



LUND UNIVERSITY

EU-gruppundantag med förhinder

Lidgard, Hans Henrik

Published in:
Svensk Juristtidning

1995

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Lidgard, H. H. (1995). EU-gruppundantag med förhinder. *Svensk Juristtidning*, (10), 793-819.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

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

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

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

Take down policy

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

LUND UNIVERSITY

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



LUND UNIVERSITY

Juridiska fakulteten

LUP

Lunds Universitets Publikationer
Institutionellt Arkiv vid Lunds Universitet
Adress: <http://www.lu.se/forskning/avhandlingar-och-publikationer>

Detta är en digitaliserad version av
en artikel i tidskriften Svensk Juristtidning.

Referens för den publicerade versionen:
Lidgard, Hans-Henrik.
EU-gruppundantag med förhinder.
Svensk Juristtidning, nr. 10, 1995, 793-819.

Publicerad i LUP med tillstånd från:
Föreningen för utgivande av Svensk Juristtidning.

Digitaliseringen har skett inom projektet Retrodigitalisering
av nutida svårtillgänglig svenskpublicerad HumSam-
forskning, finansierat av Kungliga biblioteket.

EU-gruppundantag med förhinder

Av jur. dr HANS HENRIK LIDGARD

I. Bristande teknikutveckling i Europa kräver åtgärder

1976 summerade jag att patent- och varumärkesskyddet successivt urholkats till förmån för fria varurörelser och en obunden konkurrens i gemenskapen. Fortsatte denna trend skulle immaterialrättskyddet förlora sin belönande funktion till skada för europeisk forskningssamverkan. Lösningen låg i en harmonisering av de nationella reglerna.¹

Bedömningen för 20 år sedan var knappast felaktig även om det därefter inte hänt särskilt mycket på harmoniseringssidan. Medlemsstaterna har haft problem att samordna sin syn på den immaterialrättsliga lagstiftningen och de europeiska gemenskapernas domstol (GD) har gång efter annan tvingats skapa lösningar för att överbrygga bristerna.

Europa har under de senaste årtiondena kommit på efterkälken inom viktiga teknikområden och Edit Cresson, kommissionär för forskningsfrågor, rapporterade nyligen i Wien att forskningskostnadens andel av BNP är 2 % i Europa medan den är 2,7 % i USA och 2,8 % i Japan.² Siffrorna bekräftar den oro som kommit till uttryck i olika industriprogram från kommissionen: det uppfinns mindre i Europa idag än för några decennier sedan — särskilt vid en jämförelse med andra världsdelar. På sikt är trenden av betydelse för ekonomisk utveckling, välbstånd och arbetstillgång i Europa.

Det finns många orsaker till den oförmånliga utvecklingen, som inte enbart låter sig förklaras med ofullkomligheter i immaterialrättslagstiftningen. Klart är att kommissionen idag prioriterar åtgärder, som kan stärka forskningsarbete och teknksamverkan. Hit hör horisontella åtgärder, som påverkar industrin generellt, och vertikala åtgärder av särskild betydelse för specifika industrigrenar. Som exempel kan nämnas att inom läkemedelssektorn har ett intensivt lagstiftningsarbete genomförts under den senaste femårsperioden i syfte att stödja en forskningsintensiv industri genom

¹ H. H. Lidgard, Patent och varumärken i EG, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1976 s. 308 ff. också återgiven i Sverige — EEC och konkurrensen, sammanläggningsavhandling Lund 1977 s. 203 ff.

² Week in Europe, 19 oktober 1995 (WE/35/95).

t. ex. förlängning av patenttiden för läkemedel,³ förenhetligande av registreringsvillkor⁴ och rationellare hantering under säkra och kontrollerade former.⁵ På motsvarande sätt har kommissionen vidtagit åtgärder avsedda att förbättra villkoren för andra industrisegment. Regelsystemen är inte diskriminerande mot produkter från andra länder, men likväl nödvändiga som bas för en europeisk expansion på exportmarknaderna.

Om gemenskapens allmänna industrivänlighet således varit uppenbar är det mer tveksamt om de rättsvårdande myndigheterna, kommissionens konkurrensdirektorat (DG IV) och domstolarna, agerat med samma mål för ögonen.⁶

Kommissionen har under 1994/95 presenterat förslag till nytt gruppundantag för teknologilicenser, som skall ersätta existerande patent- och know-how förordningar. Huruvida det senaste förslaget verkligen kommer att antas är osäkert. I alla händelser behöver det belysas och diskuteras.

Avsikten med denna artikel är att presentera upplägget i det nya förslaget och särskilt granska om kommissionen lyckas i sitt uppsåt att främja och förenkla tekniksamverkan i Europa. Dagens rättsläge diskuteras i avsnitt II. I avsnitt III presenteras det senaste förslaget översiktligt och därefter behandlas det nya marknadsandelsförslaget. I avsnitt V kommenteras hanteringen av marknadsuppdelning och därefter granskas inställning till konkurrensklausuler i avsnitt VI. Den administrativa proceduren diskuteras i avsnitt VII och artikeln avslutas med praktiska konklusioner och några tankar om hur svensk konkurrenslagstiftning kan komma att påverkas.

II. Existerande rättsläge

1. *Splittrad och otydlig början*

Fram till 1976 — när det ovan refererade arbetet skrevs — var utvecklingen i gemenskapen splittrad och otydlig. Tre betydelsefulla parametrar drog åt olika håll: Romfördragets krav på fria varurörelser stod i konflikt med den nationella immaterialrättens

³ Council Regulation (EEC) No 1768/92 of 18 June 1992 Concerning the creation of a supplementary protection certificate for medicinal products, OJ 1992, L 182/1.

⁴ Council Regulation (EEC) No 2309/93 of 22 July 1993 laying down Community procedures for the authorization and supervision of medical products for human and veterinary use ..., OJ 1993, L214/1.

⁵ Council Directive 92/25/EEC of 31 March 1992 on the wholesale distribution of medicinal products for human use, OJ 1992, L 113/1 och Council Directive 92/26/EEC of 31 March 1992 concerning the classification for the supply of medicinal products for human use, OJ 1992, L113/5 och slutligen Council Directive 92/27/EEC of 31 March 1992 on the labelling of medicinal products for human use and on package leaflets, OJ 1992, L113/8.

⁶ V. Korah, The Preliminary Draft of a New EC Group Exemption for Technology Licensing, European Business Law Review, July 1994, s. 170.

uppdelande verkan och denna i sin tur behövde balanseras mot konkurrensreglerna. I linje med mycket annat gavs gemenskapsrättsliga regler företrädde framför de nationella.⁷ GD prioriterade gemenskapens konkurrensreglering framför den nationella immaterialrättsordningen⁸ och med tiden kom även reglerna om fria varurörelser att medföra betydande inskränkningar i hur de nationella rättigheterna kunde utövas.⁹

1976 förelåg ännu inga bestämmelser som klarlade kommissionens syn på tekniksamverkan trots att Rådet redan 1965 i förordningsform delegerat behörighet.¹⁰ I tidigare tillkännagivanden hade kommissionen uttryckt en positiv syn på licenssamverkan,¹¹ men denna hade successivt under senare delen av 60-talet och början av 70-talet ersatts av mer restriktiva tongångar och en ökad misstänksamhet mot exklusiv samverkan.¹² Ett förslag till gruppundantag för patentlicensavtal förelåg, men oenigheten var stor mellan industri och myndighet om hur det skulle utformas för att inte bli en hämsko för teknisk utveckling i Europa.

Genom sitt utslag i Nungesser-fallet 1982 bidrog GD till att knutar kunde lösas. Domstolen intog en i förhållande till kommissionen generös inställning och skiljde mellan "öppna" exklusiva licensavtal, som innebär att rättighetsinnehavaren förbinder sig att inte licensiera annan och att inte själv utöva sina rättigheter i territoriet, och avtal som bygger på en "absolut marknadsuppdelning" i vilket parterna eliminerar parallell handel med licensprodukten.¹³ Med hänvisning till att det rörde sig om ny teknologi drog GD slutsatsen att invändningar inte kunde riktas mot öppna licenser.

Även om GD begränsade Nungesser-utslaget till växtförädling och kanske t. o. m. till det speciella fallet, har domen uppfattats som generellt tillämplig på licensiering av immaterialrättigheter.

⁷ I mål 187/80 Merck & Co Inc. v. Stephar B.V. and Petrus Stephanus Exler, [1981] ECR 2063, [1981] 3 CMLR 463, para 11 eliminerade domstolen mycket av patents belöande effekt och gav företrädde för den "fundamentala principen" om fria varurörelser. Om en patentinnehavare säljer i ett land där patent inte meddelats, "he must then accept the consequences of his choice as regards the free movement of the product within the Common Market, which is a fundamental principle ..."

⁸ Se t. ex. GD:s domar i mål 56&58/64 Etabl. Consten and Grundig GmbH v. E.C. Commission, [1966] ECR 299, [1966] CMLR 418 och mål 40/70 Sirena v. Eda [1971] ECR 69, [1971] CMLR 260.

⁹ Se t. ex. GD:s domar i mål 78/70 Deutsche Grammophon v. Metro, [1971] ECR 487, [1971] CMLR 631 och mål 15/74 Centrafarm v. Stirling Drug, [1974] ECR 1174, [1974] 2 CMLR 480.

¹⁰ Council Regulation 19/65 of March 2, 1965 on Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Agreements and Concerted Practices. JO 1965 533.

¹¹ Kommissionens tillkännagivande angående patentlicensavtal. JO 24.12.1962.

¹² Beslut 72/237/EEC, Davidson Rubber, JO 1972 L143/31, [1972] CMLR D52 är ett tydligt exempel på kommissionens hårdare inställning till licensavtal. Se vidare Lidgard, ovan not 1.

