

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO TIZZANO
föredraget den 2 oktober 2003¹

1. Landgericht i Frankfurt am Main (nedan kallad Landgericht) har, genom beslut av den 12 juli 2001, ställt tre frågor om tolkningen av artikel 82 EG.² I korthet önskar den nationella domstolen få klarhet i huruvida ett företag under vissa omständigheter gör sig skyldigt till missbruk av en dominerande ställning genom att inte (mot vederlag) låta sina konkurrenter använda en upphovsrättsligt skyddad struktur för en viss databas.

Bakgrund och förfarandet

Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen

2. Kärande i tvisten vid den nationella domstolen är företaget IMS Health GmbH & Co. OHG (nedan kallat IMS), och svarande är företaget NDC Health GmbH & Co. KG (nedan kallat NDC), som i augusti 2000 förvärvade och införlivade företaget Pharma Intranet Information AG (nedan kallat PII).

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Som bekant föreskrivs följande i denna artikel: "Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga affärsvillkor,
b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet."

3. Båda parterna i målet sysslar med insamling, behandling och tolkning av uppgifter om regional försäljning av läkemedelsprodukter i Tyskland. Det är i detta sammanhang viktigt att understryka att de studier som dessa företag gör är strukturerade utifrån ett geografiskt kriterium, vilket innebär att uppgifterna om läkemedelsförsäljningen samlas i grupper med hänsyn till de "områden" som det tyska territoriet har uppdelats i.

4. Av beslutet om hänskjutande framgår att för att utföra egna studier hade IMS på 70-talet först delat upp Tyskland i 418 områden som till övervägande del grundades på städernas och distriktens politiska gränser. Eftersom denna struktur inte var tillräckligt noggrann för läkemedelsprodukterna i fråga gjordes år 1989 en uppdelning i 1 000 områden, varvid hänsyn bland annat togs till olika uppgifter om marknaden och försäljningsstrukturer. Med anledning av att femsiffriga postnummer infördes den 1 juni 1993 omarbetades uppdelningen av marknaden och det utvecklades en struktur som bestod av 1845 områden. Sedan januari 2000 gör IMS sina studier på grundval av en uppdelning av det tyska territoriet i 1860 områden eller på grundval av en ytterligare uppdelning i 2847 områden som utgår från den förstnämnda uppdelningen (nedan kallade strukturen bestående av 1860 områden respektive strukturen bestående av 2847 områden).

5. Dessa strukturer skapades på grundval av olika förhållanden, bland vilka kommunernas administrativa gränser och postnummerdistrikten har särskild betydelse. Vid avgränsningen i detalj av områdena har dessutom andra faktorer beaktats, till exempel utmärkande egenskaper för territoriet (stad eller landsbygd), trafikförbindelser och den geografiska koncentrationen av apotek och läkarmottagningar.

6. För att engagera läkemedelsindustrin i definitionen av själva strukturerna införde IMS för några år sedan den så kallade

RPM-arbetsgruppen ("Regionaler Pharmazeutischer Markt", den regionala läkemedelsmarknaden). I denna grupp, som sammanträffar två gånger per år, deltar företrädare för läkemedelsföretag som är kunder till IMS, vilka på detta sätt kan komma med förslag till förbättringar av uppdelningen av det tyska territoriet och få den mera i linje med sina krav. Enligt IMS intresserar sig arbetsgruppen (vars förslag har beaktats endast i undantagsfall) för mindre än 10 procent av områdena i strukturerna och utgör väsentligen ett marknadsföringsinstrument för att binda kunderna till dess produkter. NDC anser däremot att denna arbetsgrupp har haft en avgörande roll för avgränsningen av varje enskilt område.

7. Strukturerna bestående av 1860 och 2847 områden har inte använts av IMS endast för marknadsstudier som säljs till läkemedelsföretag utan de har även distribuerats gratis till apotekens datacentraler och sammanslutningar av läkare anslutna till försäkringskassan. Enligt vad den nationella domstolen har angett har dessa strukturer följaktligen blivit en "vedertagen standard" för regionala analyser av den tyska läkemedelsmarknaden. Läkemedelsindustriföretagen har anpassat sina egna informations- och distributionssystem till dessa strukturer.

8. PII, som har grundats av en före detta verkställande direktör för IMS, utförde inledningsvis sina studier på grundval av en uppdelning av det tyska territoriet i 2201 områden. Av kontakter med potentiella

kunder framkom emellertid att studier som organiserades på detta sätt svårligen kunde säljas, eftersom de byggde på en annan struktur än den som läkemedelsföretagen hade anpassat sig till. PII beslöt därför att använda sig av strukturer bestående av 1860 och 3000 områden, vilka till stor del överensstämde med IMS strukturer.³

De nationella domstolarnas tidigare beslut

9. För att förhindra att dessa strukturer användes, vilket IMS ansåg skulle kränka dess upphovsrätt, ansökte detta företag om att Landgericht skyndsamt skulle besluta om förbud för PII att fortsätta med intrånget. Den nationella domstolen biföll den 27 oktober 2000 ansökan och förbjöd PII att använda sig av strukturen bestående av 3000 områden och varje annan struktur som var härledd från IMS struktur bestående av 1860 områden. Den 19 juni 2001 lämnade Oberlandesgericht i Frankfurt am Main PII:s överklagande av detta beslut utan bifall, vilket således vann laga kraft. Sedan NDC förvärvat PII beslutades om en motsvarande åtgärd avseende sistnämnda företag. Detta beslut fastställdes den 12 juli 2001 i dom av samma

Landgericht, men denna hade inte vunnit laga kraft när det beslut om hänskjutande som är orsaken till förevarande mål fattades.

10. I dessa beslut ansåg den nationella domstolen särskilt att IMS strukturer var databaser (eller delar av databaser) som skyddades av den tyska upphovsrättslagstiftningen. Utan att ta ställning till RPM-arbetsgruppens bidrag till utvecklingen av dessa strukturer ansåg den nationella domstolen vidare att IMS var åtminstone delägare till upphovsrätten och således kunde förbjuda icke tillåten användning av strukturerna.

Kommissionens interimistiska beslut och förstainstansrättens och domstolens ordförandes beslut

11. Såsom den nationella domstolen har betonat har användningen av IMS strukturer under handläggningen av ovannämnda mål även varit föremål för ett konkurrensförfarande vid kommissionen.

12. Strax innan Landgerichts första beslut fattades begärde nämligen NDC av IMS att detta företag mot vederlag skulle bevilja en licens för användning av strukturen

3 — Strukturen bestående av 1860 områden hade endast 30 områden som skilde sig från den i IMS motsvarande struktur, medan strukturen bestående av 3000 områden grundades på IMS struktur bestående av 2847 områden med en ytterligare uppdelning av cirka 150 områden.

bestående av 1860 områden. Sedan IMS vägrat detta och förklarat sig inte vara tillgängligt för förhandlingar om beviljande av licens, gjorde NDC en anmälan till kommissionen om missbruk av dominerande ställning och begärde att den skulle besluta om interimistiska åtgärder.

EG, utgick kommissionen från den förut-sättningen att detta företag hade en dominerande ställning på marknaden för tjänster avseende uppgifter om regional försäljning i Tyskland (en marknad som täckte hela det tyska territoriet och motsvarade en väsentlig andel av den gemensamma marknaden).⁶

13. Med bifall till NDC:s begäran fattade kommissionen den 3 juli 2001 ett interimistiskt beslut i den mening som avses i beslutet i målet *Camera Care*⁴, nämligen beslut 2002/165/EG "om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget".⁵ I detta beslut i) förpliktade kommissionen IMS "att utan dröjsmål bevilja licens till alla företag som för närvarande agerar på den tyska marknaden för tjänster för regionala försäljningsuppgifter" varvid "[l]icens skall beviljas på begäran och på en icke-diskriminerande grund för användning av 1860 block-metoden, på så sätt att företagen på marknaden kan använda och sälja regionala försäljningsuppgifter som är formaterade enligt denna metod"(art. 1), ii) fastställde kommissionen hur aktuell royalty skulle bestämmas (art. 2) och iii) föreskrev den vite för IMS (art. 3).

