

LUND UNIVERSITY

Licensavtal i EU: kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring

Lidgard, Hans Henrik

1997

Link to publication

Citation for published version (APA):
Lidgard, H. H. (1997). *Licensavtal i EU: kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring*. Publica.

Total number of authors:
1

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

Download date: 23. Aug. 2025



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 bok publicerad av Norstedts juridik. Förlaget har gett sitt tillstånd till publicering i LUP.

Referens för den publicerade versionen:
Lidgard, Hans-Henrik.
Licensavtal i EU: kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.
Norstedts juridik, 479 s.

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

Hans Henrik Lidgard

Licensavtal i EU

Kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring

PUBLICA

Publica ingår i Norstedts Juridik AB

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96, växel 08-690 91 00

JURIDISKA INSTITUTIONEN
LUND

LICENSAVTAL I EU
Hans Henrik Lidgard
Upplaga 1:1
ISBN 91-39-10028-6
© 1997 Författaren och Norstedts Juridik AB
Tryck: Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 1997

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande: genom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Innehåll

Förord 11

Förkortningar och uttryck 13

Nyckelfall 15

Del I. Inledning 29

1. Perspektiv på licensavtalet 31
1.1 Licensavtalet i brytpunkt för olika gemenskapsintressen 33
1.1.1 Immaterialrätt – skydd för kreativitet och utveckling 33
1.1.2 Licensiering en form av exploatering av immaterialrätt 35
1.1.2 Immaterialrätten kolliderar med andra gemenskapsvärden 37
1.2 Licensavtal och fria varurörelser 39
1.3 Licensavtal och konkurrensrätt 41
1.4 Arbetets vidare disposition 42

2. Licensavtalets behandling i praxis 45
2.1 1960-talets »laissez faire»-mentalitet 47
2.1.1 1962 års julbudskap 47
2.1.2 Grundig-domen signalerar nya tider 49
2.2 1970-talets öppna marknad 49
2.2.1 Immaterialrätt och fria varurörelser 50
2.2.2 Immaterialrätt och konkurrensregler 56
2.3 1980-talet ett årtionde av sökande 60

2.3.1 Patentlicensavtalet 60
2.3.2 Know-howlicensavtalet 64
2.4 1990-talet en period av ökad realism? 68

3. Teknikförordningen 71
3.1 Teknikförordningens karaktär 74
3.1.1 Förordningens allmänna räckvidd 75
3.1.2 Förordningens bindande karaktär 79
3.1.3 Förordningens övergripande mål 83
3.2 Teknikförordningens struktur 84
3.2.1 Undantag för förbjudna restriktioner 84
3.2.2 Vit, svart och grå lista 86
3.2.3 Begränsningar och procedurbestämmelser 88
3.3 Teknikförordningens begränsningar 89
3.3.1 Den geografiska räckvidden 89
3.3.2 De tidsmässiga begränsningarna 90
3.3.3 De sakliga begränsningarna 91

Del II. Licensavtal – fria varurörelser 95

4. Exklusiv licenssamverkan – territoriella begränsningar 97
4.1 Undantag för ömsesidig exklusivitet mellan parterna 100
4.1.1 Ensamrätt för licenstagaren 101
4.1.2 Exklusiv rätt för licenstagaren 103
4.1.3 Licenstagarens åtaganden mot licensgivaren 104
4.2 Direkta aktiviteter utanför licensområdet 105
4.2.1 Förbud mot tillverkning och användning 106
4.2.2 Förbud mot aktiv försäljning 107
4.3 Indirekta aktiviteter utanför licensområdet 108
4.3.1 Gemenskapsdomstolens syn på parallellhandel 109
4.3.2 Kommissionens syn på parallellhandel 116
4.3.3 Teknikförordningen 119
4.4 Absolut områdesskydd 122
4.4.1 EG-domstolens inställning 123
4.4.2 Teknikförordningen 125

4.4.3 Indirekta åtgärder för att begränsa passiv konkurrens 126

5. Licensavtalets giltighetstid 133
5.1 Definitioner och avgränsningar 135
5.1.1 Begreppet »patent» 136
5.1.2 Begreppet »know-how» 138
5.1.3 Begreppet »blandade licensavtal» 142
5.2 Licensavtalets löptid 142
5.2.1 Patentavtalets löptid 144
5.2.2 Know-howavtalets löptid 146
5.2.3 Blandat know-how- och patentlicensavtal 149
5.3 Förlängning av licensavtal 153
5.3.1 Förlängning till följd av förbättringar 153
5.3.2 Automatisk förlängning – bibehållen exklusivitet 156

Del III. Licensavtal – fri konkurrens 161

6. Begränsningar för licensens utnyttjande (användningsområde, kunduppdelning, kvantitet och underlicens) 167
6.1 Begränsning av utnyttjandet 170
6.1.1 Användningsområde 171
6.1.2 Kunduppdelning 176
6.2 Begränsning av kvantitet 180
6.2.1 Minsta kvantitet 181
6.2.2 Licens för eget behov 182
6.2.3 Kvantitetsbegränsningar 183
6.3 Begränsningar av relationer till tredje man 184
6.3.1 Underlicenser 185
6.3.2 Anläggningsverksamhet för tredje mans räkning 187
6.3.3 Reservkapacitet 187

7. En konkurrenskraftig produkt (kvalitetskrav, kopplingsförbehåll och förbättringar) 189
7.1 Krav på märkning och kvalitet 191
7.1.1 Märkningskrav 192
7.1.2 Kvalitetskrav 194

7.2 Kopplingsförbehåll – »tie ins» 198
7.2.1 Nödvändig koppling 198
7.2.2 Icke nödvändig koppling 200
7.3 Förbättringar – »grant back» 202
7.3.1 Icke-exklusivt utbyte 203
7.3.2 Exklusiv överlåtelse av nyutveckling 208
7.3.3 Hantering efter ordinarie avtalstid 210

8. Ekonomi och marknadsaktiviteter (royalty, konkurrensförbud och marknadsåtaganden) 215
8.1 Ekonomiska relationer mellan parterna 218
8.1.1 Royalty under och efter avtalstiden 219
8.1.2 Minimiroyalty 224
8.1.3 Grund för justering av royalty 225
8.2 Konkurrensförbud respektive »best efforts» 229
8.2.1 Konkurrensförbud i avtalsförhållanden 230
8.2.2 Bästa förmåga 234
8.2.3 Reservationsmöjlighet 236
8.3 Ekonomiska relationer till tredje man 238
8.3.1 Prisfrågor 238
8.3.2 Styrning av andra marknadsaktiviteter 240
8.3.3 Obehandlade klausuler 242

9. Skydd för den licensierade tekniken (sekretess, post term use, icke-angrepp, intrång) 247
9.1 Sekretessbestämmelser 249
9.2 Användningsförbud efter avtalstiden utgång 253
9.3 Angreppsförbud under avtalstiden 256
9.4 Relationer till tredje man – gemensamt intrångsbeivrande 261

Del IV. Speciella förhållanden 263

10. Licensiering vid joint venture 265
10.1 Joint venture 267
10.1.1 Karaktärisering och definition 268
10.1.2 Strategiska, ekonomiska och legala överväganden 269
10.1.3 Realistisk och effektiv gemenskapsattityd 271

10.2 Samverkan eller koncentration 273
10.2.1 Koncentrativa joint ventures 274
10.2.2 Kooperativa joint ventures 277
10.2.3 Precisering genom rättsutveckling 278
10.3 Anknutna förpliktelser 284
10.3.1 Licensavtal – en anknuten restriktion? 284
10.3.2 Särbehandling av licensavtal 286
10.3.3 Teknikförordningens reglering av licensavtal i JV 289
10.4 Synen på patentpooler 291

11. Licensiering vid stark marknadsställning 295
11.1 Överenskommelser mellan konkurrenter 299
11.1.1 Ömsesidig licensiering mellan konkurrenter 301
11.1.2 Förbud mot kundkategoriuppndelning mellan konkurrenter 302
11.1.3 Återkallande av gruppundantaget 304
11.2 Stark marknadsposition 305
11.2.1 Påtaglig inverkan på konkurrensen 305
11.2.2 Förspelet till ett marknadsandelstest 307
11.2.3 Teknikförordningens reglering av marknadsfrågor 311
11.3 Dominerande ställning 312
11.3.1 Dominerande företag som licenstagare 313
11.3.2 Dominerande företag som licensgivare 315
11.3.3 Tvångslicensiering – ett sätt att nå dominerande företag? 322

Del V. Procedurfrågor 325

12. Procedurbestämmelser 327
12.1 Invändningsförfarandet 329
12.1.1 Konkurrensbegränsande skyldigheter 333
12.1.2 Kopplingsförbehåll och icke- angrepps-klausuler 335
12.1.3 Anmälan 336
12.1.4 Handläggningen 337
12.1.5 Invändningsförfarandet i framtiden 338
12.2 Återkallande av gruppundantag 339
12.2.1 »Missbruksprincip» i ny tappning 340

12.2.2 Stark marknadsställning 342
12.2.3 Absolut områdesskydd 344
12.2.4 Andra missbrukssituationer 345
12.3 Individuell anmälan 346
12.3.1 Licensavtal är anmälningsbefriade 348
12.3.2 Anmälan enligt invändningsförfarandet 348
12.3.3 Individuell anmälan enligt Förordning 17/62 349
12.3.4 Comfort letters 352
12.3.5 Praktisk slutsats 354
12.4 Nationell prövning av gemenskapens licensregler 355
12.4.1 Teknikförordningens tillämplighet i medlemsstaterna 356
12.4.2 Nationell tolkning av Teknik-förordningen 359
12.4.3 Samverkan mellan kommissionen och nationella domstolar 361
12.4.4 Möjlighet till skadeståndstalan på nationell nivå 364

13. Kritiska punkter – slutkommentar 373
13.1 Teknikförordningen ur gemenskapsperspektiv 375
13.1.1 Mål för gemenskapsarbetet 376
13.1.2 Gemenskapsprinciper 378
13.1.3 Detaljanmärkningar 380
13.2 Praktiska konsekvenser för licensavtalets utformning 383
13.2.1 Licensavtalets kritiska punkter 384
13.2.2 Anmälan eller inte 387
13.3 Revision av inställningen till vertikala avtal 389

Bilagor
Teknikförordningen 393
Patentförordningen 413
Know-howförordningen 428
Register
Rättsfallsregister, alfabetiskt 449
Rättsfallsregister, kronologiskt 456
Författarregister 466
Lagstiftningsregister 470
Sakregister 475

Förord

Under de senaste årtiondena har den industriella utvecklingen kännetecknats av ökad koncentration i form av joint ventures, allianser, företagsförvärv och sammanslagningar. Utvecklingen har säkert sina naturliga ekonomiska förklaringar för en västerländsk industri i behov av konsolidering och omstrukturering. Men den är säkert också till en del modebetonad eftersom »följa John-taktiken» ofta präglar industrins agerande.

Företagen anger normalt själva som skäl för den ökade koncentrationen behovet av kritisk massa, synergier mellan samverkande företag, marknadspositioner och rationaliseringspotential. De samhälleliga konsekvenserna blir däremot sällan lika väl utredda. Vad är egentligen effekterna av att företag växer och lämnar sin nationella bas, hur påverkas arbetstillgång på kort och lång sikt till följd av rationaliseringar och står det nödvändiga innovativa klimatet i paritet med den vunna storleken?

Ett alternativ till ökad koncentration är samverkan mellan självständiga företag rörande forskning och utveckling, produktion och/eller marknadsföring. Sådan samverkan var omfattande under 30-talet och omedelbart efter andra världskriget som ett led i en spirande industriell internationalisering. Tekniksamverkan förefaller dock att ha klingat av i takt med att koncentrationstendensen förstärkts.

Industri och kapital agerar som de bedöms och samhället har hittills inte reagerat mot den beskrivna utvecklingen – även om den punkt säkert kommer när pendeln slår tillbaka. Tvärtom, samhället kan genom sina styrmekanismer sägas ha medverkat till utvecklingen. Ett av dessa styrinstrument är konkurrenslagstiftningen, som först på 1990-talet fått mer påtagliga regler för koncentrationsaktiviteterna på europeisk och nationell nivå. Hittills har dock detta re-

gelsystem tillämpats liberalt och ingreppen begränsar sig till mer flagranta fall.

Däremot har konkurrensreglerna tillämpats på ett strikt och delvis hårdhänt sätt mot samverkansavtal – däribland exklusiva licensavtal – under de senaste 30 åren. Kommissionen har för sin del uppmärksammat såväl de ökande koncentrationstendenserna som den ibland alltför rigida kontrollen av samverkansavtal och vidtar i sin industripolitik en rad åtgärder för att förbättra villkoren för teknikutveckling och -samverkan. Det är mot denna strävan som det nya gruppundantaget för tekniksamverkan från år 1996 skall ses.

I detta arbete presenteras bakgrunden till lagstiftningen och den granskas i ljuset av den rättspraxis som vuxit fram i gemenskapsmyndigheternas verksamhet. Känsliga punkter i licensavtalet lyfts fram med anmärkningar och förslag till praktiska lösningar.

Genom åren har det varit utvecklande att möta kompetenta affärsjurister i avtalsförhandlingar. Mycket av den praktiska juridik jag tillägnat mig kommer dock från mina båda läromästare: advokaten Carl-Henrik Norlander, Helsingborg och patentjuristen Gordon Hueschen, Kalamazoo. Deras jordnära sätt att tackla licensproblem har varit mig till ovärderlig hjälp genom åren och en del har nog också kommit till uttryck i denna bok, som därför särskilt tillägnas dem. Kommissionstjänstemän och ledande representanter för det svenska Konkurrensverket har välvilligt ställt upp med stöd och för diskussion.

Jag vill rikta ett särskilt tack till professor Lennart Pålsson, nybliven emeritus trots att han verkar mer aktiv än någonsin, för att han tagit sig tid att granska manuskriptet och ge mig värdefulla kommentarer.

Dessa ledande jurister i all ära – min största kritiker har jag i min hustru Boel, som med stor omsorg läst varje del av manuskriptet. När hon inte är nöjd är det bara att återgå till ritbordet. Hennes enkla och förmodligen helt korrekta tes är att om en allmänt förnuftig person inte förstår – hur skall då jurister kunna tillägna sig innehållet? Om den kritiken lett till att den bitvis svåra framställningen förenklats och förtydligats tror jag läsaren har anledning att sända henne en uppskattande tanke.

Ljunghusen i augusti 1996

Hans Henrik Lidgard

Förkortningar och uttryck

Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
CMLR	Common Market Law Report
CMLRev	Common Market Law Review
domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol
ECLR	European Competition Law Review
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen (före nov. 1993)
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskaperna/Europeiska gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol
EG-kommissionen	Europeiska kommissionen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EIPR	European Intellectual Property Law Review
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
ELR	European Law Review
ESK	Ekonomiska och sociala kommittén
EU	Europeiska unionen
förstainstansrätten	Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtschutz und Urheberecht, Internationaler Teil
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law

ICQL	International Comparative Law Quarterly
JO	Journal officiel
kommissionen	Europeiska kommissionen
konkurrensrapport	Kommissionens årliga rapporter om konkurrenspolitiken
Maastrichtfördraget	Fördraget om Europeiska unionen
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
Nw.J.Int.L.&Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
OJ	Official Journal of the European Communities
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
RIW/AD	Recht der internationalen Wirtschaft/ Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Romfördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen
rådet	Europeiska unionens råd
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
unionen	Europeiska unionen

I huvudsak följer arbetet förkortningar och uttryck sådana de preciserats i Statsrådsberedningens promemoria, Redaktionella och språkliga frågor i EU-arbetet, PM 1996:4. För att kapitlen skall kunna läsas fristående är fotnoterna kopplade till respektive kapitel. Detta innebär upprepningar i hänvisningar, men dessa har genomförts för att underlätta läsningen.

Vidare tillämpas genomgående förkortningar för gruppundantag i form av ett i fotnot angivet kortord med initial versal – t.ex. »Teknikförordningen» för kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.

Nyckelfall

Rättsfall i kronologisk ordning med särskild anknytning till immaterialrätt och licensiering eller fria varurörelser med angivande av vissa nyckelord för referens. För vidare koppling till innehållet i denna bok hänvisas till innehållsförteckning till respektive kapitel eller till de avslutande registren.

Etablissement Consten SA & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen
EG-domstolen, mål 56 & 58/64, 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: *Vertikala avtal, samhandelskriteriet, partiell giltighet.*

Parke, Davis & Co. mot Probel
EG-domstolen, mål 24/67, 29 februari 1968: [1968] REG 55, [1968] CMLR 47
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: *Patentavtal resp. dominerande ställning, prissättning.*

Sirena SRL mot Eda SRL
EG-domstolen, mål 40/70, 18 februari 1971: [1971] REG 69, [1971] CMLR 260
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Konkurrensreglerna utnyttjade mot hinder för parallellimport.*

Deutsche Grammophon GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG
EG-domstolen, mål 78/70, 8 juni 1971: [1971] REG 487, [1971] CMLR 631
Skyddsrätt: *Upphovsrätt, musik.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: –.

Burroughs AG & Ets. Delplanque
EG-kommissionen, beslut 72/25/EEG, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67
Skyddsrätt: *Varumärke, patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Märkning, kvalitet, förbättringar, sekretess, underlicensiering.*

Burroughs AG & Geha-Werke GmbH
EG-kommissionen, beslut 72/26/EEG, 22 december 1971: EGT 1972 L13/53, [1972] CMLR D72
Skyddsrätt: *Varumärke, patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Märkning, kvalitet, förbättringar, sekretess, underlicensiering.*

Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd
EG-kommissionen, beslut 73/238/EEG, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, extraterritoriell effekt.* Konkurrens: *Icke-angrepp.*

Davidson Rubber Co.
EG-kommissionen, beslut 72/237/EEG, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52
Skyddsrätt: *Patent, know-how.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: *Sekretess, icke-exklusiva förbättringar, angreppsförbud, underlicensiering.*

Van Zuylen Frères mot Hag A.G. (Hag I)
EG-domstolen, mål 192/73, 3 juli 1974: [1974] REG 731, [1974] 2 CMLR 127
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, gemensamt ursprung, konsumtion.* Konkurrens: –.

Centrafarm BV mot Sterling Drug
EG-domstolen, mål 15/74, 31 oktober 1974: [1974] REG 1147, [1974] 2 CMLR 480
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, existens/utövande, samtycke, konsumtion.* Konkurrens: –.

Centrafarm BV mot Wintrop BV
EG-domstolen, mål 16/74, 31 oktober 1974: [1974] REG 1183, [1974] 2 CMLR 480
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, existens/utnyttjande, samtycke, konsumtion.* Konkurrens: –.

Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA
EG-kommissionen, beslut 74/494/EEG, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40
Skyddsrätt: *Patent, know-how.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, försäljningsbegränsningar EU, extraterritoriell effekt.* Konkurrens: *Förbättringar, royalty, mest-gynnad-klausul, angreppsförbud, sekretess, underlicensiering, avtals brytande.*

Zuid Nederlandsche Bronbemaling en Grondboringen BV mot Heidemaatschappij Beheer NV (Bronbemaling)
EG-kommissionen, beslut 75/570/EEG, 25 juli 1975: EGT 1975 L249/27, [1975] 2 CMLR D67
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Patentpool.*

Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard (AOIP/Beyrard)
EG-kommissionen, beslut 76/29/EEG, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Export till icke-licensierade länder.* Konkurrens: *Royalty, minimum, underlicensiering, angreppsförbud, konkurrensförbud, förbättringar, royalty på icke-patenterad produkt, royalty efter avtals upphörande.*

Penney's Trade Mark
EG-kommissionen, beslut 78/193/EEG, 23 december 1977: EGT 1978 L60/19, [1978] 2 CMLR 100
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *Gemensamt ursprung – avsaknad av.* Konkurrens: *Angreppsförbud, fördelning av rättigheter.*

Davide Campari Milano SpA (Campari)
EG-kommissionen, 78/253/EEG, 23 december 1977: EGT 1978 L70/69, [1978] 2 CMLR 397

Skyddsrätt: *Know-how, varumärke.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Konkurrensförbud, passiv försäljning, ingen aktiv försäljning, underlicensiering, kvalitet, kopplingsförbehåll.*

→ ***Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH***
EG-domstolen, mål 102/77, 23 maj 1978: [1978] REG 1139, [1978] 3 CMLR 217
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *»Specific subject matter», »essential function», dold restriktion.* Konkurrens: *Missbruk.*

Kurt Eisele & Institut National de Recherche Agronomique (INRA) (Maize Seed)
EG-kommissionen, beslut 78/823/EEG, 21 september 1978: EGT 1978 L286/23, [1978] 3 CMLR 434
Skyddsrätt: *Växtförädlingsrätt.* Fria varurörelser: *Exklusivitet, absolut områdesskydd, indirekta aktiviteter.* Konkurrens: *Konkurrensförbud, selektiva kriterier, bruttopris, kopplingsförbehåll.*

→ ***Centrafarm BV mot American Home Products Corp.***
EG-domstolen, mål 3/78, 10 oktober 1978: [1978] REG 1823, [1979] 1 CMLR 326
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: –.

H. Vaessen BV mot Moris och Alex Moris pvba (Vaessen/Moris)
EG-kommissionen, beslut 79/86/EEG, 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Märkning, onödigt kopplingsförbehåll, angreppsförbud, snäv relevant marknad, existens/utövande, serieavtal.*

French State/Suralmo (Suralmo)
EG-kommissionen, information: 1979 års konkurrensrapport, punkt 72
Skyddsrätt: –. Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Underlicensiering, kunduppdelning.*

SA Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision, Coditel mot SA Ciné Vog Films (No 1) (Coditel I)
EG-domstolen, mål 62/79, 18 mars 1980: [1980] REG 881, [1981] 2 CMLR 362

Skyddsrätt: *Upphovsrätt – film.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: –.

Musik-Vertrieb Membran GmbH mot Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA)
EG-domstolen, mål 55 & 57/80, 20 januari 1981: [1981] REG 147, [1981] 2 CMLR 44
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – musik.* Fria varurörelser: *Tilläggsavgifter vid gränsöverskridande försäljning.* Konkurrens: *Missbruk, dominerande ställning, överdrivna avgifter.*

Merck & Co. Inc. mot Stephar B.V. och Petrus Stephanus Exler
EG-domstolen, mål 187/80, 14 juli 1981: [1981] REG 2063, [1981] 3 CMLR 463
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Parallellhandel, import från icke patentskyddat område, vara såld med rättsinnehavares samtycke.* Konkurrens: –.

Polydor Ltd & RSO Records Inc. mot Harlequin Record Shops Ltd & Simons Records Ltd
EG-domstolen, 270/80, 9 februari 1982: [1982] REG 329, [1982] 1 CMLR 677
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – musik.* Fria varurörelser: *Konsumtion, tredje land, frihandelsavtal.* Konkurrens: –.

Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen
EG-domstolen, mål 258/78, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278
Skyddsrätt: *Växtförädlingsrätt.* Fria varurörelser: *Exklusivitet, öppna licenser, absolut områdesskydd, passiv försäljning.* Konkurrens: –.

Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV
EG-domstolen, mål 144/81, 14 september 1982: [1982] REG 2853, [1983] 2 CMLR 47
Skyddsrätt: *Mönsterskydd.* Fria varurörelser: *Import av originalvara genomförd av annan än registreringsinnehavaren. Den senare inte mönsterskapare.* Konkurrens: –.

Coditel SA, Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision mot Ciné-Vog Films SA (Coditel II)
EG-domstolen, mål 262/81, 6 oktober 1982: [1982] REG 3381, [1983] 1 CMLR 49
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – film.* Fria varurörelser: *Områdesskydd.* Konkurrens: –.

Toltecs' and 'Dorcet' Trade Marks
EG-kommissionen, beslut 82/987/EEG, 15 december 1982: EGT 1982 L379/19, [1983] 1 CMLR 412
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Angreppsförbud, förlikningsöverenskommelse.*

IMA AG mot Windsurfing International Inc.
EG-kommissionen, beslut 83/400/EEG, 11 juli 1983: EGT 1983, L229/1, [1984] 1 CMLR 1
Skyddsrätt: *Patent, varumärke.* Fria varurörelser: *Förbud mot tillverkning i oskyddade länder.* Konkurrens: *Märkning, royalty, kvalitet, angreppsförbud.*

Knoll/Hille-Form
EG-kommissionen, information, 1983 års konkurrensrapport, punkt 142,
Skyddsrätt: *Patent, mönster, varumärke, upphovsrätt.* Fria varurörelser: *Förbud mot direkt försäljning.* Konkurrens: *Exklusivitet, ej ny produkt, otillräcklig investering.*

Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact de Dott. Ing. Mario Andreoli & C.S.A.S.
EG-domstolen, (fjärde kammaren), mål 170/83, 12 juli 1984: [1984] REG 2999, [1985] 3 CMLR 224
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Överlåtelse, existens/utövande, ej missbruk, ekonomisk enhet, letter of comfort – icke bindande.*

De Forenede Bryggerier A/S och Grand Metropolitan Ltd (Carlsberg)
EG-kommissionen, beslut 84/381, 12 juli 1984: EGT 1984 L207/26, [1985] CMLR 735
Skyddsrätt: *Varumärke, know-how.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Kopplingsförbehåll.*

Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes mot kommissionen
EG-domstolen, mål 298/83, 28 mars 1985: [1985] REG 1106, [1986] 1 CMLR 486
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – film.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd.* Konkurrens: –.

Cinéthèque mot Fédération Nationale des Cinémas Français
EG-domstolen, mål 60 & 61/84, 11 juli 1985: [1985] REG 2605, [1986] CMLR 365
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – video.* Fria varurörelser: *Områdesskydd, regler för uthyrning, förbud mot uthyrning medan film visas på nationell biograf, proportionalitet.* Konkurrens: –.

Velcro SA mot Aplix SA
EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, 12 juli 1985: EGT 1985 L233/22, [1989] 4 CMLR 157
Skyddsrätt: *Patent, know-how, varumärke.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, parallellhandel, aktiv/passiv försäljning, ingen tillverkning utanför territoriet, patenttid.* Konkurrens: *Förbättringar – ny/använd teknologi, royalty, kopplingsförbehåll, konkurrensförbud, avtalstid, avtals brytande.*

Pharmon BV mot Hoechst
EG-domstolen, mål 19/84, 19 juli 1985: [1985] REG 2281, [1985] 3 CMLR 775
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Parallellhandel, absolut områdesskydd, avsaknad av medgivande.* Konkurrens: *Tvångslicens.*

René Royon mot Alain Meilland
EG-kommissionen, beslut 85/561/EEG, 13 december 1985: EGT 1985 L369/9, [1988] 4 CMLR 193
Skyddsrätt: *Växtförädlingsrätt.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Kumulativ effekt, grant back, angreppsförbud.*

Windsurfing International Inc. mot EG-kommissionen
EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489
Skyddsrätt: *Patent, varumärke.* Fria varurörelser: *Produktion utanför territoriet.* Konkurrens: *Royalty, priser, märkning, kvalitet, angreppsförbud, kopplingsförbehåll.*

Optical Fibres
EG-kommissionen, beslut 86/405EEC, 14 juli 1986: EGT 1986 L236/30
Skyddsrätt: *patent, know-how.* Fria varurörelser: *aktiv och passiv försäljning, inga handelshinder för försäljning utanför det tilldelade området.* Konkurrens: *JV, serieavtal, fördelar framför alternativ, icke-exklusiv licensiering efter avtalsslut, inget styrande inflytande för amerikansk partner, icke-exklusiv grant back.*

Boussois SA and Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft GmbH & Co. KG
EG-kommissionen, beslut 87/123/EEG, 15 december 1986: [1987] EGT L50/30, [1988] 4 CMLR 124
Skyddsrätt: *Know-how, patent.* Fria varurörelser: *Passiv försäljning.* Konkurrens: *Initial royalty, förbättringar, sekretess.*

Mitchell Cotts Air Filtration Ltd
EG-kommissionen, beslut 87/100/EEG, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111
Skyddsrätt: *Know-how.* Fria varurörelser: *Förbud aktiv försäljning, absolut områdesskydd, parallellhandel.* Konkurrens: *JV, förbättringar, konkurrensförbud, sekretess, underlicens.*

G. Basset mot Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
EG-domstolen, mål 402/85, 9 april 1987: [1987] REG 1747, [1987] 3 CMLR 173
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – musik.* Fria varurörelser: *Tilläggsavgift ('supplementary mechanical reproduction fee') för uppspelning av musik på diskotek invändningsfritt även om inte uttagen i ursprungslandet.* Konkurrens: *Missbruk av dominerande ställning, överdrivet hög royalty?*

Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA
EG-kommissionen, beslut 87/409/EEG, 13 juli 1987: EGT 1987 L222/28, [1989] 4 CMLR 628
Skyddsrätt: –. Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, exportförbud, indirekt hämmande åtgärder.* Konkurrens: *Standardavtal, gamla fakturor, kvantitetsbegränsning.*

Jus-Rol Ltd and Rich Products Corp.
EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG, 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527
Skyddsrätt: *Know-how.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Ej ny teknologi, sekretess, förbättringar, grant back, royalty, post term use ban.*

Allen & Hanburys Ltd mot Generics (U.K.) Ltd
EG-domstolen, mål 434/85, 3 mars 1988: [1988] REG 1245, [1988] 1 CMLR 701
Skyddsrätt: *»Endorsement of 'licences of rights' of expired patents.»* Fria varurörelser: *Parallellhandel.* Konkurrens: *Specifika föremål, royaltykontroll, kvalitetskontroll.*

Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Co-opérative
EG-domstolen (femte kammaren), mål 27/87, 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR 576
Skyddsrätt: *Växtförädlingsrätt.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, förbud mot passiv försäljning.* Konkurrens: *Serieavtal, kumulativ effekt, bruttoprissättning, minimipris.*

Warner Brothers Inc. & Metronome Video ApS mot Eric Viuff Christiansen
EG-domstolen, mål 158/86, 17 maj 1988: [1988] REG 2605, [1990]3 CMLR 684
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – video.* Fria varurörelser: *Parallellhandel, uthyrning video, uthyrning beroende av nationell rätt även om förbehåll inte gjorts i originallandet, dansk lagstiftning inte diskriminerande.* Konkurrens: –.

Thetford Corporation mot Fiamma Spa
EG-domstolen, mål 35/87, 30 juni 1988: [1988] REG 3585, [1988] 3 CMLR 549
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Tvångslicensiering, relativ nyhet, diskriminering, dold handelsrestriktion.* Konkurrens: –.

Tetra Pak I (BTG-license)
EG-kommissionen, beslut 88/501/EEG, 26 juli 1988: EGT 1988 L272/27, [1990] 4 CMLR 47
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Exklusivitet, dominerande ställning, missbruk.*

Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH mot Süllhöfer
EG-domstolen, mål 65/86, 27 september 1988: [1988] REG 5249, [1990] 4 CMLR 182
Skyddsrätt: *Patent, mönster, know-how.* Fria varurörelser: *Förhållande art. 30 och 85.* Konkurrens: *Angreppsförbud, presumtion.*

Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd
EG-domstolen, mål 237/87, 5 oktober 1988: [1988] REG 6211, [1989] 4 CMLR 122
Skyddsrätt: *Mönster, patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Licensvägran – ej missbruk, särskilda skäl: dominans, leveransvägran till fristående reparatörer, oskäliga priser, upphörande med tillverkning av efterfrågade reservdelar.*

Consortio Italiano Della Componentistica Di Ricambio Autoveicoli & Maxicar mot Régie Nationale des Usines Renault (Renault)
EG-domstolen, mål 53/87, 5 oktober 1988: [1988] REG 6039, [1990] 4 CMLR 265
Skyddsrätt: *Mönster.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Licensvägran – ej missbruk, särskilda skäl: dominans, leveransvägran till fristående reparatörer, oskäliga priser, upphörande med tillverkning av efterfrågade reservdelar.*

BBC Brown Boveri & NGK Insulators Ltd
EG-kommissionen, beslut 88/541/EEG, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68, [1989] 4 CMLR 610
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Extraterritorialitet.* Konkurrens: *Sekretess, avtalstid.*

DDD Ltd & Delta Chemie
EG-kommissionen, beslut 88/563/EEG, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535
Skyddsrätt: *Know-how, varumärke.* Fria varurörelser: *Passiv försäljning, parallellhandel, absolut områdesskydd.* Konkurrens: *Kvalitet, sekretess, förbättringar, grant back, konkurrensförbud, underlicensiering.*

Magill TV Guide Ltd mot Independant Television Publication Ltd, British Broadcasting Corporation & Radio Telefis Eireann
EG-kommissionen, beslut 89/205/EEG, 21 december 1988: EGT 1989 L78/43, [1989] 4 CMLR 757

Skyddsrätt: *Upphovsrätt – information om TV-program.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Dominans, licensvägran, »essential facilities».*

Decca Navigator System
EG-kommissionen, beslut 89/113/EEG, 21 december 1988: EGT 1989 L43/27, [1990] 4 CMLR 627
Skyddsrätt: *Upphovsrätt.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Missbruk av dominerande ställning, gruppundantag och artikel 85.3 inte tillämpliga, marknadsuppdelning, kunduppdelning, samråd inför ny licensiering.*

EMI Electrola GmbH mot Patricia Im- und export Verwaltungsgesellschaft GmbH
EG-domstolen, mål 341/87, 24 januari 1989: [1989] REG 79, [1989] 2 CMLR 413
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – musik.* Fria varurörelser: *Parallellhandel, absolut områdesskydd, extraterritoriell effekt.* Konkurrens: –.