¹³ Mål 258/78 — L.G. Nungesser KG & Kurt Eisele v. E.C. Commission, [1982] ECR 2015, [1983] 1 CMLR 278, para 53.

Ett skäl härför är att rättsfallet överensstämmer med domstolens allmänna syn på exklusivt samarbete.

2. Gruppundantag för patent- och know-how licensavtal

Med stöd av Nungesser-domen kunde kommissionen revidera och utfärda ett gruppundantag för patentlicensavtal 1984.¹⁴ Det hade i och för sig kunnat hävdas att det inte erfordras ett undantag för exklusiva licensavtal eftersom domen faktiskt klargjorde att det "öppna" licenssamarbetet föll utanför artikel 85(1). Likväl undantags (för säkerhets skull) sådana avtal tillsammans med vissa andra former, som kanske mer otvetydigt faller under förbudet.

Den valda tekniken gör att gruppundantaget inte bara tjänar undantagssyftet, utan kanske snarare blir en preciserande katalog över vad kommissionen anser att förbudet i artikel 85(1) omfattar. Förordningen värnar om fria varurörelser och inskränker de klausuler som beskär licenstagares (LT) rörelsefrihet. I sin förlängning innebär regelsystemet att LT är licensgivarens (LG) främste potentielle konkurrent, som med stöd av gruppundantaget kan utnyttja den kunskap han erhållit genom licensen till att ifrågasätta immaterialrättigheter, utveckla nya och förbättrade produkter och konkurrera med LG.

Undantaget innehåller precisa anvisningar om vilka bestämmelser som kan tillåtas och vilka som är "svartlistade". Gruppundantagets detaljstyrning präglar en av de mer svårtolkade domar som GD avkunnat och som drabbade amerikanen Hoyle Schweitzer, som "uppfunnit" hur man — med domstolens ord — skulle "combine the art of surfing with the sport of sailing".¹⁵ Domen, som inte är ett pleniavgörande, begränsar uppfinnarens inflytande över sin uppfinning och med hänvisning till att det är osäkert om beviljade patent kunde anses omfatta surfbrädan öppnas möjligheter för licenstagarna att agera i strid med LG:s intressen. Mer än en gång måste Mr Schweitzer ha frågat sig varför han inte utnyttjade sin idé själv genom egenetablering snarare än att licensiera kunskapen till fristående företag.

Kommissionen kompletterade 1989 gruppundantaget för patentlicenser med ett undantag för know-how licenser.¹⁶ En tendens till

¹⁴ Commission Regulation 2349/84, On the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Patent Licensing Agreements. OJ 1984 L 219/15, sedermera justerad genom förordning 151/93, OJ 1993 L 21/8 och successivt förlängd till utgången av 1995.

¹⁵ Mål 193/83 Windsurfing International Inc. v. E.C. Commission, [1986] ECR 611, [1986] 3 CMLR 489.

¹⁶ Commission Regulation 556/89, On the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Know-how Licensing Agreements. OJ 1989 L61/1, sedermera justerad genom förordning 151/93, OJ 1993 L 21/8.

generösare inställning kan skönjas i denna förordning i jämförelse med patentlicensförordningen¹⁷ och eftersom den även täcker blandade patent/know-how licenser torde parter i praktiken hellre ha förlitat sig på denna förordning. I allt väsentligt bygger de två förordningarna dock på samma grundtankar.

Det är naturligtvis svårt att finna mått för att beskriva vilken betydelse konkurrensmyndighetens allmänna inställning — och i synnerhet gruppundantagens utformning — haft för tekniksamverkan i Europa. Antalet anmälda licensavtal har minskat kraftigt, vilket möjligen skulle kunna tolkas som om industrin anpassat sig till förordningarna. Det har antytts att kommissionen misstänker att industrin lyckats dölja allvarliga begränsningar bakom gruppundantagets fasad. Bortsett från Tetra Pak I-målet, som behandlas nedan, har kommissionen inte kunnat belägga en sådan förmodan. Ett allvarligt skäl för den minskade tillströmningen av anmälningar kan vara att industrin drar sig för att använda licensformen i sina samarbetsavtal eftersom DG IV:s inställning utesluter kommersiellt vettiga avtal. För läkemedelsindustrins vidkommande är det påtagligt att de senaste årtiondena kännetecknats av egenetablering snarare än licenssamverkan, som var vanligt tidigare. Delvis är detta naturligt och skulle ha inträffat i alla händelser, eftersom företag strävar efter att tillgodogöra sig allt mer av sina produkters totala avkastning. EU-myndigheternas detaljkontroll av licensiering har i vart fall inte bidragit till ett ökat teknikutbyte i läkemedelsindustrin.

3. Justice Department preciserar den amerikanska inställningen

I USA bedöms licenssamverkan i huvudsak enligt den "rule of reason-metod" som Sherman Act anvisar, medan den europeiska inställningen utgår från att exklusiva licensavtal faller under förbudet i artikel 85(1) och måste undantas. Dessutom har den amerikanska omsorgen om fria varurörelser aldrig gått så långt som i Europa. Måhända kan detta bero på att amerikaner inte ifrågsätter att USA är en marknad medan européer fortfarande ser nationsgränser som viktiga vattendelare. Ytterligare ett särdrag är att amerikanerna koncentrerar sina ansträngningar på horisontella konkurrensbegränsningar. Producenter av konkurrerande produkter skall arbeta fristående från varandra medan det är av underordnad betydelse att kontrollera vilka marknadsföringsvägar en producent väljer för

¹⁷ Exempel på klausuler som framstår som förmånligare för en licensgivare i denna förordning är utöver de klausuler som naturligen behandlas annorlunda i ett know-how samarbete är: grant back, kopplingsförbehåll, second source och konkurrensförbud.

sin produkt och hur han försäkrar sig om att produkten når marknaden på ett optimalt sätt.

Denna amerikanska inställning, som i mycket överensstämmer med kommissionens ursprungliga tillkännagivande,¹⁸ manifesterades senast genom Justice Departments guidelines från 1994.¹⁹ Dessa bygger på ett skälighetsresonemang och visar med ett flertal exempel var gränser går mellan acceptabelt och förbjudet samarbete. Så länge samarbetet har vertikal karaktär och inte utesluter konkurrens leder en "rule of reason-bedömning" till ett positivt resultat. Riktlinjerna ger en "frizon" för företag med mindre än 20 % marknadsandel. Det är först när företag med större marknadsandelar arbetar på samma marknad som ingrepp aktualiseras.²⁰

4. En livlig debatt i gemenskapen

Översyn av 1984 års patentlicensförordning har sedan en tid stått på konkurrensagendan, även om olika aktörer haft olika uppfattning om skälen härför och i vilken riktning förändringarna skulle genomföras. Ursprungligen löpte förordningen ut med utgången av 1994, men den har därefter förlängts i två omgångar för att ge tid för samråd om hur en ny förordning skulle kunna utformas. I detta syfte publicerades ett utkast i juni 1994 för kommentarer ("Förslag 1994").²¹

Vad konkurrendirektoratet möjligen inte förutsåg var den ytterst skarpa kritik som förslaget skulle komma att utsättas för. Industrin uttalade sig vid 1995 års hearing arrangerad av kommissionen för den amerikanska modellen och förkastade kategoriskt och i hårda ordalag den av kommissionen valda lösningen såsom fientlig mot teknisk samverkan.²²

Till följd av kritiken omarbetades förordningsförslaget, senast i september 1995²³ ("Förslag 1995") och förelades kommissionen för beslut den 18 oktober 1995. Kvarstående oenighet inom kommis-

¹⁸ Se ovan not 11.

¹⁹ Draft of August 8, 1994. U.S. Department of Justice Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property in Part II of the U.S. Department of Justice 1988 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations.

²⁰ Se S. Guttuso, Technology Transfer Agreements, (artikelutkast), Fordham, October 1994, som ingående jämför Förslag 1994 med Justice Departments Guidelines.

²¹ Preliminary draft Commission Regulation (EC) of 30 September 1994 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements. OJ 1994 C178/3.

²² Se t. ex. In Competition, Issue 2, February 21, 1995, Technology Transfer: Reaping the Whirlwind, och European Report, no 2074 — October 11, 1995, Industry and commission still at loggerheads on licensing accords.

²³ Règlement (CE) de la Commission concernant l'application de l'Article 85 Paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie. Dokument C (95) 2353 av den 21 september 1995 med odaterade tilläggsförslag på franska. Förslaget är inte officiellt, men sannolikt rätt väl spritt i bredare juristkretsar.

sionen medförde dock att beslutet bordlades.²⁴ Normalt är detta en fråga som DG IV kontrollerar, men övriga direktorat har denna gång velat ha ett ord med i laget. Det är inte givet att konkurrens-hänsyn ensamt skall få styra möjligheterna för kommissionen att understödja den tekniska utvecklingen i gemenskapen.

Avsikten är i skrivande stund fortfarande att den reviderade förordningen snarast skall utfärdas för att träda i kraft vid årsskiftet 1995/1996. Det är dock möjligt att ikraftträdandet åter blir uppskjutet. Om det slutligen antas, ersätter den nya förordningen den gamla patentlicensförordningen och patentlicensavtal måste således anpassas till de nya reglerna under en övergångstid. Bortsett från marknadsandelskraven lär sådana justeringar inte föranleda problem. Nya know-how licenser skall upprättas i överensstämmelse med förordningen, medan existerande know-how avtal fortsatt faller under 1989 års förordning, som inte löper ut förrän 1999.

III. Undantagets materiella innehåll

1. Förordningens tillämpningsområde

Förordningen avses bli tillämplig på teknologilicenser som har sin "effekt" i gemenskapen, vilket normalt innebär att i vart fall LT skall vara verksam i en medlemsstat.²⁵ Arbetar LT utanför EU lär det bara bli i undantagsfall som förordningen kan komma att åberopas.