15. Sedan detta fastslagits ansåg kommissionen att den, för att bedöma om vägran att bevilja en licens för IMS struktur kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning, var tvungen att "bedöma huruvida 1860 block-metoden eller en kompatibel metod [var] oundgänglig för den som vill[e] konkurrera på den relevanta marknaden, det vill säga huruvida det [fanns] en realistisk möjlighet för företag som i Tyskland vill[e] erbjuda tjänster för regionala försäljningsuppgifter att, i stället för 1860 block-metoden eller en kompatibel metod, kunna använda en annan metod som inte kränk[te] IMS upphovsrätt"⁷. Kommissionen fastslog också att "[s]varet på denna fråga bero[dde] tydligt på huruvida det [fanns] en verklig möjlighet för köparna av regionala försäljningsuppgifter att köpa uppgifter som [var] formaterade enligt en annan metod".⁸

14. I den del av beslutet som avsåg att begäran framstod som faktiskt och rättsligt befogad [*fumus boni juris*], och följaktligen IMS åsidosättande *prima facie* av artikel 82

16. På denna fråga lämnade kommissionen ett jakande svar på grundval av resultatet av sina undersökningar, och särskilt mot bakgrund av de uppgifter som lämnats av åtskilliga läkemedelsföretag från vilka information begärts.

4 — Domstolens beslut av den 17 januari 1980 i mål 792/79 R, *Camera Care* mot kommissionen (REG 1980, s. 119).

5 — EGT L 59, s. 18.

6 — Punkterna 45–62.

7 — Punkt 71.

8 — Punkt 72.

17. I detta avseende redogjorde kommissionen också för en rad omständigheter som band kunderna (det vill säga läkemedelsföretagen) till IMS struktur bestående av 1860 områden och underströk särskilt följande:

- "[A]rbetsgruppen ... spelade en betydande roll för utformandet av ... metoden" bestående av 1860 områden och "den tyska läkemedelsindustrin [hade] investera[t] betydande resurser i att säkerställa att blockmetoden till fullo uppfyllde industrins krav". Detta förklarade delvis "[läkemedels]företagens beroende av denna metod, ett beroende som har byggts upp under en lång tidsperiod, och det extremt höga motstånd som företagen har när det gäller övergång till en annan metod. Därför är konkurrenssituationen omöjlig för en tjänst för regionala försäljningsuppgifter som har formaterats enligt en annan metod".⁹
- "[1860 block]-metoden [fungerar] som en industrinorm. Detta beror delvis på den roll som företagen inom industrin spelade när metoden utarbetades", och att "[l]äkemedelsföretagen ha[de] blivit låsta vid denna norm på så sätt att en övergång till att i stället köpa försäljningsuppgifter som ha[de] formaterats enligt en inkompatibel metod, även om det i teorin [va]r möjligt, skulle [ha] bli [vit] ekonomiskt ogenomförbar".¹⁰
- "Uppgifterna för olika tidsperioder måste ... vara jämförbara, och uppgifterna enligt någon annan ny metod måste omvandlas till 1860-metoden (eller tvärtom) för att säkerställa denna kompatibilitet. Detta medför[de] betydande kostnader."¹¹
- "Om regionala försäljningsuppgifter leverera[de]s enligt en metod som inte är kompatibel med 1860-metoden, skulle detta [ha] förutsa[tt] betydande ändringar i hur läkemedelsföretagen fördela[de] distrikten mellan sina försäljare", med den följden att "de splittringar i förhållandet mellan läkare och försäljare som skulle [ha] bli[vit] den oundvikliga följden av en övergång till en blockmetod som inte [va]r kompatibel med 1860 block-metoden skulle [ha] utgjort ett betydande hinder för att göra en sådan övergång".¹²

10 — Punkterna 86 och 92.

11 — Punkt 93.

12 — Punkt 114. När det gäller förhållandet mellan läkare och försäljare har kommissionen särskilt anfört att "läkemedelsföretagen fäster stor vikt vid förhållandet mellan en läkare och en försäljare, eftersom detta är ett av de få medel som finns för att marknadsföra ett läkemedel" (punkt 113).

9 — Ibidem.

- Ett försäljningsdistrikt, definierat som ett antal sammanslagna områden, kunde "finnas definierat i anställningsavtalet mellan företaget och försäljaren, i vilket fall en övergång till en ny metod skulle förutsätta en modifiering av anställningsavtalet. Detta skulle [ha utgjort] ett ytterligare hinder för övergången till en annan blockmetod".¹³

- "[K]ostnaderna för att modifiera interna tillämpningar som [vid den tiden var] helt beroende av 1860 block-metoden är betydande, och ... dessa kostnader utg[jorde] ett betydande hinder för en övergång till nya blockmetoder."¹⁴

18. Kommissionen betonade därefter de "tekniska och rättsliga begränsningar som åtminstone [gjorde] det oskäligt svårt för andra företag att utarbeta en annan metod enligt vilken de regionala tjänsterna för uppgifter kunde formateras och marknadsföras i Tyskland".¹⁵ I detta avseende anförde kommissionen särskilt att "[d]e flesta av de parametrar som använd[es] för att bygga upp metoden [var] allmänt tillgängliga och fixerade (postnummerområden, placering av apotek och läkare,

sociodemografiska uppgifter, hur stort distrikt en försäljare kan täcka under en dag osv.) ... Valet av gränserna mellan blocken bero[dde] i stor utsträckning på dessa objektiva parametrar och därför begränsa[de]s de alternativ som st[od] till buds för eventuella metodutarbetare."¹⁶

19. Kommissionen angav vidare ytterligare omständigheter som gjorde det osannolikt att IMS konkurrenter skulle utveckla en alternativ struktur och underströk därvid särskilt rättslig ovisshet rörande försäljningen av uppgifter i en ny struktur,¹⁷ de fruktlösa försök som gjorts tidigare för att få till stånd en ny struktur¹⁸ och omöjligheten att från erfarenheten i andra länder få fram uppgifter som talade för en utveckling av ny strukturer.¹⁹

20. På grundval av samtliga ovannämnda omständigheter ansåg kommissionen följaktligen att användningen av strukturen bestående av 1860 områden eller av andra strukturer som var förenliga med denna var nödvändig för att kunna konkurrera på den

13 — Punkt 115.

14 — Punkt 122.

15 — Punkt 124.

16 — Punkt 131. Kommissionen underströk därefter särskilt att "den uppenbara vikten av att använda postnummer begränsar de till buds stående alternativen för potentiella utformare av nya blockmetoder" (punkt 132), att starka argument "tala[de] för blockmetodernas nödvändighet när det gäll[de] att beakta gränserna för de 440 tyska Kreise (län)" (punkt 137) och att "det [var] sannolikt att de tyska lagarna om skyddet av personuppgifter verkligen inneb[a]r vissa begränsningar rörande utarbetandet av en parallell metod i Tyskland" (punkt 142).

17 — Punkterna 143–145.

18 — Punkterna 146–152.

19 — Punkterna 153–166.

relevanta marknaden. Kommissionen ansåg att det inte fanns objektiva skäl att vägra att bevilja licens²⁰ och ansåg därför *prima facie* att en sådan vägran innebar missbruk av en dominerande ställning.

21. Kommissionen bemötte därefter IMS argumentation, vilket företag med stöd av den relevanta gemenskapsrättspraxisen ansåg sig ”[ha] rätt att vägra bevilja licenser för sin upphovsrätt till konkurrenter när det gäll[de] den marknad som upphovsrätten hänför[de] sig till”.²¹ Kommissionen underströk att ”det faktum att de mål som behandlades av domstolen och förstainstansrätten och till vilka IMS hänvisa[de] inbegrep två marknader, [uteslöt] inte möjligheten att en vägran att bevilja licens för en immateriell äganderätt k[unde] vara i strid med artikel 82”.²² För att i förevarande fall utgöra en överträdelse av denna bestämmelse ansåg kommissionen särskilt att det var tillräckligt i) att ”användning av 1860 block-metoden [va]r oundgänglig för att det sk[ulle] vara möjligt för företagen att konkurrera på marknaden för tjänster för regionala försäljningsuppgifter i Tyskland”, ii) att det fanns ”en viktig skillnad mellan produkten (tjänster för regionala försäljningsuppgifter) och den blockmetod enligt vilken de uppgifter som använd[es] för att skapa dessa tjänster [var] formaterade”, och iii) att ”med tanke på de specifika och särskilda omständigheter under vilka man [hade] utarbeta[t] 1860 block-metoden och [hade] gör[t] anspråk på en upphovsrätt som konstaterades existera, k[unde] detta arbete, på grund av de

tekniska, rättsliga och ekonomiska skäl som anges ovan, inte reproduceras på sådant sätt att man skulle erhålla en parallell produkt som inte kränk[te] upphovsrätten”.²³ Fortfarande med hänvisning till den relevanta gemenskapsrättspraxisen underströk kommissionen vidare att det inte ”behöv[de] ... föreligga en vägran att leverera i syfte att hindra tillkomsten av en ny produkt för att missbruk sk[ulle] föreligga”.²⁴

22. IMS begärde, genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 6 augusti 2001, med stöd av artikel 230 EG att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara kommissionens beslut och, med stöd av artikel 243 EG, att den skulle bevilja uppskov med beslutets verkställighet. I beslut av den 26 oktober 2001 biföll förstainstansrättens ordförande begäran om uppskov med verkställighet.²⁵ Såvitt nu är i fråga betonas i den del av beslutet som avsåg att begäran framstod som faktiskt och rättsligt befogad [*fumus boni juris*] särskilt att förstainstansrättens ordförande ansåg *prima facie* välgrundade (eller åtminstone inte uppenbart ogrundade) IMS argument, att kommissionen hade frångått gemenskapsrättspraxisen när den ansåg att en vägran att bevilja licens innebar ett åsidosättande av artikel 82 EG även om vägran inte förhindrade ”uppkomsten av en ny produkt på en marknad som är skild från den som det ifrågavarande företaget [var] dominerande på”.²⁶

20 — Punkterna 167–174.