Ottung mot Klee & Weilbach A/S & Thomas Schmidt A/S
EG-domstolen (sjätte kammaren), mål 320/87, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915
Skyddsrätt: *Patent, know-how, mönster.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Royalty, patent utlöpt, förbud mot vidare produktion, obestämd avtalstid.*

Ministère Public mot Jean Louis Tournier och Jean Verney
EG-domstolen, mål 395/87, 13 juli 1989: [1989] REG 2521, [1991] 4 CMLR 248
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – musik.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Royalty, kopplingsförbehåll, bevisbörda, internationell jämförelse.*

Association of Plant Breeders of the EEC (Comasso)
EG-kommissionen, information, 11 januari 1990: EGT 1990 C6/3, [1990] 4 CMLR 259
Skyddsrätt: *Växtförädlingsrätt.* Fria varurörelser: *Exportförbud, absolut områdesskydd, även passiv försäljning.* Konkurrens: –.

Bayer AG – »Bayo-n-ox»
EG-kommissionen, beslut 90/38/EEC, 13 december 1989: EGT L21/71, [1990] 4 CMLR 930
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Indirekta försök att stoppa parallellhandel med skiljaktiga priser.* Konkurrens: *Patentskydd slut*

i ett land, icke exklusiv inköpsrätt för egen användning, obstruktion av process.

Moosehead Breweries Ltd och Whitbread & Co. plc
EG-kommissionen, beslut 90/186/EEG, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391
Skyddsrätt: *Varumärke, know-how.* Fria varurörelser: *Aktiv försäljning, spontana order.* Konkurrens: *Angreppsförbud, konkurrensförbud, kopplingsförbehåll, sekretess, avtalstid, anknutna förpliktelser.*

Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen
EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Dominans, missbruk, gruppundantags tillämplighet.*

Odin Development Ltd
EG-kommissionen, beslut 90/410/EEG, 13 juli 1990: EGT 1990 L209/15, [1991] 4 CMLR 832
Skyddsrätt: –. Fria varurörelser: –. Konkurrens: *JV, användningsbegränsning, förbättringar, avtalstid, konkurrensförbud, överlåtelseförbud, sekretess, anknutna förpliktelser.*

CNL-Sucal mot Hag GF (Hag II)
EG-domstolen, mål C-10/89, 17 oktober 1990: [1990] I REG 3711, [1990] 3 CMLR 571
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *Parallellhandel, absolut områdesskydd, gemensamt ursprung utan betydelse, samtycke.* Konkurrens: –.

Radio Telefis Eireann mot kommissionen
EG:s förstainstansrätt, mål T-69/89, 10 juli 1991: [1991] II REG 485, [1991] 4 CMLR 586
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – info TV-program.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Missbruk, licensvägran, »essential facilities».*

Independent Television Publication Ltd mot kommissionen
EG:s förstainstansrätt, mål T-76/89, 10 juli 1991: [1991] II REG 575, [1991] 4 CMLR 745
Skyddsrätt: *Upphovsrätt – info TV-program.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Missbruk, licensvägran, »essential facilities».*

Compulsory Patent Licences: Kommissionen mot Storbritannien
EG-domstolen, mål C-30/90, 18 februari 1992: [1992] 1 REG 777, [1992] 2 CMLR 709
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Tvångslicensiering om patent inte utnyttjades i UK inom tre år. Diskriminering utan täckning av immaterialrätten.* Konkurrens: –.

Generics (UK) Ltd mot Smith Kline and French Laboratories Ltd
EG-domstolen, mål C-191/90, 27 oktober 1992: [1992] I REG 5335, [1993]1 CMLR 89
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: *Tvångslicensiering kan inte begränsas till produkter producerade i licenslandet. Är villkor för tvångslicens uppfyllda skall rätten gälla oberoende var i EU produkterna tillverkats.* Konkurrens: –.

Hilti AG mot kommissionen
EG-domstolen, mål C-53/92, 2 mars 1994: [1994] I REG 667, [1994] 4 CMLR 614
Skyddsrätt: *Patent.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Missbruk av dominerande ställning, »essential facility»?*

IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH (Ideal Standard)
EG-domstolen, mål 9/93, 22 juni 1994: [1994] I REG 857, [1994] 3 CMLR 857
Skyddsrätt: *Varumärke.* Fria varurörelser: *Absolut områdesskydd, parallellhandel, överlåtelse, ingen ekonomisk koppling, ingen kontrollmöjlighet av kvalitet, oberoende, förväxlingsrisk, rätt att förhindra import.* Konkurrens: –.

Lederle-Praxis Biologicals
EG-kommissionen, information, 1994 års konkurrensrapport, punkt 353,
Skyddsrätt: –. Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Dominans, egenutveckling, licensvägran – ej missbruk.*

Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Ltd mot kommissionen (Magill TV Guide)
EG-domstolen, mål C-241/91 and C-242/91, 6 april 1995: [1995] REG I 743, [1995] 4 CMLR 718
Skyddsrätt: *Upphovsrätt.* Fria varurörelser: –. Konkurrens: *Missbruk, dominerande ställning, licensvägran, »essential facility».*

Del I. Inledning

Del I. Inledning

1. Perspektiv på licensavtalet

1.1 Licensavtalet i brytpunkt för olika gemenskapsintressen 33
- 1.1.1 Immaterialrätt – skydd för kreativitet och utveckling 33
- 1.1.2 Licensiering en form av exploatering av immaterialrätt 35
- 1.1.2 Immaterialrätten kolliderar med andra gemenskapsvärden 37

1.2 Licensavtal och fria varurörelser 39
1.3 Licensavtal och konkurrensrätt 41
1.4 Arbetets vidare disposition 42

1.1 Licensavtalet i brytpunkt för olika gemenskapsintressen

1.1.1 Immaterialrätt – skydd för kreativitet och utveckling

På gott och ont strävar ett samhälle vidare. Gammalt rivs eller vidareutvecklas och nytt måste få komma till. När nyheterna är resultatet av intellektuella prestationer kan de vara väsentliga, men i allmänhet också sårbara därför att de är lätta att kopiera och föra vidare utan hänsyn till ursprunget. En melodi löper vidare och behovet av den ursprunglige kompositören finns inte. En kemisk reaktion som beskrivits kan upprepas. En bok kan kopieras.

I utvecklade länder har det varit angeläget att belöna de intellektuella prestationerna, dels därför att det är rätt och billigt mot kreatören – men kanske ännu mer för att locka fram nya innovationer. Med skydd och belöning kan de nya prestationerna snabbt komma till bredare spridning och spela sin roll i en ständig utvecklingsprocess.

Belöning för den intellektuella prestationen är ett tidsbegränsat monopol i det skyddande landet. Den nationella lagstiftningen bygger på allmänt omfattade internationella konventioner och med stöd av EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis kan kärnan i det europeiska immaterialrättsskyddet sammanfattas på följande sätt:

Patentskyddets föremål är att ge rättsinnehavaren ensamrätt att använda en uppfinning genom att tillverka den industriella produkten och första gången marknadsföra den – antingen själv eller genom att bevilja licenser till annan – liksom en rätt att beivra intrång i detta monopol.[1]

[1] EG-domstolen, mål 434/85 (*Allen & Hanburys*), Allen & Hanburys Ltd mot Generics (U.K.) Ltd, 3 mars 1988: [1988] REG 1245, [1988] 1 CMLR 701, punkt [11]. En utförligare presentation och precisering av de olika immaterialrättsskydden ges i Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., Immaterialrätt (5 uppl.), Stockholm 1995, s. 1 ff.

Varumärkesskyddets föremål är att garantera rättsinnehavaren exklusiv rätt att använda sitt kännetecken i syfte att marknadsföra varumärkesskyddad produkt första gången och skydda sig mot konkurrenter som olovligen vill »snylta» på detta kännetecken.[2] Rättsinnehavaren skall ha möjlighet – även om denna inte utnyttjas – att kontrollera slutproduktens kvalitet.[3] Konsumenten skall garanteras ursprungsidentitet utan risk för förväxling.[4]

Det upphovsrättsliga skyddet ger upphovsmannen en rätt att vara först med att framföra sitt verk och en ensamrätt att mångfaldiga detsamma.[5]

Mönsterskyddets föremål är att ge innehavaren en rätt att förhindra tredje man att utan medgivande tillverka, importera och sälja produkter som inkorporerar det skyddade mönstret.[6]

Växtförädlingsskyddet syftar till att ge rättsinnehavaren ensamrätt att producera eller kommersiellt sälja den utvecklade och skyddade växtsorten.[7]

Know-how är däremot inte en immaterialrätt och skyddas inte som sådant av den nationella lagstiftningen. Gemenskapslagstiftningen definierar inte begreppet, även om en allmän referens görs till att det avser tekniskt kunnande som inte är patentskyddat, t.ex. beskriv-

[2] EG-domstolen, mål 16/74, Centrafarm BV mot Wintrop BV, 31 oktober 1974: [1974] REG 1183, [1974] 2 CMLR 480, punkt [7] till [11].

[3] EG-domstolen, mål 9/93 (*Ideal Standard*) – IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH, 22 juni 1994: [1994] I REG 857, [1994] 3 CMLR 857, punkt [37].

[4] EG-domstolen, mål 102/77, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH, 23 maj 1978: [1978] REG 1139, [1978] 3 CMLR 217, punkt [7].

[5] EG-domstolen, mål 158/86, Warner Brothers Inc. och Metronome Video ApS mot Eric Viuff Christiansen, 17 maj 1988: [1988] REG 2605, [1990] 3 CMLR 684, punkt [13]. Rätten att först framföra ett upphovsrättsligt skyddat verk tar sig olika uttryck beroende på vilken form av upphovsskydd som avses. EG-domstolen har genom åren specificerat innebörden för musik och film när olika medier utnyttjats. Medan kontinentala Europa tryckt på den »droit morale» som kopplas till upphovsrätt har EG-domstolen understrukit upphovsrättens ekonomiska aspekter. Se Tillberg, J., Upphovsrättens utveckling i EG-domstolens praxis – från Deutsche Grammophon till Magill, SvJT 1995 s. 643 och van der Wal, G., Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing, Analysis Section: [1944] 4 ECLR 230.

[6] EG-domstolen, mål 237/87 (*Volvo mot Veng*), Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd, 5 oktober 1988: [1988] REG 6211, [1989] 4 CMLR 122, punkt [8].

[7] EG-domstolen, mål 258/78, Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278, punkt [37].

ningar av tillverkningsmetoder, recept/formler, modeller eller mönster.[8] Även om inte immaterialrätt skyddar know-how träder annan lagstiftning in för att t.ex. hindra att en arbetstagare missbrukar know-how som han fått tillgång till i sitt arbete. I huvudsak måste dock know-how skyddas genom intern disciplin och civilrättsliga avtal med såväl interna som externa parter. Likväl kan know-how från många utgångspunkter likställas med immaterialrättsliga skydd vad gäller den konkurrensrättsliga bedömningen.

1.1.2 Licensiering en form av exploatering av immaterialrätt

Det är ett grundläggande samhällsintresse att rättighetsinnehavare verkligen skyddas och därigenom erhåller en belöning för sin kreativitet. Lika viktigt är det att skyddet leder till att nyutvecklingen utnyttjas på ett optimalt sätt och att kunskapen sprids och bildar underlag för fortsatta framsteg. Samhället är införstått med att för nyutveckling betala ett monopolpris under en övergångstid, det uppväger att utveckling inte alls skulle ske eller inte offentliggöras. Huruvida användandet sker genom att det är upphovsmannen själv som utnyttjar sin rätt eller om han får sin belöning genom att på kommersiella villkor vidarebefordra rätten till annan saknar egentligen betydelse från en övergripande utgångspunkt. Om kreatören får sin belöning och samhället tillgång till nyutveckling är de primära målen nådda. Det beviljade immaterialrättsskyddet kan därför utnyttjas på olika sätt för att skapa reveny till sin upphovsman:

Eget utnyttjande. I första hand tar den immaterialrättsliga lagstiftningen sikte på att innehavaren själv skall kunna utnyttja sin monopolrätt under skyddstiden. Endast innehavaren har rätt att tillverka, använda och sälja resultatet av sin prestation. Rätten har dock ett värde i sig för den innehavare som inte själv kan eller vill utnyttja sin rättighet och han kan i stället förmedla sin rätt till andra parter.

Överlåtelse. Rättsinnehavaren kan välja att helt överlåta sin rätt till utomstående. Den nye innehavaren träder då i den ursprungliges ställe mot betalning av en köpeskilling. Sker överlåtelsen i former som mer har karaktär av att risken ligger kvar hos överlåtaren, be-

[8] Teknikförordningens ingress punkt 4.

handlas transaktionen som en upplåtelse.[9] Hur upplåtelsen kan genomföras varierar. I vissa länder krävs att överlåtelsen innefattar all anknuten verksamhet medan andra inte ställer sådana krav. I dag accepterar EG-domstolen, med hänvisning till att immaterialrätten är territoriellt begränsad och olika rättigheter oberoende av varandra, att en överlåtelse kan ske för ett bestämt land i Europeiska unionen. Det faktum att rättigheterna efter en överlåtelse existerar fritt från varandra kan åberopas som stöd för en intrångstalan.[10]

Licensiering. Som ett alternativ till att själv utnyttja sin rätt kan rättsinnehavaren välja att licensiera denna till annan. Licensen är en temporär upplåtelse av den nationella monopolrätten, som villkoras av det civilrättsliga avtalet. Avtalet har normalt en bestämd löptid och kan, till skillnad från den oåterkalleliga överlåtelsen, avbrytas och den upplåtna rättigheten kan återtas på i avtalsförhållanden sedvanligt sätt.

I praktiken är licenssamverkan en användbar samarbetsform för främst små och medelstora företag, som kanske har förutsättningar att exploatera egen utveckling på hemmamarknaden, men däremot begränsade resurser att sprida produkten internationellt. Har det mindre företaget väl tillverkningskapacitet är det i allmänhet intresserat av att utnyttja denna resurs och vänder sig då i första hand till utländska handelsagenter, som förmedlar order från köpare i sina respektive länder. Alternativt vänder sig företaget till fristående distributörer, som säljer produkten vidare i eget namn och för egen räkning. En ren försäljningslicens, genom vilken mellanhanden får exklusiv rätt att sälja en produkt på en bestämd marknad, jämställs

[9] Teknikförordningen, artikel 6.2 ställd mot förordningens ingress punkt 9.

[10] Se mål 9/93, *Ideal Standard*, not 3 ovan. Situationen har emellertid inte alltid bedömts på detta sätt. Se t.ex. EG-domstolen, mål 40/70, Sirena SRL mot Eda SRL, 18 februari 1971: [1971] REG 69, [1971] CMLR 260; och mål 192/73 (*Hag I*) – Van Zuylen Frères mot Hag A.G., 3 juli 1974: [1974] REG 731, [1974] 2 CMLR 127; medan situationen reverseras i mål C-10/89 (*Hag II*) – CNL-Sucal mot Hag GF, 17 oktober 1990: [1990] I REG 3711, [1990] 3 CMLR 571.

med ett distributionsförhållande.[11] Saknar däremot företaget tillverkningskapacitet framstår licensiering som ett attraktivt alternativ som gör det möjligt att upplåta rättigheter till annat företag. Med en genomtänkt affärsstrategi kan ett mindre eller medelstort företag uppnå en lika god exploatering av sin idé som det stora företaget som arbetar genom egen organisation.[12]

Licenssamverkan är dock inte bara av intresse för de mindre företagen, utan används också av de större. Inte sällan är det en fråga om att komplettera egen forskningsverksamhet med idéer utifrån. Licensavtalet kan möjliggöra för det stora företaget att fånga upp idéer och vidareutveckla dem till färdig produkt, som sedan kan säljas i den egna organisationen mot en royaltyskyldighet till uppfinnaren. Mellan stora företag används licensavtalet också som ett instrument för att tillåta medutnyttjande av en teknik som kan appliceras på flera olika produkter.

Om hänsyn tas till att licensavtalet lastar över en stor del av risktagandet på licenstagaren, är det ekonomiska utbytet i princip neutralt mellan den ena och den andra samarbetsformen och licensgivaren belönas för sin kreativitet. En förutsättning för detta påstående är dock att de regler som styr licensiering inte är oförmånligare än de som gäller vid egen exploatering eller överlåtelse av immaterialrättigheten.

1.1.2 Immaterialrätten kolliderar med andra gemenskapsvärden

I rättspraxis görs det skillnad mellan överlåtelse och upplåtelse av en rättighet. Licensavtalet har förenats med diverse restriktioner, som inte gäller vid det egna utnyttjandet och egentligen inte heller vid den oåterkalleliga överlåtelsen. Någon logisk förklaring till denna distinktion är inte enkel att finna. Ett skäl förefaller att vara att

[11] Försäljningslicensens överensstämmelse med distributionsavtalet bekräftas av Patent- och Know-howförordningarna, som direkt klargör att Distributionsförordningen skall tillämpas på sådana förhållanden. Teknikförordningen däremot anger att den rena försäljningslicensen inte faller under förordningen, men ger inte hänvisning till Distributionsförordningen. Ingen antydan finns dock om att kommissionen avsett att ändra på sin tidigare inställning.

[12] För en lättläst översikt av strategiska överväganden i samband med licensförhandlingar hänvisas till Karnell, G., Inledning till den internationella licensavtalsrätten, Stockholm 1985.

den idérike själv anses skyddsvärd medan licenstagaren däremot inte gjort något som på samma sätt anses värt att uppmuntra och därför begränsas omfånget av den senares rättigheter.[13]

Om detta är en rimlig inställning kan diskuteras. För det första är det sällan kreatören själv som exploaterar resultatet av sin verksamhet, utan snarare ett kommersiellt företag, som på ett eller annat sätt kommit över produkten, som har denna rätt. Vidare leder inställningen ibland till en oförtjänt fokusering på skyddsinnehavaren som t.ex. när ett företag låter registrera ett varumärke som växer i popularitet på andra marknader till följd av annans insats.[14] Samma tveksamma skydd kan uppstå inom mönsterrätten där det inte bara är upphovsmannen utan den som först registrerar som erhåller skyddet.[15] Resonemanget förklarar inte varför en ren överlåtelse skall jämställas med egenutnyttjande och inte med licensiering och egentligen inte heller varför licensiering skall missgynnas i förhållande till egenexploatering. Synsättet ger fördelar för det stora företaget som självt kan exploatera sina uppfinningar, men drabbar det mindre. Eftersom licenstagaren vet att anpassa sin betalning till vad som erbjuds, är det licensgivaren och inte licenstagaren som missgynnas i det ena men inte i det andra alternativet.

[13] Se generaladvokat Kirschner i EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89, Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334 sid. 364 i CMLR, som menar att principerna för överlåtelse inte är direkt tillämpliga på licensförhållandet: »In contrast, the acquirer of a patent licence procures for himself the development work carried out by others. That is legitimate, but it distinguishes his legal position from that of the original proprietor of the protective rights. It is to the latter that the exclusive entitlement to the substance of that right belongs and it is intended to allow him to obtain the reward for his creative effort. However, as far as the licensee is concerned, it is a question, not of reward for the efforts and risks which he himself incurred in developing the protected item (he pays that reward to the inventor), but of the most profitable employment of his investment. Consequently, unlike the industrial property right itself, the licence is not necessarily exclusive. Those differences justify not extending to the licensee the special position which the proprietor of an industrial property right enjoys in the context of Article 86.»

[14] EG-kommissionen, beslut 78/193/EEG, Penney's Trade Mark, 23 december 1977: EGT 1978 L60/19, [1978] 2 CMLR 100. Här utnyttjade den ena parten möjlighet att registrera andra partens varumärken som ett led i ett intrångsärende och situationen är inte fullt jämförbar med den typ av »piratregistrering» som avses i exemplet.

[15] EG-domstolen, mål 144/81, Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV, 14 september 1982: [1982] REG 2853, [1983] 2 CMLR 47, punkt [20].

1.2 Licensavtal och fria varurörelser

Vissa fundamentala EG-regler är av stor betydelse för utövandet av immaterialrättigheter. För det första föreskriver Romfördragets artikel 222 att fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Immaterialrätt är en äganderätt, som sålunda skall lämnas opåverkad av fördragsbestämmelserna. Romfördragets artikel 30 förbjuder kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan i handeln mellan medlemsstaterna om inte annat föreskrivs. Romfördragets artikel 34 ger samma förbud för exportrestriktioner. Den nationella immaterialrättslagstiftningen har samma karaktär som en åtgärd med motsvarande verkan och skulle möjligtvis, och trots stadgandet i artikel 222, kunna uppfattas som ett otillåtet hinder. För att undanröja risken för otydlighet och konflikt stipulerar därför Romfördragets artikel 36:

> Bestämmelserna i artiklarna 30 till 34 skall inte hindra sådana förbud eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till – – – att skydda immateriell äganderätt.

Därmed stämmer fördragets logik. Det nationella immaterialrättsskyddets existens sätts inte ur spel av gemenskapsarbetet. Eventuella förändringar av denna lagstiftning måste ske genom en harmonisering av de nationella reglerna på de sätt som gäller för icke fördragsomfattade bestämmelser.[16] Emellertid gör artikel 36 det viktiga tillägget:

> Sådana förbud och restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Med detta stadgande sätts en gräns för den nationella immaterialrättslagstiftningen, som således inte får vara utformad på ett diskriminerande sätt eller bara vara tillkommen för att skapa hinder

[16] Inom samtliga immaterialrättsområden pågår ett betydande arbete för att finna gemensamma lösningar som antingen ersätter, kompletterar eller harmoniserar den nationella lagstiftningen. Arbetet har dock i allmänhet varit betydligt svårare än vad som förutsetts och drar på flera viktiga områden ut på tiden.

för samhandeln.[17] Konsekvensen av Romfördragets stadganden är enligt EG-domstolen att den nationella immaterialrättens »existens» inte ifrågasätts på gemenskapsrättsliga grunder, men dess »utövande» kan bli föremål för granskning och ingrepp. Det är en slagkraftig distinktion, som domstolen återkommande använder. Problemet är att den inte klargör var gränsen går mellan de två begreppen och att rättspraxis ibland ger ett intryck av att gränsen godtyckligt flyttas för att uppnå ett eftersträvat slutresultat i det individuella fallet.[18]

[17] Till exempel har den engelska patentlagstiftningen (1977 års Patent Act), som innehåller flera speciella typer av stadganden, varit utsatt för återkommande granskning av EG-domstolen. I Thetford-fallet, EG-domstolen, mål 35/87, Thetford Corporation mot Fiamma Spa, 30 juni 1988: [1988] REG 3585, [1988] 3 CMLR 549 behandlades de regler som ger möjlighet att bevilja patentskydd för en »nyupptäckt» gammal idé. Thetford hade upptäckt och låtit skydda den bärbara toaletten, som också tillverkades av ett italienskt företag. Den speciella engelska lagstiftningen kunde åberopas mot import från Italien. Punkt [15]: »– – – since the existence of patent rights is at present a matter solely of national law, a Member-State's patent legislation, such as the legislation at issue, is covered by the derogations from Article 30 which are provided for in Article 36.» Punkt [17]: »– – – arbitrary discrimination – – – the application of section 50(1) of the Patents Act 1949 does not give rise to any discrimination – – – secondly there is no discrimination based on nationality of applicants for patents – – –.» Punkt [19]: »Disguised restriction – – – »the objective pursued by the United Kingdom legislature – – – was to foster creative activity – – – make it possible to give a reward, in the form of the grant of a patent, even in cases in which an 'old' invention was 'rediscovered' – – –.» Se däremot EG-domstolen mål C-30/90, Compulsory Patent Licences: Kommissionen mot Storbritannien, 18 februari 1992: [1992] 1 REG 777, [1992] 2 CMLR 709, där samma lagstiftnings regler om tvångslicenser ansåg ha en diskriminerande utformning. Jfr mål C-191/90, Generics (UK) Ltd mot Smith Kline and French Laboratories Ltd, 27 oktober 1992: [1992] I REG 5335, [1993]1 CMLR 89, som också fann den engelska Patent Act diskriminerande såvitt avsåg tvångslicenser.

[18] Se generaladvokat Gulmanns yttrande i EG-domstolen, mål C-241/91 och C-242/91 (*Magill TV Guide*), Radio Telefis Eireann och Independent Television Publication Ltd mot kommissionen, 6 april 1995: [1995] I REG 743, [1995] 4 CMLR 718, s. 733 ff., som är en pedagogisk genomgång av begreppen »existens» och »utövande». Eftersom ett modigt partsombud vågade konstatera »that it still did not know what the Commission meant by describing ITP's use of its copyright as falling outside the scope of the specific subject matter of the intellectual property right» (i anslutning till punkt [96]), gjorde generaladvokaten en grundlig analys. Tyvärr är nog konklusionen av denna noggranna genomgång att många frågor fortfarande är oklara, vilket dock inte generaladvokaten kan lastas för. Jfr Tillberg, J., not 5 ovan, s. 649: »Domstolen laborerar således med olika termer: upphovsrättens grundrättigheter och dess speciella föremål. – – – Båda termerna, upphovsrättens grundrättigheter och dess speciella föremål, används i rättsfallet *Magill* och skillnaden mellan dessa två var viktig.» (På vilket sätt Tillberg menar att EG-domstolen gjorde en viktig åtskillnad i *Magill* blir dock inte klarlagt.)

1.3 Licensavtal och konkurrensrätt

Även från en konkurrensrättslig utgångspunkt görs samma distinktion mellan immaterialrättsskyddets existens och dess utövande. Startpunkten är emellertid inte fördragets artikel 36 utan konkurrensbestämmelserna, och då främst Romfördragets artikel 85, eftersom licensavtalet är en överenskommelse mellan två eller fler oberoende företag. Artikel 85 stadgar:

> 1. Alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden, som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller inskränka konkurrensen inom den gemensamma marknaden, är oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna, särskilt de – – –.

Härpå följer uppräkningen av olika exempel på konkurrensbegränsningar, som dock inte utpekar licensavtalet speciellt och inte heller det vertikala samarbetsavtalet. Likväl är det uppenbart att även ett licensavtal är en överenskommelse som faller under avtalskriteriet i artikel 85. Ofta avser licensavtalet en främmande marknad för licensgivaren och det är sannolikt vanligt att ett exklusivt samarbete uppfyller förutsättningarna för samhandelskriteriet i artikel 85. Parterna kan med olika typer av föreskrifter i licensavtalet, som både kan vara ett utslag av immaterialrättens existens och dess utövande,[19] göra åtaganden i strid med de exempel i artikel 85 som ger konkurrenskriteriet dess innehåll. Frågan är var gränsen mellan det tillåtna och det förbjudna skall dras i licenssammanhang och om det finns vissa typer av överenskommelser som i sig kan anses vara förbjudna.

Under senare år har den monopolställning immaterialrätten ger kommit i förgrunden, vilket aktualiserar frågan om marknadsdominerande ställning föreligger, vilket kan medföra att Romfördragets artikel 86 skall tillämpas.

Genom sina individuella beslut och genom generella rättsakter i form av tillkännagivanden och gruppundantag har kommissionen genom åren försökt att precisera en försvarbar inställning till hur li-

[19] I EG-domstolen, mål 262/81 (*Coditel II*), Coditel SA, Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision mot Ciné-Vog Films SA, 6 oktober 1982: [1982] REG 3381, [1983] 1 CMLR 49 punkt [19] ger EG-domstolen vissa anvisningar, som visar hur svårhanterligt begreppet »utövande» är.

censförhållanden i Europa skall hanteras, senast genom 1996 års teknikförordning[20].

1.4 Arbetets vidare disposition

1996 års teknikförordning syftar till att harmonisera och förenkla de regler som gäller för patent- och know-howlicensavtal för att därigenom uppmuntra spridningen av tekniskt kunnande och främja framställningen av bättre produkter.

Det är dock inte en alldeles enkel uppgift kommissionen har tagit på sig när den valt att slå samman tidigare existerande separat lagstiftning eftersom flera sinsemellan motstridiga intressen skall förenas i ett enhetligt regelverk. Den äldre lagstiftningen bemöttes med skepsis från industrin. Traditionell samverkan har under de senaste årtiondena ersatts med egenetablering och företagsförvärv, vilket säkert varit till fördel för den europeiska integrationen, men det kan diskuteras om det varit positivt för den tekniska utvecklingen.

Frågan är nu om den nya lagstiftningen tillgodoser de övergripande målen och om den ger klara och vettiga handlingsregler för den berörda industrin.

För att kunna erbjuda ett svar har den fortsatta framställningen grupperats på följande sätt: Kapitel 2 innehåller en historisk tillbakablick och i det sammanhanget presenteras på ett summariskt sätt EG-domstolens omfattande och komplicerade rättspraxis i anslutning till konflikten mellan den nationella immaterialrätten och gemenskapskravet på fria varurörelser.

Kapitel 3 behandlar syften och mål med Teknikförordningen samt vissa avgränsningar som gäller för dess tillämplighet. Kapitlen 4 och 5 behandlar de konkreta undantagen som i första hand relaterar till fria varurörelser.

De följande fyra kapitlen – 6, 7, 8 och 9 – behandlar de bestämmelser som tillsammans ger licensavtalet dess konkreta innehåll och som i första hand skall värderas mot de övergripande konkurrens-

[20] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, [1996] EGT L31/2, [1996] 4 CMLR 405.

rättsliga målen i fördraget. Var går gränsen mellan det tillåtna och förbjudna och stämmer avvägningarna med bakomliggande praxis?

Kapitlen 10 och 11 behandlar licenssamverkan i joint venture-förhållanden och hanteringen av licensavtal när parterna har en betydande marknadsstyrka. Kapitel 12 följer upp med Teknikförordningens procedurregler. I kapitel 13 dras slutsatser baserade på framställningen rörande såväl företagens agerande i licensförhållanden som mer övergripande för det fortsatta lagstiftningsarbete som är aviserat för vertikala avtal.

Till arbetet har fogats ett antal bilagor med direkt relevans för framställningen. Först och främst har Teknikförordningen bilagts, men även 1984 års Patentförordning och 1989 års Know-howförordning, som fortsätter att vara relevanta för äldre avtal på det sätt som diskuteras i kapitel 2. Rättsfallsregistret har dels sorterats i kronologisk ordning, dels i alfabetisk. Dessa register kompletterar det inledande registret med nyckelordshänvisningar för licensfall som skall göra det möjligt för läsaren att vid en snabb genomgång fastställa vilka problem som behandlats i olika domar eller beslut.