Förordningen är liksom äldre förordningar bara tillämplig på produktionslicenser. Distributionslicenser skall bedömas enligt de regler som gäller för återförsäljaravtal.²⁶ Förordningen är dock tillämplig även om LT:s produktion först skall inledas efter en över-

²⁴ Det påstås att oenighet idag råder om marknadsandelskriteriet och att DGIV försöker blidka övriga direktorat med tillägg om längre tid för förbud mot passiv konkurrens, de minimi bestämmelser, som undantar små och medelstora företag och andra justeringar för att få igenom sitt krav på kontroll av marknadsstyrka.

²⁵ I bakgrundsbeskrivningens punkt 6 säger kommissionen att avtal som avser icke medlemsstater men som får effekter inom gemenskapen kan komma under förordningen om de uppfyller dess villkor. Kommissionen har varit tydligare än domstolen beträffande effektdoktrinen. Domstolen fastställde i en deldom den 27 september 1988 i mål 89/85, *A. Ahlström OY and Others v. E.C. Commission*, [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901 para 16 att ett avtal består av två element — ingående och genomförandet ("implementation") av detsamma. Avgörande är var avtalet utövas. Det kan diskuteras vilken skillnad som skall knytas till begreppet "genomförande" i förhållande till begreppet "effekt". En möjlighet är att utövandet förutsätter en avsikt att avtalet ska leda till effekt. Om avtalet mer av en händelse också får sina effekter i gemenskapen kan det ev. undgå förbudet i artikel 85(1). Kommissionen förefaller dock inte att fördjupa sig i denna delvis subtila distinktion i det föreslagna gruppundantaget.

²⁶ På försäljningslicenser tillämpas således reglerna i Commission Regulation 1983/83 On Application of Article 83(3) of the Treaty to Categories of Exclusive Distribution Agreements. OJ 1983 L173/1.

gångstid. Efter GD:s utslag i Ideal Standard målet²⁷ kan det diskuteras om överlåtelse av immaterialrättigheter kan vara ett sätt att kringgå de begränsningar som gäller för licensavtal. Förordningen klargör dock att om den ekonomiska risken ligger kvar hos överlåtaren (t. ex. genom att ersättningen är relaterad till köparens framtida omsättning med den övertagna produkten) så åger förordningen tillämpning.

Patent-pooler, joint ventures (i vilka parterna har en marknadsposition som överstiger 20 % av den relevanta produktmarknaden vid produktionssamarbete och 10 % om även distributionssamverkan ingår), inbördes ömsesidig licensiering mellan konkurrenter och licensiering av andra immaterialrättigheter än patent och know-how (om dessa inte är accessoriska) omfattas inte av gruppundantaget. I inledningen anger kommissionen att dessa mer komplicerade licensformer kräver separat behandling. Dock fastslår förordningens artikel 5 att patentpooler och ömsesidiga licenser, som saknar territoriella begränsningar kan utnyttja gruppundantaget om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda.

2. *Det generella undantaget*

Förordningens undantag gäller licenser som grundas på nationella patent, gemenskapspatent och patent beviljade enligt EPO-reglerna ("rena patentlicenser"). Dessutom gäller förordningen för teknologiöverföring baserad på hemligt know-how utan koppling till patent ("rena know-how licenser") och licenser som bygger på en kombination av patent och know-how ("blandade licenser"). Därtill anges uttryckligen att om annan immaterialrätt berörs av ett licensavtal så omfattas sådan licens också under förutsättning att den är accessorisk och inte medför ytterligare begränsningar.

LG kan åläggas att inte licensiera annan part och att inte själv exploatera uppfinningen i det aktuella territoriet. Därutöver kan LG förbindas, om han senare skulle ge annan licenstagare utanför territoriet bättre villkor, ge LT fördel av dessa gynnsammare villkor.²⁸ Väsentligt är naturligtvis hur hårt licensavtalet kan binda LG att förhindra parallellhandel. Härtill återkommer jag nedan i avsnitt IV.

²⁷ Mål C-9/93 IHT Internationale Heiztechnik GmbH and Another v. Ideal-Standard GmbH and Another, [1994] ECR I 2789, [1994] 3 CMLR 857, para 56–58. Domstolen fastställer i detta fall att en överlåtelse av ett varumärke kan leda till hinder för fria varurörelser med produkten, utan att fördragets bestämmelser kan åberopas för att bryta detta hinder. Problemen kan bara lösas genom en fortsatt harmonisering av den nationella rätten. Domstolen tillägger dock i para 59 att om varumärkesöverlåtelserna är en följd av en överenskommelse om marknadsuppdelning så kan artikel 85 tillämpas.

²⁸ Förslag 1995, artikel 2(10).

LT kan liksom tidigare tillhållas att med all kraft utöva licensen i sitt eget territorium och helt förbjudas att sälja licensföremålet i territorier som reserverats för LG — oavsett om LG är verksam i dem eller inte, bara skydd föreligger. LT kan vidare förbjudas att tillverka och använda produkten i områden som licensierats till annan. Inskränkningen gäller däremot bara i begränsad utsträckning marknadsföring eftersom LT efter en kortare övergångstid endast kan förbjudas att aktivt marknadsföra produkter i utlicensierade territorier.

Så långt skiljer sig egentligen inte Förslag 1995 från tidigare undantag. Precis som tidigare gäller samarbetet under patenttiden eller så länge identifierat know-how av betydelse förblir hemligt — vilketdera som är längst. Den viktiga skillnaden mellan tidigare förordningar och Förslag 1995 gäller att gruppundantaget inte är tillämpligt om LT har en marknadsandel på 40 % eller mer.

3. "Vita listan"

Även den vita listan innehåller i huvudsak godtagbara klausuler, som är kända från äldre gruppundantag. Kommissionen har visserligen möblerat om bland paragraferna, men sakinnehållet är i allt väsentligt detsamma.²⁹

Nyheterna i den vita listan inskränker sig till att parterna på ett tydligare sätt än tidigare äger sprida en royaltyskyldighet också till att gälla efter patenttidens utgång och att förbättringar måste hanteras på ett ömsesidigt likartat sätt, vilket bl. a. innebär att LT har rätt till skälig ersättning om LG alls skall kunna utnyttja sådan utveckling. Vidare kan LT rättigheter begränsas om hans funktion har karaktär av reservkapacitet. Detta är en nyhet, som kan säkra leverans även i force majeure situation. Det faktum att en licenstagare accepterat en så begränsad licens innebär inte att han därigenom har en indirekt rätt att sälja produkten för andra ändamål.

Ytterligare en förändring gäller lovligheten av icke-angrepps-klausul. Denna tidigare svartlistade bestämmelse har nu utgått och ersatts med en bestämmelse om LG:s rätt att stipulera att avtalet kan hävas om LT skulle föra talan om patentets ogiltighet.³⁰ I sak är det egentligen ingen skillnad i förhållande till tidigare förordningar, men det är ändå påtagligt att kommissionen valt formule-

²⁹ Kommissionen accepterar godtagande av sekretess, sublicensiering, upphörande av rättigheter, nyutveckling, kvalitetskrav, intrångsaktiviteter, royaltymbetalning, användningsområden, minimiroyalty, mest gynnad klausul, märkning och förbud mot anläggningsbyggande för tredje man.

³⁰ Förslag 1995, artikel 2(14)–2(16) ger licensgivaren olika möjligheter att anför reservationer i avtalet om att LG kan komma att föra talan om patentintrång om LT säljer utanför sitt territorium, och att LG kan komma att bryta avtalet om LT ifrågasätter know-hows hemlighet eller patentets giltighet eller användbarhet för avtalet.

ringar, som inte ensidigt framstår till LT:s fördel. Skall tekniksamverkan främjas är det viktigt att förordningen är rätt balanserad i detta avseende eftersom det trots allt är LG som bestämmer om det alls skall bli något teknikutbyte.

4. Förbuden i "svarta listan" nedbantade

En betydande fördel med Förslag 1995 är att det reducerat förbudsbestämmelserna högst väsentligt. Patent och know-how förordningarna innehöll 11 respektive 12 förbjudna aktiviteter. Nu har antalet reducerats till 7, som täcker bruttoprissättning, konkurrensförbud, hinder för parallellhandel, kvantitetsbegränsningar, nyutvecklingsåtaganden och automatisk förlängning av avtalet i vissa situationer. I förbudet mot kundkategoriindelning har det tillägget gjorts att det gäller avtalsparter som konkurrerade med varandra innan avtalet ingicks.

Flera andra bestämmelser har lyfts ur den svarta listan. Hit hör t. ex. icke-angreppsförbudet, förbudet mot att förlänga avtalet utöver patenttiden, förbudet att begära royalty för icke skyddade produkter och förbudet mot omotiverade kopplingsförbehåll. Dessa förändringar i Förslag 1995 framstår vid ett ytligt betraktande som betydande lättnader. Det ska dock framhållas att till en del var klausulerna upprepningar av vad som tidigare sagts inte omfattas av den vita listan. Inte heller har klausulerna nu förklarats godtagbara. Det betyder att de måste bli föremål för anmälan innan avtal som innehåller sådana klausuler kan gå säkert. Kommissionen har förutsett att anmälan kan vara av ett förenklat slag enligt oppositionsproceduren i artikel 4. I denna anges just två f. d. svartlistade klausuler — onödiga kvalitetsspecifikationer och förbud att angripa sekretesskydd — som exempel på bestämmelser som kan hanteras i det summariska förfarandet (se vidare under avsnitt VI nedan).