21 — Punkt 182.

22 — Punkt 184.

23 — Punkt 184.

24 — Punkt 180.

25 — Förstainstansrättens ordförandes beslut av den 26 oktober 2001 i mål T-184/01 R, IMS Health Inc. mot Europeiska gemenskapernas kommission (REG 2001, s. II-3193).

26 — Punkt 105.

23. NDC:s överklagande av detta beslut lämnades utan bifall av domstolens ordförande i beslut av den 11 april 2002²⁷.

vägran att bevilja licens utgör missbruk av en dominerande ställning har Landgericht emellertid vänt sig till domstolen för att få klarhet i följande.

Twisten vid den nationella domstolen samt tolkningsfrågorna

24. Enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande står IMS i tvisten vid den nationella domstolen fast vid sin begäran om förbud för NDC att använda strukturen bestående av 1860 områden och alla andra strukturer som bygger på denna. Landgericht anser emellertid att den förbuds rätt som i princip garanteras IMS i den nationella upphovsrättslagstiftningen inte är tillämplig i förevarande fall om det skall anses att IMS vägran att sluta ett licensavtal med NDC på skäliga villkor utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

25. När det gäller denna fråga drar den nationella domstolen samma slutsatser som kommissionen beträffande definitionen av den relevanta marknaden och IMS dominerande ställning.²⁸ För att fastställa om IMS

”1) Skall artikel 82 EG tolkas på så sätt att ett företag med en dominerande ställning missbrukar sin ställning om det vägrar att ingå licensavtal avseende användning av en upphovsrättsligt skyddad databas med ett företag som vill få tillträde till samma marknad, i geografiskt och sakligt hänseende, när aktörerna ’på andra sidan marknaden’, det vill säga potentiella köpare, inte accepterar produkter som inte bygger på den upphovsrättsligt skyddade databasen, eftersom de har anpassat sig för att använda produkter som är grundade på den upphovsrättsligt skyddade databasen?

2) Är det avseende frågan, huruvida ett företag med en dominerande ställning missbrukar sin ställning, av betydelse i vilken omfattning medarbetare till aktörer ’på andra sidan marknaden’ har deltagit i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade databasen?

3) Är det avseende frågan, huruvida ett företag med en dominerande ställning missbrukar sin ställning, av betydelse vilka anpassningsinsatser (särskilt

27 — Domstolens ordförandes beslut av den 11 april 2002 i mål C-481/01 P (R), NDC Health GmbH & Co. KG och NDC Health Corporation mot Europeiska gemenskapernas kommission och IMS Health Care Inc. (REG 2002, s. I-3401).

28 — Landgericht har hänvisat särskilt till punkterna 45–55, 59 och 60 i kommissionens interimistiska beslut.

kostnader) som uppstår för köpare som dittills har köpt en produkt från företaget med den dominerande ställningen om de i framtiden köper ett konkurrerande företags produkt som inte använder den upphovsrättsligt skyddade databasen?”

kommissionen samt förstainstansrättens och domstolens ordförande har varit indragna på olika sätt. För att försöka ge den nationella domstolen ett ändamålsenligt svar med beaktande även av vad som följer av kommissionens beslut och domstolens och förstainstansrättens interimistiska beslut anser jag det lämpligt att göra några inledande påpekanden beträffande frågornas omfattning och de frågeställningar som dessa i huvudsak ger upphov till.

Förfarandet vid domstolen samt det vid förstainstansrätten anhängiga målet

26. I förfarandet vid domstolen har parterna i tvisten vid den nationella domstolen samt kommissionen ingett yttranden. Dessa parter har också yttrat sig vid förhandling i målet den 6 mars 2003.

27. I det mål vid förstainstansrätten där IMS har väckt talan om ogiltigförklaring av kommissionens interimistiska beslut vilanförklarades målet genom beslut av den 26 september 2002 tills domstolen meddelat dom i förevarande mål.

Rättslig bedömning

Inledning

28. Såsom framgått ingår tolkningsfrågorna i ett komplicerat ärende i vilket redan

29. Jag vill inledningsvis påpeka att den första frågan förefaller bygga på två förutsättningar, nämligen a) att det är *nödvändigt* att använda en särskild upphovsrättsligt skyddad områdesstruktur för att kunna saluföra studier avseende regional försäljning av läkemedel i ett visst land, och således för att kunna vara verksam på den ifrågavarande marknaden, eftersom potentiella kunder (läkemedelsföretag) *vägrar att köpa studier som inte utförts utifrån denna struktur*²⁹, och b) att det företag som innehar upphovsrätten till strukturen i fråga har en dominerande ställning på marknaden för tjänster avseende uppgifter om regional försäljning av läkemedel i det aktuella landet. Utifrån dessa förutsättningar önskar den nationella domstolen få klarhet i huruvida artikel 82 EG skall tolkas på så sätt att upphovsrättsinnehavaren i en sådan situation missbrukar sin dominerande ställning genom att vägra att (mot vederlag) bevilja licens för att använda strukturen till aktörer som har för avsikt att använda den i verksamhet *på samma*

29 — Skälet till en sådan vägran, vilket inte förefaller ifrågasättas genom den aktuella frågan, kan härledas till läkemedelsföretagens organisationsproblem.

marknad (geografisk marknad och produktmarknad) som den där upphovsrättsinnehavaren har en dominerande ställning och använder sig av denna struktur.

denna vägran inte förhindrade ”uppkomsten av en ny produkt på en marknad som [va]r skild från den som det ifrågavarande företaget [var] dominerande på”.³¹

30. Med andra ord önskar den nationella domstolen genom den första frågan i huvudsak få klarhet i om en vägran att bevilja licens i en situation av den sort som beskrivits ovan kan utgöra missbruk av en dominerande ställning även om den inte begränsar eller eliminerar konkurrensen på en annan marknad än den på vilken upphovsrättsinnehavaren åtnjuter själva rättigheten och har en dominerande ställning utan endast hindrar potentiella konkurrenter att vara verksamma på samma marknad som det dominerande företaget.

31. Det har för övrigt redan påpekats att just på denna punkt hade IMS kritiserat kommissionens inställning och hävdatt att företaget hade ”rätt att vägra bevilja licenser för sin upphovsrätt till konkurrenter när det gäll[de] den marknad som upphovsrätten hänför[de] sig till”.³⁰ Som konstaterats är det just på denna fråga som förstainstansrättens ordförandes interimistiska beslut koncentrerats. Ordföranden ansåg såsom *prima facie* välgrundade (eller åtminstone inte uppenbart ogrundade) IMS argument att det var fel av kommissionen att anse att vägran att bevilja licens innebar ett åsidosättande av artikel 82 EG även om

32. De två följande frågorna, tolkade mot bakgrund av kommissionens beslut och de interimistiska besluten, förefaller däremot vara inriktade på en av de två förutsättningarna i den första frågan och syftar i huvudsak till att klargöra när en viss områdesstruktur skall anses *nödvändig* för saluföringen av studier avseende regional försäljning av läkemedel i ett visst land. Den nationella domstolen önskar närmare bestämt få klarhet i huruvida följande förhållanden är av betydelse vid denna bedömning, nämligen i) den grad i vilken läkemedelsföretagens företrädare deltar i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade strukturen, ii) de uppoffringar (särskilt i kostnadshänseende) som läkemedelsföretagen måste tåla för att kunna köpa studier som utförts på grundval av en annan struktur än den upphovsrättsligt skyddade.

33. När nu frågornas omfattning klargjorts övergår jag till att behandla dem, först den första och därefter den andra och tredje

30 — Punkt 182 i kommissionens interimistiska beslut.

