibility of parallel imports and passive sales. The exclusivity obligations covered by the Regulation thus do not normally entail the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question. This is so even in the case of agreements which grant exclusive licences for a territory covering the whole of the common market.
- (16) To the extent that in their agreements the parties undertake obligations of the type referred to in Articles 1 and 2 but which are of more limited scope and thus less restrictive of competition than is permitted by those Articles, it is appropriate that these obligations should also benefit under the exemptions provided for in the Regulation.
- (17) If in a particular case an agreement covered by this Regulation is found to have effects which are incompatible with the provisions of Article 85 (3) of the Treaty, the Commission may withdraw the benefit of the block exemption from the undertakings concerned, in accordance with Article 7 of Regulation No 19/65/EEC.
- (18) It is not necessary expressly to exclude from the category defined in the Regulation agreements which do not fulfil the conditions of Article 85 (1). Nevertheless it is advisable, in the interests of legal certainty for the undertakings concerned, to list in Article 2 a number of obligations which are not normally restrictive of competition, so that these also may benefit from the exemption in the event that, because of particular economic or legal circumstances, they should exceptionally fall within the scope of Article 85 (1). The list of such obligations given in Article 2 is not exhaustive.
- (19) The Regulation must also specify what restrictions or provisions may not be included in patent licensing agreements if these are to benefit from the block exemption. The restrictions listed in Article 3 may fall under the prohibition of Article 85 (1); in these cases there can be no general

presumption that they will lead to the positive effects required by Article 85 (3), as would be necessary for the granting of a block exemption.

- (20) Such restrictions include those which deny the licensee the right enjoyed by any third party to challenge the validity of the patent or which automatically prolong the agreement by the life of any new patent granted during the life of the licensed patents which are in existence at the time the agreement is entered into. Nevertheless, the parties are free to extend their contractual relationship by entering into new agreements concerning such new patents, or to agree the payment of royalties for as long as the licensee continues to use know-how communicated by the licensor which has not entered into the public domain, regardless of the duration of the original patents and of any new patents that are licensed.
- (21) They also include restrictions on the freedom of one party to compete with the other and in particular to involve himself in techniques other than those licensed, since such restrictions impede technical and economic progress. The prohibition of such restrictions should however be reconciled with the legitimate interest of the licensor in having his patented invention exploited to the full and to this end to require the licensee to use his best endeavours to manufacture and market the licensed product.
- (22) Such restrictions include, further, an obligation on the licensee to continue to pay royalties after all the licensed patents have expired and the communicated know-how has entered into the public domain, since such an obligation would place the licensee at a disadvantage by comparison with his competitors, unless it is established that this obligation results from arrangements for spreading payments in respect of previous use of the licensed invention.
- (23) They also include restrictions imposed on the parties regarding prices, customers or marketing of the licensed products or regarding the quantities to be manufactured or sold, especially since restrictions of the latter type may have the same effect as export bans.

- (24) Finally, they include restrictions to which the licensee submits at the time the agreement is made because he wishes to obtain the licence, but which give the licensor an unjustified competitive advantage, such as an obligation to assign to the licensor any improvements the licensee may make to the invention, or to accept other licences or goods and services that the licensee does not want from the licensor.
- (25) It is appropriate to offer to parties to patent licensing agreements containing obligations which do not come within the terms of Articles 1 and 2 and yet do not entail any of the effects restrictive of competition referred to in Article 3 a simplified means of benefiting, upon notification, from the legal certainty provided by the block exemption (Article 4). This procedure should at the same time allow the Commission to ensure effective supervision as well as simplifying the administrative control of agreements.
- (26) The Regulation should apply with retroactive effect to patent licensing agreements in existence when the Regulation comes into force where such agreements already fulfil the conditions for application of the Regulation or are modified to do so (Articles 6 to 8). Under Article 4 (3) of Regulation No 19/65/EEC, the benefit of these provisions may not be claimed in actions pending at the date of entry into force of this Regulation, nor may it be relied on as grounds for claims for damages against third parties.
- (27) Agreements which come within the terms of Articles 1 and 2 and which have neither the object nor the effect of restricting competition in any other way need no longer be notified. Nevertheless, undertakings will still have the right to apply in individual cases for negative clearance under Article 2 of Council Regulation No 17 ⁽¹⁾ or for exemption under Article 85 (3),

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1

1. Pursuant to Article 85 (3) of the Treaty and subject to the provisions of this Regulation, it is hereby declared

⁽¹⁾ OJ No 13, 21. 1962, p. 204/62.

that Article 85 (1) of the Treaty shall not apply to patent licensing agreements, and agreements combining the licensing of patents and the communication of know-how, to which only two undertakings are party and which include one or more of the following obligations:

1. an obligation on the licensor not to license other undertakings to exploit the licensed invention in the licensed territory, covering all or part of the common market, in so far and as long as one of the licensed patents remains in force;
 2. an obligation on the licensor not to exploit the licensed invention in the licensed territory himself in so far and as long as one of the licensed patents remains in force;
 3. an obligation on the licensee not to exploit the licensed invention in territories within the common market which are reserved for the licensor, in so far and as long as the patented product is protected in those territories by parallel patents;
 4. an obligation on the licensee not to manufacture or use the licensed product, or use the patented process or the communicated know-how, in territories within the common market which are licensed to other licensees, in so far and as long as the licensed product is protected in those territories by parallel patents;
 5. an obligation on the licensee not to pursue an active policy of putting the licensed product on the market in the territories within the common market which are licensed to other licensees, and in particular not to engage in advertising specifically aimed at those territories or to establish any branch or maintain any distribution depot there, in so far and as long as the licensed product is protected in those territories by parallel patents;
 6. an obligation on the licensee not to put the licensed product on the market in the territories licensed to other licensees within the common market for a period not exceeding five years from the date when the product is first put on the market within the common market by the licensor or one of his licensees, in so far as and for as long as the product is protected in these territories by parallel patents;
 7. an obligation on the licensee to use only the licensor's trade mark or the get-up determined by the licensor to distinguish the licensed product, provided that the licensee is not prevented from identifying himself as the manufacturer of the licensed product.
2. The exemption of restrictions on putting the licensed product on the market resulting from the obligations referred to in paragraph 1 (2), (3), (5) and (6) shall apply only if the licensee manufactures the licensed product himself or has it manufactured by a connected undertaking or by a subcontractor.
 3. The exemption provided for in paragraph 1 shall also apply where in a particular agreement the parties undertake obligations of the types referred to in that paragraph but with a more limited scope than is permitted by the paragraph.