2. Licensavtalets behandling i praxis

Inledning 47
2.1 1960-talets »laissez faire»-mentalitet 47
2.1.1 1962 års julbudskap 47
2.1.2 Grundig-domen signalerar nya tider 49
Grundig/Consten 49
2.2 1970-talets öppna marknad 49
2.2.1 Immaterialrätt och fria varurörelser 50
Parke, Davis 50
Sirena 51
Deutsche Grammophon 51
Stirling Drug 52
Wintrop 52
Kafé Hag I 52
Kafé Hag II 53
Ideal Standard 53
2.2.2 Immaterialrätt och konkurrensregler 56
Maize Seed 57
Vaessen-Moris 58
2.3 1980-talet ett årtionde av sökande 60
2.3.1 Patentlicensavtalet 60
Windsurfing 61
2.3.2 Know-howlicensavtalet 64
Boussois/Interpane 64
Mitchell Cotts/Sofiltra 65

Rich Products/Jus-rol 65
Delta Chemie 66
2.4 1990-talet en period av ökad realism? 68
Tetra Pak I 68
Moosehead/Whitbread 69

Inledning

Romfördraget ger begränsad vägledning om hur immaterialrättsliga licensavtal skall hanteras.

Frågan är därför om licensavtalet har en konkurrensbegränsande effekt i sig och om territoriella begränsningar i ett licensavtal är ett utflöde av själva immaterialrätten eller skall anses stå i strid med gemenskapens krav på fria varurörelser, men också med konkurrensreglernas motsvarande krav.

Gemenskapsmyndigheterna har genom åren svängt mellan ytterligheterna i sin syn på tekniksamverkan, varmed i första hand avses samverkan med stöd av beviljat patentskydd eller förvärvat know-how.

I det följande beskrivs utvecklingen översiktligt årtionde för årtionde. Efter en kort inledande period kännetecknad av icke-ingrepp har politiken efter hand skärpts – först med stöd av reglerna om fria varurörelser och successivt har konkurrenstänkandet trängt igenom. En historisk rekapitulation har sitt värde som introduktion till den fortsatta framställningen, som mer systematiskt behandlar olika delar av licensavtalet.

2.1 1960-talets »laissez faire»-mentalitet

2.1.1 1962 års julbudskap

1962 års tillkännagivande om patentlicensavtal[1] klargjorde att kommissionen ansåg att licensavtalet var ett utnyttjande av de rättigheter som följde med immaterialrättigheten. Sålunda angavs att licensen kunde begränsas till endera tillverkning, användning eller försäljning; att tekniska användningsområden kunde inskränkas; att kvantiteter kunde begränsas; samt att licensen kunde begränsas *i tiden* så länge det skedde inom ramen för patenttiden, *i rummet* under

[1] Kommissionens officiella tillkännagivande om patentlicensavtal, EGT 1962 nr 139/2922 av den 24 december 1962, allmänt benämnt »Christmas Message» eller kommissionens »julbudskap» med hänvisning till publiceringsdag och positivt innehåll.

förutsättning av att patent gällde i territoriet och *till person* i form av att licensen var personlig för licenstagaren och således inte kunde vidarelicensieras. Vidare kunde märknings- och kvalitetskrav uppställas. Licensgivaren kunde förbinda sig att upplåta en exklusiv licens och att själv avstå från att exploatera rättigheten i det licensierade territoriet.

Undantag gjordes bara för gemensamt ägda patent, ömsesidiga licenser och paketlicensiering genom »pooling». Så länge som avtalet höll sig inom de angivna ramarna ansåg kommissionen att det föll utanför förbudet i artikel 85.1 i Romfördraget och att parterna således inte behövde anmäla avtalet med begäran om undantag eller icke-ingripandebesked.

Kommissionen angav som skäl för sin välvilliga bedömning att: »Leaving out of account the controversial question whether such exclusive undertakings have the object or effect of restricting competition, they are not likely to affect trade between Member-States as things stand in the Community at present.» Då rådande uppfattning var att även om det exklusiva licensavtalet hade konkurrensbegränsande effekter, vek dessa till förmån för den nationella immaterialrättslagstiftningen – en inställning som sedermera diametralt ändrats.

Som en bekräftelse på den överseende inställningen klargjordes i Förordning 17/62[2] att licensavtalen inte var anmälningspliktiga.

Under det inledande årtiondet rapporterades egentligen inte några beslutsärenden som gav anledning att tro att kommissionen skulle ha ändrat sin syn på licensavtalet.

[2] »Förordning 17/62», Rådets förordning 17/62 av den 6 februari 1962. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT 21.2.62 Nr 204/62, ändrad genom Förordning nr 59, genom Förordning nr 118/63/EEG och genom Förordning (EEG) nr 2822/71, OJ 1962 13/204 – Special Edition 1959–62, s. 87, artikel 4.2.2: Anmälningsplikt föreligger inte för avtal mellan två parter som innebär begränsningar i utövning av en licensierad rätt. Se avsnitt 12.3.1 nedan.

2.1.2 Grundig-domen signalerar nya tider

EG-domstolens dom i *Grundig/Consten* och ett par samtida mål[3] signalerade dock för första gången att nya tider var att vänta för det vertikala samarbetet, vilka också kunde påverka licensavtalet. Även om rättsfallen handlade om distributionssamarbete, gick räckvidden därutöver när domstolen fastslog att vertikala samarbetsavtal kunde omfattas av förbudet i Romfördragets artikel 85.1 på samma sätt som horisontella avtal. Det fanns ingen anledning att göra skillnad mellan olika typer av avtal om fördraget inte gjorde någon.

Det spelade inte heller någon roll i *Grundig/Consten* om avtalet hade en effekt, redan syftet var tillräckligt för att konkurrenskriteriet i artikel 85.1 skulle kunna vara uppfyllt. Att distributionsavtalet bidrog till att öka handeln mellan medlemsstaterna var snarast en bekräftelse på att samhandelskriteriet var uppfyllt. Företagen fick däremot ingen fördel för att avtalet bidrog till en ökad gemenskapsintegration i Europa genom ökade produkt- och penningflöden mellan länderna.

Grundigs och Constens samarbete innefattade förutom distributionsrätten också en varumärkeslicens och möjligheten att förhindra fria varurörelser genom att åberopa den nationella skyddsrätten, vilket avvisades mer eller mindre brutalt av domstolen eftersom det nationella varumärkesskyddet skulle vika för den gemensamma konkurrensrätten.

2.2 1970-talets öppna marknad

Immaterialrätten måste belysas mot två övergripande gemenskapsintressen – å ena sidan de fria varurörelserna och å andra sidan kon-

[3] EG-domstolen, mål 56 & 58/64 (*Grundig/Consten*), Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418. Jfr motsvarande domar rörande mål 56/65 (*STM-MBU*) – La Société Téchnique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH, 30 juni 1966: [1966] REG 235, [1966] CMLR 357 samt mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen, 13 juli 1996 [1966] REG 389, [1969] CMLR 39. Dessa mål behandlas utförligt i kapitel 4 nedan. I *Grundig/Consten* anfördes beträffande konkurrenskriteriet: »Furthermore, for purposes of applying Article 85, paragraph 1, it is not necessary to take into consideration the actual effects of an agreement where its purpose is to prevent, restrict, or distort competition.» Denna uppfattning har sedermera nyanserats genom ett krav på att effekten skall vara märkbar. Se EG-domstolen, mål 5/69, Völk mot Ets Vervaecke Sprl, 9 juli 1969: [1969] REG 295, [1969] CMLR 273.

kurrensrätten. Det är först när frågorna ställs på sin spets samtidigt, som det klart framgår att de har en nära anknytning och att lösningarna därför måste vävas samman. Under 70-talet uppkom insikten när det visade sig att de lösningar som utvecklades för att hantera den traditionella dragkampen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt inte var tillräckliga. Problemen fick sorteras upp av gemenskapsdomstolen.

2.2.1 Immaterialrätt och fria varurörelser[4]

I *Grundig/Consten* byggde EG-domstolens avgörande av immaterialrättsfrågan i första hand på den vedertagna uppfattningen att gemenskapsrätt har företräde framför nationell rätt vid en direkt konflikt.[5] Klagandes hänvisning till att Romfördragets artiklar 222 och 36 indikerade andra slutsatser viftades närmast bort som ovidkommande, eftersom den berörde ett annat kapitel i fördraget, nämligen det om fria varurörelser.

Immaterialrättsproblematiken skulle emellertid visa sig bli en regelrätt huvudvärk som EG-domstolen skulle få lida av under hela 70-talet och dessutom korrigera och komplettera under de följande årtiondena.

I *Parke, Davis*[6] fastslog EG-domstolen att åberopande av ett patent i sig, om det inte var kopplat till ett avtal, inte faller in under avtalskriteriet som det definierats i artikel 85, utan följer av den na-

[4] I detta avsnitt hänvisas allmänt till Quitzow, C.M., Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen. En studie av gränsdragningen mellan gemenskapsangelägenheter och nationella angelägenheter, Ak. avh., Lund 1995 (tryckt i Stockholm), som innehåller en omfattande analys och genomgång av rättspraxis rörande fria varurörelser. Se även Hans Stenbergs sammanställning av diskussionen sådan den fördes i början av 70-talet. Stenberg, H., Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet, Ak. avh., Nyköping 1974 s. 283 ff.

[5] Jfr EG-domstolen, mål 6/64, Costa mot ENEL, 6 april 1962: [1964] REG 585, [1964] CMLR 425; mål 14/68, Wilhelm mot Bundeskartellamt, 13 februari 1969, [1969] REG 1, [1969] CMLR 100.

[6] EG-domstolen, mål 24/67, Parke, Davis & Co. mot Probel, 29 februari 1968: [1968] REG 55, [1968] CMLR 47.

tionella skyddsrätten på vilken artikel 85 inte är tillämplig. Inte heller var de tre kriterierna i artikel 86 uppfyllda.[7]

I *Sirena*[8] ansågs däremot artikel 85 uppfylld när ett företag åberopade det nationella varumärkesskyddet för att stoppa import av en vara med samma namn som lovligen sålts i en annan medlemsstat av den där registrerade varumärkesinnehavaren. Det fanns inget ekonomiskt samband mellan de två varumärkesinnehavarna och de hade inga överenskommelser mellan sig. För att kunna tillämpa konkurrensreglerna gick domstolen tillbaka till handlingar från 30-talet enligt vilka den ursprunglige amerikanske varumärkesinnehavaren överlåtit rättigheterna i Europa och konstaterade att detta gamla avtal kunde vara i strid med Romfördragets bestämmelser. Det spelade därvid ingen roll att det hade ingåtts före Romfördragets tillkomst när det fick effekter efter dess tillkomst,[9] vilket uteslöt åberopande av immaterialrättsskyddet.

Domslutet i Sirena ansågs konstruerat och utsattes för kritik. I *Deutsche Grammophon*[10] några månader senare förelåg däremot inte en situation där ett avtal kunde fingeras. Företaget hade levererat grammofonskivor till sitt franska dotterbolag och ville åberopa sitt nationella upphovsrättsskydd för att stoppa re-import av produkterna till Tyskland, vilket enligt EG-domstolen stred mot bestämmelserna i artiklarna 30–36 i Romfördraget medan konkur-

[7] Mål 24/67, *Parke, Davis*, not 6 ovan, punkt [4]: »Although a patent confers on its holder a special protection within the framework of a state, it does not follow that the exercise of the right so conferred implies the existence of the three elements mentioned. It could only do so if the utilization of the patent could degenerate into an improper exploitation of the protection. – – – Consequently, since the existence of the patent right depends solely at present on internal law, only the use made of it could fall within the ambit of Community law where that use contributes to a dominant position the improper exploitation of which would be liable to affect trade between Member-States.»

[8] EG-domstolen, mål 40/70, Sirena SRL mot Eda SRL, 18 februari 1971: [1971] REG 69, [1971] CMLR 260.

[9] Mål 40/70, Sirena, not 8 ovan, punkt [12].

[10] EG-domstolen, mål 78/70, Deutsche Grammophon GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, 8 juni 1971: [1971] REG 487, [1971] CMLR 631, punkt [13]: »Accordingly, it would conflict with the provisions regarding the free movement of goods in the Common Market if a manufacturer of recordings exercised the exclusive right granted to him by the legislation of a Member-State to market the protected articles in order to prohibit the marketing in that Member-State of products that had been sold by him himself or with his consent in another Member-State solely because this marketing had not occurred in the territory of the first Member-State.»

rensreglerna inte alls skulle tillämpas. Med hänvisning till det avslutande förbehållet i artikel 36 skulle artikel 30 tolkas restriktivt.

Hänvisningen till artiklarna 30–36 visade sig fruktbar och har sedan följts tämligen konsekvent av EG-domstolen. I två parallella avgöranden från 1974, i vilka parallellimportören Centrafarm tog strid med de amerikanska företagen *Stirling Drug*[11] och *Wintrop*[12], berördes såväl patent- som varumärkesskyddade läkemedel. EG-domstolen slog fast att immaterialrättens existens inte var ifrågasatt, men att utövandet kunde vara i strid med gemenskapsreglerna. Inom gemenskapen ansågs en konsumtionsprincip gälla, som innebär att när en immaterialrättsligt skyddad produkt väl marknadsförts av rättsinnehavaren eller någon som härleder sin rätt från denne, kan en rättsinnehavare inte motsätta sig att varan därefter omsätts fritt i gemenskapen.[13]

Samtycket som avgörande kriterium övergavs av EG-domstolen i *Kafé Hag I*,[14] som byggde på att varumärkesrättigheten uppdelats till följd av konfiskation efter krigsslutet. När den ene varumärkesinnehavaren sålde märkt vara i den andres territorium bedömde domstolen att det var tillräckligt att rättigheterna hade ett gemensamt ursprung när samtycke inte kunde påvisas.[15] Domstolens håll-

[11] EG-domstolen, mål 15/74, Centrafarm BV mot Sterling Drug, 31 oktober 1974: [1974] REG 1147, [1974] 2 CMLR 480.

[12] EG-domstolen, mål 16/74, Centrafarm BV mot Wintrop BV, 31 oktober 1974: [1974] REG 1183, [1974] 2 CMLR 480.

[13] Mål 15/74, Centrafarm BV mot Sterling Drug, not 11 ovan, punkt [12]: »If a patentee could forbid the import of protected products which had been marketed in another Member-State by him or with his consent he would be enabled to partition the national markets and thus to maintain a restriction on the trade between the Member-Sates without such a restriction being necessary for him to enjoy the substance of the exclusive rights deriving from the parallel patents.» För en utförlig behandling se Bernitz, U., Internationell marknadsrätt (2 uppl.) Stockholm 1990, s. 161 f. och Blok, P., Patentrettens konsumtionsprincip, Khmn 1974, s. 246 ff. och Quitzow, not 4 ovan, s. 277 ff.

[14] EG-domstolen, mål 192/73 (*Hag I*) – Van Zuylen Frères mot Hag A.G., 3 juli 1974: [1974] REG 731, [1974] 2 CMLR 127.

[15] Mål 192/73, *Hag I*, not 14 ovan, punkt [12]: »It could therefore not be accepted that the exclusiveness of the trade mark right, which can be the consequence of the territorial limits of the national laws, should be relied on by the holder of a mark with a view to prohibiting trading, in one Member-State, in goods lawfully produced in another Member-State under an identical mark which has the same origin.»

ning i detta ärende föranledde allvarlig kritik och i *Kafé Hag II*,[16] som gällde samma fakta som i *Kafè Hag I* – men med export i motsatt riktning – reverserade EG-domstolen sitt tidigare domslut och återgick till kravet på samtycke som den avgörande parametern.

I *Ideal Standard*[17] gick domstolen ett steg längre och fastställde att till och med en frivillig överlåtelse bröt relationen mellan varumärken och att parter inte var förhindrade att åberopa immaterialrättsskyddet när överlåten produkt därefter parallellimporterades utan att någon form av tillstånd förelåg.[18]

Bortsett från det stickspår, som *Kafé Hag I* förde in på, har EG-domstolen efter *Deutsche Grammophon* hållit fast vid grundkonceptet och förtydligat detta i sina olika detaljer. Sålunda gäller konsumtionsprincipen bara inom gemenskapen och omfattar inte produkter som kommer från tredje land.[19] Inte heller är skyddet kon-

[16] EG-domstolen, mål C-10/89 (*Hag II*) – CNL-Sucal mot Hag GF, 17 oktober 1990: [1990] I REG 3711, [1990] 3 CMLR 571.

[17] EG-domstolen, mål 9/93 (*Ideal Standard*) – IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH, 22 juni 1994: [1994] I REG 857, [1994] 3 CMLR 857.

[18] Mål 9/93, *Ideal Standard*, not 17 ovan, punkt [60]: »There is no unlawful restriction on trade between Member-States within the meaning of Articles 30 and 36 where a subsidiary operating in Member-State A of a manufacturer established in Member-State B is to be enjoined from using as a trade mark the name 'Ideal Standard' because of the risk of confusion with a device having the same origin, even if the manufacturer is lawfully using that name in his country of origin under a trade mark protected there, he acquired that trade mark by assignment and the trade mark originally belonged to a company affiliated to the undertaking which, in Member-State A, opposes the importation of goods bearing the trade mark 'Ideal Standard'.»

[19] EG-domstolen, mål 270/80, Polydor Ltd & RSO Records Inc. mot Harlequin Record Shops Ltd & Simons Records Ltd, 9 februari 1982: [1982] REG 329, [1982] 1 CMLR 677, punkt [18]: »The considerations which led to that interpretation of Articles 30 and 36 of the Treaty do not apply in the context of the relations between the Community and Portugal – – –.» Punkt [19]: »It follows that in the context of the Agreement restrictions on trade in goods may be considered to be justified on the grounds of the protection of industrial and commercial property in a situation in which their justification would not be possible within the Community.»

sumerat om det löpt ut i ett land, men inte i ett annat.[20] Det skall dock noteras att om rättsinnehavaren väljer att marknadsföra eller tillåta marknadsföring av en produkt i ett land där patentskydd inte föreligger kan han inte åberopa sådant skydd i annat land när produkten förs till detta.[21] Skyddet kan åberopas så snart samband saknas mellan skyddsinnehavare i olika länder.[22] Skyddsinnehavaren kan i princip kräva att parallellimportören inte ändrar på den skyddade produkten, men om olikheter har tillskapats som ett led i att separera marknader kan ändringar inte förhindras av rättsinnehava-

[20] EG-domstolen, mål 341/87, EMI Electrola GmbH mot Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH, 24 januari 1989: [1989] REG 79, [1989] 2 CMLR 413, punkt [15]: »In so far as the disparity between national laws may give rise to restrictions on intra-Community trade in sound recordings, such restrictions are justified under Article 36 of the Treaty if they are the result of differences between the rules governing the period of protection and this is inseparably linked to the very existence of the exclusive rights.»

[21] EG-domstolen, mål 55 & 57/80, Musik-Vertrieb Membran GmbH mot Gesellschaft für Musikalische Afführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte (*GEMA*), 20 januari 1981: [1981] REG 147, [1981] 2 CMLR 44 och mål 187/80, Merck & Co. Inc. mot Stephar B.V. & Petrus Stephanus Exler, 14 juli 1981: [1981] REG 2063, [1981] 3 CMLR 463, punkt [11]: »It is for the proprietor of the patent to decide, in the light of all circumstances, under what conditions he will market his product, including the possibility of marketing it in a Member-State where the law does not provide patent protection for the product in question. If he decides to do so he must then accept the consequences of his choice – – –.» Frågan är dock om inte EG-domstolen modifierat detta ställningstagande genom mål 158/86, Warner Brothers Inc. & Metronome Video ApS mot Eric Viuff Christiansen, 17 maj 1988: [1988] REG 2605, [1990]3 CMLR 684, punkt [19]: »Articles 30–36 do not prohibit the application of national legislation which gives an author the right to make the hiring-out of video-cassettes subject to his permission, when the video-cassettes in question have already been put into circulation with his consent in another Member-State whose legislation enables the author to control the initial sale, without giving him the right to prohibit the hiring-out.»

[22] EG-domstolen, mål 144/81, Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV, 14 september 1982: [1982] REG 2853, [1983] 2 CMLR 47, punkt [29]: »– – – may oppose importation – – – provided that the products in question have not been put into circulation in the other Member-State by, or with the consent of, the proprietor of the right or a person legally or economically dependent on him, that as between the natural or legal person in question there is no kind of agreement or concerted practice in restraint of competition and finally that the respective rights of the proprietors of the right to the design in the various Member-States were created independently of one another.»

ren om de genomförts på ett godtagbart sätt.[23] En tvångslicens innebär inte att rättsinnehavaren anses ha gett sitt medgivande till att de tvångslicensierade produkterna fritt kan cirkulera och den nationella skyddsrätten anses inte konsumerad i förhållande till sådan produkt.[24]

EG-domstolen har också vid upprepade tillfällen haft anledning att analysera konflikten mellan kravet på fria varurörelser och upphovsrätten, speciellt sådan den gäller för musikaliska verk och filmdistribution.[25] Problemet är särskilt tydligt i dessa sammanhang eftersom det är många medier och många affärsidéer som skall samsas

[23] EG-domstolen, mål 102/77, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, 23 maj 1978: [1978] REG 1139, [1978] 3 CMLR 217, punkt [7]: »The right attributed to the proprietor of preventing any use of the trade-mark which is likely to impair the guarantee of origin so understood is therefore part of the specific subject-matter of the trade-mark right.» Punkt [9]: »It is, however, necessary to consider whether the exercise of such a right may constitute a 'disguised restriction on trade between Member-States' – – – Such a restriction might arise, *inter alia*, from the proprietor of the trade-mark putting onto the market in various Member-States an identical product in various packages while availing himself of the right inherent in the trade-mark to prevent repackaging by a third person even if it were done in such a way that the identity of origin of the trade-marked product and its original condition could not be affected.» Jfr mål 3/78, Centrafarm BV mot American Home Products Corp., 10 oktober 1978, [1978] REG 1823, [1979] 1 CMLR 326.

[24] EG-domstolen, mål 19/84, Pharmon BV mot Hoechst, 19 juli 1985: [1985] REG 2281, [1985] 3 CMLR 775, punkt [27]: »Article 30 and 36 of the EEC Treaty do not preclude the application of legal provisions of a Member-State which give a patent proprietor the right to prevent the marketing in that State of a product which has been manufactured in another Member-State by the holder of a compulsory licence granted in respect of a parallel patent held by the same proprietor.»

[25] EG-domstolen, mål 62/79 (*Coditel I*), SA Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision, Coditel mot S.A. Ciné Vog Films (No 1), 18 mars 1980: [1980] REG 881, [1981]2 CMLR 362, punkt [8]: »– – – the provisions of the Treaty relating to the freedom to provide services do not preclude an assignment of the performing right in a cinematographic film in a Member-State from relying upon his rights to prohibit the exhibition of that film in that State, without his authority, by means of cable diffusion if the film so exhibited is picked up and transmitted after being broadcast in another Member-State by a third party with the consent of the original owner of the right.» Mål 55 och 57/80, *GEMA*, not 21 ovan; mål 298/83 (*Cinématographiques*) – Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes mot kommissionen, 28 mars 1985: [1985] REG 1106, [1986] 1 CMLR 486; mål 60 och 61/84 (*Cinéthèque*) – Cinéthèque mot Fédération Nationale des Cinémas Français, 11 juli 1985: [1985] REG 2605, [1986] CMLR 365; mål 402/85, Basset mot SACEM, 9 april 1987: [1987] REG 1747, [1987] 3 CMLR 173; mål 158/86, Warner Brothers, not 21 ovan; mål 395/87 (*Tournier*) – Ministère Public mot Jean Louis Tournier och Jean Verney, 13 juli 1989: [1989] REG 2521, [1991] 4 CMLR 248.

om spridning av upphovsmännens verk. I allt väsentligt leder domstolens resonemang kring dessa rättigheter till samma lösningar som redovisats ovan för andra rättigheter.[26]

2.2.2 Immaterialrätt och konkurrensregler

Även om EG-domstolens rättsutveckling gäller immaterialrättens förhållande till fria varurörelser fick utvecklingen också stor betydelse för kommissionens syn på licensavtalet i förhållande till konkurrensrätten.

De första riktiga tecknen på att kommissionen var på väg att överge 60-talets »laissez faire»-politik kom med en serie beslut under 1972,[27] i vilka kommissionen lade fast att det exklusiva licensavtalet i sig innebar en begränsning av konkurrensen, eftersom det förhindrade licensgivaren att meddela fler licenser och uteslöt möjligheten för andra potentiella licenstagare att få tillgång till tekniken.

Från 1975 ändrar besluten karaktär genom att kommissionen utnyttjar domstolens terminologi från relationen immaterialrätt–fria varurörelser och gör en gränsdragning mellan bestämmelser som täcks av immaterialrättens existens, som i princip faller utanför förbudet i Romfördragets artikel 85 och bestämmelser, som är att betrakta som ett utövande som går utöver skyddsrätten och således kan kontrolleras med stöd av konkurrensreglerna. Begreppen ger kommissionen underlag för ställningstaganden utan att införa alltför snäva restriktioner. Ingen kan med säkerhet fastslå vad som är en del av den specifika immaterialrättens skydd i licenssammanhang

[26] Pehrson, L., EG och immaterialrätten, Juridiska Fakulteten i Stockholm; Skriftserien, Stockholm 1985, går i sitt arbete systematiskt igenom de olika immaterialrättigheterna för att utröna om det föreligger några olikheter i behandlingen beroende på vilken immaterialrätt som berörs. I allt väsentligt förefaller olikheterna vara kopplade till de skillnader som ligger i själva immaterialrättigheten och inte någon olikartad syn på deras skyddsvärde. Jfr även Quitzow, not 4 ovan, s. 277.

[27] EG-kommissionen, beslut 72/25/EEG, Burroughs AG och Ets. Delplanque, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67; beslut 72/26/EEG, Burroughs AG och Geha-Werke GmbH, 22 december 1971, EGT 1972 L13/53, [1972] CMLR D72; beslut 72/237/EEG, Davidson Rubber Co., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52; beslut 73/238/EEG, Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45.

och kommissionen var inte sen att utnyttja denna nyvunna frihet.[28] Det verkliga pilotärendet kom ett par år senare med *Maize Seed*.[29]

Ärendet gällde den komplicerade växtförädlingsrätten som bygger på internationella överenskommelser,[30] omfattande gemenskapsreglering[31] och motsvarande nationella regler. Lagstiftningens syfte är att ge växtförädlaren ett rimligt exklusivitetsskydd samtidigt som ökad likformighet av reglering och säkra produkter kunde åstadkommas i gemenskapen. Det halvfranska statliga forskningsinstitutet INRA hade utvecklat majssorter som var motståndskraftiga mot kargt nordiskt klimat och upplåtit rätt för den tyska marknaden till Kurt Eisele och hans firma Nungesser KG.

I överensstämmelse med rådande praxis inom växtförädlingsbranschen innehöll Nungessers exklusiva licens olika åtaganden från INRA: INRA skulle t.ex. inte själv eller via andra licenstagare utse annan representant i Tyskland och inte heller exportera licensföremålet dit. Dessutom skulle INRA tillhålla andra parter i Frankrike att inte exportera och slutligen medgavs Eisele att med stöd av det tyska växtförädlingsskyddet beivra intrång. Avtalet innehöll vidare bestämmelser om konkurrensförbud, restriktioner rörande vilka mellanhänder som fick utnyttjas, bruttoprissättningsregler och en skyldighet för Eisele att köpa huvuddelen av sina behov från INRA.

Prissättningen på utsädet i Tyskland blev mer än 70% högre än »vad som gällde på Rehns motsatta strand» för samma majssorter, vilket var ägnat att locka fram parallellexport/import. Eisele ingrep mot parallellhandlarna med stöd av sin växtförädlingsrätt och lyckades också i praktiken förhindra import av fransk vara – även när denna först varit marknadsförd i Frankrike.

---

[28] EG-kommissionen, beslut 74/494/EEG (*Kabelmetal*), Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40; beslut 76/29/EEG (*AOIP/Beyrard*), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14. Jfr Weaterill, S. & Beaumont, P., EC Law, Penguin Books, 1993 s. 596.

[29] EG-kommissionen, beslut 78/823/EEG (*Maize Seed*), Kurt Eisele och Institut National de Recherche Agronomique (INRA), 21 september 1978: EGT 1978 L286/23, [1978] 3 CMLR 434.

[30] The International Convention for the protection of New Plant Varieties (Paris, 2 december 1961).

[31] Bland annat Rådets direktiv 66/402/EEC av den 14 juni 1966 (on the marketing of cereal seed) EGT 2309/66 med senare ändringar.

Kommissionen fann att avtalets exklusivitetsskydd inte var omfattat av den specifika immaterialrätten, utan snarare skulle betraktas som ett utövande av densamma. Det exklusiva avtalet föll under förbudet i Romfördragets artikel 85.1 av samma skäl som kommissionen angivit i äldre beslut, men detta uteslöt inte att undantaget i artikel 85.3 skulle kunna vara tillämpligt:

> – – – the exclusivity is capable of being considered to have satisfied all tests for exemption under Article 85.3. There are even circumstances in which exclusive selling rights linked with prohibitions against exporting could also be exempted, for example, when the exclusivity is needed to protect small or medium sized undertakings in their attempts to penetrate a new market or promote a new product, provided that parallel imports are not restricted at the same time.[32]

Emellertid bedömdes inte förutsättningarna för undantag i *Maize Seed*-fallet föreligga eftersom det inte rörde sig om en ny produkt eller en ny marknad. Exklusiviteten tillsammans med områdesskyddet ledde till att marknader isolerades på olikartade prisnivåer, varför undantag avvisades. (EG-domstolens banbrytande hantering av *Nungesser*-fallet år 1982 behandlas utförligt i kapitel 4 nedan.)

Kommissionens rättspraxis under 70-talet kan sägas kulminera med beslutet att inte bevilja den lilla belgiska korvskinnstillverkaren Alex Moris PVBA undantag för sitt avtal med den belgiska korvfabriken Vleeswarenfabrieken Impérial NV.[33] Moris hade uppfunnit en process för att dra skinn över fyrkantiga, läckert kryddade belgiska korvar. Uppfinningen var sådan att den ledde till betydande arbetsbesparingar för licenstagaren. I stället för att ta royalty för uppfinningens utnyttjande och leverera korvskinnen separat, gav Moris en gratis licens till Vleeswarenfabrieken Impérial NV mot att företaget förband sig att köpa sitt skinnbehov från Moris. Avtalet ålade också licenstagaren att inte angripa Moris patent. Efter klagomål från en holländsk skinnleverantörskonkurrent grep kommissionen in och fastställde att de relaterade bestämmelserna var förbjudna och inte uppfyllde förutsättningarna för undantag. Kommissionen såg tydligen så allvarligt på dessa begränsningar att myndigheten

[32] Beslut 78/823/EEG, *Maize Seed*, not 29 ovan, punkt [54].

[33] EG-kommissionen, beslut 79/86/EEG (*Vaessen/Moris*), H. Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba, 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511.

var beredd att bötesbelägga överträdelsen, men med hänsyn till företagets obetydlighet avstod kommissionen från ett så drakoniskt agerande.

Kommissionens beslut i *Vaessen-Moris* är kanske inte dess viktigaste avgörande och med tanke på att kommissionen vid upprepade tillfällen och senast i 1994 års konkurrensrapport[34] framhållit att man skall koncentrera sig på ärenden som är »genuinely of Community relevance and leave the other cases to national authorities», får fallet betraktas som ett »olycksfall i arbetet». Det speglar dock den mycket hårda inställning som kommissionen utvecklat till licensavtal under 70-talet och som väl kunde mäta sig med den amerikanska motsvarigheten i Justice Departments »nine no-no's» för licensiering.[35]

Grundat på sin dåvarande praxis ansåg kommissionen 1979 tiden mogen för att utfärda ett gruppundantag för patentlicensavtal. Kommissionen förespråkade inledningsvis att gruppundantaget bara skulle gälla rena tillverkningslicenser och således inte ens den kombinerade produktions- och säljlicensen. Vidare diskuterades att begränsa förordningens tillämplighet till samarbetsrelationer i vilka parternas gemensamma omsättning inte överskred 100 miljoner ecu.

Kursändringen i förhållande till 1962 års alltjämt gällande tillkännagivande var total och mötte kraftfull opposition från industrin, som menade att en sådan lagstiftning skulle leda till men för utveckling och samhandel i de dåvarande medlemsstaterna.[36]

[34] 1994 års konkurrensrapport s. 30.