31 — Punkt 105 i förstainstansrättens ordförandes beslut.

gemensamt. När jag avslutat denna analys skall jag slutligen göra några korta påpekanden kring några frågor avseende den nationella domstolens och kommissionens tillämpning av artikel 82 EG i det aktuella sammanhanget.

Den första frågan

Parternas argument

34. När det gäller den första frågan har IMS inledningsvis understrukt att möjligheten till ensamrätt till en immateriell rättighet, och följaktligen innehavarens rätt att vägra att bevilja andra licens att använda rättigheten, utgör ett väsentligt inslag i en sådan rättighet. Såsom fastslagits i rättspraxis kan enbart en vägran att bevilja en licens, även av ett företag med dominerande ställning, därför i sig inte utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Denna bestämmelse kan åsidosättas endast om det utöver vägran att bevilja licens föreligger en ytterligare omständighet som gör det möjligt att fastställa missbruk.³² En annan tolkning av bestämmelsen, att en vägran att bevilja licens i sig skulle anses innebära missbruk, skulle för övrigt ha mycket allvarliga och icke önskvärda följder för marknadseko-

nomin, eftersom en sådan skulle beröva upphovsrättsinnehavarna vederbörlig ersättning för deras ansträngningar och skulle avskräcka investeringar i innovationer och forskning.

35. IMS har vidare anfört att i ett fall som det i fråga kan en vägran att bevilja licens inte utgöra missbruk av en dominerande ställning ens på grundval av den så kallade *essential facility*-teorin, på vilken kommissionens interimistiska beslut huvudsakligen är grundat. Denna teori utgår nämligen från att det dominerande företaget på en marknad (i föregående led) erbjuder produkter eller tjänster som är nödvändiga för att konkurrera med detta företag på en andra marknad (i efterföljande led). Genom att oerättligt neka tillträde till sina egna produkter eller tjänster begränsar det dominerande företaget i en sådan situation konkurrensen på marknaden i efterföljande led på ett sätt som innebär missbruk.³³ Genom *essential facility*-teorin kan man således inte ålägga det dominerande företaget att dela sin immateriella rättighet med andra aktörer endast för att göra det

32 — IMS har på denna punkt hänvisat till dom av den 5 oktober 1988 i mål 53/87, CICRA mot Renault (REG 1988, s. 6039), och i mål 238/87, Volvo (REG 1988, s. 6221), och av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen (REG 1995, s. I-743; nedan kallad domen i målet Magill), punkt 49.

33 — Enligt IMS skulle i så fall alla gemenskapsdomar och kommissionsbeslut avseende vägran att sluta avtal och avseende *essential facilities* frångås. I detta avseende har IMS hänvisat särskilt till domstolens dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Commercial Solvents (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229), av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM mot CLT och IPB, "Telemarketing" (REG 1985, s. 3261), av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno-BM (REG 1991, s. I-5941; svensk specialutgåva, volym 11, s. 519), i det ovannämnda målet Magill, och av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), förstainstansrättens dom av den 12 juni 1997 i mål T-504/93, Ladbroke (REG 1997, s. II-923), samt kommissionens beslut 98/190/EG av den 14 juni 1998 avseende ett förfarande enligt artikel 86 i EG-fördraget (Ärende IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (EGT L 72, s. 30).

möjligt för de senare att konkurrera mer effektivt med detta företag på den marknad där det åtnjuter denna rättighet.

internationella åligganden enligt WTO:s avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter och enligt Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

36. IMS har understrukit att i förevarande fall kan man inte åberopa domen i målet Magill för att hävda att en vägran att bevilja en licens utgör missbruk av en dominerande ställning. I denna dom fastslog domstolen nämligen att en vägran att bevilja licens kan utgöra missbruk endast "under särskilda omständigheter", när i) den hindrar uppkomsten av en ny produkt som inte erbjuds av det dominerande företag som innehar den immateriella rättighet för vilken det finns en potentiell efterfrågan, ii) den är omotiverad, och iii) den har den effekten att en tillhörande marknad förbehålls det dominerande företaget. Det första och det tredje villkoret är emellertid inte uppfyllt i förevarande fall, eftersom NDC inte vill introducera en ny produkt på en tillhörande marknad utan använda sig av den av IMS utvecklade strukturen för att på samma marknad tillhandahålla en produkt som är nästan identisk med detta företags produkt.

38. NDC:s slutsatser är naturligtvis helt motsatta.

39. Detta företag har särskilt hävdad att de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen i mycket överensstämmer med dem i målet Magill, i vilket domstolen ansåg att en upphovsrättsinnehavares vägran att bevilja licens utgjorde missbruk. Precis som i det fallet

— är den upphovsrättsligt skyddade immateriella rättigheten inte resultatet av en stor kreativ insats och betydande investeringar (i förevarande fall grundar sig strukturen till stor del på gränserna för de tyska postnumren och har åstadkommit med ett avgörande bidrag från läkemedelsindustrin),

37. Enligt IMS innebär slutligen en tolkning av artikel 82 EG enligt vilken ett dominerande företags vägran att bevilja licens i sig utgör missbruk ett åsidosättande av a) den äganderätt som skyddas av Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och b) gemenskapens

— ställs denna tillgång till förfogande för aktörer som inte konkurrerar med upphovsrättsinnehavaren (i förevarande fall till exempel till kartverksamhet),

- är den produkt som saluförs av det företag som vill ha licens i flera avseenden bättre än upphovsrättsinnehavarens (i förevarande fall, till exempel, är det ett vidare spektrum av uppgifter som behandlas, erbjuds kunderna en möjlighet att ha tillgång till uppgifterna "on-line", är uppgifterna av bättre kvalitet och presenteras dessa på ett trevligare sätt för kunderna), och
40. För den angivna lösningen talar också enligt NDC det förhållandet att NDC inte har för avsikt att endast kopiera de uppgifter som IMS samlat in utan självständigt vill samla in och behandla uppgifter över regional försäljning, för att överföra dessa till en egen produkt. NDC har vidare understrukit att i förevarande fall utgör den upphovsrättsligt skyddade immateriella tillgången en branschnorm som, enligt den sammantagna bedömning som kommissionen har gjort i sina riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 EG på horisontella samarbetsavtal,³⁴ skall vara tillgänglig i största möjliga mån.
41. NDC har slutligen anfört att för att anse att en vägran att bevilja licens utgör missbruk är det inte nödvändigt att det finns två skilda marknader (i föregående och i efterföljande led).³⁵ Såsom följer av domen i målet Magill är det för tillämpning av artikel 82 EG tillräckligt att det dominerande företaget på en viss marknad innehar monopol på information som är nödvändig för att kunna konkurrera med detta företag. Det förhållandet att denna information inte släpps ut på marknaden av det dominerande företaget har däremot inte någon betydelse.
42. Kommissionen har för sin del hävdatt att för att anse att ett dominerande företags vägran att ge sina konkurrenter tillgång till en väsentlig infrastruktur utgör missbruk är det inte nödvändigt att infrastrukturen finns på en annan marknad än den där konkurrenterna har för avsikt att vara verksamma. Det är nämligen därvid tillräckligt att infrastrukturen föreligger på en produktionsnivå i föregående led och att den utgör en "input" som är klart åtskiljbar för produktionen av en viss vara eller tjänst i efterföljande led.
43. Enligt kommissionen är det närmare bestämt för att en viss vara eller tjänst skall kunna anses som en väsentlig infrastruktur eller input nödvändigt att denna skiljer sig från varan/tjänsten i efterföljande led och att det mellan denna och varan/tjänsten i

35 — NDC har i detta avseende särskilt betonat att i punkt 47 i domen i målet Magill begränsade sig domstolen inte till att bedöma huruvida det i det förevarande fallet i teknisk mening kunde urskiljas två marknader.

34 — EGT C 3, s. 2.

efterföljande led skapas ett "mervärde". Denna inställning, som grundar sig på att det görs en distinktion mellan olika produktionsstadier snarare än på förekomsten av skilda marknader, bekräftas av den analys som domstolen gjorde i domen i målet Magill och i målet Bronner och den som förstainstansrätten gjorde i domen i målet Ladbroke.

44. Endast det förhållandet att den för produktionen av varan/tjänsten i efterföljande led nödvändiga inputen inte saluförs självständigt av det dominerande företaget innebär för övrigt inte att det är uteslutet att den omotiverade vägran att medge tillträde till denna input utgör missbruk. Även i ett sådant fall innebär nämligen vägran att medge tillträde en betydande begränsning av konkurrensen på marknaden för varan/tjänsten i efterföljande led och ett åsidosättande av artikel 82 EG. Begränsningen skulle således vara ännu allvarligare om den nödvändiga inputen inte alls salufördes, eftersom de företag som är intresserade av produktionen av varan/tjänsten i efterföljande led inte heller skulle kunna skaffa denna input indirekt genom att vända sig till tredje män som köpt den av det dominerande företaget.