Article 2

1. Article 1 shall apply notwithstanding the presence in particular of any of the following obligations, which are generally not restrictive of competition:

1. an obligation on the licensee to procure goods or services from the licensor or from an undertaking designated by the licensor, in so far as such products or services are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention;
2. an obligation on the licensee to pay a minimum royalty or to produce a minimum quantity of the licensed product or to carry out a minimum number of operations exploiting the licensed invention;
3. an obligation on the licensee to restrict his exploitation of the licensed invention to one or more technical fields of application covered by the licensed patent;
4. an obligation on the licensee not to exploit the patent after termination of the agreement in so far as the patent is still in force;
5. an obligation on the licensee not to grant sub-licences or assign the licence;
6. an obligation on the licensee to mark the licensed product with an indication of the patentee's name,

the licensed patent or the patent licensing agreement;

7. an obligation on the licensee not to divulge know-how communicated by the licensor; the licensee may be held to this obligation after the agreement has expired;

8. obligations:

- (a) to inform the licensor of infringements of the patent,
- (b) to take legal action against an infringer,
- (c) to assist the licensor in any legal action against an infringer,

provided that these obligations are without prejudice to the licensee's right to challenge the validity of the licensed patent;

9. an obligation on the licensee to observe specifications concerning the minimum quality of the licensed product, provided that such specifications are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention, and to allow the licensor to carry out related checks;
10. an obligation on the parties to communicate to one another any experience gained in exploiting the licensed invention and to grant one another a licence in respect of inventions relating to improvements and new applications, provided that such communication or licence is non-exclusive;
11. an obligation on the licensor to grant the licensee any more favourable terms that the licensor may grant to another undertaking after the agreement is entered into.

2. In the event that, because of particular circumstances, the obligations referred to in paragraph 1 fall within the scope of Article 85 (1), they shall also be exempted even if they are not accompanied by any of the obligations exempted by Article 1.

The exemption provided for in this paragraph shall also apply where in an agreement the parties undertake obligations of the types referred to in paragraph 1 but with a more limited scope than is permitted by that paragraph.

Article 3

Articles 1 and 2 (2) shall not apply where:

1. the licensee is prohibited from challenging the validity of licensed patents or other industrial or

commercial property rights within the common market belonging to the licensor or undertakings connected with him, without prejudice to the right of the licensor to terminate the licensing agreement in the event of such a challenge;

2. the duration of the licensing agreement is automatically prolonged beyond the expiry of the licensed patents existing at the time the agreement was entered into by the inclusion in it of any new patent obtained by the licensor, unless the agreement provides each party with the right to terminate the agreement at least annually after the expiry of the licensed patents existing at the time the agreement was entered into, without prejudice to the right of the licensor to charge royalties for the full period during which the licensee continues to use know-how communicated by the licensor which has not entered into the public domain, even if that period exceeds the life of the patents;
3. one party is restricted from competing with the other party, with undertakings connected with the other party or with other undertakings within the common market in respect of research and development, manufacture, use or sales, save as provided in Article 1 and without prejudice to an obligation on the licensee to use his best endeavours to exploit the licensed invention;
4. the licensee is charged royalties on products which are not entirely or partially patented or manufactured by means of a patented process, or for the use of know-how which has entered into the public domain otherwise than by the fault of the licensee or an undertaking connected with him, without prejudice to arrangements whereby, in order to facilitate payment by the licensee, the royalty payments for the use of a licensed invention are spread over a period extending beyond the life of the licensed patents or the entry of the know-how into the public domain;
5. the quantity of licensed products one party may manufacture or sell or the number of operations exploiting the licensed invention he may carry out are subject to limitations;

6. one party is restricted in the determination of prices, components of prices or discounts for the licensed products;

7. one party is restricted as to the customers he may serve, in particular by being prohibited from supplying certain classes of user, employing certain forms of distribution or, with the aim of sharing customers, using certain types of packaging for the products, save as provided in Article 1 (1) (7) and Article 2 (1) (3);

8. the licensee is obliged to assign wholly or in part to the licensor rights in or to patents for improvements or for new applications of the licensed patents;

9. the licensee is induced at the time the agreement is entered into to accept further licences which he does not want or to agree to use patents, goods or services which he does not want, unless such patents, products or services are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention;

10. without prejudice to Article 1 (1) (5), the licensee is required, for a period exceeding that permitted under Article 1 (1) (6), not to put the licensed product on the market in territories licensed to other licensees within the common market or does not do so as a result of a concerted practice between the parties;

11. one or both of the parties are required:

(a) to refuse without any objectively justified reason to meet demand from users or resellers in their respective territories who would market products in other territories within the common market;

(b) to make it difficult for users or resellers to obtain the products from other resellers within the common market, and in particular to exercise industrial or commercial property rights or take measures so as to prevent users or resellers from obtaining outside, or from putting on the market in, the licensed territory products which have been lawfully put on the market within the common market by the patentee or with his consent;

or do so as a result of a concerted practice between them.

Article 4

1. The exemption provided for in Articles 1 and 2 shall also apply to agreements containing obligations restrictive of competition which are not covered by those Articles and do not fall within the scope of Article 3, on condition that the agreements in question are notified to the Commission in accordance with the provisions of Commission Regulation No 27 ⁽¹⁾, as last amended by Regulation (EEC) No 1699/75 ⁽²⁾, and that the Commission does not oppose such exemption within a period of six months.

2. The period of six months shall run from the date on which the notification is received by the Commission. Where, however, the notification is made by registered post, the period shall run from the date shown on the postmark of the place of posting.

3. Paragraph 1 shall apply only if:

(a) express reference is made to this Article in the notification or in a communication accompanying it; and

(b) the information furnished with the notification is complete and in accordance with the facts.

4. The benefit of paragraph 1 may be claimed for agreements notified before the entry into force of this Regulation by submitting a communication to the Commission referring expressly to this Article and to the notification. Paragraphs 2 and 3 (b) shall apply *mutatis mutandis*.

5. The Commission may oppose the exemption. It shall oppose exemption if it receives a request to do so from a Member State within three months of the transmission to the Member State of the notification referred to in paragraph 1 or of the communication referred to in paragraph 4. This request must be justified on the basis of considerations relating to the competition rules of the Treaty.

6. The Commission may withdraw the opposition to the exemption at any time. However, where the opposition was raised at the request of a Member State and this request is maintained, it may be withdrawn only after consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions.

7. If the opposition is withdrawn because the undertakings concerned have shown that the conditions

⁽¹⁾ OJ No 35, 10. 5. 1962, p. 1118/62.

⁽²⁾ OJ No L 172, 3. 7. 1975, p. 11.

of Article 85 (3) are fulfilled, the exemption shall apply from the date of notification.

8. If the opposition is withdrawn because the undertakings concerned have amended the agreement so that the conditions of Article 85 (3) are fulfilled, the exemption shall apply from the date on which the amendments take effect.

9. If the Commission opposes exemption and the opposition is not withdrawn, the effects of the notification shall be governed by the provisions of Regulation No 17.

Article 5

1. This Regulation shall not apply:

1. to agreements between members of a patent pool which relate to the pooled patents;
2. to patent licensing agreements between competitors who hold interests in a joint venture or between one of them and the joint venture, if the licensing agreements relate to the activities of the joint venture;

3. to agreements under which the parties, albeit in separate agreements or through connected undertakings, grant each other reciprocal patent or trade-mark licences or reciprocal sales rights for unprotected products or exchange know-how, where the parties are competitors in relation to the products covered by those agreements;

4. to licensing agreements in respect of plant breeder's rights.

2. However, this Regulation shall apply to reciprocal licences of the types referred to in paragraph 1 (3) where the parties are not subject to any territorial restriction within the common market on the manufacture, use or putting on the market of the products covered by these agreements or on the use of the licensed processes.

Article 6

1. As regards agreements existing on 13 March 1962 and notified before 1 February 1963 and agreements, whether notified or not, to which Article 4 (2) (2) (b) of Regulation No 17 applies, the declaration of inapplicability of Article 85 (1) of the Treaty contained in this Regulation shall have retroactive effect from the time

at which the conditions for application of this Regulation were fulfilled.