[35] De amerikanska riktlinjerna emanerar från ett »linjetal» 1975 i vilket ledande företrädare för Justice Department klargjorde att man skulle föra talan mot följande »per se» – förbjudna restriktioner i ett licensavtal: tie in; överlåtelse av nya patent; begränsningar av fristående köpares vidareförsäljningsrätt; konkurrensförbud utanför patentskyddet; sub-licensieringsförbud; paketlicensiering; extrema royaltykrav; begränsningar för licenstagarens vidareförsäljning; bruttoprisbestämmelser. Tal den 21 januari 1975 av Bruce Wilson, Department of Justice, »Law on Licensing Practices: Myth or Reality?» Återgivet i Lipsky, Current Antitust Division Views on Patent Licensing Practices, 50 Antitrust L.J. 515 (1981).

[36] 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). DG IV/C-3.

2.3 1980-talet ett årtionde av sökande

Diskussionerna mellan industri och kommission ledde emellertid inte till några fruktbara resultat. Bägge stod fast vid sin syn på det exklusiva samarbetsavtalets lämplighet. Industrin framhöll att licenssamverkan krävde satsningar som i sin tur erfordrade ett rimligt skydd. Kommissionens utkast tillgodosåg inte på något sätt dessa intressen.

Låsningen släppte egentligen först med EG-domstolens utslag i *Nungesser*[37] 1982 i vilket domstolen klargjorde att det exklusiva licensavtalet inte automatiskt kunde anses falla under förbudet i artikel 85.1. Licensiering av ny teknik som krävde betydande investeringar behövde fredas från licensgivare och företag som härledde sina rättigheter från dessa och därför kunde exklusivitet vara befogad. Däremot satte domstolen gränsen vid det absoluta områdesskyddet. (Se vidare i kapitel 4.)

2.3.1 Patentlicensavtalet

Med stöd av motiven i *Nungesser* kunde kommissionen 1984 modifiera sitt tidigare förslag och genom Patentförordningen[38] meddela undantag för exklusiva licensavtal i vilka parterna avstod från aktiviteter i varandras områden samt från passiv försäljning under en kortare övergångstid. Patentförordningen gällde bara rena patentlicensavtal eller överenskommelser där patentet var dominerande och anknutet know-how hade en närmast kompletterande funktion. Rena varumärkes- och know-howlicenser omfattades däremot inte av gruppundantaget.

Efter Patentförordningens tillkomst hade kommissionen i allt väsentligt gallrat färdigt i sin arsenal av anmälda patentlicensavtal. Det stora flertalet av de cirka 2 000 avtal som kommissionen hade

[37] EG-domstolen, mål 258/78, Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278.

[38] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15.

på lager bedömdes falla under gruppundantaget och erfordrade således inga ytterligare åtgärder.[39]

Antalet domstolsavgöranden som härefter på ett mer utförligt sätt behandlar licensavtalets materiella innehåll är få och de som finns lyfter snarare fram någon speciell punkt i belysning. Undantaget är domstolens utslag i *Windsurfing* 1984.[40] Detta avgörande kommer att diskuteras i anslutning till flera bestämmelser i förordningen och det kan därför inledningsvis finnas anledning att rekapitulera det numera klassiska, men tidvis hårt kritiserade,[41] utslaget.

Egentligen är *Windsurfing*-fallet en okomplicerad historia, som dock krånglats till av företagets eget agerande, den brytningstid som patentlicensavtal befann sig i vid mitten på 80-talet och att domstolen i detta ärende hänger sig åt det detaljtänkande som Patentförordningen gav uttryck för. Borta är de övergripande konkurrensrättsliga överväganden som annars kännetecknar EG-domstolen.

Kortfattat kan fakta sammanfattas på följande sätt: Idén är att sätta ett segel på en surfbräda för att därigenom kombinera »the art of surfing with the sport of sailing». Amerikanen Hoyle Schweitzer, som lät registrera varumärket Windsurfing och bildade bolaget Windsurfing International Inc. i Torrence, Kalifornien, var en förgrundsgestalt i denna utveckling och lät också patentansöka »fartyget» både som helhet och i vissa enskilda komponenter, framför allt mastfäste och segel. I början av 70-talet inleddes surfingvågen i Europa och Schweitzer upplät europeiska rättigheter till TenCate i Holland och sedermera till en rad andra bolag. Målet gällde förhållandena på den tyska marknaden – och det framgick inte hur Windsurfing organiserat sig i andra länder. Även om vissa indikationer finns i målet på att Windsurfings koncept för upplåtelse var en blandad licens till know-how, patent och varumärken[42] är ärendet genomgående behandlat som ett rent patentlicensavtal, vilket kanske var Windsurfings olycka.

Begränsningen skapar problem för Windsurfing eftersom både

[39] 1984 års konkurrensrapport, punkt 35.

[40] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 *(Windsurfing)*, Windsurfing International Inc. mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489.

[41] Stone, Some thoughts on the Windsurfing Judgment, [1984] 2 EIPR 31. Venit, J. S., In the wake of Windsurfing: Patent licensing in the Common Market, International Review of Industrial Property and Copyright Law. 1987, s. 1–40.

[42] Se generaladvokat Lenz yttrande, i mål 193/83, *Windsurfing*, not 40 ovan, s. 615.

kommission och domstol på goda grunder (och trots att bedömningen egentligen tillkom nationell tysk domstol) uppfattade de aktuella tyska patenten som inskränkta till att gälla mast/segel och inte bräda. Med denna begränsning som utgångspunkt instämde EG-domstolen på punkt efter punkt i kommissionens bedömning att Windsurfing i sina avtal gått utöver den rätt som följer av den nationella skyddsrätten. Endast klausuler som föll inom ramen för själva patentskyddet kunde utnyttjas. Hänsyn togs inte till att licensförhållandet var vertikalt, icke-exklusivt och att marknaden efterfrågade bräda och segel tillsammans och inte som separata produkter. Att kommissionen »glömt» att göra en marknadsundersökning påverkade inte heller slutresultatet, utan omständigheterna ansågs tillräckligt klara för ett långtgående förbudsbeslut.

Sålunda fann EG-domstolen att klausuler som tvingade Windsurfings licenstagare att använda och sälja bräda och segel tillsammans var konkurrensbegränsande och inte kunde motiveras med kvalitetsskäl, produktansvarsskäl eller för att förhindra slavisk imitation av Windsurfings egna eller dess licenstagares brädor. Förbudet i denna del kan närmast karaktäriseras som ett förbud mot användningsområdesbegränsning (»field of use») på det sättet att varje licenstagare fick använda segel för sin specifika bräda, men däremot inte ändra på denna så att den kom att efterlikna annan licenstagares. Därmed täckte Windsurfing genom sina licenstagare ett bredare spektrum.[43] Förbudet kan också ses som ett förbud mot kopplingsförbehåll (»tie in») vid försäljning. Licenstagaren skulle kunna sälja sin bräda utan att vara beroende av Windsurfings segel. Precis som de tyska domstolarna förefaller inte EG-domstolen acceptera att det innebar ett patentintrång att utnyttja seglet på vilken bräda som helst, eftersom brädan och »fartyget» som helhet inte omfattades av Windsurfings patentskydd.

Kommissionen hade inte godkänt Windsurfings metod att kalkylera royalty på nettopriset för bräda och segel tillsammans.[44] Domstolen avvek genom att acceptera beräkningsgrunden, eftersom royaltysatsen var lägre för helheten än när den bara beräknades på segelförsäljning, dvs. i reda pengar blev slutresultatet ungefärligen detsamma. Därför var valet av beräkningsgrund inte i sig konkur-

[43] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 40, punkt [49].

[44] EG-kommissionen, beslut 83/400/EEG, IMA AG mot Windsurfing International Inc., 11 juli 1983: EGT 1983 L229/1, [1984] 1 CMLR 1.

rensbegränsande. I den del licenstagaren tvingades betala royalty till Windsurfing på sin separata brädförsäljning ansåg dock domstolen att en otillåten begränsning av konkurrensen förelåg.

Vidare ansågs det oförenligt med själva patentskyddet och konkurrensbegränsande att licenstagarna skulle märka brädan (inte seglet, som redan hade andra kännetecken) med uppgift om licensen och inte heller kunde Windsurfing förbjuda licenstagare att angripa patent och varumärken. Avslutningsvis invände domstolen bestämt mot de bestämmelser som tvingade licenstagarna att producera sina brädor vid en specifik anläggning i Tyskland. Något bra skäl för denna begränsning kunde Windsurfing inte prestera, speciellt inte med tanke på att brädorna i allmänhet lades ut på legotillverkning. Domstolen uppfattade snarare konstruktionen som ett sätt att begränsa licenstagarnas aktiviteter i länder där Windsurfing inte hade ett immaterialrättsligt skydd.

På många sätt är domen en bekräftelse på den inställning kommissionen givit uttryck för i Patentförordningen något år tidigare. Efter hand har dock denna inställning kommit att modifieras och justeras och det är osäkert om Windsurfing blivit föremål för en lika hårdhänt behandling om ärendet prövats i dag.

Utöver *Windsurfing* föranledde det rena licensavtalet inga allvarligare ingripanden från kommissionens sida. Däremot är det märkbart att kommissionen i sina rapporter börjar informera om mer komplexa samarbetsformer – bl.a. joint venture och franchising – i vilka licensavtalet kan vara ett element.[45] Någon riktigt klar tendens är dock inte urskiljbar från denna tid (kapitel 10). Vidare modifierade domstolen risken för att ett »per se-tänkande» skulle breda ut sig genom att sätta icke-angreppsklausul och klausul om royalty efter licenstidens utgång i sitt ekonomiska sammanhang och därmed finna att klausulerna inte kunde betraktas som förbjudna i sig.[46]

Mer intressant är att EG-domstolen i två domar fick anledning att slå fast att det inte var ett missbruk av dominerande ställning när en rättsinnehavare vägrade att licensiera intresserade parter. Dessa

[45] EG-kommissionen, beslut 87/100/EEG (*Mitchell Cotts/Sofiltra*), Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111; beslut 88/541/EEG (*BBC*), BBC Brown Boveri & NGK Insulators Ltd, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68, [1989] 4 CMLR 610.

[46] EG-domstolen, mål 65/86 (*Bayer mot Süllhöfer*), Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH mot Süllhöfer, 27 september 1988: [1988] REG 5249, [1990] 4 CMLR 182; mål 320/87, Ottung mot Klee & Weilbach A/S & Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915.

båda ärenden anknutna till bilbranschen förebådade de viktiga domar som skulle komma i början på 90-talet och där de ekonomiska resonemangen får en betydligt mer framträdande plats.[47]

2.3.2 Know-howlicensavtalet

Inställningen till varumärkeslicenser har hela tiden varit mycket tvekande i gemenskapen och något förslag till gruppundantag för sådana licenser har aldrig offentliggjorts. Kommissionen presenterade däremot under februari 1978 ett memorandum enligt vilket den ansåg sig ha tillräckligt underlag för ett gruppundantag för varumärkeslicenser.[48] Men hanteringen stannade härvid. Däremot låg det under senare delen av 80-talet närmare till hands att försöka utmejsla en hållbar gemenskapspolitik för know-howavtalet.

Liksom Patentförordningen föregicks Know-howförordningen av en serie kommissionsbeslut, som tillsammans förebådade den övergripande färdriktningen. I *Boussois/Interpane*[49] behandlades ett samverkansavtal, som närmast har karaktär av »turn-key»-projekt. Tyska Interpane byggde en planglasfabrik åt franska Boussois.

[47] EG-domstolen, mål 237/87 (*Volvo mot Veng*), Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd, 5 oktober 1988: [1988] REG 6211, [1989] 4 CMLR 122, punkt 8.: »It must also be emphasized that the right of the proprietor of a protected design to prevent third parties from manufacturing and selling or importing, without its consent, products incorporating the design constitutes the very subject matter of his exclusive right.» I detta domslut tillade EG-domstolen beträffande skyldigheten att licensiera att »It follows that an obligation imposed upon the proprietor of a protected design to grant to third parties, even in return for a reasonable royalty, a licence for the supply of products incorporating the design would lead to the proprietor thereof being deprived of the substance of his exclusive right, and that a refusal to grant such a licence cannot in itself constitute an abuse of a dominant position.» Jfr mål 53/87 (*Renault*) – Consortio Italiano Della Componentistica Di Ricambio Autoveicoli och Maxicar mot Régie Nationale des Usines Renault, 5 oktober 1988: [1988] REG 6039, [1990] 4 CMLR 265.

[48] Se Coyet, J. och Gustafsson, L., Konkurrensrätten inom EU och EES, Stockholm 1994, s. 293 ff., speciellt s. 306, med en utförlig genomgång av immaterialrättsliga spörsmål som särskilt behandlar synen på varumärken i gemenskapen. Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., Immaterialrätt (5 uppl.), Stockholm 1995, s. 212 anger att de svenska gruppundantagsförordningarna för patent- och know-how-licensavtal även skulle vara vägledande för tolkningen av liknande klausuler i andra immaterialrättsliga licensavtal. Detta gäller sannolikt även i EG-rätten även om sådana avtal inte kan åberopa sig på något existerande gruppundantag.

[49] EG-kommissionen, beslut 87/123/EEG (*Boussois/Interpane*), Boussois SA och Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft mbH & Co. KG, 15 december 1986: [1987] EGT L50/30, [1988] 4 CMLR 124.

I stället för att know-how följde med förvärvet meddelades detta genom ett separat know-howlicensavtal. De centrala villkoren innefattade exklusivitet i Frankrike för licenstagaren, men rätt att sälja utan territoriella begränsningar, dock med det förbehållet att skulle Interpane ingå nytt licensavtal i annat territorium undanröjdes försäljningsrätten för Boussois i detta land. Parterna skulle vidare på icke-exklusiv basis kommunicera nyutveckling med varandra, men alltid behålla den egna rätten att använda sådan utveckling. Ersättning för såväl fabrik som know-how utgick med fasta belopp att betalas i rater.

Avtalet var på det hela taget oförargligt ur konkurrensbegränsningssynpunkt och hade det huvudsakligen rört licens av patent hade Patentförordningen kunnat tillämpas. Detta var dock inte fallet och kommissionen fastställde att de territoriella restriktionerna gjorde att avtalet föll under artikel 85.1, men att förutsättningarna för individuellt undantag var uppfyllda.

Mitchell Cotts/Sofiltra,[50] som kungjordes ett par dagar senare, behandlade know-howsamverkan i joint venture-förhållande. Kommissionen fastslog att en serie annars kontroversiella bestämmelser inte träffades av förbudet i artikel 85.1 – inkluderande ett konkurrensförbud – men däremot sågs i detta samarbetsförhållande förbudet mot parternas aktiva försäljning (!) utanför sina egna områden som en allvarlig konkurrensbegränsning, som erfordrade individuellt undantag för att kunna tillämpas.

1972 följde kommissionen upp med ytterligare ett undantag för en »know-howlicens» i bageribranschen i *Rich Products/Jus-rol*,[51] trots att den licensierade tekniken inte var ny. Kommissionen accepterade kopplingsförbehåll och grant back-klausuler och tillät användningsförbud efter avtalets upphörande, liksom att licensgivaren kunde erlägga royalty efter att know-how blivit allmänt känt. Kommissionens inställning kan inte tolkas på annat sätt än att den anser att tiden börjar bli mogen för att lätta på trycket och inta en positivare inställning till licensiering.

Detta intryck består även efter 1988 års viktiga beslut i *Delta Chemie*,[52] som avsåg en kemisk know-howlicens meddelad av ett

[50] Beslut 87/100/EEC, *Mitchell Cotts/Sofiltra*, not 45 ovan.

[51] EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG (*Rich Products/Jus-rol*), Jus-Rol Ltd och Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527.

[52] EG-kommissionen, beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd och Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535.

tyskt företag till ett engelskt. Avtalet var rikt på konkreta licensbestämmelser som varit föremål för hårdhänt prövning i tidigare beslut. Trots att inte heller detta ärende avser någon ny teknologi menar kommissionen att know-howöverföringen är betydelsefull och främjar konkurrensen. Exklusiviteten, som den utformats med skyldigheter att hänvisa köpare från den andres territorium till medkontrahenten, ansågs visserligen begränsa konkurrensen, medan övriga klausuler kunde fritas.

På flera punkter hade kommissionens resonemang karaktär av vad som refererats till[53] som »dörröppnarfilosofin» som även skymtat förbi i tidigare beslut.[54] Härmed förstås att licensavtalet öppnar en dörr som annars är sluten – den största restriktionen ligger i att inget licenssamarbete alls kommer till stånd. Varje licensavtal bidrar till att öka konkurrensen. I *Delta Chemie* förklarade kommissionen t.ex. att konkurrensklausulen, som svartlistats i Patentförordningen, inte föll under förbudet i Romfördragets artikel 85.1 eftersom det innebar ett skydd för licensgivaren mot att teknologin skulle komma att användas för andra produkter: »Without this safeguard, the licensor may not have agreed to grant the licence.»

Likaså konstaterar kommissionen att användningsförbudet efter avtalstiden »is an essential condition for the conclusion of the agreement and for this reason does not fall within the provisions of Article 85(1)». Det är anmärkningsvärt att kommissionen – medvetet eller omedvetet – ansluter sig till »dörröppnarfilosofin» i de relaterade besluten. Det finns dock inget i de olika gruppundantagen som tyder på att parternas eventuella vilja att ingå eller inte ingå ett avtal har någon betydelse för konkurrenslagstiftningens tillämpning. Det viktiga i anmärkningarna är att de signalerar en allmänt mjukare hållning till licenssamverkan.

Delta Chemie pekar dock i en annan fråga av övergripande karaktär i en motsatt riktning: Undantagsbeslutet understryker som

[53] Bellamy & Child, Common Market Law of Competition (4th ed.), London, 1993 s. 538.

[54] Beslut 88/143/EEC, *Rich Products/Jus-rol*, not 51 ovan, punkt [34]: »Acknowledgement of the exclusive right which the owner enjoys over its know-how means that the owner is free to decide whether it intends to transfer the confidential information permanently or temporarily in granting a license. If the granting of a know-how licence meant that the owner would lose the exclusive right to make use of the know-how upon expiry of the licensing agreement, the owner would be less willing to grant a licence. This would ultimately be harmful to the transfer of technical knowledge.»

något positivt att parterna inte var konkurrenter när samarbetet inleddes, men att de till följd av samarbetet skulle bli framtida konkurrenter.[55] Kommissionen fortsätter således att se licenssamverkan som ett medel att skapa konkurrens på marknaden och avtalets parter arbetar inte egentligen, enligt kommissionens synsätt, för en gemensam sak. Licenstagaren blir i stället det största potentiella hotet för licensgivaren, vilket var en grundinställning som industrin hade svårt att förlika sig med.

Denna idé har följt kommissionen genom åren och påverkade utformningen av Patentförordningen och den hänger fortsatt kvar. I *Delta Chemie* manifesteras inställningen också genom att kommissonen griper in i parternas avtalsförhållande på en punkt, som egentligen inte i första hand dikteras av hänsyn till konkurrensförhållanden. Kommissionen tvingar fram en justering av avtalet som avbryter licensgivarens rätt att använda licenstagarens förbättringar av basalt know-how – dvs. know-how som inte är självständigt i förhållande till den licensierade tekniken – vid avtalets utgång. Därmed vill kommissionen uttryckligen sätta parterna i en balanserad förhandlingsposition vid ordinarie avtalsslut för att säkra att licenstagaren kan fortsätta sin verksamhet enligt avtalet även därefter.

Sammantaget är dock *Delta Chemie* tillsammans med de övriga redovisade besluten ett uttryck för ett mer lyhört resonerande, som tar större hänsyn till kommersiella realiteter än vad kommissionen visat prov på i tidigare beslut. Med stöd av praxis kunde undantaget för know-howavtal utfärdas i november 1989.[56]

Till sin struktur överensstämmer Know-howförordningen med Patentförordningen, men den innehåller inte oväsentliga uppmjukningar i olika detaljer som är av praktisk betydelse och genom åren lett till att kommentatorer klart rekommenderat att passa in tilltänkta licensavtal under detta undantag framför den mer rigida Patentförordningen.[57]

---

[55] Beslut 88/563/EEC, *Delta Chemie*, not 52 ovan, punkt [41].

[56] »Know-howförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1.

[57] Korah, V., The Preliminary Draft of a New EC Group Exemption for Technology Licensing, European Business Law Review, 1994 s. 167 för att nämna ett exempel på de många fall där Korah drivit samma tes.

2.4 1990-talet en period av ökad realism?

Den europeiska utvecklingen reflekteras väl av förändringarna i den amerikanska synen på licenssamverkan. Justice Departments »nine no-no's» ifrågasattes snabbt i rättspraxis och övergavs formellt i slutet av 80-talet till förmån för en betydligt positivare syn på licensavtalet. Denna kom först till uttryck i »The 1988 International Guidelines»[58] och har sedermera följts upp med helt nya guidelines under 1995.[59] I dessa uttrycker myndigheten en direkt positiv syn på samarbete genom licensiering.

Flera av EG-domstolens domar i slutet av 80-talet hade indikerat en liknande inställning. Den tendens som snarast kommit att prägla 90-talet gäller frågor om marknadseffekter och marknadsstyrka och under vilka förhållanden det innebär ett missbruk att åberopa sig på sin immaterialrätt eller om licensiering är känsligt i fall av marknadsdominans.

Kommissionen beslut i *Tetra Pak I*[60], som fattades trots att företaget självmant vidtagit åtgärder för att justera de negativa effekterna av ett exklusivt licensavtal, är en indikation på den framträdande roll frågor om marknadseffekter börjar spela i det konkurrensrättsliga tänkandet. Såväl förstainstansrätten[61] som EG-domstolen[62] har understrukit att det måste ställas särskilt höga krav på det domine-

[58] Se Rule, The Administration's view: Analysis After the Nine No-No's, 55 Antitrust L.J. 365 (1986).

[59] Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission i april 1995, som innehåller en sektion om Antritrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, som ersätter motsvarande avsnitt (section 3.6, Part I) i »Intellectual Property Licensing Arrangements of the U.S. Department of Justice 1988 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations.» (Antitrust Guidelines tillkännagavs ursprungligen av Department of Justice den 11 augusti 1994 i 59 Fed. Reg. 41339. Dokumentet tillgängligt på Internet.) För en komparativ kommentar se Fogt, H., & Knable Gotts, I., US Technology Licensing Arrangements: Do New Enforcement Guidelines in the United States Mirror Developments in the European Community? European Competition Law Review 1995 s. 215–219.

[60] EG-kommissionen, beslut 88/501/EEG, *Tetra Pak I*, (BTG-licence), 26 juli 1988: EGT 1988 L272/27, [1990] 4 CMLR 47.

[61] EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89, Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334.

[62] EG-domstolen, mål C-241/91 & C-242/91 (*Magill TV Guide*), Radio Telefis Eireann och Independent Television Publication Ltd mot kommissionen, 6 april 1995, [1995] I REG 743, [1995] 4 CMLR 718.

rande företaget och dessa krav gäller också i immaterialrättssammanhang och vid licensiering. *Tetra Pak I*-domen föranledde kommissionen att föreslå att avtal mellan parter med en stark marknadsställning inte skulle omfattas av 1994 års förslag till gruppundantag för tekniklicenser, vilket inledde en ny uppslitande diskussion mellan industri och myndighet som kommissionen till slut fick backa ur.

På kommissionsnivå har antalet beslut i rena licensärenden i stort sett avklingat under perioden efter Know-howförordningen med ett undantag – kommissionens beslut i *Moosehead/Whitbread*[63] som rörde en varumärkeslicens. Beslutet kunde ha förebådat en utveckling för varumärkeslicenser, men frågan har inte följts upp och kommissionens arbete har sedan början på 1990-talet varit inriktat på revision av Patentförordningen, som skulle löpa ut 1994. Snarare än en bearbetning av villkoren för patentlicenssamverkan valde kommissionen att baka samman Patent- och Know-howförordningarna till en ny Teknikförordning och med något års försening – och tre successiva förlängningar av Patentförordningen – trädde den nya Teknikförordningen i kraft den 1 april 1996.

[63] EG-kommissionen, beslut 90/186/EEG (*Moosehead/Whitbread*), Moosehead Breweries Ltd & Whitbread & Co. plc, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391.

3. Teknikförordningen[1]

Inledning 73
3.1 Teknikförordningens karaktär 74
Romfördragets artikel 85.1 74
Romfördragets artikel 85.3 74
Förordning 19/65 74
3.1.1 Förordningens allmänna räckvidd 75
Teknikförordningens ingress 76
3.1.2 Förordningens bindande karaktär 79
Teknikförordningens ingress punkt 11 80
Romfördragets artikel 189 81
Walt Wilhelm 81
3.1.3 Förordningens övergripande mål 83
3.2 Teknikförordningens struktur 84
3.2.1 Undantag för förbjudna restriktioner 84
Artikel 1.5 85
3.2.2 Vit, svart och grå lista 86
3.2.3 Begränsningar och procedur-bestämmelser 88
3.3 Teknikförordningens begränsningar 89
3.3.1 Den geografiska räckvidden 89
Teknikförordningens ingress punkt 7 89
3.3.2 De tidsmässiga begränsningarna 90
Artikel 11 91

[1] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L31/2, [1996] 4 CMLR 405.

3.3.3 De sakliga begränsningarna 91
Artikel 5 92

Inledning

Den 31 januari 1996 undertecknade Karel Van Miert, ansvarig kommissionär för konkurrensärenden, Teknikförordningen på kommissionens vägnar och den trädde i kraft två månader senare, den 1 april 1996.

I detta avsnitt presenteras förordningens legala ställning, dess översiktliga innehåll och vissa förutsättningar och begränsningar för dess tillämpning.

En inledande reflexion knyts till det faktum att det är kommissionens förordning trots att artikel 87 i Romfördraget ger rådet, på förslag av kommissionen och efter att ha hört parlamentet, rätt att anta de förordningar och direktiv som behövs för att »tillämpa de principer som anges i artiklarna 85 och 86». Denna tågordning är i överensstämmelse med den allmänna kompetensfördelning som gäller i gemenskapsrätten, men rådet har genom Förordning 19/65[2] delegerat sin kompetens. Kommissionen kan enligt sitt mandat i förordningsform förklara att artikel 85.1 inte skall tillämpas på vissa grupper av avtal, däribland enligt artikel 1.b) sådana

> som innehåller begränsningar i fråga om förvärv eller utnyttjande av rättigheter – särskilt patent, bruksmönster, mönster eller varumärken – eller i fråga om rättigheter som följer av avtal om överlåtelse eller upplåtelse av rätten att använda tillverkningsmetod eller kunskaper om användning av industriella processer.

En förordning skall specificera vilken kategori av avtal den gäller, vilka konkurrensbegränsande skyldigheter som inte omfattas och vilka förutsättningar som skall uppfyllas.

Med denna delegation, som 1965 säkerligen uppfattades som konkurrensteknisk och utan större inflytande på industriell verksamhet, har rådet satt den normala beslutsmekanismen i Romfördraget ur spel. Regelsystemet har dock visat sig vara av största betydelse för den industriella utvecklingen och det är därför tveksamt att den kontroll som ligger i att ett ärende tvingas följa Maastricht-

[2] »Förordning 19/65», Rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, EGT 1965 nr 533/65.

avtalets komplicerade mekanism med parlamentsinsyn, offentlighet och debatt är satt ur funktion.[3]

Inför utfärdandet av Teknikförordningen har kommissionen följt den process som Förordning 19/65 anvisar med publicering av ett utkast[4], kommentarer från intresserade och från Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor. Debatten blev dock av naturliga skäl tämligen begränsad[5] och kom i första hand att inrikta sig på det »köttben» som kommissionen tillfört genom att föreslå att undantaget inte skulle vara tillämpligt på företag med en betydande marknadsstyrka.[6] Övriga delar av förslaget, däribland inställningen till territoriella begränsningar, blev egentligen aldrig föremål för annat än en högst sekundär diskussion.

3.1 Teknikförordningens karaktär

Det Romfördragets artikel 85.1 förbjuder kan undantas individuellt eller i grupp genom artikel 85.3 och de olika gruppundantagen är således en tillämpning av den senare bestämmelsen med stöd av fullmakten i Förordning 19/65. När kommissionen anser sig ha vunnit tillräcklig erfarenhet från enskilda beslutsärenden samlar den sig till en generell rättsakt, som preciserar hur konkurrensreglerna skall tillämpas på den aktuella avtalstypen. Gruppundantaget utgår ifrån de speciella förutsättningar som uppställs i Romfördragets artikel 85.3, nämligen att undanta avtal

> som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

[3] Till skillnad från Teknikförordningen förelade kommissionen Know-howförordningen för parlamentet innan den utfärdades. Se Korah, V., Know-how Licensing Agreements and the EEC Competition Rules: Regulation 556/89, ESC Publishing, Oxford 1989, s. 50 not 1.

[4] »Förslag 1994», 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, EGT 1994 C178/3.

[5] Kommissionen inbjöd till en offentlig hearing i januari 1995 i Bryssel. Därefter har de externa kontakterna företrädesvis bestått i att kommissionen kommunicerat vissa utkastförslag med företrädare för olika organisationer och kanske framför allt industrins gemensamma organ i Bryssel – UNICE.

[6] Se vidare kapitel 11 nedan.

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Genom åren har kommissionen skaffat sig nödvändig erfarenhet för att kunna utfärda generella gruppundantag för respektive återförsäljaravtal,[7] leveransavtal,[8] patentlicensavtal,[9] know-howlicensavtal,[10] specialiseringsavtal,[11] forsknings- och utvecklingsavtal[12] och franchiseavtal.[13] Dessutom föreligger ett antal branschrelaterade gruppundantag.

3.1.1 Förordningens allmänna räckvidd

Ett i vart fall teoretiskt problem är att innan något kan undantas från förbudet i artikel 85.1 måste det vara just förbjudet. Det framgår också av delegationen i Förordning 19/65 att kommissionens fullmakt gäller att utfärda tillämpningsbestämmelser för i artikel 85.1 förbjudna avtal.

Inledningsvis ifrågasattes det i gemenskapen om vertikala samarbetsavtal mellan företag som inte befann sig inom samma distributionsled alls kunde vara konkurrensbegränsande. De ledde snarare till att konkurrensen skärptes mellan olika produkter och märkes-

[7] »Distributionsförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal, EGT 1983 L173/1.

[8] »Inköpsförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal, EGT 1983 L173/5.

[9] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15.

[10] »Know-howförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1.

[11] »Specialiseringsförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 417/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av specialiseringsavtal, EGT 1985 L53/1.

[12] »FoU-förordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 418/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av avtal om forskning och utveckling, EGT 1985 L53/5.

[13] »Franchiseförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av franchiseavtal, EGT 1988 L359/46.

slag och gav de små och medelstora företagen en möjlighet att mäta sina krafter med de större, integrerade företagen. EG-domstolen konstaterade dock att det vertikala avtalet inte generellt var fritaget från förbudet i artikel 85.1. Däremot uppfattade domstolen inte det enkla vertikala samarbetet som konkurrensbegränsande. Inte ens det exklusiva samarbetsavtalet var i sig en begränsning av konkurrensen. Först när ytterligare element tillfördes – t.ex. ett absolut områdesskydd – uppkom förfaranden som kunde anses förbjudna.

Om kommissionen i sitt arbete hade utgått ifrån domstolens tolkning hade svårigheter uppkommit med att formulera generella gruppundantag. Inga kategorier av avtal vore i sig entydigt förbjudna – snarare motsatsen. För att komma runt problemen har kommissionen i stället gett sig in på ett ekvilibristiskt resonemang som döljer det underliggande synsättet. Teknikförordningens ingress anger i punkt 5: »Mot bakgrund av de erfarenheter som hittills har vunnits går det att definiera en grupp av licensavtal med räckvidd över hela eller viss del av den gemensamma marknaden som kan omfattas av artikel 85.1, men som i regel kan anses uppfylla villkoren i artikel 85.3.» Därefter behandlas diverse specifika förhållanden, som inte innehåller någon definition av räckvidden av förbudet i artikel 85.1. I punkt 10 övergår Teknikförordningen till det exklusiva licensavtalet och konstaterar mot bakgrund av EG-domstolens praxis att sådana avtal inte i och för sig är oförenliga med artikel 85.1. Kommissionen kvalificerar sitt ställningstagande med en tämligen fri extrapolering av vissa motivuttalanden från EG-domstolen[14] genom att endast fria exklusiva licensavtal »om de gäller införande av och skydd för en ny teknik inom licensområdet på grund av omfattningen av företagens forskningsinsats, den ökande konkurrensen, särskilt mellan varumärken, och den förbättrade konkurrenskraft för de berörda företagen som spridningen av innovationen i gemenskapen för med sig».