45. Kommissionen har tillagt att ett sådant resonemang gäller även när den väsentliga inputen utgörs av en upphovsrättsligt skyddad immateriell tillgång. Om en sådan immateriell tillgång skiljer sig från varan/tjänsten i efterföljande led, för vars produktion den är nödvändig, skulle vägran att bevilja licens från det dominerande före-

tagets sida som innehar denna rättighet gå utöver den väsentliga funktionen hos denna rättighet, eftersom marknaden för varan/tjänsten i efterföljande led skulle förbehållas företaget. I detta avseende har kommissionen för övrigt understrukit att upphovsrätten är en äganderätt som så många andra, med vilka den har gemensamt inte endast innehavarens rätt att med ensamrätt förfoga över den tillgång (materiell eller immateriell) som utgör föremålet för äganderätten utan även de begränsningar som gäller enligt konkurrensrätten.

Bedömning

46. Såsom konstaterats uppkommer genom den aktuella frågan en viktig och svår frågeställning avseende tolkningen av artikel 82 EG beträffande skyldigheten för ett dominerande företag att (mot vederlag) bevilja konkurrenterna rätt att använda en upphovsrättsligt skyddad immateriell tillgång när denna är nödvändig för att vara verksam på samma marknad som den där detta företag åtnjuter sin rättighet och har en dominerande ställning.

a) Relevant rättspraxis

47. Vid bedömningen av denna fråga tror jag att även domstolens domar, avseende möjligheten att anse att en vägran att sluta avtal utgör missbruk av en dominerande

ställning, bör uppmärksammas, i vilka domar (eller åtminstone i vissa) man verkar kunna ana en tillämpning av den så kallade *essential facility*-teorin, till vilken parterna har hänvisat upprepade gånger.³⁶

48. I detta avseende börjar jag med att hänvisa till domen i målet *Commercial Solvents*, i vilken denna problemställning behandlades med avseende på ett avbrott i råvaruleveranser. Domstolen bekräftade i det målet kommissionens ifrågasatta beslut och klargjorde att "det [är] fråga om missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 när den som innehar en dominerande ställning på en råvarumarknad och som i syfte att reservera råvarorna för sin egen produktion av reaktionsprodukter vägrar att leverera råvaror till en kund som själv är producent av dessa reaktionsprodukter med risk för att konkurrensen från denna kund elimineras".³⁷

49. I domen i målet *Telemarketing* fick domstolen därefter tillfälle att ange att detta resonemang "gäller även i ett fall där det företag som har den dominerande ställningen på marknaden för en tjänst som är nödvändig för ett annat företags verksamhet på en annan marknad".³⁸ I det fallet ansåg domstolen att det stred mot artikel 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG) att ett

dominerande företag på marknaden för TV-sändningar utan sakliga skäl vägrade att tillhandahålla TV-utrymme till oberoende TV-marknadsföringsföretag och därvid förbehöll ett närstående bolag verksamheten på detta område med risk för att all konkurrens på marknaden i fråga eliminerades. Med hänvisning till de faktiska omständigheterna i målet fastslog domstolen särskilt principen att "det utgör missbruk i den mening som avses i artikel 86 när ett företag som har en dominerande ställning på en viss marknad utan saklig grund förbehåller sig självt ... en biverksamhet som ett tredje utomstående företag skulle kunna utföra inom ramen för sin verksamhet på en närliggande men separat marknad, med risk för att all konkurrens från detta företags sida elimineras".³⁹

50. Vad särskilt gäller immateriella rättigheter skall därefter målet *Volvo* granskas, i vilket domstolen i huvudsak hade fått frågan om detta bilföretag missbrukade sin dominerande ställning på den (förmodade) marknaden för originalreservdelar genom att inte bevilja utomstående aktörer licens för tillverkning av dessa reservdelar. Som svar på denna fråga fastslog domstolen att "rätten för innehavaren av ett skyddat mönster att hindra tredje man från att utan hans medgivande tillverka och sälja eller importera produkter med mönstret utgör ensamrättens egentliga innehåll. Av detta följer att en skyldighet för innehavaren av ett skyddat mönster att bevilja tredje man

36 — När det gäller denna teori och dess tillämpning i USA och i Europa, se särskilt generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Bronner*, punkterna 45–53.

37 — Ovannämnd dom, punkt 25.

38 — Ovannämnd dom, punkt 26.

39 — *Ibidem*, punkt 27. Samma princip bekräftades därefter i ett delvis annat sammanhang i domen i det ovannämnda målet *RTT/GB*, punkt 18.

licens för leverans av produkter som inkluderar mönstret, även om det sker mot skälig ersättning, skulle beröva innehavaren ensamrättens egentliga innehåll och att en vägran att bevilja en sådan licens inte i sig kan utgöra missbruk av en dominerande ställning.”⁴⁰ Domstolen tillade emellertid att ”utövandet av en ensamrätt av innehavaren av ett registrerat mönster för karosdelar till bilar kan omfattas av förbudet i artikel 86 om det medför att det företag som har en dominerande ställning uppträder på sätt som utgör missbruk, exempelvis genom att godtyckligt vägra att leverera reservdelar till fristående reparatörer, fastställa oskäliga priser för reservdelar eller besluta att inte längre tillverka reservdelar till en viss modell trots att många bilar av den modellen fortfarande är i omlopp, förutsatt att sådant uppträdande kan påverka handeln mellan medlemsstater”.⁴¹

51. I domen i det ovannämnda målet Magill, som avsåg två överklagade domar från förstainstansrätten, fick domstolen tillfälle att återvända till frågan om vägran att bevilja licens för en immateriell rättighet. I de överklagade domarna hade förstainstansrätten särskilt bekräftat ett beslut i vilket kommissionen hade ansett att vissa TV-bolag hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för TV-program-

förteckningar, genom att göra gällande en hävdad upphovsrätt för dessa förteckningar för att hindra tredje män från att publicera heltäckande veckovis utkommande programblad med de olika TV-bolagens tablåer.

52. Domstolen betonade därvid framför allt att av domen i målet Volvo följde att, även om en vägran att bevilja licens för en immateriell rättighet inte i sig utgör missbruk av en dominerande ställning, ”innehavarens utövande av ensamrätten under särskilda omständigheter kan leda till ett beteende som utgör ett missbruk”.⁴² I det förevarande fallet förelåg enligt domstolen just omständigheter som gjorde att man kunde anse de överklagande TV-bolagens beteende som missbruk på grund av följande:

— För det första ”ha[de] klagandena — som på grund av omständigheterna [va]r de enda källorna till basuppgifter om programmen som [va]r den första oundgängliga förutsättningen för skapandet av ett veckovis utkommande TV-programblad — inte gett de TV-tittare som vill[e] skaffa sig information om programmen under den kommande veckan någon annan möjlighet än att köpa varje kanals veckovis utkommande TV-programblad och själv ta fram de nödvändiga uppgifterna för att kunna göra jämförelser. Klagandenas vägran att med åbero-

40 — Domen i det ovannämnda målet Volvo, punkt 8.

41 — Punkt 9. Domstolen uttalade sig i huvudsak i samma ordalag i domen i målet Renault.

42 — Punkt 50.

pande av nationella bestämmelser utlämna basuppgifter ha[de] således förhindrat tillkomsten av en ny produkt, ett heltäckande veckovis utkommande TV-programblad, som klagandena inte erbjöd och för vilket det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna vilket utg[jorde] ett missbruk enligt artikel 86 b i fördraget.”⁴³

- För det andra ”kunde denna vägran varken motiveras med TV-sändningsverksamhet eller med utgivningen av TV-tidskrifter”.⁴⁴

- För det tredje ”ha[de] klagandena genom sitt beteende tillskansat sig en tillhörande marknad, marknaden för veckovis utkommande TV-programblad, genom att utestänga all konkurrens från marknaden ... , eftersom klagandena nekade till tillgången till basuppgifter som [var] den nödvändiga basvaran för skapandet av ett dylikt blad”.⁴⁵

53. Slutligen hade domstolen i domen i det ovannämnda målet Bronner tillfälle att behandla problemställningen med vägran att sluta avtal. I det fallet skulle domstolen,

med antagande av att det fanns en självständig marknad för rikstäckande system för dagstidningsutbärning, bl.a. bedöma ”huruvida det utg[jorde] missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget när en innehavare av det enda rikstäckande systemet för tidningsutbärning inom en medlemsstats territorium, som utnyttjar detta system för distributionen av sina egna dagstidningar, vägrar att låta utgivaren av en konkurrerande dagstidning få tillgång till systemet, med motiveringen att en sådan vägran berövar konkurrenten ett distributionsätt som bedöms vara oundgängligt för dennes försäljning”.⁴⁶

54. Sedan domstolen erinrat om domen i målet Magill påpekade den att, ”även om det [antogs] att denna rättspraxis beträffande utövandet av en immateriell äganderätt [var] tillämplig på utövandet av en äganderätt vilken som helst,” det, för att av detta i det förevarande fallet dra den slutsatsen att vägran att sluta avtal innebar missbruk av en dominerande ställning, var nödvändigt ”inte endast att vägra[n] att tillhandahålla den tjänst som tidningsutbärning [utgjorde, var] av beskaffenheten att eliminera all konkurrens på dagstidningsmarknaden från den som efterfråga[de] tjänsten och att denna vägran inte [var] objektivt berättigad, utan även att tjänsten i sig [var] oundgänglig för att den som efterfråga[de] den [skulle] kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte existera[de] något faktiskt eller potentiellt alternativ till systemet för tidningsutbärning”.⁴⁷

43 — Punkterna 53 och 54.