2. As regards all other agreements notified before this Regulation entered into force, the declaration of inapplicability of Article 85 (1) of the Treaty contained in this Regulation shall have retroactive effect from the time at which the conditions for application of this Regulation were fulfilled, or from the date of notification, whichever is the later.

Article 7

If agreements existing on 13 March 1962 and notified before 1 February 1963 or agreements to which Article 4 (2) (2) (b) of Regulation No 17 applies and notified before 1 January 1967 are amended before 1 April 1985 so as to fulfil the conditions for application of this Regulation, and if the amendment is communicated to the Commission before 1 July 1985 the prohibition in Article 85 (1) of the Treaty shall not apply in respect of the period prior to the amendment. The communication shall take effect from the time of its receipt by the Commission. Where the communication is sent by registered post, it shall take effect from the date shown on the postmark of the place of posting.

Article 8

1. As regards agreements to which Article 85 of the Treaty applies as a result of the accession of the United Kingdom, Ireland and Denmark, Articles 6 and 7 shall apply except that the relevant dates shall be 1 January 1973 instead of 13 March 1962 and 1 July 1973 instead of 1 February 1963 and 1 January 1967.

2. As regards agreements to which Article 85 of the Treaty applies as a result of the accession of Greece, Articles 6 and 7 shall apply except that the relevant dates shall be 1 January 1981 instead of 13 March 1962 and 1 July 1981 instead of 1 February 1963 and 1 January 1967.

Article 9

The Commission may withdraw the benefit of this Regulation, pursuant to Article 7 of Regulation No 19/65/EEC, where it finds in a particular case that an agreement exempted by this Regulation nevertheless has

certain effects which are incompatible with the conditions laid down in Article 85 (3) of the Treaty, and in particular where:

1. such effects arise from an arbitration award;
2. the licensed products or the services provided using a licensed process are not exposed to effective competition in the licensed territory from identical products or services or products or services considered by users as equivalent in view of their characteristics, price and intended use;
3. the licensor does not have the right to terminate the exclusivity granted to the licensee at the latest five years from the date the agreement was entered into and at least annually thereafter if, without legitimate reason, the licensee fails to exploit the patent or to do so adequately;
4. without prejudice to Article 1 (1) (6), the licensee refuses, without objectively valid reason, to meet unsolicited demand from users or resellers in the territory of other licensees;
5. one or both of the parties:
 - (a) without any objectively justified reason, refuse to meet demand from users or resellers in their respective territories who would market the products in other territories within the common market; or
 - (b) make it difficult for users or resellers to obtain the products from other resellers within the common market, and in particular where they exercise industrial or commercial property rights or take measures so as to prevent resellers or users from obtaining outside, or from putting on the market in, the licensed territory products which have been lawfully put on the market within the common market by the patentee or with his consent.

Article 10

1. This Regulation shall apply to:
 - (a) patent applications;
 - (b) utility models;
 - (c) applications for registration of utility models;
 - (d) 'certificats d'utilité' and 'certificats d'addition' under French law; and

- (e) applications for 'certificats d'utilité' and 'certificats d'addition' under French law;

equally as it applies to patents.

2. This Regulation shall also apply to agreements relating to the exploitation of an invention if an application within the meaning of paragraph 1 is made in respect of the invention for the licensed territory within one year from the date when the agreement was entered into.

Article 11

This Regulation shall also apply to:

1. patent licensing agreements where the licensor is not the patentee but is authorized by the patentee to grant a licence or a sub-licence;
2. assignments of a patent or of a right to a patent where the sum payable in consideration of the assignment is dependent upon the turnover attained by the assignee in respect of the patented products, the quantity of such products manufactured or the number of operations carried out employing the patented invention;
3. patent licensing agreements in which rights or obligations of the licensor or the licensee are assumed by undertakings connected with them.

Article 12

1. 'Connected undertakings' for the purposes of this Regulation means:

- (a) undertakings in which a party to the agreement, directly or indirectly:
 - owns more than half the capital or business assets, or
 - has the power to exercise more than half the voting rights, or
 - has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, board of directors or bodies legally representing the undertaking, or
 - has the right to manage the affairs of the undertaking;
- (b) undertakings which directly or indirectly have in or over a party to the agreement the rights or powers listed in (a);
- (c) undertakings in which an undertaking referred to in (b) directly or indirectly has the rights or powers listed in (a).

2. Undertakings in which the parties to the agreement or undertakings connected with them jointly have the rights or powers set out in paragraph 1 (a) shall be considered to be connected with each of the parties to the agreement.

Article 13

1. Information acquired pursuant to Article 4 shall be used only for the purposes of this Regulation.

2. The Commission and the authorities of the Member States, their officials and other servants shall not disclose information acquired by them pursuant to this

Regulation of the kind covered by the obligation of professional secrecy.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not prevent publication of general information or surveys which do not contain information relating to particular undertakings or associations of undertakings.

Article 14

This Regulation shall enter into force on 1 January 1985.

It shall apply until 31 December 1994.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

4. Utdrag ur frihandelsavtalet Sverige—ECC

ARTIKEL 1

Detta avtal syftar till

- a. att genom utvidgning av den ömsesidiga handeln befordra en harmonisk utveckling av de ekonomiska förbindelserna mellan Konungariket Sverige och Europeiska ekonomiska gemenskapen och att härigenom i Sverige och inom gemenskapen främja den ekonomiska utvecklingen och en förbättring av levnads- och sysselsättningsvillkoren samt en ökning av produktiviteten och den finansiella stabiliteten,
- b. att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor i handeln mellan de avtalsslutande parterna,
- c. att sålunda genom avveckling av handelshindren medverka till en harmonisk utveckling och en utvidgning av världshandeln.

ARTIKEL 2

Detta avtal är tillämpligt på varor med ursprung i Sverige och i gemenskapen

- i. vilka är hänförliga till kapitel 25—99 i Brysselnomenklaturen med undantag av de varor som anges i bilagan;
- ii. vilka anges i protokoll 2 med beaktande av de särskilda villkor som däri föreskrives.

ARTIKEL 13

1. Ingen ny kvantitativ importrestriktion eller åtgärd med samma verkan skall införas i handeln mellan Sverige och gemenskapen.
2. Kvantitativa importrestriktioner skall avskaffas den 1 januari 1973 och åtgärder med samma verkan som kvantitativa importrestriktioner senast den 1 januari 1975.

ARTIKEL 20

Detta avtal skall icke utgöra hinder mot sådana förbud eller restriktioner avseende import, export eller transitering som motiveras av hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller av intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt samt icke heller mot föreskrifter rörande guld och silver. Sådana förbud eller restriktioner får dock icke utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan de avtalsslutande parterna.

ARTIKEL 23

1. Följande förfaranden är oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning i den mån de är ägnade att påverka handeln mellan Sverige och gemenskapen:

- i. överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden mellan företag, vilka har till syfte eller följd att konkurrensen i fråga om produktion av och handel med varor hindras, inskränkes eller förvanskas;
- ii. missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning inom de avtalsslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav;
- iii. offentliga stödåtgärder som förvanskar eller hotar att förvanska konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion.

2. Om en avtalsslutande part anser att ett visst förfarande är oförenligt med denna artikel, kan parten vidtaga lämpliga åtgärder på de villkor och enligt det förfarande som anges i artikel 27.