III. Marknadsposition en knäckfråga

Tillförandet av en särskild behandling av företag med en betydande position på marknaden kunde ha varit ett positivt element i den nya förordningen. USA har skapat en "frizon" för tekniksamverkan för de samarbetsparter som inte har större marknadsandel än 20 %.³¹ Det amerikanska synsättet blir en "de minimis" regel, som skapar säkerhet för i första hand små och medelstora företag.

³¹ Justice Department guidelines, se not 19 ovan. Under p. 4.1. garanterar Justice Department en Antitrust "safety zone": Absent extraordinary circumstances, the Department will not challenge a restraint in a licensing arrangement if (1) the restraint is not of a type that normally warrants condemnation under the per se rule and (2) the licensor and its licensees collectively account for no more than twenty percent of each

Kommissionens angreppsvinkel är snarare den motsatta: När parterna den i Förslag 1995 angivna marknadsandelen presumeras deras samverkan konkurrensskadlig och tillämplighet av förordningen utesluts. Parterna får i stället begära individuellt undantag för de typer av bestämmelser som eljest erhållit gruppundantag.

Den komplicerade definitionen av marknadsandel i Förslag 1994 gick långt³² och kritiken mot förslaget var därför omfattande. I Förslag 1995 gäller bestämmelsen enbart samarbetsavtal där parterna var konkurrenter innan samarbetet inleddes och licenstagaren redan hade en 40-procentig marknadsandel i handel med substituerbara produkter.³³

Med denna förenkling har många av de ursprungliga invändningarna mot kommissionens inställning fallit. Likväl har det från industrihåll invänts att förslaget är olämpligt. Även om marknadsandelsresonemanget är känt från tidigare så är det svårt att omsätta i praktiken och frågan om vilka produkter som är substituerbara är skönmässig.³⁴ Det är sällan som industri och myndigheter har

relevant market affected by the restraint. The "safety zone" is designed to provide owners of intellectual property with a degree of certainty, so as to encourage procompetitive licensing arrangements."

³² Förslag 1994, artikel 1.5: "The exemption in paragraph 1(1) of the obligation of the licensor not to grant other licences shall apply only provided:

— that the products manufactured by the licensee which are capable of being improved or replaced by the contract products and other goods manufactured by him which are considered by users to be equivalent in view of their characteristics, price and intended use account for no more than 40 % of the entire market in those products in the common market or a substantial part of it, and

— that the licensee is not operating on an oligopolistic market; for purposes of this regulation the market is to be considered as an oligopolistic one if on the relevant product and geographic market three undertakings or less hold together a market share of more than 50 %, or if five undertakings or less hold together a market share of more than two thirds and provided that the licensee is one of the undertakings which make up this group of companies and that it holds a market share of more than 10 %."

Artikel 1.6: "The exemption of the obligation referred to in paragraph 1(2) to (6) shall apply only where the party which is protected by such obligations holds a market share of no more than 20 %."

³³ Förslag 1995 preciserar i artikel 1.5 "Where the parties are competing manufacturers, the exemption provided for in paragraph 1 shall apply to an agreement containing the obligation on the licensor not to grant other licences, which is referred to in paragraph 1(1), only where the licensee's market share does not exceed 40 % at the time the agreement is concluded, if the licensed products are identifiable at such time or, if not, as soon as they are identifiable." Artikel 1.6 är i stort sett likalydande, men tar istället sikte på de bestämmelser som reglerar LT:s förhållanden i artiklarna 1.1(4)–(6).

³⁴ Som ett kuriosum kan det nämnas att kommissionen vid hearing om det ursprungliga gruppundantaget för patentlicensavtal år 1976 angav att ett marknadsandelskriterium var en olämplig måttstock. Se Report of the hearing of interested parties concerning the draft Commission Regulation (E.E.C.) on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements (Brussels, 9–11 October 1979). På sidan 24 rapporteras Mr Johannes från DG IV ha sagt följande: "As to market share, not only third parties but even the firms in question were more often than not unaware of it; consequently as the law society had rightly pointed out, that criterion would be even more difficult to apply. The Commission had put this to the test when it carried out an inquiry in 1971 among parties to notified licensing agreements.

samma uppfattning om hur den relevanta produktmarknaden gestaltar sig, vilket de flesta artikel 86 ärendena visar.³⁵ Konsekvenserna av en felbedömning är betydande. Skulle det dessutom visa sig att den aktuella LT inte har 39 % av produktmarknaden utan snarare 41 % så innebär det en skillnad mellan att avtalet är undantaget enligt gruppundantagsförordningen respektive förbjudet och föremål för bötesrisk.

I grunden är det säkert inte fel att kommissionen intresserar sig för inblandade företags marknadsposition eftersom det är när LT och LG har stora andelar av den relevanta marknaden som det kan finnas anledning att ifrågasätta samarbetet. Saknas denna marknadsstyrka finns det i allmänhet ingen anledning att ingripa för att skydda konkurrensen. Med den nuvarande utformningen får dock marknadsandelsresonemanget en skärpande innebörd i förhållande till tidigare gruppundantag och utesluter således viss samverkan som tidigare undantagits. Mot den bakgrunden är det knappast förvånande att industrin reagerar när den uttalade avsikten med det nya förslaget är att underlätta för tekniksamverkan.

Ett alternativ hade varit om kommissionen flyttat sin prövning av marknadsandelsfrågor till artikel 7 och hävdade att en betydande marknadsposition är ett skäl att återkalla undantaget i det speciella fallet.

Efter Tetra Pak I-domen³⁶ skulle det kunna hävdas att ett sådant resonemang inte är nödvändigt. Tetra Pak hade förvärvat en exklusiv licens till en för förpackningsindustrin viktig teknik. Licensvillkoren hade formats så att de föll under existerande gruppundantag. Första Instansdomstolen fastslog att en licens till ett dominerande företag inte "per se" var liktydigt med ett missbruk av den dominerande ställningen. Det var dock nödvändigt att bedöma kringliggande omständigheter.³⁷ Trots att ett huvudsyfte med gruppundantagen är att skapa rättssäkerhet för berörda före-

Out of two thousand undertakings, only 10 — all of which were large firms — had a precise idea of their own market share."

³⁵ Ett bra exempel på svårigheterna att konsekvent fastställa en relevant produktmarknad ger hanteringen av hygienartiklar för kvinnor. Sedan 1974 har det diskuterats i Europa om tamponger och trosskydd är samma eller olika marknader. Bundeskartellamt 1974 och Merger Monopoly Commission (MMC) 1980 menade att det var olika marknader. 1986 ändrade sig MMC med hänvisning till produktutvecklingen. Kommissionen angav i ett tillkännagivande rörande JV-samverkan mellan Proctor & Gamble och Finaf (OJ 1992, C3/2) att sanitary protection products var en homogen marknad i västeuropa. Två år senare i ett mergerbeslut riktat till Proctor & Gamble — VP Shickedanz (OJ 1994, L354/32) ansåg samma kommission att produkterna utgjorde separata produktmarknader och att Tyskland var den relevanta geografiska marknaden. Mot en sådan bakgrund inses det lätt varför industrin tvekar inför ett skönsmässigt marknadsandelstänkande.

³⁶ Mål T-51/89 Tetra Pak Rausing S.A. v. E.C. Commission, [1992] II ECR 309, [1991] 4 CMLR 334.

³⁷ Tetra Pak I, not 36, para 23.

tag förhindras inte tillämpningen av artikel 86. Detta gäller även om kommissionen inte utnyttjat möjligheten att återkalla gruppundantaget.³⁸ Det hade faktiskt räckt ganska långt att påminna om denna konsekvens på lämpligt ställe i preambeln till Förslag 1995 eller i anslutning till artikel 5 eller 7.

Under slutdiskussionerna i kommissionen har det förts fram förslag om att marknadsandelsresonemanget skall kombineras med ett krav på viss omsättning. Detta skulle vara i överensstämmelse med t. ex. gruppundantaget för specialiseringsavtal.³⁹ Omsättnings-siffror på ca 500 miljoner ECU har nämnts som rimliga. Förvisso skulle en sådan lösning innebära betydande lättnader för små och medelstora företag. Oavsett marknadsandelar skulle de således kunna komma i åtnjutande av gruppundantaget. Omsättningssiffror har dessutom den fördelen att de är exakta. Huruvida kommissionen kommer att fullfölja denna linje är oklart.

IV. Marknadsuppdelning en kärnfråga

1. Problemet

I mycket cirklar den gemenskapsrättsliga regleringen på konkurrensområdet kring kravet på fria varurörelser, även om GD under senare år visat att andra värden inte alltid kan åsidosättas.⁴⁰ Konkurrensreglerna blir därmed ett medel för att uppnå fria varurörelser, som egentligen är ett fristående gemenskapsmål. Marknadsdelningsfrågor får stor uppmärksamhet och de rent konkurrensrättsliga aspekterna kommer i andra hand. I USA framhålls åtgärders inverkan på prisbildningen.

Trots mångårig praxis och allt som skrivits om exklusivitet och absolut områdesskydd⁴¹ är det fortfarande osäkert var gränserna för respektive parter agerande går. GD har haft för få tillfällen att reda ut begreppen samtidigt som kommissionen bedriver en ytterst restriktiv politik i sina egna avgöranden och gruppundantagsbestämmelser utan att därmed undanröja osäkerhet på viktiga

³⁸ Tetra Pak I, not 36, para 37.

³⁹ Commission Regulation 417/85, On the Application of Article 85(3) of the Treaty to Categories of Specialization Agreements. OJ 1985 L53/1. Justerad för JV-samarbete genom förordning No 151/93, OJ 1993 L21/8. Förordningens artikel 3b) anger att "Article 1 shall apply only if ... the products ... 20 per cent of the market for all such products ...; and (b) the aggregate turnover of all the participating undertakings does not exceed ECU 1,000 million."