44 — Punkt 55.

45 — Punkt 56.

46 — Punkt 37.

47 — Punkt 41.

b) Slutsatser

55. Av den korta undersökningen ovan av rättspraxis följer, såsom IMS har understrukit, att domstolen i själva verket i samtliga fall där den har medgett att en vägran att tillhandahålla eller göra vissa varor (materiella eller immateriella) eller tjänster tillgängliga kan utgöra missbruk av en dominerande ställning, har urskiljt en marknad för dessa varor eller tjänster (i föregående led) och en tillhörande marknad (i efterföljande led) i vilka dessa används som input för produktionen av olika varor och tjänster. De åsidosättanden av artikel 82 som konstaterats eller antagits i dessa fall avsåg nämligen vertikalt integrerade företag som (åtminstone enligt vad som antogs) vägrade att sluta avtal och därvid missbrukade sin dominerande ställning på en marknad i föregående led för att begränsa eller eliminera konkurrensen på en marknad i efterföljande led.

56. Såsom NDC och kommissionen helt riktigt har anförts har domstolen emellertid för att fastställa att det finns en marknad för input (i föregående led) inte ansett det vara nödvändigt att dessa saluförs som en självständig produkt av det dominerande företaget. I domen i målet Magill fastställde domstolen nämligen att det fanns en marknad för TV-programförteckningar trots att dessa inte salufördes som självständiga produkter av TV-bolagen utan erbjöds gratis till några tidningar. I domen i målet Bronner medgav domstolen vidare att det kunde fastställas att det fanns en

marknad för rikstäckande system för dagstidningsutbärning även om det företag som hade monopol på denna (förmodade) marknad inte sålde tidningsutbärningstjänsten som en självständig produkt.⁴⁸

57. Vid tillämpningen av den ovan redovisade rättspraxisen avseende vägran att sluta avtal framstår det således för mig som tillräckligt att det *kan fastställas* att det finns en marknad i föregående led för input. Detta gäller även om marknaden endast är "potentiell" i den meningen att det på denna marknad är verksamt ett monopolföretag som beslutar sig för att inte saluföra den ifrågavarande inputen som en självständig produkt (trots att det finns en verklig efterfrågan på den) utan för att såsom ensam användare nyttja densamma på en efterföljande marknad och, därvid, begränsar eller eliminerar all konkurrens på denna marknad.

58. För att ta ett klassiskt exempel på *essential facility*-teorin kan man tänka sig fallet där tillträde till en hamn är nödvändig för att kunna tillhandahålla sjötransporttjänster på en viss geografisk marknad. Man kan anta att ägaren till denna hamn såsom ensam användare nyttjar denna infrastruktur för att säkerställa en monopolställning på marknaden för sjötransporttjänsterna och därvid utan något objektivt skäl vägrar

48 — För att fastställa den relevanta marknaden förefaller domstolen inte ha beaktat det förhållandet att ägaren till tidningsutbärningssystemet tillhandahöll en rad tjänster till en oberoende utgivare, bland annat även utbärning av en dagstidning som den senare gav ut. I det fallet såldes emellertid tidningsutbärningstjänsten inte självständigt utan ingick i ett "paket" som även omfattade tryckning och försäljning i kiosker av dagstidningen i fråga.

att tillhandahålla de nödvändiga hamntjänsterna till utomstående företag som begär sådana. Jag tror emellertid att i ett sådant fall skulle rättspraxis avseende vägran att sluta avtal vara tillämplig, oberoende av det förhållandet att hamntjänsterna inte erbjuds på marknaden. Detta förhållande skulle nämligen inte utesluta möjligheten att fastställa att det finns en marknad för hamntjänster som efterfrågas av sjötransportföretag, förutsatt att en efterfrågan på dessa tjänster verkligen finns och att det inte finns tekniska hinder för att saluföra dem. Enligt rättspraxis avseende vägran att sluta avtal kan således en ägare till en hamninfrastruktur som utan skäl vägrar tillträde till denna infrastruktur anses missbruka sin dominerande (monopol)ställning på marknaden för hamntjänster, eftersom ägaren genom sitt agerande eliminerar all konkurrens på den tillhörande marknaden för sjötransporttjänster.

företag som önskar vara verksamma på den marknad för vilken denna input är nödvändig.

60. Om jag mot bakgrund av det ovan anförda undersöker det fall som avses med den första frågan måste jag medge att man i förevarande fall inte kan undgå att tillämpa rättspraxis avseende vägran att sluta avtal endast på grund av det förhållandet att det företag som har begärt licens för områdesstrukturen har för avsikt att vara verksamt på samma marknad som innehavaren av denna upphovsrätt. Med hänsyn till att denna fråga utgår från den förutsättningen att den områdesstruktur för vilken licens begärs är nödvändig för att kunna saluföra studier över regional läkemedelsförsäljning i ett visst land, kan man nämligen utan vidare fastställa att det finns en marknad i föregående led avseende tillträde till områdesstrukturen (på vilken upphovsrättsinnehavaren har monopol) och en tillhörande marknad i efterföljande led för försäljning av dessa studier.

59. När det således klargjorts att det för att kunna fastställa att det finns en inputmarknad i föregående led inte är nödvändigt att denna input saluförs som en självständig produkt av det företag som kontrollerar den, framstår det för mig som uppenbart att det per definition kan fastställas att en sådan marknad finns, när a) inputen i fråga är nödvändig (av den anledningen att den inte är utbytbar eller möjlig att mångfaldiga) för verksamhet på en viss marknad, och b) det på denna marknad finns en verklig efterfrågan på dessa varor från

61. När detta fastslagits skall jag emellertid tillägga att domstolens domar avseende vägran att bevilja licens för en immateriell rättighet leder mig till den ståndpunkten att det, för att anse att en oberättigad vägran utgör missbruk, inte är tillräckligt att den immateriella tillgång som är föremål för upphovsrätten är nödvändig för att vara verksam på en viss marknad och att rättighetsinnehavaren genom denna vägran följaktligen kan eliminera all konkurrens på denna marknad.

62. Även om dessa förhållanden föreligger kan enligt min mening vid avvägningen mellan å ena sidan intresset att skydda den immateriella rättigheten och att skydda dess innehavares fria utövande av sin näringsverksamhet och å andra sidan intresset att skydda den fria konkurrensen visaren på vågen väga över för det senare intresset endast om vägran att bevilja licens hindrar utvecklingen av den tillhörande marknaden till skada för konsumenterna. Jag anser närmare bestämt att vägran att bevilja licens kan anses som missbruk endast om det begärande företaget inte endast i huvudsak vill mångfaldiga varor/tjänster som innehavaren av den immateriella rättigheten redan erbjuder på den tillhörande marknaden utan har för avsikt att producera varor/tjänster med andra egenskaper som — om än i konkurrens med rättighetsinnehavarens varor/tjänster — möter vissa särskilda krav från konsumenterna som inte uppfylls av de varor/tjänster som finns.