Åberopad litteratur

Offentligt tryck

Svenskt

- SOU 1963:12, Översättning av fördrag angående upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen och tillhörande dokument
- SOU 1963:57, Översättning av fördrag angående upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen
- SOU 1964:18, Översättning av fördrag angående upprättandet av Europeiska atomenergigemenskapen (EURATOM) och tillhörande dokument
- SOU 1964:33, Översättning av viktigare följdförfattningar till fördragen angående Europeiska ekonomiska gemenskapen och Europeiska kol- och stålgemenskapen
- SOU 1965:61, Mönsterskydd
- SOU 1974:100, Internationella överenskommelser och svensk rätt
- SOU 1976:24—25, Internationellt patentsamarbete II
- SOU 1978:9, Ny konkurrensbegränsningslag
- SOU 1983:65, Översyn av upphovsrättslagstiftningen. Delbetänkande 2 som behandlar närstående rättigheter, enskilt bruk, videogram
- DsJu 1979:13, Revision av 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd
-
- Prop 1960:17 med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
- Prop 1960:167 med förslag till varumärkeslag m m
- Prop 1969:168 ang mönsterskydd m m
- Prop 1972:135 ang avtalet med den europeiska ekonomiska gemenskapen m m
- Prop 1977/78:1 om ändring i patentlagen (1967:837) m m
- Prop 1981/82:165, Konkurrenslag

1 LU 1960:39 i anledning av dels Kungl Maj:ts proposition med förslag till varumärkeslag m m, dels ock i ämnet väckta motioner

Nordisk utredningsserie

NU 1983:12, Nabolands TV i kabel

Norskt

NOU 1983:35, Endringer i åndsverksloven m. v.

Danskt

Betænkning nr 1000, Film- og videogramspørgsmål

Från EG

Amended Proposal for a Council Regulation on the Community Trade Mark,
Document COM(84) 470 final

Commission's Reports on Competition Policy

Community Action in the Cultural Sector, Bull E C Supplement 6/77

Television Without Frontiers, Document COM(84) 300 final/2

The Need for a European Trade Mark System. Competence of the European
Community to Create One, Document No 111/D/1294/79

Övrig åberopad litteratur

Albrechtskirchinger, Georg: Die Bedeutung der Ergebnisse der Luxemburger
Konferenze über das Gemeinschaftspatent für das Recht der Lizenzverträge,
GRUR Int 1976 s 255—264

Alexander, W.: Some Comments on the Café Hag Judgement, (1974) C.M.L.
Rev. s 387—394

Armitage, Edward: The CTM: Comments on the Latest Drafts of the Proposed
EEC Regulation and Directive, 1981 EIPR s 72—79

Aro, Pirkko-Liisa: Importation des exemplaires d'un pays où la licence légale
existe dans un pays où celle-ci n'existe pas, NIR 1982 s 409—416

Barack, Boaz: The Application of the Competition Rules (Antitrust Law) of
the European Economic Community, Deventer m fl 1981

Barents, René: New Development in Measures Having Equivalent Effect,
(1981) C.M.L. Rev. s 271—308

- Baumbach, Adolf—Hefermehl, Wolfgang: Warenzeichenrecht, 11 uppl, München 1979
- Baumbach, Adolf—Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 12 uppl, München 1982
- Bebr, Gerhard: Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg, (1983) C.M.L. Rev. 35—73
- Beier, Friedrich-Karl: Entwicklung und Grundzüge des europäischen Markenrechts, NIR 1982 s 13—32
- Beier, Friedrich-Karl: Objectives and Guiding Principles of the Future European Trademarks Law, IIC 1977 s 1—27
- Beier, Friedrich-Karl: The Doctrine of Exhaustion in EEC Trademark Law — Scope and Limits, IIC 1979 s 20—51
- Beier, Friedrich-Karl: Trademark Conflicts in the Common Market: Can They be Solved by Means of Distinguishing Additions?, IIC 1978 s 221—239
- Beier, Friedrich-Karl: Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts, GRUR Int 1976 s 363—375
- Bellamy, C. W.—Child, Graham D.: Common Market Law of Competition, 2 uppl, London 1978
- Bellis, Jean-François: After Polydor — The Territoriality of the Community Doctrine of Exhaustion of Industrial Property Rights, 16 Swiss Review of International Antitrust Law s 17—28 (October 1982)
- Bellis, Jean-François: International Trade and the Competition Law of the European Economic Community, (1979) C.M.L. Rev. 647—683
- de Bendetti, Fabrizio: Trade Mark Rights in the European Community: Evolution or Chaos, IIC 1973 s 90—103
- Bernitz, Ulf: Internationell marknadsrätt, Uddevalla 1980
- Bernitz, Ulf: Licensavtal och konkurrensbegränsning. Det svenska däckdubbsmålet och dess konsekvenser, NIR 1973 s 1—24
- Bernitz, Ulf: Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet, NIR 1975 s 179—209
- Bernitz, Ulf: Sveriges avtal med EG — en översikt, NTIR 1980 s 59—74
- Bernitz, Ulf: Åberopande av annans varumärke i marknadsföring, NIR 1981 s 41—60
- Bernitz, Ulf—Gorthon, Lars—Grönfors, Kurt: Sjöfart och konkurrensrätt, Klippan 1976
- Blanco White, T. A.: Patents for inventions, 4 uppl, London 1974
- Blok, Peter: Articles 30—36 of the EEC Treaty and Intellectual Property Rights: A Danish View, IIC 1982 s 729—746
- Blok, Peter: De i patentet indeholdte begrænsninger i patentlicensavtaler. Endnu en kommentar till den svenske Dubbmanafgørelse, NIR 1973 s 351—383

- Blok, Peter: Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 429—472
- Blok, Peter: Patentrettens konsumtionsprincip, København 1974.
- Blok, Peter: Varemærker og forbrugerinteresser, NIR 1983 s 84—110
- Brickman, Heinz-Volker: Nationale Warenzeichen im Gemeinsamen Markt, MA 1974 s 382—391
- Cawthra, B. I.: Exclusive, Sole and Non-Exclusive Rights in Patent Licence Agreements, IIC 1977 s 430—440
- Chavanne, Albert—Burst, Jean-Jacques: Droit de la Propriété Industrielle, 2 uppl, Paris 1980
- Cohen Jehoram, Herman: Imports of Records from an EC-Country Providing Statutory (Compulsory) License to an EC-Country without Statutory License; a European Law Problem, NIR 1982 s 417—421
- Contributions to Community Competition Law, Ed by Zacharias Sundström, Uppsala 1978
- Copinger-Skone, James: On Copyright, 12 uppl, London 1980
- Cornish, William: Comment to Revlon v. Cripp & Others, IIC 1980 s 392—395
- Cornish, William: Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London 1981
- Danelius, Hans: Sveriges avtal med de europeiska gemenskaperna — juridiska aspekter, SvJT 1973 s 97—114
- Dashwood, Alan: Cassis de Dijon. A Major Step in the Liberalisation of Trade, 1981 EIPR 268—270
- Davies, Gillian—von Rauscher auf Weeg, Hans Hugo: Challenges to Copyright and Related Rights in the European Community, Oxford 1983
- Demaret, Paul: Patents, Territorial Restrictions and EEC Law, IIC Studies Vol 2, Weinheim — New York 1978
- Design Protection, ed Cohen Jehoram, Herman, Leyden 1976
- Dietz, Adolf: Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978
- Dietz, Adolf: Möglichkeiten der Harmonisierung des Urheberrechts in Europa, GRUR Int 1978 s 101—109
- Dittrich, Robert: The Effect on Austrian Copyright Law of the Free Trade Agreement Between the EEC and Austria, Copyright 1983 s 294—300
- Drysdale, John: Castrol Limited v. Automotive Oil Supplies Limited. Parallel Imports — 'Revlon' Reviewed, 1983 EIPR s 224—225
- Duchemin, Wladimir: Protection of the Works of Artist-Craftsmen. Study carried out for the Commission of the European Communities, 1976, (Document XII/905/76—E)
- Dyckjær-Hansen, Karen: Fire nyere afgørelser vedr. EF-rettens forhold til industrielle ejendomsrettigheder, UfR 1975 s 214—224