Eftersom Teknikförordningen avser undantag för det exklusiva licensavtalet kan det med fog frågas vilken form av avtal som faller under förbudet i artikel 85.1. Kommissionen menar att det kan finnas exklusiva licensavtal, vilka inte avser ny teknik, som av konkurrensskäl faller under förbudet i artikel 85. Det vore en möjlig tolkning av domstolens uppfattning, som dock kan ifrågasättas.

[14] EG-domstolen, mål 258/78, Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278, punkt [57].

Teknikförordningen utvecklar inte innebörden av begreppet »ny teknik» och förklarar inte heller referensen till konkurrens och konkurrenskraft. Egentligen följer par definition att varje immaterialrättsligt skyddad idé är ny teknik. I alla händelser ligger det inte på kommissionen att fastställa innehållet i detta begrepp, utan det följer snarare av nationell rätt. Förvisso kan know-how även avse gammal teknik, men i de enskilda fall det har varit så har det inte påverkat kommissionens bedömning av det aktuella avtalet.[15] Vidare frågar man sig om inte snart alla exklusiva licensavtal motiveras av just konkurrensskäl. Kommissionen påvisar emellertid inget annat förbjudet licensavtal och det anförda är den enda krok som resonemanget kan hängas upp på.

Det rimliga hade varit att utfärda ett gruppundantag för exklusiva licensavtal som uppfyller förutsättningarna i Romfördragets artikel 85.1 och ange villkoren för att dessa skall kunna erhålla undantag. Ett på detta sätt begränsat undantag hade dock varit i det närmaste ointressant för kommissionen.

Punkt 10 i ingressen avslutas med tillägget: »I den mån exklusiva licensavtal omfattas av artikel 85.1 bör de inbegripas i artikel 1 så att de också kan omfattas av undantaget.» Genom att göra detta tillägg inkluderas alla icke förbjudna exklusiva licensavtal i undantaget och detta får en generell och betydelsefull räckvidd. Efter detta konststycke övergår förordningen till att behandla alla de villkor och förutsättningar som skall gälla för det exklusiva licensavtalet.

Gruppundantaget vilar med det redovisade resonemanget på en bräcklig grund och är egentligen inte i första hand ett undantag från förbudet i artikel 85.1, utan blir snarare en precisering och skärpning av förbudet, vilket kommissionen inte har kompetens till – allra minst i bindande förordningsform.

Problemet med den av kommissionen valda metodiken är att den förmedlar ett tankefel. Exklusiva samarbetsavtal upplevs i dag inom industrin som i princip förbjudna eller i vart fall tveksamma med möjlighet till snävt tidsbegränsade undantag – fast den legala ställningen egentligen är den motsatta. I vilken utsträckning det leder till att företag ändrar strategiska upplägg och ibland missar effektivt

[15] EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG (*Rich Products/Jus-rol*), Jus-Rol Ltd & Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527 och beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535.

samarbete i en önskan att undvika ingrepp från konkurrensvårdande myndigheter, kan aldrig fastställas. Inte heller går det att med bestämdhet avgöra om kommissionens hållning direkt eller indirekt medverkat till att dagens europeiska industri prioriterar koncentration och sammanslagning framför traditionell samverkan. Det är dock svårt att frigöra sig från misstanken och redan detta är allvarligt.

Ytterligare ett problem med gruppundantagen är att de generaliserar förhållanden som egentligen inte är ägnade till det. Tyngdpunkten ligger inte på den valda samarbetsformen eller någon enskild klausul i denna, utan snarare på avtalets effekter på marknaden, vilket också överensstämmer med konkurrensrättens övergripande mål. Hur svårt det kan vara att generellt godkänna eller underkänna en viss typ av klausul kan illustreras med följande exempel: I Teknikförordningen anses inte att parternas överenskommelse om hur royalty skall utgå är en konkurrensbegränsning, utan en del av parternas fria förhandlingsrätt. Anta att en licensgivare ger flera företag licens att på samma villkor exploatera en idé och att royaltynivån sjunker i takt med att försäljningen ökar. Upplägget är ett incitament för licenstagare att sälja mer. Konkurrensen ökar och några invändningar kan rimligen inte finnas mot en sådan lösning. Om däremot licensgivaren är ett dominerande företag som vill licensiera annan dominant leder parternas marknadsställning lätt till att problem kan uppkomma. Väljer licensgivaren däremot att återigen licensiera flera med samma upplägg av sjunkande royalty, kan nivåerna sättas på ett sådant sätt att det bara är det stora företaget som når omsättningskraven och därmed drar fördel av de lägre royaltynivåerna. De andra diskrimineras och konkurrensen minskar. Exemplet visar att det är sammanhanget och inte upplägget som är viktigt.

På samma sätt kan man konstatera att Teknikförordningen inte tillåter att avtalet stipulerar konkurrensförbud för endera parten. Ges en licens till ett företag som redan har liknande produkter, begränsas konkurrensen genom ett sådant förbud. Väljer däremot licensgivaren avsiktligt en partner som inte varit aktiv inom området uppstår inte en sådan begränsning. Parterna skall tillsammans möta konkurrens från andra märkesprodukter, vilket snarare förstärker konkurrensen. Den uteblivna potentiella konkurrensen ersätts av en ökad verklig konkurrens med andra produkter.

För varje form av samarbete kan egentligen på detta sätt skapas ett positivt och ett negativt scenario och det är sällan bestämmelsen som sådan utan sammanhanget som skapar begränsningen. Ett generellt gruppundantag riskerar därför att vara ett trubbigt instrument.

Kommissionen är naturligtvis inte omedveten om det beskrivna problemet och har genom oppositionsproceduren och möjligheterna att återkalla undantaget i det speciella fallet försökt skapa korrektionsmetoder för att förhindra att undantaget skyddar det som inte är skyddsvärt och tvärtom.

Ytterligare ett problem med kommissionens sätt att utfärda gruppundantagsförordningar är att den valda metoden egentligen kräver regler för varje typ av avtal. Det räcker nämligen inte med de olika gruppundantag som nämnts ovan, utan till dessa fogas specifika regleringar för öl, bensin och bilar. Den nu gällande totalregleringen har blivit mycket omfattande och det är inte möjligt för medarbetare i industrin att enkelt hålla reda på eller förstå de regler som de har att följa i sitt dagliga arbete och långt mindre att med säkerhet dra gränsen mellan det tillåtna och det förbjudna. En lagstiftning som får sådana konsekvenser fyller inte sin funktion.

3.1.2 Förordningens bindande karaktär

Gruppundantagets status av förordning fastslås redan i Romfördragets artikel 87 och bekräftas av Förordning 19/65. I egenskap av förordning har ett gruppundantag enligt Romfördragets artikel 189 en allmän giltighet och är till alla delar bindande och direkt tillämpligt i alla medlemsstater.

Förordningen binder gemenskapens egna institutioner och medlemsstaternas myndigheter – inkluderande domstolarna. Detta föranleder två kompletterande utvikningar: Är EG-domstolen bunden av kommissionens tolkning av artikel 85 som den kommer till uttryck i förordningen,[16] eller kan domstolen göra en egen bedömning

[16] Guttuso, S., Technology Transfer Agreements, Manuscript, Fordham October 1994, s. 12 fotnot 5, menar att en bindande reglering är nödvändig för att skapa rättssäkerhet i Europeiska unionen: »– – – in contrast to the Justice Department, the Commission cannot always limit itself to the issuance of guidelines, since the latter do not have any legal force *vis-à-vis* third parties and national courts. The need for legal certainty created by the two-stage analysis under Article 85 obliges the Commission to incorporate policy instruments that have legal effects under Article 85(3).»

av Romfördragets rätta innebörd? Måste nationell rätt och rättspraxis respektera förordningen och dess konsekvenser, eller kan den avvika?

Binder Teknikförordningen EG-domstolen? En förordning binder även de rättsvårdande myndigheterna. Kommissionen uttrycker dock i Teknikförordningens ingress punkt 11:

> *Undantag från de förbud att exportera som åläggs patentlicensgivaren och dennes licenstagare föregriper inte den senare utvecklingen av EG-domstolens praxis när det gäller artiklarna 30–36 samt artikel 85.1, vad gäller dessa förbud och särskilt förbud för en licenstagare att inom andra licenstagares licensområde marknadsföra den licensierade produkten (passiv konkurrens).*

Denna typ av reservationer är närmast bekant från kommissionens tillkännagivanden, som däremot inte har någon bindande verkan. Det finns dock en logik i kommissionens anmärkning. Förordningens syfte är nämligen inte att precisera förbudet i artikel 85.1, även om det med fog kan hävdas att effekten är just denna, utan att fastställa villkor för att undantag skall kunna beviljas enligt artikel 85.3. Artikel 85.1 tolkas av EG-domstolen och kommissionens förbehåll om att domstolen kan komma till ett annat resultat än kommissionen om vad som är att anse som förbjudet är därför fullt riktigt. Det är snarare så att kommissionens reservation om förbudet beträffande passiv försäljning får ses som ett uttryck för kommissionens osäkerhet på just denna punkt.

EG-domstolen är således alltjämt i sin fulla frihet att precisera innebörden av artikel 85.1 och förordningen ändrar inget härvidlag. Förordningen binder däremot domstolen sedan den väl fastställt att visst förfarande verkligen faller under artikel 85.1 såvitt avser frågan om den förbjudna överenskommelsen kan anses kvalificerad för gruppundantag. Domstolen tolkar härvid gruppundantaget strikt.[17]

[17] EG-domstolen, mål C-70/93, Bayerische Motorenwerke AG mot ALD Auto-Leasing D GmbH, 24 oktober 1995: [1995] I REG 3439 [1996] 4 CMLR 479 punkt [28]: »Having regard to the general principle prohibiting anticompetitive agreements laid down in Article 85.1 of the Treaty, provisions in a block exemption which derogate from that principle cannot be interpreted widely and cannot be construed in such a way as to extend the effects of the regulation beyond what is necessary to protect the interests which they are intended to safeguard.»

Binder förordningen medlemsstaterna?[18] Att förordningen binder medlemsstaterna och deras domstolar framgår redan av Romfördragets artikel 189. Vid eventuell konflikt mellan förordning och nationell rätt skall förordningen ges företräde.[19] Frågan är dock vad denna bundenhet för med sig.

Den aktiva handlingen att meddela ett undantag grundat på Romfördragets artikel 85.3 från förbudet i artikel 85.1 är en exklusiv kommissionskompetens. Detta gäller det individuella undantaget, undantag enligt Teknikförordningens invändningsförfarande och också själva utfärdandet av ett gruppundantag som Teknikförordningen. Likaså är det bara kommissionen som kan återkalla undantaget i det enskilda fallet på de villkor som stadgas i Teknikförordningens artikel 7. Det faktum att förordningen är direkt tillämplig lägger sålunda inte ett handlingskrav på medlemsstaterna.

Däremot skall förordningen respekteras av berörda myndigheter och i en civilrättslig tvist som förs inför nationell domstol kan avtalet inte ogiltigförklaras på en gemenskapsrättslig grund enligt artikel 85.2 om det uppfyller gruppundantagets förutsättningar.

I vilken utsträckning kan nationell rätt avvika från de regler och förutsättningar som stipuleras i gruppundantaget? *Walt Wilhelm*[20] visar att medlemsstaten inte kan tillåta det som gemenskapsrätten förbjuder. Ett avtal som således faller under svarta listan i Teknikförordningen, och som därmed inte kan erhålla undantag, kan inte erhålla absolution på det nationella planet.

Kommissionen menar dessutom i Samverkanstillkännagivandet[21] att även positiva beslut binder medlemsstaterna. Ett individuellt eller i grupp undantaget avtal skulle således inte kunna förbjudas na-

[18] Se vidare kapitel 12 nedan. Jfr Ehlerman, C.-D., Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities, European Competition Law Review 1996 s. 88.

[19] EG-domstolen, mål 6/64, Costa mot ENEL, 6 april 1962: [1964] REG 585, [1964] CMLR 425.

[20] EG-domstolen, mål 14/68, Wilhelm mot Bundeskartellamt, 13 februari 1969: [1969] REG 1, [1969] CMLR 100.

[21] »Samverkanstillkännagivandet», kommissionens tillkännagivande om samverkan mellan kommissionen och nationella domstolar vid tillämpning av artikel 85 och artikel 86 i fördraget, EGT 1993 C39/6, [1993] 5 CMLR 95.

tionellt.[22] Inställningen, som överensstämmer med logiken i artikel 189 och principen om gemenskapsrättens företräde vid konflikt,[23] är dock inte rimlig. Det må vara att den nationella domstolen inte på gemenskapsrättsliga grunder kan komma till en annan lösning än kommissionens individuella eller gruppvisa undantag anvisar. Däremot måste t.ex. den nationella konkurrenslagstiftningen på olika punkter kunna skärpa kraven på konkurrensbegränsande avtal som anses ha skadlig effekt i det aktuella landet.[24] Till exempel utgår nationell lagstiftning normalt från lägre omsättningsbelopp för att bestämma vad som är en bagatellkartell eller huruvida ett visst gruppundantag skall vara tillämpligt. På det nationella planet kan också specifika problem existera som kräver särskilda lösningar.[25]

Det faktum att ett avtal är fritaget på gemenskapsnivå är därför inte en garanti för att det slipper undan den nationella kontrollen. Uppfattningen står inte i strid med domstolens utslag i *Walt Wil-*

[22] Korah, V., EEC Competition Law and Practice, ESC Publishing, 1990 (4th ed.), s. 18 förefaller att hålla med kommissionen, men är försiktig i sina uttalanden. Hon hänvisar till EG-domstolens uttalanden i Walt Wilhelm, not 20 ovan, punkt 4 och punkt 5, och sammanfattar: »The exact scope of these paragraphs is not clear, but they seem to imply that national authorities should not forbid the implementation of agreements that have been exempted under Community law, at least where the exemption was of an individual agreement on grounds of the benefits to be obtained from collaboration. Whether a group exemption preempts the application of national law is controversial.» Jfr Wiedermann, G., Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Köln 1989 s. 218, som uttrycker en restriktivare inställning: »Im Konfliktfall is vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts auszugehen. Dies bedeutet, dass gruppenfreigestellte Patentlizenzvereinbarungen nicht nach strengerem nationalem Kartellrecht untersagt oder für unwirksam erklärt werden können.» Se vidare avsnitt 12.4.1. nedan.

[23] För en sammanfattning av rättspraxis i anslutning till konflikten mellan EG-rätt och nationell rätt, se Allgårdh, O. och Norberg, S., EU och EG-rätten, Stockholm 1995 (2 uppl.) s. 118 ff., som dock inte kommer in på det här berörda spörsmålet. Se också Weatherhill, S. and Beaumont, P., EC Law, Penguin Books, 1993 s. 696, där det med hänvisning till en serie domstolsavgöranden understryks att »Article 85(3), however, is not directly effective». Detta innebär att nationella domstolar inte kan bevilja undantag med stöd av artikel 85.3, men ger också ett intryck av att de inte skulle vara bundna av undantagsbeslut.

[24] Se Fejø, J., EF-konkurrenceret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993 som bekräftar att den nationella rätten kan existera sida vid sida med gemenskapsrätten och att nationell lag också kan skärpa de gemensamma reglerna.

[25] Jfr t.ex. det svenska gruppundantaget för affärskedjor.

helm och innebär att gemenskapsreglerna har karaktär av minimistandard[26] som kan kompletteras med striktare nationella regler.

3.1.3 Förordningens övergripande mål

Teknikförordningen är ett medel i gemenskapens konkurrenspolitik, som ytterst har till syfte att främja en harmonisk utveckling av den ekonomiska verksamheten inom gemenskapen som helhet, en fortgående och balanserad tillväxt, en ökad stabilitet, en allt snabbare höjning av levnadsstandarden samt närmare förbindelser mellan medlemsstaterna.

Romfördraget bygger på ett fritt marknadstänkande i motsats till planhushållning. I ett sådant system har konkurrensreglerna en naturlig plats genom att tvinga företagen att tävla med varandra och därmed sporra till nya framsteg som driver samhällsutvecklingen vidare. Samhället fastställer spelregler och övervakar att de efterlevs, men överlåter själva arbetet till de enskilda aktörerna på marknaden. I slutänden förväntas konkurrensreglerna leda till att medborgare/konsumenter får bättre produkter till lägre priser.

Andra delmål för konkurrenspolitiken finns och hur fokusering sker på dem växlar normalt över tiden. Under en i vart fall inledande period, som fortsätter än i dag, skall konkurrensreglerna medverka till en fortgående marknadsintegrering för att därigenom många delmarknader skall smälta samman till en enhetlig. Fria och obundna varurörelser är därför ett viktigt mål i varje konkurrensbedömning. Mångfald och valfrihet är likaså av stor betydelse. Det är viktigt för konsumenterna, men skall också vägleda politiken mot små och medelstora företag som genom en välavvägd konkurrenspolitik skall få en möjlighet att utvecklas. Under senare tid har det dessutom särskilt diskuterats hur konkurrensreglerna skall kunna främja en miljöriktig utveckling. Konkurrensreglerna förväntas inte minst bidra till den allmänna tekniska utvecklingen i samhället och därför måste särskild vikt fästas vid effektiva regler för att befrämja forskning och utveckling och utnyttjandet av resultatet av detta arbete.

Det är framför allt i sistnämnda perspektiv som Teknikförordningen skall ses. Den syftar till att ta tillvara de tekniska framsteg som görs i samhället och som redan uppmuntras genom olika for-

[26] Se vidare kapitel 12.4.1 nedan.

mer av immaterialrättsligt skydd. Detta mål tillgodosågs tidigare av de separata Patent- och Know-howförordningarna. Genom att slå samman dem till en förordning, vilket enligt kommissionen samtidigt innebär en förenkling, vill kommissionen även fortsättningsvis »uppmuntra spridningen av tekniskt kunnande inom gemenskapen och främja framställningen av tekniskt förbättrade produkter».[27]

3.2 Teknikförordningens struktur

Teknikförordningen överensstämmer med den struktur som kommissionen tillämpat för gruppundantag allt sedan tillkomsten av 1967 års gruppundantag för återförsäljaravtal. Den inleds med en allmän bakgrundsbeskrivning i ingressen som till en del sammanfattar och understryker viktiga moment i förordningen, men som också innehåller förklaringar och vissa självständiga regler som inte upprepas i själva förordningstexten.

3.2.1 Undantag för förbjudna restriktioner

Förordningens operativa del inleds med själva undantaget som är en förklaring av kommissionen i överensstämmelse med artikel 85.3 att förbudet i artikel 85.1 inte gäller

- rena patentlicensavtal
- rena know-howlicensavtal
- blandade patent och know-howlicensavtal
- licensavtal som innehåller anknutna bestämmelser om andra immaterialrättigheter

om högst två företag samarbetar i vissa noga specificerade situationer.

Undantaget i artikel 1 tar framför allt sikte på det exklusiva licensavtalets marknadsuppdelande verkan, vilket behandlas utförligt i kapitel 4 nedan. Till de territoriella undantagen har kopplats två tämligen aparta bestämmelser i artikel 1.7 rörande licensgivarens

[27] Teknikförordningens ingress punkt 3.

kännetecken och i artikel 1.8 om begränsning av licensierade kvantiteter till licenstagarens egna behov. Dessa bestämmelser kommer att behandlas i sitt naturliga sammanhang i anknytning till genomgången av licensavtalets operativa bestämmelser i kapitlen 6–9.

Bestämmelsen ger således ett bindande undantag från förbudet i artikel 85.1 oavsett om dylika avtal är förbjudna eller ej. Dessutom tillägger artikel 1.5 att förordningen är tillämplig på mindre långtgående restriktioner än som stipuleras i artikel 1. Det betyder rimligen att förordningen täcker enkla avtal och exklusiva avtal som inte innehåller några territoriella begränsningar.

Det skall understrykas att undantaget bara gäller samverkan mellan två parter. Mer komplicerade licensavtal mellan flera parter faller utanför gruppundantaget och måste anmälas individuellt. Däremot utesluter inte bestämmelsen att ena parten anger flera olika legala personer i samma ekonomiska enhet som avtalspart i överensstämmelse med gemenskapsrättens allmänna syn på begreppet företag.[28] Av samma skäl kan inte företag i samma ekonomiska enhet omfattas av undantaget, eftersom inbördes överenskommelser inom en grupp inte anses vara överenskommelser i enlighet med avtalskriteriet i artikel 85.1.[29]

Inget hindrar att ett företag ingår parallella avtal med olika företag enligt en enhetlig standardmall. Varje avtal behandlas för sig och erhåller således undantag. Kommissionen kan dock granska de samlade avtalens totala effekt (nätverkseffekten) vid en individuell prövning, vilket kan medföra att det enskilda avtalet betraktat i sitt

[28] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact de Dott. Ing. Mario Andreoli & C.S.A.S., 12 juli 1984: [1984] REG 2999, [1985] 3 CMLR 224, punkt [11]: »In competition law, the term 'undertaking' must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject-matter of the agreement in question even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal. The requirement of Article 1(1) of Regulation 67/67 is therefore fulfilled if one of the parties to the agreement is made up of undertakings having identical interests and controlled by the same natural person, who also participates in the agreement. For in those circumstances competition between the persons participating together, as a single party, in the agreement in question is impossible.» Se vidare Wyatt D. and Dashwood, A., European Community Law, London, 1993 (3rd ed.) s. 382 f.

[29] EG-domstolen, mål 6 & 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents Corp. mot kommissionen, 6 mars 1974: [1974] REG 223, [1974] 1 CMLR 309.

större sammanhang likafullt bedöms som konkurrensbegränsande.[30] Kommissionen kan då återkalla i det speciella fallet, men däremot inte kollektivt förbjuda nätverksarrangemang för framtiden.[31]

3.2.2 Vit, svart och grå lista

I överensstämmelse med övriga gruppundantag utnyttjar kommissionen Teknikförordningen till att precisera sin syn på andra be-

[30] Att ett avtal inte kan ses isolerat från sitt ekonomiska sammanhang fastställde EG-domstolen redan i mål 23/67 (*Haecht*) – Brasserie de Haecht SA mot Wilkin, 12 december 1967: [1967] REG 407, [1968] CMLR 26. Principen har diskuterats återkommande, bl.a. i mål C-234/89 (*Delimitis*), Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, 28 februri 1991: [1991] I REG 935, [1992] 5 CMLR 210, punkt [27]: »– – – a beer supply agreement is prohibited by Article 85.1 of the EEC Treaty, if two cumulative conditions are met. The first is that, having regard to the economic and legal context of the agreement at issue, it is difficult for competitors who could enter the market or increase their market share to gain access to the national market for the distribution of beer in premises for the sale and consumption of drinks. The fact that, in that market, the agreement in issue is one of a number of similar agreements having a cumulative effect on competition constitutes only on factor amongst others in assessing whether access to that market is indeed difficult. The second condition is that the agreement in question must make a significant contribution to the sealing-off effect brought about by the totality of those agreements in their economic and legal context. The extent of the contribution made by the individual agreement depends on the position of the contracting parties in the relevant market and on the duration of the agreement.» Samma inställning har uttryckts i anslutning till licensavtal av EG-domstolen i mål 27/87 (*Erauw-Jacquéry*), Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Coopérative, 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR 576, punkt [18]: »– – – the influence on trade within the Community of the disputed agreement depends on whether it is one of a number of similar agreements concluded between the breeder and other licensees – – –.»

[31] EG:s förstainstansrätt (andra kammaren), mål T-7/93, Langnese-Iglo GmbH mot kommissionen, 8 juni 1995, [1995] II REG 1533, [1995] 4 CMLR 602 punkt [208]: »– – – According to the hierarchy of legal rules, the Commission is not empowered, by means of an individual decision, to restrict or limit the legal effects of a legislative measure, unless the latter expressly provides a legal basis for that purpose. Although Article 14 of Regulation No 1984/83 confers on the Commission power to withdraw the benefit of the regulation if it finds that, in a particular case, an exempted agreement nevertheless has certain effects which are incompatible with the conditions set out in Article 85(3) of the Treaty, Article 14 does not provide any legal basis for the benefit of a block exemption to be withheld from future agreements.» Punkt [209]: »– – – contrary to the principle of equal treatment, one of the fundamental principles of Community law, to exclude for certain undertakings the benefit of the block exemption regulations regards the future whilst other undertakings, such as the intervener in this case, could continue to conclude exclusive purchasing agreements, such as those prohibited by the decision. Such a prohibition would therefore be liable to undermine the economic freedom of certain undertakings and create distortion of competition on the market, contrary to the objectives of the Treaty.»

stämmelser i ett licensavtal. Kommissionen går härvid utöver delegationen i Förordning 19/65 som bara anger att undantagna och förbjudna bestämmelser samt villkor för undantaget skall preciseras.

Vita listan är en innehållsrik uppräkning av tillåtna bestämmelser som i regel inte anses konkurrensbegränsande. Listan har den fördelen att den skapar en god vägledning för företagen om vad som är tillåtet och den kan användas som en checklista vid upprättande av licensavtal. Det är en blandning av tunga avtalsbestämmelser och mer marginella anmärkningar. Viktigt är dock att hålla i minnet att den inte är uttömmande.[32] Särskilt saknas bestämmelser om hur långt parterna får gå i samordning av marknadsaktiviteter.

Svarta listan i artikel 3 innehåller gemenskapens »no-no's», dvs. bestämmelser som skall undvikas i licenssammanhang om tillämpligheten av gruppundantaget eftersträvas.

Det framförs återkommande att svartlistade bestämmelser i ett avtal utesluter beviljande av individuellt undantag, vilket skulle indikera att dessa bestämmelser är förbjudna »per se». Såväl domstolens rättspraxis som kommissionens beslut förefaller att motsäga ett sådant synsätt. Återigen är det sammanhanget som avgör och det förekommer även domar och beslut som visar att svartlistade bestämmelser understundom kan gå helt fria från förbudet i artikel 85.1.[33]

Grå listan är en mindre vanlig men fullt adekvat benämning på de klausuler som räknas upp i artikel 4 och som kan prövas enligt det särskilda invändningsförfarandet i denna bestämmelse. Proceduren är en förenklad bedömning efter en summarisk anmälan. Riktar kommissionen ingen anmärkning mot avtalet inom fyra månader anses det automatiskt undantaget enligt förordningen.

Det ligger en motsats inbyggd i gruppundantagets sätt att ange att vita listan inte är uttömmande och att samtidigt stipulera i invändningsförfarandet att de bestämmelser som inte listas i förordningens vita eller svarta uppräkningar skall anmälas enligt invänd-

[32] Teknikförordningens ingress punkt 18.
[33] Se vidare avsnitt 12.2 nedan.

ningsförfarandet. Än mer problematiskt är emellertid att det bara är de klausuler som innehåller »konkurrensbegränsande skyldigheter» som skall anmälas. Svårigheten för företagen att rätt avgöra vad som skall betraktas som sådana skyldigheter framgår av kommissionens årliga konkurrensrapporter. Av de få fall som anmäls enligt invändningsförfarandet avvisar kommissionen flertalet såsom inte kvalificerade enligt proceduren.[34]

3.2.3 Begränsningar och procedurbestämmelser

Efter förordningens operativa bestämmelser följer en serie artiklar som

- preciserar förordningens tillämpningsområde, vilket utvecklas vidare i fortsättningen på detta kapitel,
- ger kommissionen en möjlighet att återkalla undantaget i det enskilda fallet när ett undantaget avtal har konkurrensskadliga effekter, och
- avser allmänna, avslutande bestämmelser.

Det kan sammantaget sägas att förordningens allmänna uppbyggnad inte i sig innehåller några nyheter, utan överensstämmer väl med tidigare gruppundantag. I detta enkla faktum ligger en icke oväsentlig fördel. Lagstiftningens enhetliga uppbyggnad underlättar dess praktiska tillämpning. Vidare är det en uppenbar fördel att Patent- och Know-howförordningarna har slagits samman. Det fanns egentligen inget bra skäl för att behandla dessa avtal olika, men genom bristen på överensstämmelse mellan de tidigare förordningarna uppkom en form av »förordningsshopping» som reflekterade ett otillräckligt regelsystem.

Dessutom är det naturligtvis en fördel för industri och handel att antalet svartlistade klausuler bantats vid sammanslagningen – även om en närmare granskning kanske tyder på att förändringarna på denna punkt är av begränsad betydelse.

[34] Se vidare avsnitt 12.2 nedan.

3.3 Teknikförordningens begränsningar

3.3.1 Den geografiska räckvidden

Teknikförordningen har samma geografiska tillämpningsområde som fastställs av samhandelskriteriet i artikel 85.1. Förutsättningen för att avtalet skall kunna undantas är ju att det är förbjudet, vilket i sin tur förutsätter att samhandelskriteriet är uppfyllt. Det innebär att endast avtal som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt påverkar handeln mellan medlemsstaterna är förbjudna och således kan behöva undantag enligt Teknikförordningen.

Förordningen är inte tillämplig på avtal som bara får sina effekter i en medlemsstat. Sådant avtal skall bedömas enligt de interna regler som gäller i medlemsstaten. Som vanligt i konkurrensbegränsningssammanhang måste särskild hänsyn tas till risken att lokala avtal, särskilt när de ingår i ett nätverk av liknande avtal, trots allt kan inverka på samhandeln.[35]

Inte heller är gemenskapens konkurrensregler tillämpliga när ett avtal bara har sina effekter i tredje land. Dessa avtal får bedömas enligt reglerna i det aktuella landet även om företag med hemvist i gemenskapen skulle vara inblandade. Även i detta sammanhang visar rättspraxis att hänsyn måste tas till de indirekta effekterna – inte minst möjligheterna till re-import av vara som är föremål för licensen.[36]

I Teknikförordningens ingress punkt 7 anges:

> *Om sådana rena eller blandade licensavtal innehåller skyldigheter inte endast avseende områden inom den gemensamma marknaden utan även avseende tredje land skall detta förhållande inte hindra att förordningen tillämpas på de skyldigheter som avser områden inom den gemensamma marknaden. Om emellertid licensavtal avseende tredje land eller områden som sträcker sig utanför gemenskapens gränser har verkningar på den gemensamma marknaden som kan omfattas av arti-*

[35] Se avsnitt 3.2.1 ovan.

[36] EG-kommissionen, beslut 73/238/EEG, Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45. Se t.ex. Lidgard, H.H., Sverige, EEC och konkurrensen, Lund, 1977 s. 72 ff.

kel 85.1, bör dessa avtal omfattas av denna förordning i samma utsträckning som avtal avseende områden inom den gemensamma marknaden.

Det kan noteras att kommissionen håller fast vid den s.k. »effektdoktrinen» i sin tillämpning – även om det är tveksamt om EG-domstolen ännu fullt ut anslutit sig till denna grundläggande teori. Domstolen hävdar att avgörande är var avtalet skall implementeras.[37] Skillnaden i sak är dock inte stor eftersom kommissionen förespråkar en »kvalificerad» effektdoktrin, som förutsätter att effekten var avsedd och inte en ren händelse.[38] Frågan är öppen om domstolen avsett något annat med sin hänvisning till var avtalet implementeras.

3.3.2 De tidsmässiga begränsningarna

Teknikförordningen trädde i kraft den 1 april 1996 och skall i första hand tillämpas till den 31 mars 2006, vilket är den för gruppundantag normala tioårsperioden.[39]

Patentförordningen, som ursprungligen löpte ut den 31 december 1994, förlängdes därefter i två omgångar om vardera sex månader till den 31 december 1995. Därefter skedde ingenting trots att det var högst osäkert om den nya Teknikförordningen verkligen

[37] EG-domstolen, mål 89/85, 114/85, 116-117/85 & 125-129/85 (*Wood Pulp I*), A. Ahlström OY mot kommissionen, 27 september 1988: [1988] REG 5193, [1988] 4 CMLR 901, punkt [16]: »– – – an infringement of Article 85, – – –, consists of conduct made up of two elements, the formation of the agreement, decision or concerted practices and the implementation thereof. If the applicability of prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where the agreement, decision or concerted practice was formed, the result would obviously be to give undertakings an easy means of evading those prohibitions. The decisive factor is therefore the place where it is implemented.»