63. I detta avseende förefaller det mig framgå klart av domen i målet Magill, i vilken, såsom konstaterats, domstolen ansåg en oberättigad vägran att bevilja licens vara missbruk, eftersom a) denna vägran hade "förhindrat tillkomsten av en ny produkt, ett heltäckande veckovis utkommande TV-programblad, som klagandena inte erbjöd och för vilket det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenten",

och b) "klagandena [genom denna vägran hade] tillskansat sig en tillhörande marknad, marknaden för veckovis utkommande TV-programblad, genom att utestänga all konkurrens från marknaden".⁴⁹

64. I det fallet ansåg domstolen således att vägran att bevilja licens utgjorde missbruk med hänsyn till det förhållandet att det företag som begärde licens ville släppa ut ett annat veckovis utkommande TV-programblad än det som upphovsrättsinnehavaren producerade (eftersom det inte skulle ha innehållit programmen från endast ett TV-bolag utan skulle ha tillhandahållit samtliga kanalers TV-tablåer), vilket skulle ha uppfyllt särskilda krav från konsumenternas sida. Därigenom förhindrades tillkomsten av en "ny" produkt som skulle ha konkurrerat med dem från upphovsrättsinnehavaren på den allmänna marknaden för veckovis utkommande programblad.

65. Kanske skall man emellertid göra samma tolkning av domen i målet Volvo, i vilken domstolen fastställde att "en vägran att bevilja en ... licens inte i sig kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning".⁵⁰ Även om i det fallet mönsterrätten för de olika karosdelarna kunde anses som en nödvändig input för att vara verksam på den (förmodade) marknaden för originalreservdelar, kan det anses att domstolen inte ansåg vägran att bevilja licens som

49 — Punkterna 54 och 56.

50 — Punkt 8.

missbruk, med hänsyn tagen till det förhållandet att den som begärde licens inte ville göra något annat än att mångfaldiga mönsterskydds innehavarens produkter och, således, producera originalreservdelar för Volvo.

66. Mot bakgrund av samtliga överväganden ovan anser jag således att den första tolkningsfrågan skall besvaras på så sätt att artikel 82 EG skall tolkas så att en vägran att bevilja en licens för användning av en upphovsrättsligt skyddad immateriell tillgång utgör missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i denna bestämmelse, om a) det inte finns objektiva skäl för denna vägran, och b) det för att vara verksamt på en tillhörande marknad är nödvändigt att använda den immateriella tillgången, varför rättighetsinnehavaren genom denna vägran skulle eliminera all konkurrens på denna marknad. Detta gäller emellertid under förutsättning att det företag som begär licensen inte i huvudsak endast vill mångfaldiga de varor/tjänster som innehavaren av den immateriella rättigheten redan erbjuder på den tillhörande marknaden utan har för avsikt att producera varor eller tillhandahålla tjänster med andra egenskaper, som — även om de konkurrerar med rättighetsinnehavarens varor/tjänster — möter särskilda krav från konsumenterna som inte uppfylls av de varor/tjänster som redan finns.

Den andra och den tredje frågan

67. Såsom konstaterats önskar den nationella domstolen genom den andra och den tredje frågan i huvudsak få klarhet i när en upphovsrättsligt skyddad områdesstruktur skall anses nödvändig för saluföringen av studier avseende regional försäljning av läkemedel i ett visst land. Den nationella domstolen önskar särskilt få klarhet i huruvida vissa förhållanden är av betydelse vid denna bedömning, nämligen i) den grad i vilken läkemedelsföretagens företrädare deltar i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade strukturen, ii) den uppoffring (särskilt i kostnadshänseende) som läkemedelsföretagen måste tåla för att kunna köpa studier som utförts på grundval av en annan struktur är den upphovsrättsligt skyddade.

Parternas argument

68. IMS har när det gäller de frågeställningar som uppkommit genom de aktuella tolkningsfrågorna i allmänna ordalag anfört att kundkretsens preferenser inte kan motivera att strukturen bestående av 1860 områden skall anses som en *essential facility*. För att bedöma om en områdesstruktur är nödvändig för saluföringen av studier över regional försäljning av läkemedel kan man nämligen inte hänvisa till kundernas subjektiva benägenhet att acceptera studier som utförts på grundval av en

annan struktur. Vid den bedömningen är däremot den objektiva möjligheten för en konkurrent av jämförbar storlek att utveckla en alternativ struktur avgörande.

infrastruktur utgör en *essential facility*, eftersom dessa under vissa förhållanden kan göra tillträdet till en infrastruktur nödvändig när den annars inte skulle vara det.

69. Beträffande läkemedelsföretagens roll i utvecklingen av områdesstrukturen har IMS därefter anfört att ett direkt bidrag från kundernas sida till skapandet av produkter eller tjänster som bättre motsvarar deras krav är helt normalt. I detta perspektiv skulle ett åläggande av en skyldighet att bevilja licens ha negativa konsekvenser, eftersom företagen skulle drivas till att avstå från all kontakt med kundkretsen för att utveckla egna produkter.

72. NDC har vidare understrukit att enligt domen i målet Bronner kan tillträdet till en viss infrastruktur anses nödvändigt när det inte skulle vara lönsamt att skapa en alternativ infrastruktur. I förevarande fall är de anpassningskostnader som läkemedelsföretagen behöver tåla för att övergå till en annan områdesstruktur så höga att införandet av en konkurrerande struktur inte endast skulle vara olönsam utan skulle vara direkt ekonomiskt oöverstiglig.

70. När det gäller de anpassningskostnader som kunderna drabbas av för att kunna använda studier som utförts på grundval av andra strukturer har IMS slutligen anfört att det förhållandet att kunderna ådrar sig utgifter om de väljer en annan produkt är helt normalt och inte kan vara av betydelse för att fastställa huruvida en vägran att bevilja licens innebär missbruk av en dominerande ställning.

73. Kommissionen har för sin del erinrat om att den i sitt interimistiska beslut angav åtskilliga omständigheter som leder till den slutsatsen att IMS struktur bestående av 1860 områden är nödvändig för saluföringen av studier avseende regional försäljning av läkemedel i Tyskland. De omständigheter som den nationella domstolen har angett är således endast några av dem som beaktats vid denna bedömning.

71. NDC har tvärtemot anfört att industrins praxis eller kundernas förväntningar har betydelse vid fastställandet av om en

74. Efter att ha anfört detta har kommissionen understrukit att kundernas omfattande deltagande i utvecklingen av IMS områdesstruktur bidrog till att skapa ett

beroendeförhållande för läkemedelsföretagen till denna struktur. Enligt kommissionens mening har en så regelbunden och intensiv medverkan i syfte att skapa en gemensam struktur för tillhandahållande av en rad kompatibla tjänster sådana egenskaper som är kännetecknande för en process för att skapa en faktisk norm.

Bedömning

77. För analysen av den aktuella frågan är det lämpligt att helt enkelt utgå från domen i målet Bronner, i vilken domstolen angett några användbara anvisningar för att fastställa när en vara (materiell eller immateriell) eller en tjänst kan anses vara nödvändig för att vara verksam på en viss marknad.

75. Kommissionen har vidare anfört att för att fastställa om en infrastruktur är nödvändig måste man bedöma huruvida en konkurrent av motsvarande storlek kan skapa ett ändamålsenligt alternativ. Vid denna bedömning är det emellertid ändamålsenligt med en noggrann granskning av relevanta faktorer på efterfrågesidan, och, särskilt, av de anpassningsinsatser som kunderna måste göra för att övergå till en annan struktur. En sammantagen analys av situationen med utgångspunkt i utbud och efterfrågan är lämplig, särskilt för att fastställa om det är ekonomiskt lönsamt att skapa en alternativ infrastruktur.

78. I det fallet uteslöt domstolen särskilt att det enda rikstäckande systemet för tidningsutbärning i en viss medlemsstat var nödvändigt för försäljningen av dagstidningar och underströk därvid för det första att det var "ostridigt att det f[a]nnas andra sätt att distribuera dagstidningar, exempelvis genom postbefordran eller genom lösnummerförsäljning i affärer och kiosker, och att de använd[er]s av utgivarna av dessa dagstidningar, även om dessa distributionssätt k[un]de vara mindre fördelaktiga för distributionen av vissa av dem" och för det andra att "det inte [föreföll] som om det förel[åg] tekniska, lagliga eller ekonomiska hinder som [va]r sådana att de g[jorde] det omöjligt, eller ens orimligt svårt, för varje utgivare av dagstidningar som så önska[de] att inrätta, själv eller i samarbete med andra utgivare, sitt eget rikstäckande system för tidningsutbärning och att använda det för distribution av sina egna dagstidningar".⁵¹

76. Kommissionen har med åberopande av sina sammantagna bedömningar i sitt intermistiska beslut slutligen betonat de hinder som i förevarande fall motverkar att läkemedelsföretagen övergår till en områdesstruktur som inte är förenlig med IMS struktur och de extra, inte endast ekonomiska, uppoffringar som en sådan övergång skulle medföra.

⁵¹ — Punkterna 43–44.