⁴⁰ Se t. ex. GD:s domar i mål C-10/89 CNL-SUCAL v. Hag GF AG (Kafé Hag II), [1990] I ECR 3711, [1990] 3 CMLR 571 och Ideal Standard, ovan not 27.

⁴¹ Det är mycket skrivet som pekar på missförstånd eller att författarna bara ytligt trängt in i de nog så komplicerade gränsdragningsproblemen. Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, London 1993, är ett föredöme när det gäller att bena upp problemen. Se s. 497 ff., 543 ff. och 565 ff. Se också L. Pehrson, EG och immaterialrätten, Stockholm 1985, s. 119 ff., som på ett mycket värdefullt sätt penetrerar frågeställningarna.

punkter. En väsentlig uppgift för ett nytt gruppundantag på teknik-licensieringsområdet är därför att klarlägga utestående frågor. Frågan är dock om det sker i Förslag 1995.

Det förefaller, som om problematiken skulle kunna sorteras under tre huvudrubriker, som dock inom sig innehåller ett antal delvis gemensamma underfrågor.

(i) Öppet exklusivt licensavtal

Kan LG och LT genom avtal skapa ett exklusivt skydd för LT i dennes territorium?

(ii) Exklusivt licensavtal med förstärkt områdesskydd

Kan parterna — uttryckligen eller underförstått — förstärka det mellan sig överenskomna exklusivitetskyddet genom att göra åtaganden om hur de skall förhålla sig i *direktkontakter* med tredje man, som i sin tur avser att föra produkten från ett licensområde till ett annat?

(iii) Exklusivt licensavtal med absolut områdesskydd

Kan parterna förbindas — uttryckligen eller underförstått — att vidta åtgärder för att förhindra fristående tredje man som förvärvar marknadsförd produkt att exportera/importera produkten från ett skyddat område till ett annat?

I allt väsentligt föranleder inte delfråga 1 och 3 något problem. Ofta behandlas delfråga 2 och 3 som samma problem. Det finns dock anledning att skilja dem — så gått det går. Vid en renodling är det påtagligt att diskussionen gäller hur ett vettigt svar formuleras på delfråga 2 och hur avgränsning sker mot delfråga 3.

2. Marknadsuppdelning i Förslag 1995

Förslag 1995 innehåller, liksom tidigare gruppundantag för teknologiöverföring långtgående regler för att förhindra licenavtalets parter att arbeta på ett sätt som får en marknadsuppdelande verkan.

Licensgivaren kan förpliktas att inte utse annan LT i det exklusiva territoriet och att inte heller själv exploatera uppfinningen där.⁴² Med utövande förstås tillverkning, aktiv och passiv försäljning eller uthyrning av uppfinningen eller kunskapen.⁴³ Förutsättningen är

⁴² Förslag 1995, artikel 1.1(1): "an obligation on the licensor not to license other undertakings to exploit the licensed technology in the licensed territory;" Artikel 1.1(2): "an obligation on the licensor not to exploit the licensed technology in the licensed territory;"

⁴³ Förslag 1995, artikel 10(9): "The term "exploitation" refers to any use of the licensed technology in particular in the production, active or passive sales in a territory even if not coupled with manufacture in that territory, or leasing of the licensed product."

att parterna inte utan objektivet godtagbara skäl vägrar att leverera till användare eller återförsäljare i sina respektive territorier, som i sin tur avser att sälja produkterna till andra territorier. Inte heller får parterna med stöd av immaterialrättslagstiftningen förhindra användare eller återförsäljare från andra länder att köpa produkt när denna väl är satt på marknaden.⁴⁴

Licenstagaren kan förbindas att inte exploatera uppfinningen i LG:s territorium, varmed förstås de områden där skydd föreligger men LG ännu inte meddelat tredje man licens.⁴⁵ LT som får order från parallellimportör i LG:s territorium bör kunna förpliktas att inte leverera. Ett sådant åtagande kan dock vara ett skäl för kommissionen att återkalla gruppundantaget med stöd av artikel 7. Vidare kan licenstagaren förhindras att tillverka eller använda produkten i andra licenstagares territorier⁴⁶ och att aktivt marknadsföra — dvs. annonsera, upprätta filial eller hålla lager — i annans område. Sistnämnda formulering återfinns ofta i mellanmansavtal i syfte att genomföra en så långtgående territoriell begränsning som möjligt.⁴⁷

De restriktioner för såväl licensgivare som licenstagare som hittills behandlats ligger inom ramen för vad domstolen kallar öppna licensavtal. De begränsar parternas rättigheter på varandras marknader, men utesluter inte att parallellhandel kan förekomma. Dessa bestämmelser behövde således egentligen inte bli föremål för gruppundantag, men har likväl undantagits för att — som kommissionen säger i inledningen till Förslag 1995 — skapa rättssäkerhet.

Artikel 1.1(6) innehåller hänvisning till det moment som möjligt — men inte säkert — går ett steg längre genom att undantaget även omfattar passiv försäljning under en kortare övergångs-

⁴⁴ Förslag 1995, artikel 3(3): "one or both of the parties are required without any objectively justified reason:

(a) to refuse 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 intellectual 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 licensor or with his consent; or do so as a result of a concerted practice between them."

⁴⁵ Förslag 1995, artikel 1.1(3): "an obligation on the licensee not to exploit the licensed technology in the territory of the licensor within the common market;"

⁴⁶ Förslag 1995, artikel 1.1(4): "an obligation on the licensee not to manufacture or use the licensed product, or use the licensed process, in territories within the common market which are licensed to other licensees;"

⁴⁷ Förslag 1995, artikel 1.1(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;"

period.⁴⁸ För att skydda andra licenstagares investeringar kan LT förpliktats att, under fem år från det att första licenstagare inledde försäljning, förhindra parallellhandel med produkten.⁴⁹ Den nya förordningstexten anger att det skall röra sig om försäljning "in response to unsolicited orders", vilket bara kan uppfattas som en bekräftelse på att det är passiv försäljning som avses. LT kan således åläggas att vägra leverans till parallellimportör under övergångstiden och så har också tidigare gruppundantag uppfattats. Efter femårsperioden, som sällan blir fem år om inte licenstagarna startar sin försäljning samtidigt, upphör möjligheten att begränsa direktförsäljning till parallellimportör. Det är däremot tveksamt om LT ens under övergångsperioden kan vägra försäljning till parallelexportör eller importör som begär leverans i LT:s territorium.

Kommissionen har förbehållit sig rätten att återkalla gruppundantaget om LT vägar att utan godtagbara skäl sälja till användare och återförsäljare i andra LT:s territorier efter femårsperioden eller om någon av parterna gör det svårt för parallellimportör att komma över produkterna i det egna territoriet.⁵⁰

⁴⁸ Förslag 1995, artikel 1.1(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 in response to unsolicited orders;" Kommissionen anger i inledningen till gruppundantaget att GD ännu inte tagit ställning till dylika begränsningar. Det är således inte en självklarhet att de är förbjudna.

⁴⁹ Förslag 1995, artikel 1.2: "... The exemption of the obligation referred to in paragraph 1(6) is granted for a period not exceeding five years from the date when the licensed product is first put on the market within the common market by one of the licensees, in as much and for as long as, in these territories, this product is protected by necessary parallel patents." På denna punkt är Förslag 1995 generösare än tidigare regler, som gällde från första marknadsföring, även om det var LG som sålt produkten. Under oktober månads kompromissdiskussioner har även en tioårsgräns diskuterats. Industrin har för sin del hävdats att det vore mer adekvat om tidsfristen räknades från respektive licenstagares första försäljning och den nuvarande lösningen får väl ses som en kompromiss och ett visst tillmötesgående av industrins synpunkter.

⁵⁰ Förslag 1995, artikel 7: "The Commission may withdraw the benefit of this regulation ... 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: ... (2) without prejudice to Article 1.1(6), the licensee refuses, without any objectively justified reason, to meet unsolicited demand from users or resellers in the territory of other licensees; (3) 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 intellectual 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 within the common market by the licensor or with his consent;"

3. Förslagets konsekvenser

Förslag 1995 innebär inga egentliga nyheter när det gäller hanteringen av marknadsuppdelning i licensförhållanden. Det är samma restriktiva tongångar som återkommer från tidigare förslag och osäkerhet i tidigare förordningar förblir osäkert också i detta nya förslag. Effekten av domstolsavgöranden, kommissionsbeslut och gruppundantagsbestämmelser för territoriella begränsningar torde, för att anknyta till det tidigare försöket till en uppdelning, översiktligt kunna sammanfattas på följande sätt:

(i) Exklusiv licenssamverkan

Det är accepterat att LG ger LT en öppen exklusiv rätt för hela eller utpekad del av den gemensamma marknaden. I den utsträckning själva exklusiviteten alls kan anses falla under förbudet i artikel 85(1) undantas det av gruppundantagsförordningen.

Exklusiviteten innebär att LG förbinder sig att inte utse annan licenstagare i territoriet och att inte själv exploatera de licensierade rättigheterna där.

(ii) Förstärkt områdesskydd

LG kan sannolikt förbinda sig att inte leverera till parallellimportör i det licensierade territoriet — även om en sådan klausul möjligen bör anmälas enligt oppositionsproceduren. Kommissionen kan i alla händelser återkalla gruppundantaget i en sådan situation. Fram till dess att så sker bör åtagandet vara giltigt.