[38] EG-domstolen, mål 89/85, 114/85, 116-117/85 & 125-129/85 (*Wood Pulp I*) not 37 ovan, punkt [3]: »– – – The Commission concluded that 'the effect of the agreements and practices on prices announced and/or charged to customers and on resale of pulp within the EEC was therefore not only substantial but intended, and was the primary and direct result of the agreements and practices'.»

[39] I 1994 års förslag, not 4 ovan, föreslogs en sjuårig löptid, mot vilket den invändningen riktades att med en så kort period skulle det inte vara möjligt att ingå sedvanliga 10-årsavtal. Även om förordningen var tänkt att gälla under en tveksamt kort tid var kanske invändningen inte den bästa. Konsekvensen vore ju att parter bara skulle kunna ingå avtal i början av en förordnings löptid. Erfarenheterna visar att kommissionen hittills i en eller annan form låtit lagstiftningen rulla vidare och att normalt justeras regelsystemet till mildare ingrepp om förändringar sker.

skulle kunna antas. Det diskuterades allvarligt inom kommissionen att lösa det dödläge som uppstått med att helt enkelt låta Patentförordningen löpa ut utan särskild ersättningslagstiftning och fortsättningsvis leva efter enbart Know-howförordningen.[40] Den slutliga lösningen, i vilken kommissionen böjde sig för de huvudanmärkningar som framförts mot 1994 års förslag, innebar att Patentförordningen förlängdes att gälla till den 31 mars 1996 med retroaktiv verkan från den 1 januari 1996 och därmed blev alla tänkbara luckor igenslagna.

Beträffande Know-howförordningen stipuleras i Teknikförordningens artikel 11 att den skall tillämpas till och med den 31 mars 1996. Underförstått är att från denna tidpunkt gäller Teknikförordningens regler även om Know-howförordningen faktiskt har tre år kvar av sin löptid. Praktiskt finns det inga invändningar mot den valda lösningen eftersom Teknikförordningen inte missgynnar enskilda parter.[41]

Slutligen kan det noteras att, som en övergångslösning, avtal som träffats före den 31 mars 1996 fortfarande kan åberopa sig på Patent- och Know-howförordningarna om dessa mot förmodan skulle vissa sig förmånligare än Teknikförordningen. Detta stadgande kan möjligtvis vara intressant därför att det inte är tidsbegränsat. Dess praktiska betydelse är sannolikt ringa.[42]

3.3.3 De sakliga begränsningarna

Vid sidan av de geografiska och tidsmässiga begränsningar som relaterats ovan, innehåller Teknikförordningen ett antal viktiga begränsningar för sin tillämplighet.

Patent- och know-howpooler. Sedan 1962 års julbudskap[43] har kommissionen klargjort att det inte finns en färdig inställning till horisontell samverkan där parter förenar sin tekniska rätt el-

[40] Lidgard, H.H., EU-gruppundantag med förhinder, SvJT 1995 s. 793–819.

[41] Den enda punkt där Know-howförordningen kan visa sig vara betydelsefull är kopplad till kommissionens sätt att beräkna fem- och tioårsperioder i Teknikförordningens artikel 1. Se vidare kapitel 5 nedan.

[42] Saken hade ställt sig i ett helt annat läge om kommissionen hade lyckats införa marknadsandelsgränser i Teknikförordningen av det slag som förespråkades i Förslag 1994.

[43] »Julbudskapet», kommissionens tillkännagivande av den 24 december 1962. Officiellt tillkännagivande om patentlicensavtal, EGT 1962 nr 139/2922.

ler kunskap i en gemensam pool och kommer överens om hur denna skall utnyttjas. Pooling kan förvisso innebära positiva lösningar när olika företag var för sig har ett vitalt skydd eller en vital kunskap som innebär att alla är förhindrade att komma vidare och exploatera en värdefull teknik. Å andra sidan kan pooling vara ett uttryck för ett samordnat förfarande för att tillsammans skaffa sig fördelar och utesluta konkurrens från andra som också har ett berättigat intresse av att få del av resultatet av en samordning. Mot bakgrund av detta resonemang är det kanske mindre förvånande att kommissionen i ingressens punkt 8 och förordningens artikel 5.1.1 klargör att patent- och know-howpooler inte kan omfattas av förordningen, utan måste anmälas individuellt. För dessa avtal gäller dock enligt artikel 5.3 att förordningen kan tillämpas om avtalen inte innehåller territoriella begränsningar.

Licensavtal i JV-förhållande. Joint venture-samverkan tillhör också avdelningen komplexa avtal som kommissionen närmar sig med försiktighet. Artikel 5.1.3 undantar JV-avtalet från förordningens tillämplighet om licensavtalet berör samriskbolagets verksamhet. Kommissionen lättade på denna restriktion redan under Patentförordningens löptid[44] och fortfarande kvarstår möjligheterna att ingå licensavtal i dessa förhållanden när parterna har en blygsammare marknadsandel. Licensiering i joint venture-relationer granskas grundligare i kapitel 10.

Ömsesidig exklusivitet mellan konkurrenter. Att kommissionen är särskilt känslig för horisontell samverkan framgår bl.a. av att artikel 5.1.3 fastställer att förordningen inte äger tillämpning när parterna är konkurrenter och de träffar ömsesidiga licensavtal för produkter med vilka de snarare borde konkurrera med varandra. Även för dessa avtal görs undantag om de inte innehåller territoriella begränsningar. Se vidare kapitel 11 nedan.

Anknutna bestämmelser. Teknikförordningen täcker bara patent- och know-howavtal i olika kombinationer. Den täcker däremot inte andra immaterialrättsavtal om dessa är det huvudsakliga föremålet för licensen, vilket framgår av artikel 5.1.4. Sådana avtal måste bli föremål för individuell prövning.

[44] Förordning 151/93, EGT 1993 L21/8.

Bestämmelsen i artikel 5.1.4 skall ställas mot förordningens artikel 1, som tillåter patent- och know-howavtal med »anknutna[45] bestämmelser om andra immateriella rättigheter än patent». Möjligheten att inkludera bestämmelser om skyldighet för licenstagaren att använda licensgivarens kännetecken framgår för övrigt av artikel 1.1.7 och har dessutom uttryckligen förklarats icke konkurrensbegränsande av artikel 2.1.11. Begreppet »anknuten» definieras i artikel 10 till att avse utnyttjande av andra immateriella rättigheter än patent »vilka inte innehåller några andra konkurrensbegränsande skyldigheter än de som åtföljer patenten eller know-how». Bestämmelsen är långt ifrån tydlig, men innebär att parterna kan koppla en varumärkeslicens till ett undantaget licensavtal och låta denna följa samma regler som gäller för det övriga avtalet. Så snart varumärkeslicensen börjar omgärdas med betydande egna inskränkningar kommer gruppundantaget i fara.[46] Definitionen av anknutna rättigheter hänvisar återigen till det lösliga begreppet »konkurrenbegränsande skyldigheter». Se vidare kapitel 12 nedan.

Rena försäljningslicenser omfattas inte av förordningen enligt klargörande i ingressens punkt 8, vilket sedermera bekräftas av artikel 5.5. Kommissionens tidigare hänvisning till att Distributionsförordningen är tillämplig på sådana avtal har utgått i Teknikförordningen. Någon faktisk anledning till att försäljningslicenser nu skall behandlas på ett annorlunda sätt har dock inte antytts, utan förändringen är förmodligen av redigeringsteknisk natur. Samma inställning som gäller för den rena försäljningslicensen gäller naturligt nog också licens av marknadsföringsknow-how i franchiseförhållande enligt punkt 8 i ingressen. Det förefaller rimligt att sådant know-how bedöms enligt Franchiseförordningen.

[45] Begreppet »anknuten» är en översättning av engelskans »ancillary», som är ett särskilt begrepp i anglosaxisk rättsutveckling baserat på en omfattande rättspraxis. En mer direkt översättning skulle närmast vara kompletterande/subsidiär, men den valda terminologin »anknuten» är inte så tokig. En invändning mot begreppet är möjligen att det också används för att beskriva det engelska begreppet »connected undertakings» i förordningen. Även här föreligger det en koppling, men av ett annat slag, som inte har någon anknytning till begreppet ancillary.

[46] EG-kommissionen, beslut 90/186/EEG (*Moosehead/Whitbread*), Moosehead Breweries Ltd & Whitbread and Co. plc, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391, som gällde en kombinerad know-how- och varumärkeslicens, men där kommissionen fann att den varumärkesrättsliga upplåtelsen var den primära och att Know-howförordningen därför inte var tillämplig.

Del II. Licensavtal – fria varurörelser

4. Exklusiv licenssamverkan – territoriella begränsningar

Inledning 99
4.1 Undantag för ömsesidig exklusivitet mellan parterna 100
4.1.1 Ensamrätt för licenstagaren 101
Artikel 1.1.1 101
4.1.2 Exklusiv rätt för licenstagaren 103
Artikel 1.1.2 103
4.1.3 Licenstagarens åtaganden mot licensgivaren 104
Artikel 1.1.3 104
4.2 Direkta aktiviteter utanför licensområdet 105
4.2.1 Förbud mot tillverkning och användning 106
Artikel 1.1.4 106
Windsurfing 106
4.2.2 Förbud mot aktiv försäljning 107
Artikel 1.1.5 107
4.3 Indirekta aktiviteter utanför licensområdet 108
4.3.1 Gemenskapsdomstolens syn på parallellhandel 109
Grundig/Consten 109
Nungesser 111
Erauw-Jacquéry 113
4.3.2 Kommissionens syn på parallellhandel 116
Davidson Rubber 116
Raymond/Nagoya 116
Kabelmetal 116
AOIP/Beyrard 116
Velcro 117

Delta Chemie 118
4.3.3 Teknikförordningen 119
Artikel 1.1.6 119
Artikel 3.3.a) 120
Artikel 7.3 122
4.4 Absolut områdesskydd 122
4.4.1 EG-domstolens inställning 123
4.4.2 Teknikförordningen 125
Artikel 3.3.b) 126
4.4.3 Indirekta åtgärder för att begränsa passiv konkurrens 126
Sammanfattning 129

Inledning

Det ligger i det exklusiva licensavtalets natur att det leder till marknadsuppdelningar. Licensgivaren vill uppnå att samarbetspartners gör en effektiv insats inom sina respektive områden och att den licensierade tekniken därmed sprids på ett optimalt sätt. Uppdelningen är också fördelaktig för licenstagaren, som kan planera sin verksamhet och sina investeringar mot bakgrund av de villkor som gäller i hans territorium.

Utgångspunkten för detta kapitel är därför att industriella företag strävar efter en marknadsuppdelning. Skälet är inte att begränsa konkurrensen – de konkurrerar inte enligt egen uppfattning med varandra utan samverkar (ingen intrabrand-konkurrens). Konkurrerar gör de med andra produkter eller varumärken (interbrand-konkurrens).

Efter mer än 30 års praktisk tillämpning av konkurrensreglerna är det fortfarande en öppen fråga hur gränser för tillåten respektive förbjuden marknadsuppdelning skall dras. Osäkerheten beror på att problematiken ligger i skärningspunkten för olika fundamentala gemenskapsintressen, som alla drar åt olika håll, nämligen

- stödet till teknisk utveckling och spridning av ny teknologi i gemenskapen;
- upprätthållandet av en fri och ohämmad konkurrens för ekonomiska aktiviteter i gemenskapen; och
- säkrandet av fria varurörelser mellan medlemsstaterna.

Även om tonen i Teknikförordningens ingress är allmänt välvillig mot de exklusiva samarbetslicenserna och understryker intresset av att främja teknisk utveckling, ger de operativa bestämmelserna uttryck för en annan inställning. I Teknikförordningens ingress reserverar sig kommissionen för domstolens framtida praxis,[1] underförstått att domstolen kan komma att inta en hårdare inställning än kommissionen. EG-domstolen kan dock lika väl gå i motsatt riktning och förklara att territoriella inskränkningar i ett licensavtal in-

[1] Teknikförordningens ingress punkt 11: »Undantag från de förbud att exportera som åläggs patentlicensgivaren och dennes licenstagare föregriper inte den senare utvecklingen av EG-domstolens praxis när det gäller artiklarna 30–36 samt artikel 85.1, vad gäller dessa förbud för en licenstagare att inom andra licenstagares licensområde marknadsföra den licensierade produkten (passiv konkurrens).»

te strider mot konkurrensreglerna, om parterna inte utesluter parallellhandel när den licensierade produkten har satts på marknaden av rättsinnehavaren eller dennes licenstagare.[2] Skulle domstolen slå in på en sådan lösning, förlorar Teknikförordningen sin betydelse och kommer snabbt att ersättas.

I det följande penetreras steg för steg de olika territoriella begränsningar som förekommer i exklusiva licensavtal för att – så gott det går – fastställa gränserna mellan tillåten och otillåten marknadsuppdelning. Inledningsvis granskas relationerna mellan parterna. Därefter behandlas aktiv försäljning utanför det tilldelade territoriet, följt av ett avsnitt om passiv eller indirekt försäljning och avslutningsvis behandlas möjligheten att stoppa fristående tredje man som parallellexporterar produkten från ett område till ett annat.

4.1 Undantag för ömsesidig exklusivitet mellan parterna

Förordningens artikel 1 innehåller själva undantaget från förbudet i artikel 85.1. Undantag meddelas rena och blandade patent- och know-howlicenser – även de som innehåller subsidiära bestämmelser om varumärken och andra immaterialrättigheter. Förutsättningen är att avtalet bara gäller mellan två parter. Inget hindrar att licensgivaren ingår likartade avtal med andra licenstagare. Det enskilda avtalet faller under gruppundantaget även om det samlade nätverket kan bli föremål för särskild bedömning.[3]

---

[2] »Förslag 1994», 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, EGT 1994 C178/3, inleddes med följande reservation: »In a similar way, export bans on the licensor and on the licensee may not in themselves be incompatible with Article 85(1), by reasons of the protection afforded by national legislations on patents or by the convention on the Community patent as from its entry into force.» Reservationen saknas i Teknikförordningen, vilket bl.a. UNICE i sitt remissyttrande av den 19 januari 1996 protesterade mot. I sin »Communication» till övriga kommissionsmedlemmar inför beslutets fattande förtydligade ansvarige kommissionären Van Miert: »However, such a principle has so far not been pronounced by the Court of Justice as concerns patent licensing. In the event that it is one day recognized, the whole Regulation would have to be revised. At this stage the reservation contained in recital 11 is sufficient.» Communication January 24, 1996 (Doc C(96) 201 – O/96/34 – s. 4).

[3] Se kapitel 3 ovan.

4.1.1 Ensamrätt för licenstagaren

Inledningsvis undantas i artikel 1.1.1

> *Skyldigheten för licensgivaren att inte tillåta andra företag att utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet.*

Ensamrätt. Att en licensgivare utser en enda licenstagare innebär att han ålägger sig själv en begränsning att inte förhandla med annan, men också att andra potentiella licenstagare inte får möjlighet att arbeta med produkten. Kommissionen ansåg under en tid att dessa inskränkningar var tillräckliga för att förbudet i artikel 85.1 skulle vara tillämpligt,[4] men har efter EG-domstolens utslag i *Nungesser* övergivit denna uppfattning – i vart fall om det rör sig om en värdefull ny teknik.

Däremot innebär inte ensamrätten som den beskrivs i artikel 1.1.1 att licensgivaren själv är förhindrad att arbeta i licensområdet. I svensk rättsterminologi görs i allmänhet ingen skillnad mellan en ensamrätt och en exklusiv rätt utan båda begreppen anses innebära att licenstagaren och ingen annan kan vara verksam i licensområdet. I anglosaxisk terminologi markerar däremot begreppet »sole right» att licensgivaren har full frihet att agera på den aktuella marknaden medan en »exclusive right» utesluter den möjligheten. Artikel 1.1.1 innebär ensamrätt i betydelsen »sole».

Ett licensavtal kan innehålla bestämmelser om att endast en licenstagare kommer att utses för det aktuella territoriet och att licensgivaren inte kan ge parallell rätt till annat företag att utnyttja den licensierade tekniken. Begreppet »utnyttja»[5] innefattar varje

[4] *Davidson Rubber* var det första i en serie avgöranden där kommissionen motiverade varför den exklusiva licensen i sig föll under artikel 85.1. EG-kommissionen, beslut 72/237/EEC, Davidson Rubber Co., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52, punkt [36]: »A patent confers on its holder the exclusive right to exploit the invention covered by it. The holder may cede, by licences, for a given territory, the use derived from its patent. However, if it undertakes to limit the exploitation of its exclusive right to a single undertaking in a territory and thus confers on that single undertaking the right to exploit the invention and to prevent other undertakings from using it, it thus looses the power to contract with other applicants for a licence. In certain cases such exclusive character of a licence relating to industrial property rights may restrict competition and be covered by the prohibition set out in Article 85.1.»

[5] Begreppet »utnyttjande» definieras i artikel 10.10 som »varje användning av den licensierade tekniken, särskilt för tillverkning och aktiv eller passiv försäljning inom ett visst område, även om försäljningen inte sker i anslutning till tillverkning inom samma område, samt leasing av de produkter som omfattas av licensen».

form av användning – även passiv försäljning – vilket talar för att licensområdet kan avskärmas från parallellimport. Att så inte är fallet kommer att framgå i följande avsnitt.

Den licensierade tekniken. Föremålet för parternas samarbete är den »licensierade tekniken» varmed avses den initiala tillverkningskunskapen, produkten eller de avgörande patenten sådana de förelåg vid avtalets ingång och eventuella förbättringar som kan komma att ske senare.[6] Hänvisningen till förbättringar ger sken av att förbättringar alltid innefattas i licensen, vilket säkert inte är avsikten.[7]

Den licensierade tekniken består antingen av patenträttigheter eller av know-how eller bådadera. Patenten skall vara »nödvändiga», vilket innebär att det inte är möjligt att utnyttja tekniken utan denna immaterialrätt, eller att det i vart fall skulle bli svårare och dyrare. Patenten måste ha ett tekniskt, legalt och ekonomisk värde för licenstagaren för att kunna utgöra bas för en licens.[8] Grundas den licensierade tekniken på know-how skall detta vara hemligt och substantiellt.[9]

Hur stor vikt som skall läggas vid begränsningarna är svårt att avgöra. En licenstagare som vill ta sig ur ett samarbete kan naturligtvis hävda att den licensierade tekniken inte leder till den eftertraktade konkurrensfördelen och att han därför skall kunna befrias från avtalets bördor.[10] Det överensstämmer med gemenskapens

[6] Artikel 10.7 definierar den »licensierade tekniken» till att både omfatta den initiala kunskapen och förbättringar. Definitionen avslutas med »oberoende av om eller i vilken utsträckning dessa utnyttjas av parterna eller andra licenstagare». Vad detta tillägg tillför definitionen är alldeles oklart.

[7] Förbättringar är ett begrepp som kräver särskild omsorg i avtalsförhandlingar för att dra tydliga gränser mellan vad som skall anses som en förbättring och vad som är en ny produkt. I det senare fallet kan det krävas ett särskilt avtal om parterna alls avser att samverka om en sådan produkt. Ofta är dessa avgränsningar av stor betydelse vid avtalsförhandlingarna.

[8] Teknikförordningen, artikel 10.5.

[9] Se kapitel 5 beträffande definitioner.

[10] Price, D.R., The Secret of the Know-how Block Exemption, European Competition Law Review 1989 s. 273–286, särskilt s. 276: »Although identification of the know-how in as much detail as possible (including improvements) is desirable on an evidential level in case of future disputes between the parties, it is questionable as to whether such identification should be necessary criterion for the application of the block exemption. In addition to the inevitable practical difficulties of recording the know-how in some tangible form, the Commission is placing a powerful weapon in the hands of licensees who wish to exploit the know-how without restriction. Inevitably licensees will argue that the know-how was not sufficiently identified in order to claim that their licence is void under Article 85(2) of the Treaty of Rome.»

inställning till icke-angreppsklausuler.[11] En licensgivare, som försöker bygga en affärsidé kring svaga rättigheter, har kanske anledning att fundera över om licensavtalet är den optimala framgångsvägen. Licensgivaren kan dock förbehålla sig möjligheten att bryta avtalet om licenstagaren hävdar att know-how inte uppfyller ställda krav eller att patentet inte är nödvändigt.[12]

4.1.2 Exklusiv rätt för licenstagaren

Vidare lämnas undantag i artikel 1.1.2 för

> *Skyldigheten för licensgivaren att inte själv utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet.*

Exklusiv rätt. Den andra skyldighet, som licensgivare kan åläggas utan att tillämpning av gruppundantaget utesluts, är enligt artikel 1.1.2 att inte själv utnyttja den licensierade tekniken i licenstagarens territorium. Licensgivare kan således förbindas att inte tillverka produkter i territoriet, men också – enligt definitionen av begreppet »utnyttja» – åläggas att avstå från egen »aktiv» eller »passiv» försäljning i territoriet. När detta åtagande kopplas med skyldigheten att inte utse andra licenstagare i artikel 1.1.1 är avtalet även enligt ett amerikanskt synsätt exklusivt.

En licenstagare är naturligtvis angelägen om att skyddsnivån noga klarläggs. I vart fall vill en mindre licenstagare undvika risk för konkurrens från licensgivaren eftersom denne ofta har egen produktionsapparat igång och kan tillverka ytterligare mängder till låg marginalkostnad, alternativt dumpa eventuella överskott utanför sitt eget territorium. En licenstagare som står i begrepp att nyinvestera behöver kunna förlita sig på att licensgivaren inte går in i det licensierade området när licenstagaren gör investeringar i egen produktionsapparat och för att bearbeta en ny marknad. På det sättet är ett åläggande i avtalet för licensgivaren att varken själv aktivt eller indirekt via parallellhandlare passivt gå in i territoriet av stor vikt och uppfattas som en naturlig del i det exklusiva samarbetet.

Tyvärr grumlas den klarhet som begreppet »utnyttja» ger om exklusivitetens räckvidd av senare bestämmelser i förordningen, vilket behandlas i avsnitt 4.3.3 nedan.

[11] Icke-angreppsklausuler behandlas i avsnitt 9.3 nedan.
[12] Teknikförordningen, artikel 2.1.15.

4.1.3 Licenstagarens åtaganden mot licensgivaren

I begränsad utsträckning kan territoriella åtaganden, som binder licenstagare, undantas enligt artikel 1.1.3:

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja den licensierade tekniken i licensgivarens område inom den gemensamma marknaden.*

På samma sätt som licensgivare kan förpliktas att respektera exklusiviteten i licensterritoriet fastslår gruppundantaget att licenstagare kan förbjudas att vara verksam i licensgivarens område. Däremot kan inte begränsningarna avse områden i vilka licensgivaren inte har något skydd. Här skall licenstagaren vara lika fri att agera som varje annat företag, som inte har något avtal med licensgivaren.[13]

Teknikförordningens utgångspunkt är att en licenstagare är fri att kommersialisera den licensierade tekniken var han önskar. Den enda begränsningen, som också kan göras i avtalet genom en reservation, är att licensgivaren har ett giltigt immaterialrättsskydd i annat land.[14] Denna reservation täcker dock inte know-how och risk finns därför för att en know-howlicenstagare inte kan begränsas territoriellt, även om licensen avser ett bestämt land.[15] Vidare kan man konstatera att räckvidden av reservationen också begränsas av att den bara träffar licenstagarens direkta aktiviteter i det främmande territoriet. Som framgår av artikel 3.3.b) får parallellimport inte hindras genom åberopande av patentskydd.

Det går lätt att fastställa i vilka länder licensgivaren har ett pa-

[13] EG-domstolen, mål 193/83, Windsurfing International mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489.

[14] Teknikförordningen, artikel 2.1.14: »Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt för honom att använda sig av sin rättigheter enligt ett patent för att hindra (!) att den licensierade tekniken används av licenstagaren utanför det licensierade området.»

[15] Artikel 1.3 innehåller inte ett liknande uttalande för know-how som hänvisningen till parallella patent i punkt 1.2. Här avviker anglosaxiskt synsätt från kommissionens uppfattning. Enligt det engelska synsättet kan en licenstagare inte agera utanför sitt territorium utan en uttrycklig rätt. Begränsningen behöver inte uttalas, den följer av lagen. Se Bellamy & Child, Common Market Law of Competition (4th ed.), London 1993, punkt 8-078, not 38: »Under English domestic law a licensee under a UK patent whose licence to sell is limited to the UK can be sued for infringement if he seeks to export, since exportation is not one of the licensed activities: Sterling Drug v. Beck [1972] FSR 529.» Beträffande svensk rätt, se Pehrson, L., EG och immaterialrätten, Stockholm 1985, s. 125 med vidare hänvisningar.

tentskydd. Däremot är det svårare att bestämma vad som gäller för licensgivarens know-how.[16] Frågan är dock om det spelar någon roll. Om en licensgivare har specifikt know-how i ett land, måste det föreligga en presumtion om att detta know-how är skyddat i alla andra länder. Det är först om det visas att det är allmänt känt i annat land, som situationen förändras. Om know-how har blivit allmänt tillgängligt i ett land, kan det ifrågasättas om tillgången är skyddad i något land. Know-how är sannolikt i dagens internetkommunicerande värld antingen hemligt överallt eller ingenstans.

4.2 Direkta aktiviteter utanför licensområdet

Artikel 1.1.4 och artikel 1.1.5 reglerar hur parterna i avtalet kan inskränka licenstagarens agerande utanför sitt avtalsterritorium. Innan reglerna behandlas kan det finnas anledning att fråga sig om parterna alls behöver reglera dessa frågor och om inte svaret följer som en konsekvens av den nationella immaterialrätten.

Enligt kontinentaleuropeiskt synsätt är en licens en temporär upplåtelse av det nationella skydd som lagligen beviljats rättsinnehavaren. Det immaterialrättsliga skyddet är territoriellt begränsat till det land i vilket det beviljats. Även om parallellt skydd skulle föreligga i andra länder är de olika nationella rättigheterna oberoende av varandra.[17] Om en rättsinnehavare upplåter en licens att agera under ett klart preciserat patent, ger detta automatiskt den territoriella avgränsningen. Logiskt sett borde licenstagaren med upplåtelsen inte få någon rätt utanför det aktuella landet och främmande patent borde med samma logik kunna åberopas mot licenstagaren när han överträder de nationella gränserna. Det nationella skyddet konsumeras först när produkten marknadsförts i ett land och därefter förs över gränsen till ett annat land.

[16] UNICE, som är industrins gemensamma lobbyorganisation i Bryssel, föreslog att know-how skulle jämställas med patent, vilket dock inte skett i Teknikförordningen. UNICE:s remissyttrande till kommissionen angående det reviderade förslaget till Teknikförordning av den 19 januari 1966.

[17] EG-domstolen, mål 9/93 (*Ideal Standard*) – IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH, 22 juni 1994: [1994] I REG 857, [1994] 3 CMLR 857.

I linje med det förda resonemanget borde en nationell licens inte i sig förhindra att licenstagaren agerar utanför sitt territorium i länder där parallellt skydd saknas. På denna punkt förefaller det som om engelsk rätt avviker genom att anse att redan exporten från det skyddade landet är ett intrång.

Även om detta allmänt hållna resonemang talar för att en licenstagare i kontinentala Europa är fri att arbeta utanför sitt tilldelade licensområde i länder där skydd inte finns, kan naturligtvis parterna i sitt inbördes avtal stipulera att aktiviteter utanför territoriet är förbjudna. En sådan överenskommelse faller inte under själva patentskyddet och måste prövas mot konkurrensrättens krav.

4.2.1 Förbud mot tillverkning och användning

Teknikförordningen stadgar undantag i artikel 1.1.4 för

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte tillverka eller använda den licensierade produkten eller använda den licensierade metoden inom de områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare.*

Med stöd av denna regel är det möjligt att stipulera ett uttryckligt förbud i licensavtalet för licenstagare att själv *tillverka*, och härmed inbegripes också *låta tillverka*, i annan licenstagares territorium.[18] Däremot är det inte möjligt att begränsa licenstagare från att tillverka i länder i vilka det inte finns något skydd. Av artikel 1.2 framgår att undantaget förutsätter och endast gäller så länge det finns parallella skydd i de andra länderna.

I *Windsurfing* motsatte sig kommissionen att licensgivaren med olika typer av kvalitetsförbehåll försökte begränsa produktionen till särskilda tillverkningsanläggningar i Tyskland och accepterade inte heller att Windsurfing förbehöll sig rätten att bryta avtalet med omedelbar verkan om licenstagaren skulle byta produktionsställe.[19] Windsurfing hävdade att avtalsbestämmelserna täcktes av patent och att en patenthavare hade rätt att kontrollera att kvalitetsföre-

[18] Det är dessutom tillåtet enligt artikel 2.1.2 att stipulera att licenstagare inte får meddela underlicenser. Eftersom den exklusiva licensen kan begränsas till ett utpekat territorium, förefaller det redan därigenom uteslutet att licenstagare meddelar underlicens i annat territorium. Inget hindrar dock att det direkt stipuleras i avtalet.

[19] EG-kommissionen, beslut 83/400/EEG, IMA AG mot Windsurfing International Inc., 11 juli 1983: EGT 1983, L229/1, [1984] 1 CMLR 1.

skrifter iakttogs. Domstolen följde kommissionens linje och underströk att begränsning av produktionsplats inte föll inom ramen för det aktuella patenskyddet och inte kunde åberopas för att täcka länder i vilka Windsurfing saknade patentskydd.[20]

Artikel 1.1.4 anger härutöver förbud för licenstagare att *använda* produkten eller den licensierade metoden i andra territorier. Användningsförbudet skall jämställas med tillverkningsförbudet och förhindrar på samma sätt direkta aktiviteter från licenstagare i andra territorier.

4.2.2 Förbud mot aktiv försäljning

Immaterialrättsskyddet ger rätt att tillverka, använda och i någon form sälja produkter eller tjänster som framställts enligt den licensierade tekniken eller låta annan göra det. Kommissionen har alltid haft en välvillig inställning till rena produktionslicenser, medan synen på exklusiva försäljningslicenser varit mer restriktiv. Teknikförordningen klargör att en ren försäljningslicens inte faller under förordningen.[21] Beträffande förbud mot aktiv marknadsföring utanför licensområdet undantar artikel 1.1.5

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte aktivt marknadsföra den licensierade produkten inom de områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare och särskilt att inte bedriva reklamaktiviteter som är direkt riktade till dessa områden eller etablera en filial där eller hålla lager där för distribution av produkten.*

Förbudet mot aktiv marknadsföring är kongruent med tillverknings- och användningsförbuden. Licenstagaren har ingen licens att sälja produkter direkt i främmande territorier som tilldelats andra licenstagare om parallellt skydd föreligger i dessa och kan uttryckligen förbjudas att göra det.

---

[20] Mål 193/83 *Windsurfing*, not 13 ovan, punkt [85]: »Windsurfing International clearly cannot rely on the specific subject-matter of the patent in order to gain the protection afforded by the patent in a country where there is no patent protection. In so far as Windsurfing International prohibited its licensees from also manufacturing the product in a country where it had no patent protection and so marketing that product without paying a royalty, it limited freedom of competition by means of a clause which had nothing to do with the patent.»

[21] Teknikförordningens ingress punkt 8.

Aktiv marknadsföring. Eftersom kommissionen skiljer mellan aktiv och passiv försäljning definieras »aktiv marknadsföring» som marknadsföring riktad till andra områden än licensområdet, filialetablering eller lagerhållning för distribution av produkten i sådant område. Definitionen har följt kommissionens olika gruppundantag alltsedan Distributionsförordningen 1967,[22] men är inte lika relevant i dag som tidigare då bestämmelsen kunde tjäna som ett rättesnöre vid avtalsskrivning och med lättare redigering utnyttjas som klausul i själva licensavtalet.

Ökade kommunikationer och ökad integration gör att företag börjar lära sig att arbeta från få ställen i EU mot alla medlemsstater. Behovet av att hålla sig med en filial eller ett fast lager är inte lika stort nu som det var för något årtionde sedan. Samma förändringar har den internationella reklammarknaden genomgått. Med ökad spridning av gemensamma program som MTV, Eurosport, CNN och liknande når reklamalstren hela gemenskapen utan att sikta på ett bestämt land.