- van Empel, Martijn: Centrafarm Revisited, (1979) C.M.L. Rev. 251—258
- Essén, Eric W.—Sterner, Gunnar: Mönster och brukskonst, Stockholm 1971
- Fejøl, Jens: Konkurrenceret og EF. Fællesmarkedets monopolregler, Köpenhamn 1980
- Fellner, Christine: Copyright in Spare Parts upheld again. Hoover PLC v. George Hulme (Sto) Ltd and George Hulme, 1982 EIPR s 257—260
- Françon, André: Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne, 100 RIDA s 129—197 (1975)
- von Gamm, Otto Friedrich: Copyright License Contracts and Restrictions Under the EEC Treaty, IIC 1983 s 579—595
- von Gamm, Otto Friedrich: Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht, GRUR 1975 s 185—190
- von Gamm, Otto Friedrich: Geschmacksmustergesetz, München-Berlin 1966
- Gangsted-Rasmussen, Niels: EF rettens umiddelbare anvendelighed, Köpenhamn 1977
- van Gerven, W.: The Recent Case Law of the Court of Justice concerning art 30 and 36 of EEC Treaty, (1977) C.M.L. Rev. s 5—24
- Glæss, Alfred—Hirsch, Martin: Common Market Cartel Law, 3 uppl, Washington 1981
- Godenhjelm, Berndt: Tvångslicensbestämmelserna i 1967 års patentlag, NIR 1979 s 231—263
- Gormley, Laurence: Quantitative Restrictions and Measures Having Equivalent Effect, (1981) E.L. Rev. s 454—459
- Gotzen, Frank: Das Recht der Interpreten in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1980
- Gotzen, Frank: Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30—36 des EWG-Vertrags, GRUR Int 1984 s 146—153
- Gotzen, Frank: Het Bestemmingsrecht van de auteur, Bryssel 1975
- Greffe, Pierre — Greffe, François: Traité des dessins et des modèles, Paris 1974
- Gulmann, Claus: Handelshindringer i EF-retten, Haderslev 1980
- Gulmann, Claus—Fejøl, Jens: Nye EF-regler og domme i 1983, UfR 1984 s 353—362
- Gundersen, Fr. Fr.: Licensavtaler i EF's kartellrett, NIR 1973 s 287—302
- Gustavsson, Leif: Administrativ process i EG:s konkurrensärenden, TSA 1979 s 40—44
- Guy, Diana—Leigh, Guy I.F.: The EEC and Intellectual Property, London—Rom—New York 1981

- Handler, Milton—Blechman, Michael: The Proposed EC-Group Exemption for Patent Licenses: A Comparison with US Antitrust Law, IIC 1980 s 295—323
- Handoll, John: Merck and Company Inc. v. Stephar BV and Petrus Stephanus Exler. Patentee's Rights Bow to EEC Principles, 1982 EIPR s 26—30
- Handoll, John: The Beele and Nancy Kean Cases. Parallel Imports — The Enforcement of National Design and 'Unfair Competition' Rights, 1983 EIPR s 49—54
- Harding, Lars-Erik: Kontroll av företagssammanslagningar, Stockholm 1982
- Harris, Bryan: Community Law and Intellectual Property, (1982) C.M.L. Rev. s 61—78
- Harte, Henning: Die kartellrechtliche Beurteilung von Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, GRUR 1978 s 501—508
- Hedman, Bo: Internationella licensavtal, NIR 1969 s 109—124
- Hefermehl, Wolfgang—Ipsen, Hans Peter—Schluep, Walter—Sieben, Günter: Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, München 1979
- Heiseke, Jürgen: Warenzeichenrecht und EWG-Recht — Wohin führt der Weg, WRP 1974 s 589—595
- Hesser, Torvald—Essén, Eric: Patentlagen, Stockholm 1968
- Hoffmann, Dieter: Copyright and the Treaty of Rome. Recent Developments: An Overview, (1981) EIPR s 254—257
- Hoffmann, Dieter—O'Farrell, Orlagh: The 'Open Exclusive Licence' — Scope and Consequences, (1984) EIPR s 104—110
- Hubmann, Heinrich: Gewerblicher Rechtsschutz, 3 uppl, München 1974
- Hunnings, Neville M: Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements, (1977) E.L. Rev. s 163—189
- Hunnings, Neville M: Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A Rejoinder, (1978) E.L. Rev. s 278—290
- Immaterialrätt, av Bernitz, Ulf—Karnell, Gunnar—Pehrson, Lars—Sandgren, Claes, Stockholm 1983
- Jacobsson, Måns: Diplomatisk konferens för revision av 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd, NIR 1982 s 311—318
- Jacobsson, Måns: Diplomatisk konferens för revision av 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd (tredje sessionen), NIR 1983 s 274—280
- Jacobsson, Måns: Revision av Pariskonventionen. Läget inför 1980 års diplomatiska konferens, NIR 1979 s 28—37
- Jacobsson, Måns—Tersmeden, Erik—Törnroth, Lennarth: Patentlagstiftningen — en kommentar, Lund 1980
- Janoschek, Nanni: Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, Weinheim 1975

- Johannes, Hartmut: Zum „Kaffee-Hag“ — Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 111—118
- Joliet, René: Territorial and Exclusive Trademark Licensing under the EEC Law of Competition, IIC 1984 s 21—38
- Joubert, Claude: Le prix du repertoire d'une société d'auteurs en position dominante dans le carcan du droit de la concurrence, 117 RIDA s 3—47 (Juillet 1983)
- Joutsamo, Kari: The Direct Effect of Treaty Provisions in Finnish Law, NTIR 1983 s 34—44
- Karnell, Gunnar: Conditions contractuelles concernant les différents aspects de la diffusion des exemplaires publiés, NIR 1982 s 368—383
- Karnell, Gunnar: Den obetydliga importrätten — dess innebörd och skydd, NIR 1971 s 284—299
- Karnell, Gunnar: Droit de suite, NIR 1977 s 315—339
- Karnell, Gunnar: Inledning till den internationella licensrätten, Stockholm 1985
- Karnell, Gunnar: Videogramspridning och upphovsrätt, NIR 1982 s 276—298
- Kemp, J. A.: The Erosion of Trade Mark Rights in Europe, (1974) C.M.L. Rev. 360—365
- Kinkeldey, Hermann: Pitfalls of Trademark Licensing in the EEC, 1982 TMR s 145—156
- Koch, Norbert—Froschmaier, Franz: Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt, GRUR Int 1965 s 121—127
- Koktvedgaard, Mogens: Immaterialretspositioner, Köpenhamn 1965
- Koktvedgaard, Mogens: Konsumtionsprincippet idenför immaterialretten, JFT 1970 s 227—243
- Koktvedgaard, Mogens—Østerborg, Lise: Patentloven, 2 uppl, Köpenhamn 1979
- Koktvedgaard, Mogens: The Principle of Exhaustion of Rights in the Law of Intellectual Property, Especially Copyright Law, NIR 1982 s 355—361
- Korah, Valentine: Competition Law of Britain and the Common Market, 3 uppl, Haag—Boston—London 1982
- Korah, Valentine: Concept of Dominant Position within the Meaning of Article 86, (1980) C.M.L. Rev. s 395—414
- Kraft, Alfons: Die Stellung des Europäischen Gerichtshof zum Warenzeichen im Lichte des Hag-Urteils, GRUR Int 1975 s 283—291
- Kraßer, Rudolf: Die Beurteilung von Parallelimporten nach französischem Marken- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1971 s 256—260
- Krüger-Andersen, Paul: Markedsføringsret, Köpenhamn 1978
- Kucsko, Guido: Parallelimporte von Konzernmarkenwaren und die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz mit der EWG, GRUR Int 1980 s 138—144