Däremot kan LG inte förbinda sig att förstärka områdesskyddet genom att vägra leverans till parallelllexportör, som förvärvar godset i LG eget territorium.⁵¹ Konsekvensen är att LT riskerar att produkter från LG parallellimporteras och säljs i direkt konkurrens med LT:s produkter, utan att nödvändigtvis ha passerat ett extra självständigt försäljningsled. Denna risk måste allvarligt beaktas innan LT bestämmer sig för sin investering. Från en teknik-samarbets- och kommersiell utgångspunkt hade det varit rimligt om LT fredats från LG:s produkter genom ett förstärkt områdes-

⁵¹ I kommissionens tillkännagivande om gruppundantagen för återförsäljaravtal, Commission Notice on Regulation 1983/83 and 1984/83, OJ 1984 C 101/2 amended by OJ 1992 C121/2, sägs beträffande parallellhandel under punkt 27 att: "The exclusive supply obligation does not prevent the supplier from providing the contract goods to other resellers who afterwards sell them in the exclusive distributor's territory. It makes no difference whether the other dealers concerned are established outside or inside the territory. The supplier is not in breach of his obligation to the exclusive distributor provided that he supplies the resellers who wish to sell the contract goods in the territory only at their request and that the goods are handed over outside the territory. It does not matter whether the reseller takes delivery of the goods himself or through an intermediary, such as freight forwarder. However, supplies of this nature are only permissible if the reseller and not the supplier pays the transport costs of the goods into the contract territory."

skydd. LG uppgift skulle snarare vara att förmedla order avsedda för det licensierade territoriet till LT.

Licensgivaren kan däremot med stöd av gruppundantaget ställa relativt höga krav på ett förstärkt områdesskydd och att LT varken aktivt eller passivt bearbetar skyddade territorier som LG ännu inte licensierat ut. Får LT förfrågan från LG territorium kan han således åläggas att hänvisa den potentielle importören till LG. Möjlighet föreligger åter för kommissionen att återkalla gruppundantaget, men till så sker gäller hänvisningsplikten. Däremot kan LT inte förbjudas att sälja till parallelexportörer i sitt eget område.

Licensgivaren är således fredad från alla sina licenstagare. Dessa förväntas uppträda på ett konkurrerande sätt mellan sig. Att de kan förpliktas att inte aktivt verka i varandras territorier är en naturlig konsekvens av de exklusiva arrangemangen. Mer svårförklarligt är varför de efter en i bästa fall femårig — och normalt betydligt kortare period — skall tåla att andra licenstagare via mellanmän kan sälja i deras territorier. Här finns således inget förstärkt områdesskydd som kan motivera investeringar. Det är tveksamt om kommissionen har stöd för sin hårda tolkning i GD:s praxis. Nungesseravgörandet är i hög grad tvetydigt på denna punkt.⁵²

Det hade varit betydligt bättre om licensreglerna medgivit licenstagare att koncentrera sig på sina respektive marknader och hänvisa förfrågningar från andra territorier till där verksamt företag. LG och hans licenstagare hade betraktats som en grupp och licensiering hade varit att anse som ett alternativ till LG:s egenetablering. Det är särskilt svårt att inse de rationella skälen till att LG är mer skyddad än licenstagarna eftersom det ju trots allt är de senare som står i begrepp att göra produktions- och marknadsinvesteringar i en ny teknologi. Förvisso, en LG som riskerar att utsättas för konkurrens från sina licenstagare tvekar innan han ger sig in i ett sådant samarbetsförhållande. Det är dock inte ett skäl för att inte licenstagare också skall ha ett rimligt skydd för sina investeringar.

⁵² Nungesser, not 13 ovan, para 57: "In fact, ... an undertaking established in another member-State which was not certain that it would not encounter competition from other licensees for the territory granted to it, or from the owner of the right himself, might be deterred from accepting the risk of cultivating and marketing that product; such a result would be damaging to the dissemination of a new technology and would prejudice competition in the Community between the new product and similar existing products." Notera dock att GD i para 58 anför: "Having regard to the specific nature of the products in question, the Court concludes that, in a case such as the present, the grant of an open exclusive licence, that is to say a licence which does not affect the position of third parties such as parallel importers and licensees for other territories, is not itself incompatible with Article 85(1) of the Treaty." Det ligger onekligen ett betydande motsatsförhållande i de två uttalandena från GD såvitt avser relationerna mellan licenstagare.

(iii) Det absoluta områdesskyddet

Både domstol och kommission är ense om att parterna inte genom inbördes avtal kan eller får hindra tredje man från att exportera eller importera licensierad produkt när den väl satts på marknaden.

Det är en rimlig ståndpunkt. De fria varurörelserna får inte sättas ur spel, utan när rättsinnehavaren eller någon med hans samtycke marknadsfört produkten så skall den kunna handlas vidare i hela gemenskapen. Viktigt från en licensutgångspunkt är dock att produkten alltid marknadsförts via ett extra led innan konkurrens kan inledas med de berörda licensparterna. Det är detta försteg som gör att en enskild LT vågar satsa på att föra ut ny teknik på marknaden och som ytterst leder till teknisk utveckling i Europa.

Eftersom det inte förefaller som om kommissionen är beredd att bryta ny grund framstår det som så mycket mer angeläget att GD ånyo får pröva problematiken och kan komma med erforderliga förtydliganden.

V. Särskilt om konkurrensförbudet

Bland svartlistade klausuler erfordrar konkurrensförbudet en särskild kommentar.⁵³

Patentlicensförordningen förbjuder konkurrensförbud mellan parterna i ett licensavtal såvitt avser forskning och utveckling, produktion, användning och distribution av konkurrerande produkter. Det enda krav som kan ställas på en licenstagare är att denne efter bästa förmåga utövar licensen. Know-how-förordningen fogar till detta en möjlighet för LG att förbehålla sig rätten att bryta exklusiviteten och vidare information om nyutveckling när LT tar sig an konkurrerande produkter. Dessutom kan LG kräva att LT visar att han inte utnyttjar den licensierade kunskapen för tredje mans räkning.

Kommissionens stränga uppfattning om konkurrensklausuler i licensförhållanden har aldrig känts övertygande. Artikel 85 anger inte uttryckligen att konkurrensklausuler i samarbetsförhållanden strider mot fördraget och GD har inte heller i något rättsfall hävdats att så skulle vara fallet. I den amerikanska lagstiftningen faller inte konkurrensklausuler under något "per se" förbud, utan är en del av en skälighetsprövning. I nationell europeisk rätt torde skäliga konkurrensklausuler, som gäller under samarbetstiden och en kort tid därefter, accepteras. Denna uppfattning kom också till uttryck i kommissionens tidigare inställning i t. ex. gruppundantagsförord-

⁵³ Se Pehrson, ovan not 41, s. 153 ff., som gör en utförlig analys av kommissionens inställning till konkurrensförbud.

ning 67/67 för återförsäljaravtal⁵⁴ och i rådsdirektiv om handelsagenter⁵⁵ och även i ett individuellt beslut.⁵⁶

Rättsinnehavare som avser att licensiera ut rättigheter står ofta inför ett val mellan olika strategier i vilka exklusivitet och konkurrensrestriktioner är intimt sammankopplade: LG kan vända sig till en licenstagare som redan byggt sig en position på marknaden, vilken LG kan dra nytta av genom licensen. En sådan licenstagare kommer endast sällan att acceptera begränsningar av sitt arbete för konkurrenter och det ligger förmodligen inte heller i LG:s intresse att så skulle ske. Alternativt vänder sig LG avsiktligt till ett företag, som inte arbetar inom samma område, i syfte att den utvalda LT skall koncentrera sig på arbetet med licensen och avstå från att sälja likartade produkter. Exklusiv samverkan är då naturlig och kan ses som ett alternativ till en egenetablering. Förbudet för LT att arbeta med konkurrerande produkter är viktigt för licensgivaren och en rimlig motprestation mot den exklusiva rättighet som LT erhållit. Tillsammans skall parterna bygga en marknad för licensprodukten i konkurrens med andra.

Förslag 1995 bygger på tidigare förordningstexter och förbjuder konkurrensförbud av angivet slag⁵⁷ och förhindrar därmed parterna och speciellt LG att nå eftersträvad ömsesidig exklusivitet. Förbehållet om att LG kan kräva "best effort" av LT är nästan verkningsslöst och går bara att återopa vid flagrant överksamhet.⁵⁸ Ett

⁵⁴ Commission Regulation 67/67/EEC of 22 March 1967 On the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Exclusive Dealing Agreements, OJ 57 of 25.3.1967 as amended by Regulation (EEC) No 2591/72. Artikel 2 tillät konkurrensförbud under avtalstiden och i ett år därefter.

⁵⁵ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 On the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-employed Commercial Agents. OJ 1986 L382/17. Artikel 20 tillåter konkurrensklausul under avtalstiden och i två år därefter.

⁵⁶ Beslut av den 13/10 1988, Delta Chemie/DDD, OJ 1988 L309/34, [1989]4 CMLR 535. Kommissionen meddelade *negativattest* för ett konkurrensförbud. Detta var visserligen "mjukt" på det sättet att LG:s godkännande skulle inhämtas och det fick inte vägras om det kunde göras troligt att LT kunde klara sina avtalsåtaganden.