79. Domstolen klargjorde vidare att det, "för att visa att inrättandet av ett sådant system inte utgör ett realistiskt potentiellt alternativ och att tillgång till det existerande systemet således är oundgänglig, inte är tillräckligt att göra gällande att det inte är ekonomiskt lönsamt på grund av den låga upplagan för den eller de dagstidningar som skall distribueras. För att en sådan tillgång i förekommande fall skall kunna anses som oundgänglig krävs det nämligen åtminstone att det visas ... att det inte är ekonomiskt lönsamt att inrätta ytterligare ett utbärningssystem för distribution av dagstidningar med en upplaga som är jämförbar med upplagan för de dagstidningar som distribueras genom det existerande systemet." ⁵²

80. Av denna dom framgår således att det, för att fastställa huruvida en input är nödvändig för att vara verksam på en viss marknad måste bedömas a) om det finns alternativa input som kan användas för att verka (mer eller mindre effektivt) på marknaden i fråga, och b) om det finns tekniska, rättsliga eller ekonomiska hinder som kan göra det omöjligt eller orimligt svårt för varje företag som har för avsikt att verka på denna marknad att, eventuellt i samarbete med andra aktörer, skapa alternativa input. För att kunna medge att det finns ekonomiska hinder för att skapa alternativa input skall det enligt domstolen framgå åtminstone att det inte är ekonomiskt

lönsamt att skapa dessa för produktion i en omfattning som är jämförbar med rättighetsinnehavarens produktion av befintlig input.

81. I förevarande fall skall det, såsom konstaterats, fastställas vilken relevans vissa omständigheter har vid denna bedömning, nämligen i) den grad i vilken läkemedelsföretagen deltar i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade strukturen, och ii) den uppoffring (särskilt i kostnads-hänseende) som läkemedelsföretagen måste göra för att kunna köpa studier som utförts på grundval av en annan struktur än den upphovsrättsligt skyddade.

82. Dessa aspekter skall enligt min mening beaktas tillsammans, eftersom båda i slutändan utgör ekonomiska hinder för att skapa en alternativ struktur.

83. Enligt vad NDC och kommissionen har hävdat utgör nämligen läkemedelsföretagens intensiva deltagande i utvecklingen av IMS struktur, även om det inte innebär ett absolut tekniskt eller rättsligt hinder för en övergång till en alternativ struktur, ett av skälen till läkemedelsföretagens beroende av den befintliga strukturen. Om det emellertid är så förklarar läkemedelsindustrins deltagande i utvecklingen av IMS

struktur endast varför dessa industrier måste göra extra ansträngningar för att kunna övergå till att köpa studier som utförts på grundval av en annan struktur.

att, eventuellt i samarbete med andra aktörer, skapa en sådan alternativ struktur.

84. Det är klart att, om läkemedelsindustriföretagen måste göra extra insatser (organisatoriska och ekonomiska) för att övergå till en alternativ struktur, detta skulle göra det mer kostsamt eller, enligt vad som anförts, mindre lönsamt för en konkurrent till IMS att skapa en sådan struktur. För att övertyga potentiella kunder att köpa studier som utförts på grundval av den alternativa strukturen måste nämligen IMS konkurrent erbjuda dem särskilt fördelaktiga villkor, med risk för att inte lyckas betala av genomförda investeringar.

86. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag således att den andra och den tredje frågan skall besvaras så, att den grad i vilken läkemedelsföretagen deltar i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade strukturen och den uppoffring som dessa företag måste göra för att kunna köpa studier som utförts på grundval av en till den upphovsrättsligt skyddade strukturen alternativ struktur är omständigheter som skall beaktas, när det fastställs om sistnämnda struktur är nödvändig för saluföringen av studier över regional läkemedelsförsäljning.

Den nationella domstolens och kommissionens samtidiga tillämpning av artikel 82 EG

85. Av detta kan följaktligen dras den slutsatsen att den grad i vilken läkemedelsföretagen deltar i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade strukturen och den uppoffring som dessa företag måste göra för att kunna köpa studier som utförts på grundval av en till den upphovsrättsligt skyddade strukturen alternativ struktur är omständigheter som skall beaktas, när det fastställs om det finns ekonomiska hinder som kan göra det omöjligt eller orimligt svårt för varje företag som har för avsikt att vara verksamt på den aktuella marknaden

87. Såsom angetts skulle jag, innan jag avslutar, vilja komma med några kortfattade överväganden kring de frågor som uppkommer i förevarande fall avseende den nationella domstolens och kommissionens samtidiga tillämpning av artikel 82 EG. Dessa frågeställningar uppkommer eftersom den dom som domstolen skall meddela i förevarande mål, nämligen att ange den riktiga tolkningen av artikel 82 EG avseende de frågor som den nationella dom-

stolen har ställt, förmodligen kommer att lämna ett visst utrymme för skönsässig bedömning för den sistnämnda för att fastställa om IMS vägran att bevilja licens utgör missbruk av en dominerande ställning. Teoretiskt sett skulle den nationella domstolen följaktligen kunna meddela en dom som strider mot kommissionens interimistiska beslut, i vilket *prima facie* fastställts att denna vägran strider mot artikel 82 EG.

denna institution har fattat ett interimistiskt beslut, eftersom ett besluts interimistiska karaktär inte påverkar vare sig dess bindande verkan eller den ovannämnda samarbetskyldigheten. Såsom domstolen dessutom har fastställt gäller förbudet mot att fatta beslut som strider mot kommissionens även i fall där dessa beslut interimistiskt vilandeförklarats av förstainstansrättens ordförande.⁵⁵

88. I denna situation framstår det följaktligen lämpligt att erinra om att domstolen redan har haft tillfälle att klargöra att "när en nationell domstol träffar avgörande om ett avtal eller förfarande som redan varit föremål för ett beslut av kommissionen [med tillämpning av artikel 81 eller 82 EG] kan den ... inte träffa ett avgörande som står i strid med kommissionens beslut."⁵³ Detta förbud, som har sin grund i skyldigheten till lojalt samarbete enligt artikel 10 EG och i den bindande verkan av beslut som kommissionen fattat med tillämpning av artiklarna 81 eller 82 EG⁵⁴, skall enligt min mening tillämpas även när

89. Om den nationella domstolen — inom ramen för det utrymme för skönsässig bedömning som domstolen förmodligen kommer att lämna — hyser tvivel beträffande giltigheten av kommissionens beslut, kan den naturligtvis ställa en ny tolkningsfråga i det avseendet.⁵⁶ Om denna domstol anser det lämpligt kan den dessutom vilandeförklara sitt mål tills förstainstansrätten tagit slutgiltig ställning avseende kommissionens interimistiska beslut⁵⁷ eller invänta dess slutgiltiga beslut, eventuellt efter att ha samrått med kommissionen själv. Såsom domstolen har understrukit skall slutligen, i ett fall där målet förklaras vilande, den nationella domstolen bedöma om det är nödvändigt att besluta om interimistiska åtgärder i syfte att skydda parternas intressen fram till dess att den avgör målet slutgiltigt.⁵⁸

53 — Dom av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods (REG 2000, s. 11369), punkt 52.

54 — Punkterna 49–50.

55 — Punkt 53.

56 — Punkt 57.

57 — Punkt 57.

58 — Punkt 58.

Förslag till avgörande

Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag följaktligen att domstolen skall lämna följande svar till Landgericht:

- 1) Artikel 82 EG skall tolkas så, att en vägran att bevilja en licens för användning av en upphovsrättsligt skyddad immateriell tillgång utgör missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i denna bestämmelse, om a) det inte finns objektiva skäl för denna vägran, och b) det för att utöva verksamhet på en tillhörande marknad är nödvändigt att använda den immateriella tillgången, varför rättighetsinnehavaren genom denna vägran skulle eliminera all konkurrens på denna marknad. Detta gäller emellertid under förutsättning att det företag som begär licensen inte i huvudsak endast vill mångfaldiga de varor/tjänster som innehavaren av den immateriella rättigheten redan erbjuder på den tillhörande marknaden utan har för avsikt att producera varor eller tillhandahålla tjänster med andra egenskaper som — även om de konkurrerar med rättighetsinnehavarens varor/tjänster — möter särskilda krav från konsumenterna som inte uppfylls av varor/tjänster som redan finns.
- 2) Den grad i vilken läkemedelsföretagen deltar i utvecklingen av den upphovsrättsligt skyddade strukturen och den uppoffring som dessa företag måste göra för att kunna köpa studier som utförts på grundval av en till den upphovsrättsligt skyddade strukturen alternativ struktur är omständigheter som skall beaktas, när det fastställs om den upphovsrättsligt skyddade strukturen är nödvändig för saluföringen av studier avseende regional läkemedelsförsäljning.