- Ladas, Stephen: *Patents, Trademarks and Related Rights*, Cambridge Mass, 1975
- Ladas, Stephen: *The Court of Justice of the European Community and the Hag Case*, IIC 1974 s 302—313
- Lahore, James: *Harmonization of Design Laws in the European Communities: The Copyright Dilemma*, (1983) C.M.L. Rev. s 233—268
- Lassen, Erik: *Legalitetsproblemer i EF. En sammenlignende analyse på grundlag av EF-kommissionens arbejde inden for området patenter og varemærker*, UfR 1982 s 193—202
- Lavey, Warren G.: *Patents, Copyrights and Trademarks as Sources of Market Power*, 27 Antitrust Bull s 433—455 (1982)
- Levin, Marianne: *Brukskonstskyddet i teori och praktik*, NIR 1983 s 399—425
- Levin, Marianne: *Formskydd*, Helsingborg 1984
- Lidgard, Hans Henrik: *Sverige—EEC och konkurrensen*, Lund 1977
- Lidgard, Hans Henrik: *Tre års frihandelssamarbete med EEC*, SvJT 1976 s 689—714
- Loewenheim, Ulrich: *Trademarks and European Community Law*, IIC 1978 s 422—435
- Lysén, Göran: *Direkt tillämplighet av artikel 18:1 i frihandelsavtalet Sverige—EEC*, SvJT 1983 s 571—573
- Lysén, Göran: *Tre uppsatser i EG-rätt*, Stockholm 1983
- Lysén, Göran: *Varumärken som konkurrensbegränsande medel — en komparativ betraktelse utifrån frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC*, SvJT 1982 s 461—490
- Mailänder, K. Peter: *Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzverträgen nach EG-Kartellrecht und US-Antitrustrecht*, GRUR Int 1979 s 378—393
- Mak, Willem: *Warenzeichen und der Gemeinsame Markt*, GRUR Int 1975 s 118—124
- Martino, H. Dieter: *Erosion der nationalen Marken*, MA 1974 s 419—422
- Martino, H. Dieter: *Nochmals zum Hag-Urteil*, MA 1975 s 356—359
- Mathijsen, P.S.R.F.: *A Guide to European Community Law*, 3 uppl, London 1980
- Meij, A.W.H.—Winter, J.A.: *Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions*, (1976) C.M.L. Rev. s 79—104
- Mühlendahl, Alexander: *Unitary Character and Problems of Coexistence in the Future European Trademark System*, IIC 1976 s 173—201
- Nerep, Erik: *Extraterritorial Control of Competition under International Law*, Lund 1983
- NO, NO om beslut av EG-domstolen angående parallellimport, PoK 1982:4 s 59—63

- Oliver, Peter: Measures of Equivalent Effect: A Reappraisal, (1982) C.M.L. Rev. s 217—244
- Om retsgrundlaget for de europeiske samarbejde inden for patent- og varemærkeretten, av Lund Thoft, Per—Jacobsen, Boye—Hagel-Sørensen, K.—Østerborg, Lise, UfR 1982 s 283—285
- Page, A. C.: The Concept of Measures Having an Effect Equal to Quantitative Restrictions, (1977) E.L. Rev. 105—117
- Pehrson, Lars: Koreferat i ämnet "Skydd för varuutstyrsel enligt mönster-rättslagen, varumärkeslagen och konkurrensrätten, NIR 1983 s 525—533
- Pehrson, Lars: Varumärken från konsumentsynpunkt, Helsingborg 1981
- Perot-Morel, M.-A.: Les principes de protection des dessins et modèles dans les pays du Marché Commun, Paris 1968
- Perspectives d'un droit communautaire en matière de dessins et modèles industriels, Grenoble 1978
- Pescatore, Pierre: The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law (1983) E.L. Rev. s 155—177
- Pietzke, Rudolf: Anm zu Maissaatgut, GRUR Int 1982 s 537—539
- Plesner, Mogens: Anm av Blok, Peter, Patentrettens konsumtionsprincip, UfR 1975 s 175—181
- Pålsson, Lennart: EG-rätt, Lund 1976
- Reimer, Dietrich: Copyright Law and the Free Movement of Goods, IIC 1981 s 493—511
- Rissanen, Kirsti: Varumärkena och deras betydelse, NIR 1977 s 1—41
- Roscioni, M.: Rapport au Comité de Coordination sur les problèmes du Droit des Dessins et Modèles, 1962 (interndokument 2143/IV/62-F)
- Röttger, Martin: Das Vibramycin-Urteil des Europäischen Gerichtshofs und die „verschleierte Beschränkung“ im Sinne des Art. 36 Satz 2 EWG-Vertrag, GRUR Int 1982 s 512—515
- Röttger, Martin: Die Behandlung der enteigneten deutschen Warenzeichen im Hag Urteil des Europäischen Gerichtshof, GRUR 1974 s 574—579
- Sandgren, Claes: Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler, NIR 1974 s 242—274
- Sandström, Staffan: Konkurrensrätten och de legala ensamrätterna — Ny svensk konkurrenslag, NIR 1982 s 444—454
- Schulte, Rainer: Patentgesetz, 3 uppl, Köln—Berlin—Bonn—München 1981
- Schwab, Berthold: Die freie Verkehr von Markenwaren im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 73—78
- Schwartz, Ivo E.: Das Markenrecht in der Europäischen Gemeinschaft — Eine Zwischenbilanz, GRUR Int 1981 s 1—7