Att med denna utveckling dra gränser för aktiv och passiv marknadsföring riktad mot eget eller andras territorium kan vara vanskligt. Avgörande bör vara att i förbudet mot att »aktivt marknadsföra» ligger en avsikt att göra den egna varan känd och aktivt initiera kundkontakter. Uppräkningen av reklam, filial och lager i artikel 1.1.5 måste betraktas som icke uttömmande exempel och det är i stället det underliggande syftet med aktiviteterna som avgör.

4.3 Indirekta aktiviteter utanför licensområdet

I föregående avsnitt är slutsatsen att parterna i ett licensavtal kan förbindas att inte, genom produktion eller marknadsföring, utnyttja licensen i medkontrahentens territorium eller område tilldelat annan licenstagare.

[22] Distributionsförordningen i sin ursprungliga version – Commission Regulation 67/67/EEC on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements, EGT 1967 57/849, artikel 2.b: »the obligation to refrain, outside the territory covered by the contract, from seeking customers for the goods to which the contract relates, from establishing any branch, or from maintaining any distribution depot».

I detta avsnitt gäller frågan hur gemenskapsrätten ställer sig till att parterna i avtalet förbjuds att samverka med/sälja till tredje man som i sin tur säljer utanför det egna territoriet (passiv försäljning).[23] Faller en sådan bestämmelse inom ramen för det immaterialrättsliga skyddet eller strider den mot konkurrensreglerna?

4.3.1 Gemenskapsdomstolens syn på parallellhandel

Grundig/Consten. Det första ärende där parallellhandelsproblematiken aktualiserades för EG-domstolen var *Grundig/Consten*[24] år 1966, som präglat gemenskapens inställning till vertikala samarbetsavtal.

Tyska Grundig upplät den exklusiva rätten att distribuera TV-produkter i Frankrike till Consten och åtog sig att inte själv direkt eller indirekt leverera avtalsprodukten till territoriet. Distributionsavtalet kompletterades med en licens för varumärket Grundig och en samtidig överlåtelse av rätten till varumärket GINT, som också fanns applicerat på Grundigs produkter. När franska parallellimportörer köpte fri produkt i Tyskland och förde den till Frankrike väckte Consten intrångstalan och åberopade att parallellimportörens agerande stred mot franska regler om illojal konkurrens och mot Constens varumärkesrätt.

Det var emellertid inte den nationella tvisten som prejudiciellt enligt Romfördragets artikel 177 hänsköts till EG-domstolen, utan ett överklagande enligt Romfördragets artikel 173 av kommissionens beslut att inte bevilja undantag. Kommissionen hade i sitt beslut gjort gällande att avtalet stred mot artikel 85 eftersom det uteslöt

[23] En distinktion skall därför göras mellan å ena sidan passiv försäljning – varmed avses försäljning till tredje man, som i sin tur för produkten till annat land – och absolut områdesskydd, som innebär att parterna förhindrar vidareförsäljning av redan marknadsförd produkt. Görs inte uppdelningen på ett riktigt sätt leds tanken fel. Se Jeanrenaud, Y., Exclusive Licenses of Patent Rights and Territorial Restraints in the EEC: Certainty vs Flexibility, Swiss Review of International Competition Law. 1986 s. 21–48. Uppsatsen, som är skriven omedelbart efter att förordningen utfärdats, har inte sorterat begreppen, vilket leder till missuppfattningar.

[24] EG-domstolen, mål 56 & 58/64 (*Grundig/Consten*), Etablissement Consten S.A. och Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418.

såväl aktiv som passiv konkurrens. EG-domstolen uttalade i denna del att

> – – – the infringement – – – is not present in the undertaking by Grundig not to make direct deliveries in France except to Consten. The infringement lies in the clauses which, joined to the grant of the sole right, tend to obstruct on the basis of internal law parallel imports of Grundig products into France, by establishing an absolute territorial protection in favour of the sole concessionaire.

I linje med senare praxis klargjorde domstolen att det exklusiva avtalet inte i sig föll under förbudet i artikel 85. Direktförsäljning kunde förhindras. Det citerade motivet är emellertid också intressant när det gäller synen på indirekta aktiviteter. Domstolen framför ingen åsikt om avtalsåtaganden att avstå från att sälja direkt till parallellexportör. Däremot ser domstolen *utnyttjandet av nationell rätt* (varumärkeslagstiftning och regler om illojal konkurrens i det aktuella fallet) som ett sätt att skapa ett förbjudet absolut områdesskydd.

Kopplingen till den nationella rätten är väsentlig. Vid denna tidpunkt hade domstolen ännu inte utvecklat någon uppfattning om den nationella immaterialrättens förhållande till Romfördragets krav på fria varurörelser. Domen centreras i stället kring konflikten mellan immaterialrätt och konkurrensrätt. I förhållandevis svepande formuleringar konstaterar domstolen att hänvisningar till de bestämmelser i Romfördraget, som på olika sätt garanterar immaterialrättsskyddet, saknar relevans. Med ett resonemang, som snarare präglades av EG-domstolens syn på relationen mellan gemenskapsrätt och nationell rätt, konstaterades att vid en konflikt mellan den nationella immaterialrätten och gemenskapsrättens krav på fri konkurrens skulle konkurrensreglerna ges företräde.[25]

[25] Mål 56 & 58/64 (*Grundig/Consten*), not 24 ovan: »– – – Articles 36, 222 and 234 of the Treaty – – – do not oppose every impact of Community law on the exercise of national industrial property rights. Article 36, which limits the scope of the rules on the liberalization of trade contained in Title I, Chap. 2 of the Treaty, cannot limit the field of application of Article 85. – – –Such a system, by reason of the abovementioned character and its function, does not allow the abusive use of rights deriving from one or another national trademark law in order to defeat the effectiveness of the Community law on restrictive practices.»

Nungesser. Frågan var emellertid vilken betydelse *Grundig/Consten* skulle tillmätas i licensförhållanden. Svaret dröjde i mer än 15 år[26] och kom först med domstolens avgörande i *Nungesser.*[27] Som framhållits tidigare, hade det franska växtförädlingsföretaget INRA givit tyska Nungesser exklusiv växtförädlingslicens till vissa majssorter för den tyska marknaden. Viss mängd skulle köpas från INRA i Frankrike och viss mängd fick Nungesser själv driva fram. Avtalet tillförsäkrade Nungesser den absoluta ensamrätten till licensprodukterna i Tyskland och parterna beivrade också olika fall av parallellimport.

Kommissionen hade i sitt beslut[28] funnit att redan det exklusiva licensavtalet stred mot Romfördragets artikel 85.1 och att undantag inte kunde meddelas med stöd av artikel 85.3. Nungesser överklagade beslutet under åberopande av att exklusiva licensavtal inte i sig föll under konkurrensförbudet. Ingen licenstagare skulle våga lansera nya produkter på nya marknader om inte skydd förelåg mot licensgivaren och dennes licenstagare.

I *Nungesser* formulerade domstolen till svar sin ofta citerade uppdelning mellan det »öppna» exklusiva licensavtalet och »slutna» licensavtal eller, som EG-domstolen genomgående benämnt dem, avtal med »absolut områdesskydd.»[29]

> – – – The first case concerns a so-called open exclusive licence or assignment and the exclusivity of the licence relates solely to the contractual relationship between the owner of the right

[26] Under mellanperioden utvecklade EG-domstolen sin inställning till relationen mellan den nationella immaterialrätten och gemenskapsrättens krav på fria varurörelser som i sammanfattning redovisats i kapitel 1.3.2 ovan. I mål 15/74, Centrafarm BV mot Sterling Drug, 31 oktober 1974: [1974] REG 1147, [1974] 2 CMLR 480 klargjorde domstolen att själva åberopandet av den nationella immaterialrätten leder till att marknader delas upp: punkt [12]: »If a patentee could forbid the import of protected products which had been marketed in another Member-State by him or with his consent he would be enabled to partition the national markets and thus to maintain a restriction on the trade between the Member-States without such a restriction being necessary for him to enjoy the substance of the exclusive rights deriving from the parallel patents.»

[27] EG-domstolen, mål 258/78, Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278. För en utförlig analys av målet och parallellhandelsproblematiken hänvisas till Rothnie, W., Parallel Imports, Sweet & Maxwell, London 1993, s. 397 ff.

[28] EG-kommissionen, beslut 78/823/EEC (*Maize Seed*), Kurt Eisele och Institut National de Recherche Agronomique (INRA), 21 september 1978, EGT 1978 L286/23, [1978] 3 CMLR 434.

[29] Mål 258/78, Nungesser, not 27 ovan, punkt [53].

> and the licensee, whereby the owner merely undertakes not to grant other licences in respect of the same territory and not to compete himself with the licensee on that territory. On the other hand, the second case involves an exclusive licence or assignment with absolute territorial protection, under which the parties to the contract propose, as regards the products and the territory in question, to eliminate all competition from third parties, such as parallel importers or licensees for other territories.

Domen fastställde att det öppna exklusiva licensavtalet inte i sig föll under förbudet i artikel 85.1 – vilket var viktigt med tanke på kommissionens dåvarande restriktiva inställning. Godkännandet av den ömsesidiga exklusiviteten innebar ett accepterande av att parterna inte aktivt skulle sälja i varandras territorier.

Beträffande passiv försäljning sänder domen däremot otydliga och delvis motstridiga signaler. Å ena sidan är det liktydigt med ett absolut områdesskydd om parterna eliminerar konkurrensen från parallellimportörer och licenstagare från andra länder i enlighet med den ovan citerade domsmotiveringen. Å andra sidan uttalas i ett ekonomiskt resonemang som följer omedelbart efter den citerade bestämmelsen, att en ny licenstagare som riskerade konkurrens från andra licenstagare skulle dra sig för att acceptera licensen till skada för teknisk samverkan i gemenskapen.[30]

Inget i domen tyder på att parterna har en skyldighet att leverera till en parallellhandlare som begär leverans. Tvärtom undanröjs kommissionens beslut i den del det skapar en skyldighet för INRA »or those deriving rights from INRA».[31] Här begränsar sig EG-domstolen således inte till licenstagare. Om något talar dessa brottstycken för att parterna i avtalet kan förbindas att avstå från relatio-

[30] Mål 258/78, Nungesser, not 27 ovan, punkt [57]: »In fact, in the case of a licence of breeders' rights over hybrid maize seeds newly developed in one Member-State, 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.»

[31] Mål 258/78, Nungesser, not 27 ovan, punkt [67]: »– – – the decision must be declared void to the extent to which it relates to Clause 1 of the 1965 contract and in so far as the contract imposes: An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from having the relevant seeds produced or sold by other licensees in Germany – – –.»

ner med parallellhandlare som strävar mot att bryta exklusiviteten.

EG-domstolen undanröjer kommissionens beslut såvitt avser förbud för exklusiva licensavtal, inkluderande förbud för INRA och de företag som härleder sin rätt från INRA, att sälja produkten i licenstagarens område. Däremot kunde inte de åtgärder som ledde till ett absolut områdesskydd genom att utesluta tredje man från att parallellt importera/exportera produkten erhålla undantag.

Nungesser innebär att det exklusiva licensavtalet accepteras av EG-domstolen och att denna exklusivitet skall respekteras av licensgivaren och de företag som härleder sin rätt från denne. Med en sådan tolkning erfordras inget undantag – oavsett om det är individuellt eller i grupp – för det rena exklusiva licensavtalet.[32]

Erauw-Jacquéry. I Erauw-Jacquéry-fallet[33] några år efter Patentförordningens tillkomst behandlar EG-domstolen en avtalskonstruktion med långtgående begränsningar för parallellhandel och domen kan ses som ett förtydligande av *Nungesser*.

Erauw-Jacquéry är ett belgiskt växtförädlingsföretag som själv utvecklar, men också inlicensierar, olika sädesslag. Bland annat hade Erauw-Jacquéry rätt till en »Gerbel multi-row barley» från ett franskt företag. Dessa rättigheter upplät Erauw-Jacquéry i sin tur till underlicenstagare i Belgien – däribland svaranden, La Hesbignonne – för propagering och vidareförsäljning till slutanvändare. De ingångna avtalen innehöll en skyldighet för Hesbignonne att propagera de kvantiteter som Erauw-Jacquéry levererade och se till att de blev inspekterade på föreskrivet sätt. Vidare stipulerade avtalet förbud för Hesbignonne att sälja till andra licenstagare »or to any other person except for the farmer propagating them, and not to export them to any other country». Avtalet föreskrev att Hesbignonne inte fick sälja under ett fastställt minimipris.

Genom en cirkulärskrivelse daterad i augusti 1983 till sina licens-

[32] Som framgår av nästa avsnitt har kommissionen gjort en betydligt snävare tolkning av *Nungesser*-fallet och menar att det exklusiva samarbetet bara accepteras om det gäller ny teknik. Kommissionen motsätter sig att parterna med immaterialrätt eller andra liknande medel förhindrar tredje man att idka gränsöverskridande handel och kräver dessutom att licenstagare kan inleda konkurrens. Denna restriktiva tolkning gör gruppundantaget motiverat. Se även Pehrson, L., EG och immaterialrätten, Juridiska Fakulteten i Stockholm; Skriftserien, Stockholm 1985, s. 123 och 126, som förefaller vara av samma mening som kommissionen.

[33] EG-domstolen (femte kammaren), mål 27/87 (*Erauw-Jacquéry*), Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Co-opérative, 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR 576.

tagare fastställde Erauw-Jacquéry minimipriset för »E3 seeds of Gerbel multi-row barley» till 1.825 Bfr per 100 kilo. Hesbignonne följde emellertid inte det fastställda priset, utan tillhandahöll avtalsprodukten i Belgien till ett pris av 1.750 Bfr, vilket i sin tur tvingade övriga licenstagare att reducera sina priser. Därigenom gick dessa miste om en marginal om sammanlagt 15 miljoner Bfr, vilket de kollektivt höll Erauw-Jacquéry ansvarigt för. Erauw-Jacquéry försökte i sin tur att vältra över skadeståndsansvaret på Hesbignonne genom stämning till domstol i Liège. Genom sin begäran om tolkningsförklaring ville den belgiska domstolen få fastställt om avtalet mellan parterna stred mot artikel 85.1 och om det kunde anses ha en märkbar effekt på konkurrens och samhandel i gemenskapen.

Huvudfrågan i fallet gäller om ett exportförbud, som i praktiken innebar hinder för såväl aktiv som passiv försäljning mellan olika länder, kunde anses stå i strid med konkurrensreglerna. Domstolen fann att avtalet inte föll under artikel 85.1 eftersom utvecklandet av nya sädesslag innebär stora ekonomiska risker.[34] Part som gör sådant åtagande och som skyddas av växtförädlingsrätt skall också skyddas mot en inkorrekt hantering och därför kunna begränsa produktion till utpekade licenstagare.[35]

Huruvida detta rättsfall och *Nungesser* har en räckvidd utanför växtförädlingsområdet har ifrågasatts. Generaladvokaten i målet uttryckte uppfattningen att immaterialrättsmålen har en generell

[34] Erauw-Jacquéry, not 33 ovan, punkt [10]: »On this point, it should be emphasized that, as the Court found in Nungesser, Case 258/78, the development of the basic lines may involve considerable financial sacrifices. Consequently, it should be accepted that anyone who makes considerable investments in developing basic seed varieties which may be the subject of plant breeders' rights must also be able to obtain protection for improper handling of those varieties of seeds. For this purpose the breeder must have the right to reserve propagation for the propagating establishment chosen by him as licensees. To that extent, the clause prohibiting the licensee from selling and exporting basic seeds does not come within the prohibition laid down by Article 85.1 of the Treaty.»

[35] Därutöver ansågs minimiprisklausul konkurrensbegränsande – särskilt om den ingick i ett nätverk av avtal. Beträffande frågan om samhandeln var påverkad var svaret beroende av omständigheter i det speciella fallet, vilket fick bedömas av den nationella domstolen. Kommissionen har anslutit sig till Erauw-Jacquéry i *Comasso*, Association of Plant Breeders of the EEC, 11 januari 1990: EGT 1990 C6/3, [1990] 4 CMLR 259. I ärendet meddelar kommissionen att den avser att fatta ett positivt beslut för ett växtförädlingslicensavtal, som innehöll bestämmelser som eliminerade varje form av aktiv och passiv konkurrens. Detta kortfattade meddelande innehåller betydande information om växtförädlingens speciella villkor, som om kommissionen därmed ville markera att särskilda förhållanden gäller på detta område och att dessa inte påverkar synen på licenssamverkan i annat sammanhang.

räckvidd,[36] vilket i dag är allmänt accepterat med ett begränsat förbehåll för olika immaterialrättigheters speciella krav.[37]

Domstolens rättspraxis utanför licensförhållanden ger inte någon entydig vägledning. *Grundig/Consten* framhåller det absoluta områdesskyddet som förbjudet, utan att direkt inbegripa förbud mot passiv försäljning. Andra avgöranden kan dock tolkas i motsatt riktning.[38] Ofta grumlas inställningen av specifika omständigheter rörande marknadsstyrka, dominans och avsaknaden av ett verkligt skyddsvärt intresse.

Även om EG-domstolens rättspraxis ingalunda är entydig när det gäller inställningen till indirekt och passiv försäljning i licensförhållanden, förefaller dock huvudlinjen vara att domstolen accepterar exklusiva licensavtal, som ger licenstagaren ett skydd mot licensgivarens och andra licenstagares aktiviteter riktade mot det licensierade territoriet oavsett om de skulle vara direkta eller indirekta. Skyddet för licenstagaren är viktigt för att säkra spridningen av ny teknik och licenstagaren skall ha det försteg som det innebär att ingen, som härleder sin rätt från rättsinnehavaren direkt eller indirekt, skall konkurrera med honom i det licensierade territoriet.

När däremot sådan produkt tillhandahållits på marknaden i ett land får inga åtgärder vidtas för att förhindra att den förs från ett land till ett annat. Då, men först då, uppstår det domstolen kallar ett »absolut områdesskydd».

---

[36] Generaladvokaten har dessutom direkt stöd av EG-domstolens uttalande i mål 258/78 Nungesser, not 27 ovan, punkt [35]: »– – – many products capable of forming the subject-matter of a trade mark or a patent, in particular certain food or pharmaceutical products, are in a similar situation. Although the reasons put forward by the applicants are based on correct findings of fact, they are not sufficient to justify a special system for breeders' rights in relation to other industrial or commercial property rights.»

[37] Se Pehrson, not 32 ovan, som i sin framställning successivt analyserar om det föreligger någon skillnad i inställningen till olika immaterialrättigheter. Jfr Weatherill, S. & Beaumont, P., EC Law, London, Penguin Books Ltd, 1993 s. 601 som hävdar att *Erauw-Jacquéry* måste ses som isolerat till växtförädlingsrätten. Begränsningen var enligt författarna kopplade till rättighetens existens snarare än dess utövande.

[38] EG-domstolen, mål 161/84, Pronuptia de Paris GmbH mot Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 28 januari 1986: [1986] REG 353, [1986] 1 CMLR 414; mål 25/75 Van Vliet Kwasten, 1 oktober 1975: [1975] REG 1103, [1975] CMLR 549 som är begränsat till tolkning av »Förordning 67/67» och dessutom ligger före *Nungesser* i tiden och mål C-70/93, Bayerische Motorenwerke AG mot ALD Auto-Leasing D GmbH, 24 oktober 1995: [1995] I REG 3439, [1996] 4 CMLR 478, punkt 19.

4.3.2 Kommissionens syn på parallellhandel

I det tidiga 60-talet menade kommissionen att det exklusiva licensavtalet inte föll under konkurrensreglerna och parterna därför var fria att organisera sina territoriella begränsningar efter eget skön.[39]

Som framhållits i kapitel 2, förändrades kommissionens inställning under 1970-talet i takt med att EG-domstolen utvecklade sin syn på immaterialrättens förhållande till Romfördragets krav på fria varurörelser. I *Davidson Rubber*[40] anmärkte kommissionen på den konkurrensbegränsning som låg i själva exklusiviteten, men såg det faktum att produkterna fritt kunde cirkulera mellan medlemsstaterna som en förmildrande omständighet. Samma år beviljades undantag i *Raymond/Nagoya*[41] för licensavtal, som bl.a. innehöll ett förbud för det japanska företaget att re-exportera licensprodukten till gemenskapen.

I samma anda tvingade kommissionen 1975 parterna i *Kabelmetal*[42] att eliminera en förpliktelse att inte sälja till andra medlemsstater. Exportförbudet sågs av kommissionen som en av tre väsentliga restriktioner, som inte var en del av den licensierade patenträttigheten[43] och som inte heller bidrog till att förbättra produktion och utveckling i gemenskapen. Även kommissionens beslut i *AOIP/Bey-*

[39] Kommissionens officiella tillkännagivande om patentlicensavtal, EGT 1962 nr 139/2922 av den 24 december 1962. Se speciellt i anslutning till kapitel 3 ovan. Denna uppfattning kom också till uttryck vid utfärdandet av Förordning 17/62, eftersom licensavtalen undantogs från anmälningsplikt.

[40] EG-kommissionen, beslut 72/237/EEC, Davidson Rubber Co., not 4 ovan, punkt [37]: »– – – In those circumstances, although mitigated by the provisions that the sale of the contract articles can be freely made between Member-States of the EEC, the exclusivity conferred by the Davidson Rubber Co. to each of its licensees has the consequence, apart from the restriction of liberty on the Davidson Rubber Co., that the position of third parties, particularly the manufacturers of interior fitments for cars, who may wish to use the process in question is noticeably altered since they are prevented from exploiting this process within the Common Market.»

[41] EG-kommissionen, beslut 73/238/EEC, Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45.

[42] EG-kommissionen, beslut 74/494/EEC, Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40, punkt [43]. Eftersom avtalet inte var anmälningsbefriat enligt artikel 4.2.2 b) i Förordning 17/62 kunde undantag inte beviljas för tidpunkt innan undantagsbeslut fattats.

[43] GD:s uppdelning av existens och utövande börjar slå igenom i kommissionens praxis med detta ärende.

rard[44] faller in i samma fåra av beslut när kommissionen konstaterar att parterna agerar utanför patenträttens innehåll om licensgivaren förbjuder licenstagaren att exportera licensprodukten till länder där han utsett andra licenstagare.

I samtliga beslut krävdes att licenstagaren skulle vara fri att själv exportera produkter utanför sitt licensområde. Någon tvekan om att samme licenstagare skulle kunna sälja produkten till tredje man, som sedan i sin tur förde den över gränsen, torde inte ha föresvävat kommissionen. Kommissionens stränga och långtgående uppfattning kom också till uttryck i de första utkasten till gruppundantag för patentlicenser i slutet på 70-talet.[45]

Patentförordningen. Först efter *Nungesser* justerade kommissionen sin restriktiva inställning. Patentförordningen medgav att parterna i sina inbördes avtal kunde förbjuda aktiv försäljning under den tillåtna avtalsperioden och även passiv försäljning under en kortare övergångsperiod. Av särskilt intresse är kommissionens beslut i *Velcro*[46] därför att parterna hade gjort gällande att kravet på fria varurörelser bara gällde marknadsförd produkt. Kommissionen underströk, stödd på EG-domstolens numera reverserade utslag i *Kafé Hag I*, att detta var en felsyn.[47] Förutom att den legala grunden har ryckts undan för kommissionens resonemang förefaller det också att vara fel tänkt. Kravet på fria varurörelser kan användas för att ingripa mot begränsningar grundat på nationell rätt för fri cirkula-

[44] EG-kommissionen, beslut 76/29/EEC (*AOIP/Beyrard*), Association des Ouvriers en Instruments de Précision mot Beyrard, 2 december 1975, EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14, punkt [21]: »– – – The existence of the patent-right is not at issue when the licensor prohibits the licensee from exporting to countries in which the licensor has granted a licence or assigned his patent. The protection of one licensee or assignee against competition of another licensee or assignee constitutes a restriction of competition within the meaning of Article 85.1, when such protection results from a contractual prohibition on exports or imports.»

[45] Proposal for a Commission Regulation on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of patent-licensing agreements, 3 mars 1979, EGT 1979 C58/12.

[46] EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, Velcro SA mot Aplix SA, 12 juli 1985: EGT 1985 L233/22, [1989] 4 CMLR 157.

[47] EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, Velcro, not 46 ovan, punkt [47]: »It is clear from this judgment that the assignment of a national mark does not alter the position regarding the applicability of trade mark law: it does not permit either the assignee or the assignor of a national mark to oppose direct import by the other on the basis of that law. If it is unlawful to invoke trade mark law against direct imports even where the mark has been assigned or otherwise transferred (by court order or expropriation), this applies all the more where the mark has merely been licensed.»

tion av marknadsförd vara. Det säger däremot ingenting om huruvida berörda företag är skyldiga enligt konkurrensreglerna att förse parallellhandlare med produkt.

Know-howförordningen. Patentförordningen var inte tillämplig på rena know-howlicensavtal och den följande periodens rättspraxis inriktas på att utveckla en generell inställning för denna specifika avtalstyp. I *Boussois/Interpane*[48] från slutet av 1986 hade det tyska Interpane licensierat ut know-how i samband med försäljning av en specialglasfabrik. Licensavtalet innehöll betydande restriktioner mot försäljning utanför gränserna. Kommissionen ansåg att avtalet föll under förbudet i artikel 85.1 och att Patentförordningen inte var tillämplig eftersom patentskyddet var helt sekundärt till licensierat know-how. Undantag kunde dock beviljas. I *Delta Chemie*[49] meddelades undantag för en exklusiv know-how- och varumärkeslicens under en 20-årsperiod. Efter tio år var licensgivaren berättigad att utse andra licenstagare i territoriet. Exklusiviteten var förstärkt på det sättet att parterna skulle överföra kontakter som gällde medkontrahentens territorium, men innebar å andra sidan viss rätt att leverera till sådan parallellimportör.

Delta Chemie-beslutet förebådade Know-howförordningen, som utfärdades 1989 och i princip hade samma uppbyggnad som Patent-

[48] EG-kommissionen, beslut 87/123/EEC (*Boussois/Interpane*), Boussois SA och Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft mbH & Co. KG, 15 december 1986: EGT 1987 L50/30, [1988] 4 CMLR 124, punkt [16a]: »– – – In so far as the exclusivity is not limited to the contractual relationship between Interpane and Boussois but also appreciably affects the position of third parties such as potential exclusive licensees for other territories, the agreement cannot on any account be regarded as an 'open' exclusive licence within the meaning of the Court's case law.» Punkt [20]: »All the above also applies to the protection of Boussois and other potential future licensees against even passive competition from one another, in view of the fact that the products are sold to people in the trade who are well-informed and that there are only eight suppliers of the products in the Community. In these circumstances a protection of licensees *inter se* which only covered active competition would then be ineffectual as their customers would then be able to 'shop around' all the potential sources of supply in the Community, leaving the licensee completely unprotected during the initial period of launch of the product.»

[49] EG-kommissionen, beslut 88/563/EEC (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535.

förordningen.[50] Efter Know-howförordningens utfärdande är antalet beslut och domar som behandlar licensavtal mycket få och avser i allmänhet någon annan aspekt än frågan om parallellhandels tillåtlighet. De viktigaste ärendena gäller licensavtal i joint venture-förhållanden, som behandlas i kapitel 10, eller i relation till marknadsdominerande ställning, som behandlas i kapitel 11.

Sammanfattningsvis skiljer sig kommissionens inställning till områdesskydd på ett påtagligt sätt från domstolens resonerande hållning. Egentligen utgår kommissionen ifrån att varje begränsning av gränsöverskridande handel står i strid med Romfördragets konkurrensregler. Först efter *Nungesser* accepterar kommissionen att direkt försäljning kan förhindras utanför licensområdet. Däremot är varje form av begränsning av försäljning till mellanhand som i sin tur säljer vidare förbjuden. I enskilda beslut förefaller dock kommissionen beredd att restriktivt bevilja undantag.

4.3.3 Teknikförordningen

Begränsat undantag. I allt väsentligt har Teknikförordningen tagit över tidigare bestämmelser i Patent- och Know-howförordningarna såvitt avser inställningen till passiv försäljning. Avtalsförbud mot sådan försäljning faller enligt förordningen under förbudet i artikel 85.1 och undantag för en begränsad tidsperiod meddelas genom artikel 1.1.6:

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte marknadsföra den licensierade produkten inom de områden inom den gemensamma marknaden som tilldelats andra licenstagare när det är fråga om att tillgodose en spontan efterfrågan.*

Passiv försäljning är inte ett definierat begrepp i Teknikförordningen. Artikel 1.6 hänvisar bara till »spontan efterfrågan», vilket är en översättning av engelskans »unsolicited orders» och avser således inte impulsköp. Det spontana består i att det inte är licenstagaren

[50] I Know-howförordningens ingress (punkt 7) förklarade kommissionen reglerna om passiv försäljning: »– – – encourage the transfer of technology and thus generally contribute to improving the production of goods and to promoting technical progress by increasing the number of production facilities and the quality of goods produced in the common market and expanding the possibilities of further development of the licensed technology – – –.» I Teknikförordningen har denna fras inte speciellt kopplats till passiv försäljning (punkt 15).

som skapat incitament för en order eller med egna åtgärder försökt locka fram denna, utan tredje man (som närmast är att beteckna som en parallellimportör), som vänder sig till licenstagaren med begäran om leverans till det främmande territoriet.[51]

Licenstagaren kan i avtalet åläggas att avvisa sådan begäran, men, som framgår av artikel 1.2 vad avser patentlicensavtal och artikel 1.3 st. 2 vad avser know-howlicensavtal samt artikel 1.4 st. 2 beträffande blandade licensavtal, endast under en period av högst fem år från dagen när den licensierade produkten började marknadsföras inom den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna och endast om produkten skyddas av parallella patent eller hemligt know-how inom de aktuella områdena.[52]

Betydande inskränkning. Detta tidsbegränsade undantag skall ställas mot de svartlistade bestämmelserna i förordningens artikel 3.3.a) som klargör att gruppundantaget inte är tillämpligt

> *Om parterna eller en av dem är förpliktad, utan saklig grund*
>
> *a) att vägra inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden,*
>
> – – –
>
> *eller gör detta till följd av ett samordnat förfarande mellan dem.*

I överensstämmelse med punkt 17 i ingressen klargör artikel 3.3 att Teknikförordningen inte är tillämplig om parterna är förpliktade att utan saklig grund *inom sina respektive områden* vägra att tillgodose efterfrågan från parallellexportörer. Däremot finns inget hinder att vägra leverera till parallellimportör som begär leverans i främmande territorium. Denna tolkning överensstämmer med det förklarande

[51] Jfr punkt 12 i Patentförordningens ingress.

[52] Innebörden och effekterna av förordningens tidsgränser i artikel 1.2 diskuteras i kapitel 5. Här skall bara noteras att i Teknikförordningens ingress anges att bestämmelser kan införas i avtalet som förhindrar licenstagare att marknadsföra licensföremålet i andra licenstagares områden under ett begränsat antal år med det lite abrupta förtydligandet att det avser »inte bara aktiv konkurrens utan även passiv konkurrens». Eftersom »aktiv konkurrens» behandlats redan under paragrafen 1.1.5 och eftersom sådan kan förbjudas i avtalet under patenttid eller i tio år, måste ingressens tidsbegränsning trots sin formulering bara syfta på den passiva konkurrenssituationen.

tillkännagivandet till Distributionsförordningen.[53]

Vid första påseende kan det förefalla som om det är ett misstag att kommissionen i artikel 3 inte gjort förbehåll för artikel 1.1, 1.3 och 1.6.[54] När regleringen ställs mot motsvarande regler i Distributionsförordningen är det emellertid inte så säkert att det handlar om ett förbiseende. Det är snarare kommissionens medvetna avsikt att på detta sätt inskränka det territoriella skyddet och öppna för parallellhandel med licensierade produkter.