⁵⁷ Förslag 1995, Artikel 3(2): "one party is restricted from competing within the common market with the other party, with undertakings connected with the other party or with other undertakings in respect of research and development, production, use or distribution of competing products without prejudice to an obligation on the licensee to use his best endeavours to exploit the licensed technology and without prejudice to the right of the licensor to terminate the exclusivity granted to the licensee and to stop licensing improvements to him when the licensee enters into such competition, and to require the licensee to prove that the licensed know-how is not being used for the production of products and services other than those licensed;"

⁵⁸ Se Korah, ovan not 6, som t. o. m. är kritisk till kommissionens inställning till konkurrensklausuler i 1994 års tappning. Korah är absolut kritisk i sin kommentar till konkurrensförbudet i Know-how förordningen, som faktiskt är likalydande med Förslag 1995. På ett oklart sätt menar Korah att konkurrensförbudet skall relateras till undantagen i artiklarna 1 och 2. GD måste avgöra om konkurrensförbudet har företräde. "If it does, the regulation will be virtually useless. ... If it is read literally, it blacklists all the territorial protection expressly exempted by article 1(1)". Logiken är inte glasklar, men det är uppenbart att Korah är kritisk. Korah kommenterar också "best effort-klausulen". V. Korah, Know-How Licensing Agreements and the EEC

sätt att förtydliga en "best effort-klausul" är att kräva att LT skall lägga samma arbetsinsats på licensprodukten som han lägger på egna produkter med motsvarande potential. Därmed åstadkommes en viss måttstock, som kan prövas någorlunda objektivt och som det är svårt att tro skulle väcka invändningar.

I Förslag 1994 presenterade kommissionen en lösning, som innebar att LT inte kunde förhindras att arbeta med *av honom själv utvecklade produkter och processer* även om dessa skulle konkurrera med licensföremålet.⁵⁹ Det är ett betydligt rimligare angreppssätt, som är bättre kopplat till parternas behov av att skapa ett förtroende-fulloft samarbete.⁶⁰ Kombinerar en sådan klausul med LG:s möjlighet att begära tillgång till nyutveckling på icke-exklusiv bas och mot skälig ersättning samt krav på "best efforts" skapas en rimlig balans, utan att konkurrensen därigenom elimineras.

Kommissionen har dock ganska anmärkningsvärt valt att överge den publicerade lösningen för att istället återgå till hittills gällande oflexibla lösning, som gör att rättsinnehavare tvekar att använda licensinstrumentet i situationer där det annars hade varit fördelaktigt.

VI. Procedurfrågor

Fördelen med en gruppundantagsförordning är att den fritar företagen från anmälningsskyldighet.⁶¹ Detta har i sig ett antal fördelar: företagen slipper att förse kommissionen med kunskap om sig själva. Få företag tycker att det är viktigt att myndigheten har full insyn i deras verksamhet. Vidare är själva anmälningförfarandet tämligen betungande och kräver en utförlig presentation av berörda företag, påverkade marknader och en analys av hur avtalet inverkar på konkurrensen med klagande argumentering för varför dess effekter bör vara godtagbara.⁶² Undantag enligt en gruppundantagsförordning har dessutom den fördelen att det inte är tidsbegränsat annat än till förordningens egen giltighetstid. Dessutom kan avtalen ändras inom ramen för gruppundantaget utan att någon ny anmälan blir nödvändig.

Competition Rules Regulation 556/89, Oxford 1989, s. 161 f. Se även V. Korah, *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*, Oxford 1990 s. 183.

⁵⁹ Förslag 1994, Artikel 3.2: "... 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, production, use or distribution of products *deriving from research and development or from the exploitation of the interested party's own processes*, without prejudice to an obligation on the licensee to use his best endeavours to exploit the licensed technology."

⁶⁰ Se Guttuso, ovan not 20, s. 19, som är positiv till kommissionens förslag.

⁶¹ Council Regulation 17, JO 1962, 13/204, artikel 4.

⁶² Se Form A/B, OJ 1993 L336/5, som innehåller utförliga anvisningar om vad en individuell anmälan skall innehålla.

I patent- och know-how gruppundantagen fanns möjlighet till en förkortad anmälningsprocedur — "oppositionsproceduren" — i artikel 4 i respektive förordning. Denna förenklade möjlighet, som motsvarar den amerikanska "Quick-look procedure", har dock bara kommit till användning i mycket begränsad omfattning.⁶³ Företagen har helt enkelt inte utnyttjat de möjligheter proceduren erbjuder. Förslag 1994 innehöll därför inte oppositionsproceduren. I stället angavs att om ett avtal innehåller klausuler som inte täcks av artiklarna 1–3 i förordningen — dvs. varken är undantagna eller förbjudna — är avtalet likväl undantaget. Undantaget gäller dock inte "grå" klausuler, som snarare fick bedömas enligt artikel 85(1) och (2) och således krävde en individuell anmälan för att kunna tillämpas.⁶⁴

I Förslag 1995 har denna lösning försvunnit och oppositionsproceduren återinförts.⁶⁵ Avtalet skall därför anmälas till kommissionen på sedvanligt sätt enligt förordning 3385/94. I anmälan skall särskilt anges att den sker enligt oppositionsproceduren och att informationen är komplett. Det räcker att notifiera själva avtalet och övergripande marknadsdata⁶⁶ — vilket klargör att anmälningsproceduren har en summarisk karaktär.

Från den dag en komplett anmälan inkommit har kommissionen fyra månader för att fatta beslut om att rikta invändningar mot licensavtalet. Sker inte detta blir avtalet automatiskt fritaget under gruppundantaget. Denna frist var tidigare sex månader. Enligt rykten föreslås att tidfristen skall justeras till fem månader. Sett från företagens sida är dock samtliga tidfrister långa. När parter i ett licensförhållande väl nått en överenskommelse — vilket förvisso kan ta mycket lång tid — är man ofta beredda att sätta igång de konkreta åtgärderna utan vidare dröjsmål. Att då drabbas av en betydande "stand still" på grund av myndighetsgranskning är olägligt.

⁶³ 1991 erhöll kommissionen åtta anmälningar under oppositionsproceduren i patent- och know-how förordningarna. I inget fall kunde kommissionen godkänna att proceduren var tillämplig. XXI Report on Competition Policy 1991 s. 93 f.

⁶⁴ Förslag 1994, artikel 4: "If a pure or mixed licensing agreement includes obligations within the scope of Articles 1 and 2 and obligations which restrict competition but which do not fall within the scope either of Articles 1 and 2 or of Article 3, the presence of those restrictive obligations shall not prevent this Regulation from applying to the obligations which do fall within the scope of Articles 1 and 2. The obligations which are not thus exempted shall continue to be governed by Article 85(1) and (2) of the Treaty."

⁶⁵ "Without prejudice to Article 1(5) and (6), 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 3385/94 and that the Commission does not oppose such exemption within a period of four months ..."

⁶⁶ Förslag 1995, artikel 4(4)(b).

Som jämförelse kan nämnas att kommissionens Merger Task Force enligt förordning 4064/89⁶⁷ skall göra sitt ställningstagande inom en månad från anmälningstillfället. I detta sammanhang hanteras ofta omfattande och komplicerade transaktioner i nära samråd med medlemsstaterna. Man kan då fråga sig varför granskningen av ett enkelt licensförhållande skall behöva ta fyra till sex månader. En tränad jurist bör kunna läsa ett licensavtal på några timmar och om samordningen med medlemsstaterna kan genomföras effektivt borde oppositionsproceduren klaras på en månad. Skulle det visa sig att kommissionen opponerar mot avtalet kan granskningen övergå till att genomföras enligt de vanliga reglerna för individuella undantag. Detta lär dock bara komma att ske i ett fåtal fall. Inget blir bättre bara för att kommissionen har mer tid till förfogande, utan Merger Task Force's förmåga att snabbt få ärenden ur händerna borde leda till efterföljd.

Klara anvisningar är ett sätt att minska antalet anmälningar. I bestämmelsen om oppositionsproceduren anges bara två exempel på klausuler som skall anmälas. Bägge kommer från patent- och know-how förordningarnas svarta listor, nämligen förbudet mot omotiverade kvalitetsförbehåll vid kopplingslicenser och förbudet att ifrågasätta sekretesskyldighet. Listan är som vanligt inte uttömmande, utan det finns anledning att anta att alla klausuler, som utmönstrats från tidigare svarta listor, hör hit tillsammans med övriga konkurrenspåverkande klausuler som inte återgivits i artiklarna 1 och 2 i förslaget. Det hade onekligen underlättat om kommissionen gjort listan mer exakt och uttömmande.

Om kommissionen inte opponerar gäller undantaget från anmälningsdagen. Anför kommissionen däremot invändningar som leder till justeringar av avtalet gäller undantaget från den tidpunkt då förändringen skedde. Det innebär således att berörda företag utsätter sig för en potentiell risk om de tillämpar ett avtal efter att det anmälts men innan det undantagits. Denna risk skall dock inte överdrivas.

Slutligen skall det anmärkas att kommissionen genom artikel 7 har en rätt att återkalla tillämpningen av gruppundantaget i det individuella fallet om avtalet: a) eliminerar konkurrensen; b) förhindrar samhandeln; c) eller — för den händelse att parterna är konkurrenter — fastställer minimikvantiteter och "best efforts"; d)

⁶⁷ Förordning 4064/89, On the Control of Concentration Between Undertakings. OJ 1990 L257/14. Artikel 7 fastslår att kommissionen inom tre veckor från anmälan skall ta ställning till om verkställigheten av en koncentration måste uppskjutas. Vidare framgår det av artikel 10 att beslut måste fattas inom en månad att antingen acceptera koncentrationen eller initiera en fördjupad undersökningsprocedur. Denna senare skall vara slutförd inom 4 månader.

förhindrar arbete med konkurrerande teknologier; eller e) om licenstagaren inte utövar licensen på ett adekvat sätt.

VII. Konklusioner

Förslag 1995 föranleder tre avslutande överväganden: stämmer förslaget med uppställda mål; hur skall det praktiskt användas; och hur bör det rimligen överföras till svensk lagstiftning?