- Sprick, Hermann: Die Auswirkungen des EWG-Rechts auf den Schutz des Warenzeichens gegenüber nicht ursprungsgleichen verwechslungsfähigen Warenzeichen, GRUR Int 1977 s 285—292
- Stenberg, Hans: EEC:s konkurrensregler och medlemsstaternas patentlagstiftning, NIR 1968 s 375—387
- Stenberg, Hans: EEC:s konkurrensrätt och avtalen om ensamförsäljning, NIR 1967 s 341—366
- Stenberg, Hans: Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet, Nyköping 1974
- Stjernquist, Henrik: "Åtgärder med motsvarande verkan". EG:s förbud mot indirekta handelshinder, Stockholm 1983
- Stuyck, Jules: Product Differentiation in Terms of Packaging, Presentation, Advertising, Trade Marks, Etc, Deventer 1983
- Terrell on the Law of Patents, 13 uppl, London 1982
- Thirty Years of Community Law, Bryssel—Luxemburg 1981
- Turner, J.D.C.: Competition and the Common Market after Maize Seeds, (1983) E.L. Rev. s 103—117
- Törnroth, Lennarth: Marknadspatentet. En redogörelse för 1975 års konvention om ett patent för den Europeiska Gemenskapen EG, Sthlm 1976
- Ubertazzi, Luigi Carlo: Urheberrecht und freier Warenverkehr, GRUR Int 1984 s 327—341
- Ullrich, Hanns: Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int 1975 s 291—308
- Ullrich, Hanns: The Impact of the Sirena Decision on National Trademark Rights, IIC 1972 s 193—225
- Ulmer, Eugen: Anm zu GRUR Int 1980 s 185, Top Hits, GRUR Int 1980 s 188—190
- Ulmer, Eugen—Kraßer, Rudolf: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band IV, Frankreich, München—Köln 1967
- Ulmer, Eugen—Reimer, Dietrich: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III, Deutschland, München—Köln 1968
- Ulmer, Eugen: Urheber — und Verlagsrecht, 3 uppl, Berlin—Heidelberg—New York 1980
- Waelbroeck, M.: Enforceability of the EEC—EFTA Free Trade Agreement, (1978) E.L. Rev. 27—31
- Veelken, Winfried: Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen, Europarecht 1977 s 311—340
- Vida, A.: Trademarks in Developing Countries, Budapest 1981

Vierheilig, Wilfried: „Ernsthafte“ Verwechslungsgefahr? Überlegungen zu europäischen Reformstrebungen im Markenrecht? GRUR Int 1982 s 506—511

Winkel, Klaus: Die grundsätze des freien Warenverkehrs im Verhältnis zu Drittländern, NJW 1977 s 1992—1997

Wyatt, Derrick: Art 30 EEC and Nondiscriminatory Trade Restrictions, (1981) E.L. Rev. 185—193

Østerborg, Lise: Towards a Harmonized Prior Use Right Within a Common Market Patent System, IIC 1981 s 447—475

Åberopade rättsfall

Från EG-domstolen

56 och 58/64, (1966) E.C.R. 299 (= (1966) C.M.L.R. 418), Consten & Grundig v. Commission	24, 63 f, 113, 126 ff
23/67, (1967) E.C.R. 407 (= (1968) C.M.L.R. 26), Brasserie de Haecht v. Wilkin Janssen	24
24/67, (1968) E.C.R. 55 (= (1968) C.M.L.R. 47), Parke Davis v. Probel & others	39, 53 f, 94 f
5/69, (1969) E.C.R. 295 (= (1969) C.M.L.R. 273) Völk v. Vervaecke	24
40/70, (1971) E.C.R. 69 (= (1971) C.M.L.R. 260), Sirena v. Eda	65 f, 95, 113
78/70, (1971) E.C.R. 487 (= (1971) C.M.L.R. 631), Deutsche Grammophon v. Metro	37 ff, 95
22/71, (1971) E.C.R. 949 (= (1972) C.M.L.R. 81), Beguelin Imports v. G L Import Export	85 ff, 127
6/72, (1972) E.C.R. 157 och (1973) E.C.R. 215 (= (1972) C.M.L.R. 690 och (1973) C.M.L.R. 199), Europemballage & Continental Can v. Commission	27
127/73, (1974) E.C.R. 313 (= (1974) 2 C.M.L.R. 238), Belgische Radio en Televisie & Société belge des auteurs v. SABAM & Fonior	27, 97 f, 101 f
192/73, (1974) E.C.R. 731 (= (1974) 2 C.M.L.R. 127), Van Zuylen Frères v. Hag	54, 59, 65 ff, 92
8/74, (1974) E.C.R. 837 (= (1974) 2 C.M.L.R. 436), Procureur du Roi v. B and G Dassonville	19
12/74, (1975) E.C.R. 181 (= (1975) 1 C.M.L.R. 340), Commission v. Federal Republic of Germany	30 f
15/74, (1974) E.C.R. 1147 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480), Centrafarm v. Sterling Drug	22, 44, 49 f, 53 f, 64
16/74, (1974) E.C.R. 1183 (= (1974) 2 C.M.L.R. 480), Centrafarm v. Winthrop	61 ff, 90
51/75, (1976) E.C.R. 811 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), EMI Records Ltd v. CBS U.K. Ltd	87 f, 95 f
86/75, (1976) E.C.R. 871 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), EMI Records Ltd v. CBS Grammophon A/S	87 f, 95 f
96/75, (1976) E.C.R. 913 (= (1976) 2 C.M.L.R. 235), EMI Records Ltd v. CBS Schallplatten GmbH	87 f, 95 f

119/75, (1976) E.C.R. 1039 (= (1976) 2 C.M.L.R. 482), Terrapin Ltd v. Terranova Industries	32 f, 64 f, 172
27/76, (1978) E.C.R. 207 (= (1978) 1 C.M.L.R. 429), United Brands v. Commission	27
85/76, (1979) E.C.R. 461 (= (1979) 3 C.M.L.R. 211), Hoffmann-La Roche v. Commission	96
28/77, (1978) E.C.R. 1391 (= (1978) 3 C.M.L.R. 392), Tepea v. Commission	64
102/77, (1978) E.C.R. 1139 (= (1978) 3 C.M.L.R. 217) Hoffmann-La Roche v. Centrafarm	69, 72 ff, 77 f, 95 f
3/78, (1978) E.C.R. 1823 (= (1979) 1 C.M.L.R. 326), Centrafarm v. American Home Products Corp.	62, 69, 74 f, 77 f
22/78, (1979) E.C.R. 1869 (= (1979) 3 C.M.L.R. 345), Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd v. Commission	25
120/78, (1979) E.C.R. 649 (= (1979) 3 C.M.L.R. 494), Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)	19 f
258/78, (1982) E.C.R. 2015 (= (1983) 1 C.M.L.R. 278), Nungesser KG and Eisele v. Commission	113, 120 ff, 126 ff
22/79, (1979) E.C.R. 3275 (= (1980) 1 C.M.L.R. 629), Greenwich Film Production v. SACEM and Société des Editions Labrador	97, 102 f
62/79, (1980) E.C.R. 881 (= (1981) 2 C.M.L.R. 362), Coditel v. Ciné Vog Films	40, 45 f
55 och 57/80, (1981) E.C.R. 147 (= (1981) 2 C.M.L.R. 44), Musik-Vertrieb Membran och K-tel v. GEMA	40 ff, 70, 91, 100
58/80, (1981) E.C.R. 181 (= (1981) 3 C.M.L.R. 590), Dansk Supermarked v. Imerco	40 f, 63, 85 ff, 90, 113
113/80, (1981) E.C.R. 1625 (= (1982) 1 C.M.L.R. 706), Commission v. Ireland	19
187/80, (1981) E.C.R. 2063 (= (1981) 3 C.M.L.R. 463), Merck v. Stephar	51 ff, 70, 91 f
270/80, (1982) E.C.R. 329 (= (1982) 1 C.M.L.R. 677), Polydor v. Harlequin Record Shops & Simons Records	108 ff
1/81, (1981) E.C.R. 2913 (= (1982) 1 C.M.L.R. 406), Pfizer v. Eurim-Pharm	62, 69, 76 f
6/81, (1982) E.C.R. 707 (= (1982) 3 C.M.L.R. 102), Industrie Diensten Groep v. J A Beele Handelmaatschappij	84 f, 86 f
104/81, (1982) E.C.R. 3641 (= (1983) 1 C.M.L.R. 1), Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg & Cie	106 f
144/81, (1982) E.C.R. 2853 (= (1983) 2 C.M.L.R. 47), Keurkoop v. Nancy Kean Gifts	30 f, 57 ff, 71, 91 f
249/81, (1982) E.C.R. 4005 (= (1983) 2 C.M.L.R. 104), Commission v. Ireland	18 f

261/81, (1982) E.C.R. 3961 (= (1983) 2 C.M.L.R. 496), Rau v. de Smedt	19
262/81, (1982) E.C.R. 3381 (= (1983) 1 C.M.L.R. 49), Coditel v. Ciné Vog Films	41, 113, 124 f
7/82, (1983) E.C.R. 483 (= (1983) 3 C.M.L.R. 645), GVL v. Commission	97 ff
107/82, (1983) E.C.R. 3151, AEG Telefunken v. Commission	24 f
35/83, (1985) 2 C.M.L.R. 470, BAT v. Commission (Toltecs/Dorcet)	33 f, 79 f

Från EG-kommissionen

(1971) J.O. L 134/15 (= (1971) C.M.L.R. D 35), Re GEMA	97 ff, 103
(1972) J.O. L 13/50 (= (1972) C.M.L.R. D 67), Burroughs—Delplanque	119 f, 136, 137 f, 141, 146, 152 f, 156
(1972) J.O. L 13/53 (= (1972) C.M.L.R. D 72), Burroughs—Geha-Werke	119 f, 136, 137 f, 146
(1972) J.O. L 143/31 (= (1972) C.M.L.R. D 52), Davidson Rubber	119 f, 137, 139, 148
(1972) J.O. L 143/39 (= (1972) C.M.L.R. D 45), Raymond & Co	119 f, 139 ff, 148
(1974) O.J. L 237/12 (= (1974) 2 C.M.L.R. D 79), Soenen-Bouckaert v. Cinoco & van Olffen (Advocaat Zwarte Kip)	70 f
(1975) O.J. L 125/27 (= (1975) 1 C.M.L.R. D 93), Sirdar/Phildar	79 f
(1975) O.J. L 222/34 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 40), Kabelmetal-Luchaire	120, 130, 139, 151 f, 157
(1975) O.J. L 249/27 (= (1975) 2 C.M.L.R. D 67), Zuid Nederlandsche Bronbemaling v. Heidemaatschappij	120
(1976) O.J. L 6/8 (= (1976) 1 C.M.L.R. D 14), AOIP/Beyrard	23, 120, 148 f, 153, 159 f
(1977) 1 C.M.L.R. D 121, Re The Old Man and the Sea	128, 130
(1978) O.J. L 47/42 (= (1978) 2 C. M.L.R. 160), Agreements on Video Cassette Recorders	154
(1978) O.J. L 60/19 (= (1978) 2 C.M.L.R. 100), Penneys	79 ff, 150
(1978) O.J. L 70/69 (= (1978) 2 C.M.L.R. 397), Campari	120, 128, 130, 137 f, 141 ff, 146, 152 ff
(1978) O.J. L 157/39 (= (1978) 3 C.M.L.R. 306), RAI/UNITEL	23, 120
(1978) O.J. L 286/23 (= (1978) 3 C.M.L.R. 434), Majs-fallet	120 ff, 135, 152 f, 158
(1978) 1 C.M.L.R. 395, Persil	81 f
(1978) 3 C.M.L.R. 44, Yoshida Kogyo	158
(1979) O.J. L 19/32 (= (1979) 1 C.M.L.R. 511), Vaessen v. Morris	23, 143, 148

(1979) 3 C.M.L.R. 42, Plant Royalty Bureau Ltd	128
(1979) 3 C.M.L.R. 77, Ateliers de Construction de Compiègne v. Fabry	148
(1979) 3 C.M.L.R. 636, Ernest Benn Ltd	130
(1981) 1 C.M.L.R. 182, Cartoux-Terrapin	157
(1982) O.J. L 379/19 (= (1983) 1 C.M.L.R. 412), Toltecs/Dorcet	33 f, 79 f, 149 f
(1983) O.J. L 229/1 (= (1984) 1 C.M.L.R. 1), Ima AG v. Windsurfing International	127, 132 f, 136, 145, 147, 149 f, 160
(1983) O.J. L 245/3 (= (1983) 3 C.M.L.R. 173), Re The Distillers Company	128 f

Svenska

NJA 1938 s 642 (= NIR 1936 s 62 och 1938 s 180), Telefunken	48
NJA 1939 B 950—952 (= NIR 1940 s 66), General Electric	48
NJA 1961 s 695, Samson	35
NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404), Polycolor	59 f, 72
NJA 1976 s 339 (= NIR 1975 s 322), Richard Berlin	35
HD beslut 8.1. 1982, nr 1473/81, William Friedkin	147
MD 1972:7 (= NIR 1972 s 443), Däckdubb	117, 134, 148, 158
MD 1981:4 (= NIR 1983 s 439), Electrolux	75

Danska

NIR 1979 s 355, EMI/CBS	87
-------------------------------	----

Engelska

Castrol v. Automotive Oil Supplies, GRUR Int 1984 s 362	61
Hoover PLC v. George Hulme Ltd & George Hulme, (1982) 3 C.M.L.R. 186	57
Revlon v. Cripp & Others, (1980) FSR 85 (= IIC 1980 s 372)	61

Franska

GRUR Int 1971 s 276, Körting	61
------------------------------------	----

Schweiziska

GRUR Int 1979 s 569 (= (1980) 3 C.M.L.R. 664), OMO	108
--	-----

Tyska

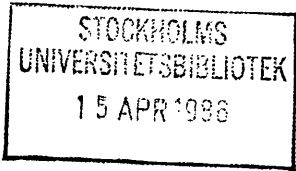
GRUR 1964 s 372, Maja	60
-----------------------------	----

GRUR 1973 s 468, Cinzano 60

GRUR Int 1982 s 57, Gebührendifferenz III 43

Österrikiska

GRUR Int 1980 s 185 (= (1984) 2 C.M.L.R. 626), Top Hits 108



I boken EG och immaterialrätten redovisar Lars Pehrson, docent i civilrätt vid Stockholms Universitet, ingående EG-rättens inverkan på medlemsstaternas nationella immaterialrättsregler. Framställningen är främst avsedd för det praktiska rättslivets behov. Stor vikt har därför lagts vid EG-domstolens och kommissionens praxis.

I boken behandlas främst:

- De begränsningar i en immaterialrättshavares möjligheter att hindra import som följer av Romfördragets regler.
- I vilken mån innehavet av en immaterialrätt kan ge upphov till en marknadsdominerande ställning.
- Vilken betydelse frihandelsavtalet mellan Sverige och EEC har för möjligheterna att på immaterialrättslig grund hindra import till Sverige resp EG.
- Den praxis som inom EG vuxit fram såvitt gäller tillåtligheten av olika typer av klausuler i licensavtal.
- Det lagstiftningsarbete som för närvarande bedrivs av EG på immaterialrättens område.