1. *När förslaget sina mål?*⁶⁸

Det är inte särskilt många produkter som är så överlägsna att de säljer sig själva. Därför är det strategiska arbetet med att profilera en ny produkt på ett klokt sätt en viktig arbetsuppgift, som ofta sker parallellt med att utvecklingsarbetet avslutas. Det är många frågor som måste ställas och besvaras på ett tidigt stadium och som har stor betydelse för hur produkten senare förs ut på marknaden: Är det bäst att helt överlåta rättigheterna till annat företag, som kan hantera produkten på ett effektivare sätt; är det lämpligare att arbeta med produkten i den egna organisationen; behövs en mellanman för att nå ut på nya marknader; finns egen tillverkningskapacitet och kunskap om de främmande marknaderna etc.?

De större företagen kan ofta välja och vraka mellan olika alternativ och har normalt en preferens för att behålla kontrollen över sin nyutveckling så långt det är möjligt. Små och medelstora företag med en begränsad kapacitet tvingas i större utsträckning förlita sig på någon form av samverkan med annan part. Valet av samarbetsform är beroende av den konkreta situationen. Ett företag som saknar produktionskapacitet är intresserat av att licensiera.

För det lilla och medelstora företaget är licenssamverkan ett alternativ till en egenetablering och borde jämföras med en sådan ur konkurrenssynpunkt. Den relevanta frågan borde vara om konkurrensen ökar eller minskar till följd av licensavtalet i jämförelse med inget avtal och egenetablering. Den stora risken i mellanmannssamarbete uppkommer när företag med betydande marknadsposition, som egentligen borde konkurrera med varandra, ersätter konkurrensen med samverkan. Kommissionen har för sin

⁶⁸ I sitt explanatory memorandum till övriga kommissionsmedlemmar, som bifogades Förslag 1995, förklarar den ansvarige kommissionären K. van Miert att förslaget "is intended to contribute to growth and to an increase in competitiveness by pursuing essentially three objectives:

- to ensure that innovation may be developed and disseminated as rapidly and as widely as possible in the enlarged market provided by the European Union;
- to guarantee effective competition in technologically new or improved products and the degree of free circulation which is compatible with the first objective;
- and to improve the competitiveness of undertakings investing in the Community by providing them with legal certainty."

del inte gjort denna distinktion genom åren, utan valt att se på mellanmanssamverkan med misstänksamhet och det är först om en rad detaljerade förutsättningar uppfyllts som undantag (i grupp eller individuellt) kan beviljas. Det bästa man kan säga är att kommissionen är konsekvent i sin hårdhanta hantering av mellanmansförhållandet.

Det finns mycket litet som pekar mot att DG IV skulle vara berett till en mer genomgripande revision av sitt grundläggande synsätt och det finns mot den bakgrunden anledning att fråga sig om Förslag 1995 innebär de förbättringar och förenklingar för tekniksamarverkan, som utlovats.

Undantagsbestämmelserna och den vita listan i artikel 2 innebär ingen revolutionerande förändring. I allt väsentligt känns bestämmelserna igen från tidigare gruppundantag. Kommissionens första prioritet är alltså att säkra de fria varurörelserna. I övrigt har bestämmelser omgrupperats och redaktionellt ändrats utan att skapa några betydande materiella ändringar. Det är positivt att formuleringar, som tidigare föreföll att ensidigt ha tillkommit för att skydda licenstagaren, nu har justerats till att vara neutrala. Förändringarna är klargörande, men ändrar egentligen inte mycket i sak.

Den svarta listan i artikel 3 har förvisso kortats, men inte heller här är förändringen egentligen av någon större betydelse. Den viktiga konkurrensklausulen kvarstår i sin olämpliga form. De bestämmelser som tagits ut ur listan har inte därigenom blivit tillåtna. Anmälan erfordras nu liksom tidigare, även om parterna kan välja att utnyttja den summariska oppositionsproceduren.

Den verkliga förändringen i Förslag 1995 ligger i införandet av marknadsandelsregeln. Denna är inte en minimiregel, som innebär ett undantag för små och medelstora företags licenssamarverkan. Tvärtom, företag som överskrider de fastställda nivåerna kan inte åberopa gruppundantaget. Inte heller är de aviserade administrativa förenklingarna påtagliga. Det ligger naturligtvis ett värde i att bara ha en omgång regler att befatta sig med. Å andra sidan utesluts möjligheten till "förordningsshopping" som existerande ordning erbjuder. Det administrativa systemet är i allt väsentligt oförändrat.

Slutsatsen blir därmed att Förslag 1995 är bra genom att två förordningar sammanbakats till en och att den ensidigt negativa behandlingen av LG eliminerats. Däremot skärper den nya marknadsandelsregeln kontrollen av licenssamarverkan på ett tveksamt sätt. Genomgången av det nya gruppundantaget har visat att det inte är så mycket kommissionen har gjort för att verkligen förbättra förhållandena för tekniksamarbete i gemenskapen. Mycket av det

som fanns att kritisera i tidigare förordningar finns kvar i det nya förslaget.

Kommissionen står därför inför ett dilemma när den skall ta ställning till DG IV:s förslag om nytt gruppundantag. Å ena sidan tillgodoser rimligen inte Förslag 1995 kommissionens mål att underlätta och förenkla för tekniksamverkan i Europa. Å andra sidan innebär fortsatt oenighet att den sämre patentlicensförordningen hålls vid liv. Inget av alternativen ger en tillfredsställande lösning. Ett bättre alternativ är att låta patentförordningen löpa ut och i framtiden enbart förlita sig till know-how förordningen. Den täcker flertalet patentlicenssituationer. Know-how förordningen kan fungera som en interimslösning i avvaktan på att kommissionen kommer överens om ett förslag som innebär en mer banbrytande förändring av synen på licenssamverkan.

2. Praktiska konsekvenser

Konsekvenserna för industrin av ett utfärdande av Förslag 1995 förefaller att vara att om man tidigare tvekat att använda licensinstrumentet som form för teknikexploatering så ger den nya regleringen inga incitament till att förändra denna inställning. Joint ventures, franchising och återförsäljarsamverkan är alla minst lika förmånliga samverkansformer som licensieringsalternativet. Försäljning i egen organisation är fortfarande den minst reglerade etableringsformen.

Om licensieringsalternativet väljs, är det uppenbart att parternas marknadsposition har betydelse för vilken effekt avtalet får på konkurrensen. Understiger marknadsandelen satta gränsvärden finns det goda skäl för parterna att avhålla sig från att använda de klausuler som identifierats i gruppundantagets svarta lista och att särskilt kontrollera att avtalet inte har en marknadsuppdelande effekt. Är avtalet anpassat till dessa huvudkrav kan det tillämpas utan särskild anmälan till kommissionen. Innehåller det klausuler som påverkar konkurrensen utan att behandlas i förordningen föreligger möjlighet att anmäla enligt oppositionsproceduren. Förordningen innebär inga nyheter i dessa avseenden. Möjligheterna att utnyttja oppositionsproceduren bör kanske prövas i större utsträckning, inte minst därför att den återinförts på industriorganisationernas enträgna önskemål.

3. Revision av svensk lagstiftning

En viktig fråga är hur den svenske lagstiftaren skall agera. Svensk konkurrenslagstiftning⁶⁹ överensstämmer i stora delar med EU-

⁶⁹ Konkurrenslagen (SFS 1993:20).

reglerna. Patent- och know-how förordningarna har försvenskats med marginella redaktionella ändringar⁷⁰ och det är därför mycket som talar för att Förslag 1995 — i den form som det slutligen antas — också utfärdas i intern svensk rätt.

Även om det är en fördel också i Sverige att två rättsakter blir en, kan det finnas skäl att reflektera innan förändringarna genomförs. Sverige har tidigare på flera punkter valt självständiga lösningar. Kanske tekniksamarbetsområdet är ett område där det vore klokt att slå in på en radikalt annorlunda väg än kommissionen. Vi har i Sverige minst samma behov som i gemenskapen av att underlätta tekniksamarbete och undvika administrativt krångel. Risken för att licensavtal leder till skadlig marknadsuppdelning inom Sveriges gränser är liten och det förefaller inte som om licensavtal över huvud taget har skapat allvarliga konkurrensproblem i Sverige.

Det kan därför — och egentligen oavsett om kommissionen antar en förordning eller inte — finnas anledning att prova ett mer flexibelt system där avtal med en begränsad marknadsandel ges en frizon av samma slag som i USA. Kontrollen kan inriktas på licensavtal där parterna tillsammans har en hög marknadsandel. Svarta listan skulle kunna elimineras, medan avtal som innehåller (specifiserade) "svart/grå" klausuler borde kunna bli föremål för en snabb summarisk oppositionsprocedur. Eftersom det inte föreligger behov av samråd med medlemsstater i Sverige och konkurrensverket ansträngt sig att bygga en effektiv organisation, borde en månads handläggningsfrist räcka. Konkurrensverkets viktigaste reaktionsmöjlighet skulle ligga i att neka tillämpning av gruppundantag vid anmälan enligt oppositionsprocedur eller återkalla gruppundantaget för de licensförhållanden, som trots allt skulle visa sig få skadliga effekter för svenskt samhälle och näringsliv. De torde inte bli många ingripanden och det bör understryks att om företagen har en stark ställning är den ofta dominant. I sådana fall kan regelsystemet i Konkurrenslagens artikel 19 användas om GD:s utslag i Tetra Pak I skall följas.

Med en sådan svensk lösning skulle industrin här hemma kunna arbeta under mer flexibla förhållanden än vad som gäller i gemenskapen och myndigheterna skulle kunna inrikta sitt arbete på att bli informerade om och styra känsliga förhållanden, som trots allt visar sig kunna få skadliga effekter. En framgångsrik hantering av en sådan självständig lösning kan vara till stöd för en framtida utveckling av en ännu motsägelsefull gemenskapsrätt på området.

⁷⁰ Förordningen har införlivats i svensk rätt genom ett blankettstadgande, som anger skillnader mellan EU-reglerna och den svenska lagstiftningen, se SFS 1993:77.