Artikel 3.3 hänvisar visserligen till att en »saklig grund» skulle kunna förändra bilden. Tveklöst skall passusen tolkas restriktivt. Med tanke på att förbudet mot inskränkning av parallellhandel är en huvudpunkt för kommissionen är det inte troligt att den svartlistade bestämmelsen kan kringgås med en enkel hänvisning till att licenstagarens investering behöver skyddas.[55]

---

[53] »Distributionstillkännagivandet», kommissionens tillkännagivande, om Kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 och (EEC) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal EGT 1984 L101/2. Här klargör kommissionen att part som tar leverans i exporterande licenstagares territorium aldrig kan förvägras leverans även om syftet är att föra produkten till tredje land. För parallellimportören är detta i allmänhet inte ett bekymmer. Han tar leverans i exportlandet genom sitt transportföretag och löser därmed knuten. I del III punkt 27 anges 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 if the reseller takes delivery of the goods himself or through an intermediary, such as a 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.»

[54] I 1984 års konkurrensrapport, punkt 32 kommenterar kommissionen den nya Patentförordningen: »As to the problem of territorial protection for both the licensor and the licensee, the regulation exempts the grant of exclusivity by the licensor to the licensee and allows each party to be protected against any competition, active or passive, from the other party throughout the duration of the agreement.» Denna kommentar står inte alls i samklang med det verkliga innehållet i förordningen, men är kännetecknande för hur många uppfattar dess innehåll – även inom kommissionen.

[55] Det är svårt att föreställa sig i vilka situationer parterna på objektivt godtagbara grunder kan förbjudas sälja till parallellexportör och ändå räkna med gruppundantagets tillämplighet. Hänvisningen till saklig grund är helt enkelt för vag. Vid samtal med företrädare för kommissionen framhåller dessa att med saklig grund avsetts parallellhandlarens betalningssvårigheter och liknande. Den enda riktigt säkra utvägen när licensgivaren förbinder sig att inte sälja till parallellhandlare förefaller vara att anmäla avtalet för individuellt undantag.

Möjlighet till återkallande. Teknikförordningens artikel 7 möjliggör dessutom för kommissionen att återkalla förordningens tillämplighet när ett undantaget avtal likväl har konkurrensskadliga effekter. I artikel 7.3 behandlas samma förhållanden som i artikel 3.3, med den skillnaden att återkallandet inte behöver grundas på avtalsåtaganden, utan kan vara en följd av ett ensidigt åtagande eller ett icke avtalsreglerat samordnat förfarande. Här görs till skillnad från i artikel 3.3 förbehåll för artikel 1.6.[56]

Sammanfattningsvis leder Teknikförordningens regler till ett utomordentligt restriktivt resultat. Parterna kan i avtalet bara förbinda sig att inte konkurrera passivt under en kortare period. Åtagandet måste dessutom begränsas till leverans till parallellimportör i dennes eget territorium. Däremot får parterna inte förplikta sig och i praktiken inte heller vägra att sälja till parallellhandlare som är beredd att ta leverans i exportlandet.

4.4 Absolut områdesskydd

Parterna vill undvika att utomstående kan påverka de strategier de väljer för att maximera utbytet av sina aktiviteter på en viss marknad. De önskar kontrollera varuflödet med licensprodukten och mellan sig fastställa villkoren för produkten i licensområdet i konkurrens med produkter från andra producenter. Förutom sin inbördes överenskommelse vill de åberopa nationell lagstiftning för att stoppa alla parallella aktiviteter. I första hand berörs den nationella immaterialrätten men även andra regler kan aktualiseras.[57]

[56] Även i denna del kan gruppundantagets upplägg ifrågasättas. Om leveransvägran är en följd av en överenskommelse är denna ju inte undantagen av artikel 3 och Teknikförordningen är inte tillämplig. Något återkallande erfordras således inte. Är däremot leveransvägran en följd av ett ensidigt åtagande är det svårt att se att ett återkallande av gruppundantaget löser problemen eftersom det ensidiga åtagandet inte heller kommer under gruppundantaget.

[57] I mål 65 & 58/64, *Grundig/Consten*, se not 24 ovan, och i mål 22/71, Beguelin Import Co. mot G.L. Import Export SA, 25 november 1971: [1971] REG 949, [1972] CMLR 81, hävdade parterna att parallellimporten var ett brott mot deras exklusiva överenskommelse i strid med franska regler om illojal konkurrens. Se även mål C-309/94, Nissan France SA mot Jean-Luc Dupaquier of Garage Sport Auto, 15 februari 1996, Proceedings of the Court No 5/96 s. 12, [1996] 4 CMLR 778 och mål C-226/94 Grand Garage Albigeois mot Garage Massol SARL, 15 februari 1996, Proceedings of the Court No 5/96 s. 10, [1996] 4 CMLR 778.

I detta avsnitt behandlas bara den situation där tredje man (oavsett om denne är en parallellimportör, exportör eller slutkund) har kommit över en fritt marknadsförd vara och avser att föra den till annan medlemsstat – sannolikt för att utnyttja existerande prisskillnader.

4.4.1 EG-domstolens inställning

Redan i *Dassonville*[58] ger EG-domstolen ett entydigt besked om hur den ställer sig till statliga åtgärder som förhindrar fria varurörelser i gemenskapen. Dassonville hade importerat skotsk whisky från Frankrike till Belgien, men kunde inte prestera det av belgiska myndigheter efterfrågade originalvarucertifikatet, vilket innebar att importen var förbjuden enligt belgisk rätt. Domstolen slog fast att det belgiska agerandet var att jämställa med en kvantitativ restriktion i strid med Romfördragets artikel 30.

Beträffande förhållandet till konkurrensreglerna konstaterade domstolen att det exklusiva distributionsavtalet strider mot gemenskapslagstiftningen när det förhindrar »in law or in fact, the importation of the products in question from other Member-States into the protected territory by persons other than the exclusive importer». Detta gäller speciellt när distributören förhindrar import genom att utnyttja den kombinerade effekten av det exklusiva avtalet och nationell lagstiftning. Avtalet skall sättas i sitt ekonomiska sammanhang och eventuella nätverkseffekter skall beaktas. Domstolen pekar på att olikartad prissättning kan vara ett tecken på att

[58] EG-domstolen, mål 8/74 (*Dassonville*), Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville, 11 juli 1974: [1974] REG 837, [1974] 2 CMLR 436, punkt [5]: »All trading rules enacted by Member-States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.» Se utförlig analys i Quitzow, C.M., Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen. En studie av gränsdragningen mellan gemenskapsangelägenheter och nationella angelägenheter. Ak. avh., Lund (tryckt i Stockholm) 1995, s. 120 ff.

parallellhandeln hindras. Det faktum att avtalet inte förbjuder distributören att åberopa nationell lagstiftning, eller till och med ger honom rätt att göra det, innebär dock inte att avtalet är ogiltigt.[59]

I *Nungesser* ställde EG-domstolen avtal med absolut områdesskydd i motsats till öppna licensavtal. Med det absoluta områdesskyddet avses att parterna eliminerar *all* konkurrens från tredje mans sida och domstolen hänvisar som exempel till den konkurrens som parallellimportörer och licenstagare i andra territorier kan åstadkomma.

Eftersom domstolen bara ger exempel finns det ingen anledning att tro att parallellimportörer skulle vara mer utpekade än parallellexportörer. Skillnaden mellan dessa båda ligger i var de tar leverans av den vara som är föremål för parallellhandel. I andra sammanhang talar domstolen om begreppet »reseller» (vidareförsäljare), som täcker såväl import- som exportsituationen. Resellerbegreppet kan snarare ses som en avgränsning mot »the distributor», som är den med huvudmannen kontraktsbundne återförsäljaren.

Förbud. Svårigheten med EG-domstolens exemplifieringar och uttryckliga omnämnande av »andra licenstagare» är att hänvisningen inte stämmer med domen i övrigt. Domstolen utgår ifrån att en licenstagare, som inte var fredad från andra licenstagare eller från licensgivaren, skulle dra sig för att acceptera ett samarbete. EG-domstolen undanröjde kommissionens beslut såvitt det förklarade att licensgivaren och parter som härledde sin rätt från denne saknade rätt att avstå från att direkt eller indirekt leverera till territoriet.

Undantag. Därefter övervägde EG-domstolen om parternas överenskommelse att förhindra parallellimport av produkten (med stöd av tyska växtskyddsregler) kunde accepteras. Enligt kommissionens beslut åtnjöt licenstagaren ett absolut områdesskydd vars konsekvens var att all parallellhandel med licensprodukten genom andra

[59] Mål 8/74, Dassonville, not 58 ovan, punkt [11]: »An exclusive dealing agreement falls within the prohibition of Article 85 when it impedes, in law or in fact, the importation of the product in question from other Member-States into the protected territory by persons other than the exclusive importer.» Punkt [12]: »More particularly, an exclusive dealing agreement may adversely affect trade between Member-States and can have the effect of hindering competition if the concessionaire is able to prevent parallel imports from other Member-States into the territory covered by the concession by means of the combined effects of the agreement and a national law requiring the exclusive use of a certain means of proof of authenticity.»

kanaler var förhindrad, trots att det fanns en klar efterfrågan på den tyska marknaden. Domslutet är i denna del mycket bestämt:[60]

> – – – absolute territorial protection manifestly goes beyond what is indispensable for the improvement of production or distribution or the promotion of technical progress, as is demonstrated in particular in the present case by the prohibition, agreed to by both parties to the agreement, of any parallel imports of INRA maize seeds into Germany even if those seeds were bred by INRA itself and marketed in France.

Domstolen gör en klar skillnad när parterna kommit överens om att stoppa en redan marknadsförd vara. Det finns inte ekonomiska skäl för att licenstagaren skall omgärdas av ett totalt områdesskydd som utesluter varje konkurrens.

Återigen finns det anledning att notera de indikationer i domslutet som pekar på att det är en fristående handel som inte får stoppas. Domstolen hänvisar i det citerade motivet till att produkt tillverkad av licensgivaren själv och *marknadsförd* i Frankrike inte kan stoppas.

»Manifestly goes beyond» – man frapperas av ordvalet. I fallet framgår det av generaladvokatens yttrande att parterna hade haft visst fog för tidigare ingrepp mot parallellhandlare, eftersom dessa importerat en produkt som var gammal och för vilken kvaliteten kunde ifrågasättas eller en vara som under eftersäsong köpts till extrapris för att därefter dumpas på den tyska marknaden. Domstolen tar inte hänsyn till några sådana argument i sitt domslut, som därigenom får karaktär av »per se»-förbud. Avtal om absolut områdesskydd faller under förbudet i artikel 85.1 och undantas inte av artikel 85.3.[61]

4.4.2 Teknikförordningen

Helt förutsebart avviker inte Teknikförordningen från EG-domstolens stränga syn på absolut områdesskydd för fritt marknadsförd

[60] Mål 258/78, Nungesser, not 27 ovan, punkt [77].

[61] Mål 258/78, Nungesser, not 27 ovan, punkt [78]: »It follows that the absolute territorial protection conferred on the licensee, as established to exist by the contested decision, constituted a sufficient reason for refusing to grant exemption under Article 85.3 of the Treaty.»

produkt som förs över gränser av fristående parallellhandlare. I artikel 3.3.b) fastslås i överensstämmelse med ingressens punkt 17 att förordningen inte är tillämplig om parterna till följd av överenskommelse eller annat samordnat förfarande förhindrar eller försvårar parallellhandel med avtalsföremålet:

> *Om parterna eller en av dem är förpliktad, utan saklig grund*
>
> *a) – – –*
>
> *b) att göra det svårt för konsumenter eller återförsäljare att få tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknaden, särskilt då de utnyttjar immateriella rättigheter eller vidtar åtgärder för att hindra att konsumenter och återförsäljare utanför licensområdet får tillgång till eller inom licensområdet marknadsför varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknaden av licensgivaren eller med dennes samtycke,*
>
> *eller gör detta till följd av ett samordnat förfarande mellan dem.*

Återigen upprepas stadgandet i artikel 7.3.b), vilket innebär att kommissionen har förbehållit sig rätten att kunna återkalla förordningens tillämplighet för avtal med absolut områdesskydd. Vad detta sistnämnda stadgande tillför förordningen kan diskuteras. I och med att den svartlistade bestämmelsen i artikel 3 är uppfylld äger gruppundantaget inte tillämplighet och något behov av att återkalla en icke tillämplig förordning kan rimligen inte föreligga.

4.4.3 Indirekta åtgärder för att begränsa passiv konkurrens

De flesta företag som arbetar i produktområden som är känsliga för parallellhandel har säkert mer än en gång övervägt hur denna handel kan stoppas när rättspraxis stängt alla normala vägar. Läkemedelsindustrin har genom åren varit särskilt utsatt eftersom den arbetar med dyra produkter, som till följd av nationell prispolitik säljs på högst varierande villkor i olika länder. Prissättningen på läkemedel är dessutom transparant och produkterna är volymmässigt små och därmed lätta att transportera. Parallellhandel förekommer därför regelbundet.

Sedan det genom rättsfall klargjorts att patent, varumärken eller andra immaterialrättigheter inte kunde åberopas för att stoppa handeln prövades andra vägar för att motverka parallellimporten: *Hoffmann-La Roche*[62] förpackade produkterna i olika storlekar, medan *American Home*[63] gav samma produkt olika namn i olika länder. EG-domstolen fastslog att inget hindrade företagen att agera på detta sätt och att utnyttja sitt immaterialrättsliga skydd för att hindra andra företag att packa och märka om originalprodukter, men om den verkliga effekten blev att parallellimport av produkterna stoppades kunde importören ostraffat vidta erforderliga åtgärder för att möjliggöra handeln. Rättspraxis har under 1996 vidareutvecklats med en serie domar i vilka EG-domstolen bekräftar tidigare avgöranden och ytterligare preciserar villkoren för ompack-

[62] EG-domstolen, mål 102/77, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, 23 maj 1978: [1978] REG 1139, [1978] 3 CMLR 217, för parallellimport varvid importören Centrafarm tvingats packa om produkten för att tillgodose de speciella registreringvillkoren i Tyskland. Ompackningen skedde under kontrollerade former samtidigt som Roche notifierades och det angavs på förpackningen att Centrafarm genomfört ompackningen. Domstolen uttalade efter tolkningsfråga i anslutning till Roches tyska intrångstalan att det specifika varumärkesskyddet (»specific subject-matter») gav rättsinnehavaren ensamrätt till första marknadsföring av produkten och rätt att ingripa vid överträdelse av denna rätt. Huruvida denna rätt också gällde när en tillhandahållen produkt ompaketerats och ommärkts var avhängigt varumärkets speciella funktion (»essential function»), som innebar en möjlighet för konsumenten att särskilja produkten från produkter med annat ursprung. Ingrepp utesluts dock när rättsinnehavaren som ett led i en marknadsuppdelande strategi använder olika förpackningar och åberopar varumärket för att förhindra ompackning även om denna genomförts utan att påverka identitet eller produkt. För att ompackningen skulle vara invändningsfri krävde domstolen dessutom att rättsinnehavaren skulle informeras och att förändringarna skulle anmärkas på förpackningen. Med stöd av svaret ålåg det den tyska domstolen att undersöka av vilket skäl Roche anlitade olika förpackningar i olika länder. Fanns det objektivt godtagbara skäl borde företaget rimligen ha möjlighet att förhindra parallellimport medan i motsatt fall hade Centrafarm uppfyllt domstolens villkor för ompackning och intrångstalan skulle därför underkännas. Notera det logiska yttrandet av generaladvokat Capotorti, som är präglat av 70-talets ovillkorliga företräde för de fria varurörelserna framför immaterialrätten: »At the most, the right of the proprietor of a trade-mark to prohibit alterations to the original packaging could be recognized when, having regard to the type of product, any change in the container thereof entails an actual risk of a modification of the essential characteristics of the product itself such as to affect its identity.» Se Quitzow, not 58 ovan, s. 179 ff.

[63] EG-domstolen, mål 3/78, Centrafarm BV mot American Home Products Corp., 10 oktober 1978: [1978] REG 1823, [1979] 1 CMLR 326.

ning av märkesvara. Bland annat framgår det att mellankommande varumärkesdirektiv inte förändrar den rättsliga bedömningen.[64]

Företagen har inte tillåtits kringgå restriktionerna med »praktiska» åtgärder. Genom åren har uppfinningsrikedomen för att finna motåtgärder när parallellhandlare dykt upp varit god. Bland indirekta åtgärder för att förhindra parallellhandel som inte accepterats kan följande nämnas: prisdifferentiering mellan produkt för försäljning i det egna landet och produkt avsedd för främmande marknader,[65] hänvisning av parallellhandlare till distributörer i det främmande landet,[66] begränsningar i garantiåtaganden[67] och kvantitativa begränsningar utformade för att kontrollera parallellhandel med produkter.[68]

En inte ovanlig invändning när parallellhandlare begär leverans för vidareexport är att problem föreligger som omöjliggör leverans. En gång är ingen gång, men vid upprepningar genomskådas snabbt det verkliga skälet och företaget utsätter sig för betydande risk för

[64] Se EG-domstolen, mål C-427/93, C-429/93/C-436/93, Bristol Mayer Squibb, Boeringer Ingelheim och Bayer AG mot Paranova A/S, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Preliminär dom från domstolen – dansk text; mål C-232/94, MPA Pharma GmbH mot Rhône-Poulenc Pharma GmbH, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Preliminär dom från domstolen och mål C-71/94, C-72/94 & C-73/94, Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH mot Beiersdorf AG, Boeringer Ingelheim och Farmitalia Carlo Erba, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Preliminär dom från domstolen.

[65] Destillers prispolitik som diskriminerade exportförsäljning kommenteras av kommissionen i 1977 års konkurrensrapport, punkt 125. Se Rothnie, W., Parallel Imports, Sweet & Maxwell, London 1993, s. 442–448. Jfr Van Bael, I. & Bellis, J-F., Competition Law of the European Community, CCH Editions Ltd (4th ed.), 1994 s. 121 f., som innehåller en exemplifierande genomgång av olikartad prissättning och rabattering som medel att begränsa fria varurörelser.

[66] Se dock beslut 88/563/EEC, *Delta Chemie*, not 49 ovan, som accepterade en begränsad form av kundtransferering.

[67] Tillverkarens standardgaranti måste respekteras och parallellimporterade produkter kan inte avvisas av denna anledning. Däremot är det inget som hindrar att den exklusive importören därutöver ger en särskild garanti beträffande de varor som han förmedlar ut i territoriet enligt EG-domstolen, mål 86/82, Hasselblad (GB) Ltd mot kommissionen, 7 maj 1982: [1982] REG 1555, [1982] 2 CMLR 233.

[68] EG-kommissionen, beslut 87/409/EEC, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA, 13 juli 1987: EGT 1987 L222/28, [1989] 4 CMLR 628, punkt [30] »– – – the seller's practice of reducing quantities ordered by its customers to what it considers to be their 'normal' demand may be an element of an agreement between the parties, especially when it constitutes a well known and systematically applied commercial policy on a market characterised by active parallel trade, and may be taken as evidence of an effort to prevent such trade where no different explanation exists – – –.»

ingrepp från de konkurrensövervakande myndigheterna.[69] Det måste dock finnas gränser för hur tillmötesgående ett företag behöver vara mot en parallellhandlare. En industri som arbetar med långa ledtider och planering av produktionscykler måste kunna kräva att parallellhandlare rättar in sig i systemet och arbetar på samma långsiktiga villkor som gäller för de företag som deltar i samarbetet. Den typen av disciplin begränsar säkerligen de mest flagranta fallen av »snabba klipp».

Sammanfattning

Inställningen till territoriella begränsningar i licensavtal är fortfarande ett osäkert kapitel. Att aktiva åtgärder i medkontrahentens och andra licenstagares territorier kan förhindras i avtalet är klart. Det är också entydigt att parterna, genom att utnyttja en kombination av avtalsåtaganden och nationell lagstiftning, inte kan utesluta *all* parallellhandel med produkten. En vara som marknadsförts i ett land skall därefter fritt kunna föras till andra medlemsstater.

Osäkerheten gäller om parterna har rätt att i avtalet förbinda sig att inte leverera till parallellhandlare. EG-domstolen har inte uttryckligen tagit ställning, men mycket i domstolens resonemang tyder på att licenstagarens investering skall skyddas för att befrämja teknikutveckling.

Kommissionen ansluter sig i Teknikförordningens ingress till detta mål, men Teknikförordningen är i sina operativa delar betydligt restriktivare. Undantaget för förbud mot passiv försäljning är för det första kraftigt tidsbegränsat och för det andra genom inskränkningen i svarta listan begränsat till leveranser till medkontrahentens territorium. Annan vägran – oavsett om den är avtalsbunden eller inte eller om den sker direkt genom leveransvägran eller indirekt genom olika försvårande åtgärder – jämställs av kommissionen med ett absolut områdesskydd.

[69] EG-kommissionen, beslut 90/645/EEC, Bayer AG, 28 november 1990: EGT 1990 L351/46, [1992] 4 CMLR 61 är ett exempel på en situation som liknar den i fotnot 68 beskrivna för Sandoz. Jfr även en anmärkning från kommissionen i beslut 78/823/EEC, *Maize Seed*, not 28 ovan, punkt [24] enligt vilket Nungesser dröjde i två veckor med svar på en parallellhandlares begäran om parallellimportsrätt. »Since seed trade business is normally transacted extremely quickly, often in a matter of hours, a delay such as this is clearly fatal to any possibility of concluding a deal.»

Skillnaden mellan EG-domstolens förmodade mer generösa uppfattning och kommissionens restriktiva inställning kan kvantifieras. Med kommissionens uppfattning får licenstagaren ett försprång till parallellimportören som motsvarar transportkostnaden (om det antas att produktionskostnader är lika i olika områden, vilket sannolikt är ett djärvt antagande för en nyetablerad licenstagare).[70] Med den generösare inställningen tillkommer den merkostnad som det innebär att produkten har passerat ytterligare ett försäljningsled.

En licenstagare som värderar risken i produktions- och marknadsinvesteringar mot risken för konkurrens från parallellimporterad vara köpt direkt från licensgivaren eller annan licenstagare kommer sannolikt att tveka innan han ger sig i kast med projektet. Har produkten däremot gått igenom ytterligare ett försäljningsled ökar marginalen för den egna satsningen.

Mycket talar för att aktiviteterna för att främja tekniksamverkan i gemenskapen innebär att en generös inställning är rimlig och att kommissionens restriktiva uppfattning inte bara strider mot EG-domstolens uttalanden, utan dessutom direkt motverkar ökad tekniksamverkan i Europeiska unionen.

Under våren 1996 har kommissionen utdömt böter för Bayers[71] vägran att leverera till återförsäljare, som i sin tur vidareexporterat hjärtmedicinen Adalat till Storbritannien. Beslutet, som passar in i det ovan beskrivna mönstret, har ännu inte publicerats till följd av utdragna diskussioner rörande sekretessbelagd information.[72] Bayer har överklagat och förstainstansrättens ordförande upphävde i juni 1996 genom ett interimistiskt beslut föreläggandet för Bayer under

[70] I *Delta Chemie*-beslutet, not 49 ovan, preciserade kommissionen den exklusiva licenstagarens fördel i följande termer, punkt [25]: »By granting the exclusive right to manufacture the products in the licensed territory – – – the licensor deprives himself, for the duration of the agreement, of the possibility of conferring on other undertakings established within the territory the right to manufacture the products. Equally, this exclusive right prevents any future licensees that DC may appoint in other EEC Member-States, or the existing exclusive distributors that DC has already appointed in certain Member-States, from manufacturing the products in the territory reserved to DDD. As a result of this, these licensees and distributors are excluded from the competitive advantage of local manufacture. In particular, this advantage consists of a reduction in transport costs and of the possibility of directly adapting production capacity to local demand as well as to the requirements of national laws and regulations – – –.»

[71] EG:s förstainstansrätt (order by the president), T-41/96, Bayer AG mot kommissionen, 3 juni 1996: Proceedings of the Court nr 15/96 s. 26 f.

[72] Se sammandrag i Competition Newsletter från DG IV, 1996:1 s. 18.

viteshot att informera återförsäljare i Frankrike och Spanien att parallellhandeln kunde återupptas utan risk för sanktioner. Det är möjligt att beslutet signalerar att en ny syn på parallellhandel är på väg, som ligger närmare det i detta arbete utvecklade synsättet.

Till dess att rättspraxis flyttat fram sina positioner är det dock kommissionens uppfattning som styr företagens dagliga agerande. Avtal som begränsar rätten att sälja direkt till parallellhandlare måste anmälas till kommissionen med begäran om undantag. Även om kommissionen är mer flexibel i sina individuella beslut är det troligt att inställningen till territoriella begränsningar förblir restriktiv.

Inställningen till territoriella begränsningar skulle avslutningsvis kunna sammanfattas på följande sätt:

- Avtalsförbud för direkta aktiviteter i motpartens territorium kan upprätthållas.
- Avtalsförbud för leverans till parallellimportör i medkontrahentens territorium kan upprätthållas under en femårsperiod.
- Förbud mot annan parallellhandel är svartlistat i Teknikförordningen och kräver individuellt undantag.[73]
- Andra åtgärder för att förhindra parallellhandel med marknadsförd vara – inrättande av absolut områdesskydd – är förbjudet.
- Indirekta åtgärder av ensidig karaktär i syfte att leveransvägra eller stoppa parallellhandel ses på med samma stränga syn som träffar den underliggande restriktionen.

[73] Frågan är dock om kommissionen är för sträng. EG-domstolen förefaller att ha en betydligt mindre restriktiv inställning. Innan ett ärende slutligen prövats innebär det en risk att i avtalsförhållanden förbjuda all handel med parallellhandlare.

5. Licensavtalets giltighetstid

Inledning 135
5.1 Definitioner och avgränsningar 135
5.1.1 Begreppet »patent» 136
Artikel 8.1 136
5.1.2 Begreppet »know-how» 138
5.1.3 Begreppet »blandade licensavtal» 142
5.2 Licensavtalets löptid 142
5.2.1 Patentavtalets löptid 144
Artikel 1.2 144
Artikel 1.5 145
5.2.2 Know-howavtalets löptid 146
Artikel 1.3 146
5.2.3 Blandat know-how och patentlicensavtal 149
Ottung mot Klee 149
Artikel 1.4 151
5.3 Förlängning av licensavtal 153
5.3.1 Förlängning till följd av förbättringar 153
Artikel 8.3 155
5.3.2 Automatisk förlängning – bibehållen exklusivitet 156
Artikel 3.7 156

Inledning

Grundregeln i Teknikförordningen är att det exklusiva licensavtalet faller under förbudet i artikel 85.1, men att det, om det bara innehåller begränsade territoriella restriktioner, uppfyller förutsättningarna för undantag enligt artikel 85.3.

Emellertid måste vissa viktiga förutsättningar vara uppfyllda för att gruppundantaget skall vara tillämpligt. I första hand anknyter dessa till avtalets löptid. Parterna skall i princip bara ha rätt att genomföra de konkurrensbegränsande aktiviteterna under den tid som den licensierade tekniken är skyddsvärd – dvs. under den tid som patentskydd föreligger eller ett värdefullt know-how är hemligt. Såväl tidsrymder som förutsättningar preciseras i artikel 1.2 och därefter följande punkter och skiljer sig beroende på om avtalet är en patentlicens, know-howlicens eller ett blandat avtal och beroende på vilken typ av undantagen konkurrensbegränsning som avses.

När samarbetstidens giltighet berörs måste hänsyn också tas till att patent eller know-how kan påverkas av förbättringar och allmän utveckling. Bestämmelser som inverkar finns såväl i förordningens vita som svarta lista, men har dessutom »råkat» hamna i artikel 8 i en udda bestämmelse, som kommit helt fel i systemet.

För att kunna hantera de inbördes relaterade bestämmelserna på ett riktigt sätt måste Teknikförordningens viktiga definitioner penetreras. Detta sker i avsnitt 5.1. Därefter följer i avsnitt 5.2 en genomgång av de olika tidsgränser som gäller för licensavtalen, medan avsnitt 5.3 behandlar frågan om avtalet kan förlängas efter den ordinarie löptiden.

5.1 Definitioner och avgränsningar

Artikel 1.2 behandlar patentlicensavtalets löptid och förutsätter bl.a. att »parallella patent» skall föreligga. Frågan vad som menas med »patent» uppstår omedelbart. Är det bara giltiga patent eller innefattas försteg i form av patentansökningar eller förlängningar på t.ex. det speciella sätt som numera gäller för läkemedel? Inte heller är begreppet parallella patent entydigt eftersom nationella patent sällan är identiska. Det ena eller andra patentkravet sållas bort i den

nationella processen och därmed uppstår olikheter. Är patenten likväl parallella?

På samma sätt måste begreppet »know-how», som inte ens kan luta sig mot någon nationell immaterialrättslagstiftning, ringas in. Undantaget i artikel 1.3 gäller bara så länge know-how är »hemligt» och »substantiellt», vilket också fordrar preciseringar.

5.1.1 Begreppet »patent»

Ett rent patentlicensavtal innebär upplåtelse av ett immaterialrättsskydd men inte därutöver någon överföring av kunskap för licensens utövande. Det rena licensavtalet kan utnyttjas när beskrivningen i patenthandlingen är tillräckligt tydlig för att licenstagaren skall kunna agera med detta stöd. Licensformen kan också användas när licenstagaren redan har kunskap och teknik, men behöver patentinnehavarens medgivande för att undvika ett patentintrång.

Teknikförordningens ingress klargör att licensen kan gälla nationella patent i medlemsstaterna, gemenskapspatent[1] och europeiska patent[2]. Någon ytterligare presentation av grundkonceptet ges inte och är väl heller inte nödvändig. Det som kan tilläggas är att trots att patentlagstiftning bygger på bakomliggande internationella konventioner är lagstiftningen territoriellt begränsad och fristående, vilket bl.a. har lett till att de olika lagarna har sina speciella särdrag.[3]

Emellertid är begreppet patent enligt Teknikförordningen inte avgränsat på detta snäva sätt, utan breddas betydligt genom artikel 8.1:

> *Vid tillämpning av denna förordning skall följande anses som patent:*
>
> *a) patentansökningar,*
>
> *b) bruksmönster,*

[1] »Gemenskapens patentkonvention», konventionen om det europeiska patentet för den gemensamma marknaden av den 15 december 1975, EGT 1976 L17/1.

[2] Konvention om meddelandet av europeiska patent av den 5 oktober 1973.

[3] Inte minst avviker de engelska reglerna, som har gett upphov till flera rättsavgöranden i gemenskapen: EG-domstolen, mål 35/87, Thetford Corp. mot Fiamma Spa, 30 juni 1988: [1988] REG 3585, [1988] 3 CMLR 549; mål C-30/90, Compulsory Patent Licences: kommissionen mot Storbritannien, 18 februari 1992: [1992] 1 REG 777, [1992] 2 CMLR 709 och mål C-191/90, Generics (UK) Ltd mot Smith Kline and French Laboratories Ltd, 27 oktober 1992: [1992] I REG 5335, [1993]1 CMLR 89.

c) *ansökningar om registrering av bruksmönster,*

d) *kretsmönster i halvledarprodukter,*

e) *»certificats d'utilité» och »certificats d'addition» enligt fransk lag,*

f) *ansökan om »certificats d'utilité» och »certificats d'addition» enligt fransk lag,*

g) *tilläggsskydd för läkemedel och varje annan produkt för vilken sådant skydd kan erhållas,*

h) *växtförädlarcertifikat.*

Begreppet innefattar således mönsterskydd i de olika former som finns i medlemsstaterna. Dessutom ingår det speciella tilläggsskyddet för läkemedel, som tillkommit på gemenskapsnivå för att skydda läkemedelsföretag med långa utvecklingstider och kort ensamrätt på marknaden.[4] I praktiken fungerar detta supplementerande skydd som en förlängning av patentskyddet även om det formellt är ett fristående skydd.

Parallella patent. En förutsättning för att ett exklusivt licensavtal skall vara undantaget är att det föreligger »parallella patent» i licensområdet och i licensgivarens respektive övriga licenstagares territorier. Detta behöver inte innebära att patenten är identiska, utan definitionen i artikel 10.13 lämnar utrymme för skillnader till följd av nationella olikheter. Definitionen överensstämmer med EG-domstolens utslag i *Sterling Drug*[5] i vilket kärandebolaget bl.a. gjorde gällande att patent för produkten inte var identiskt i medlemsstaterna. Domstolen framhöll dock i sitt svar att det avgörande var att det var samma idé som skyddades.

En särskild fråga är varför det måste föreligga parallella patent i alla situationer för att Teknikförordningen skall vara tillämplig. Licenstagaren är rimligen lika skyddsvärd om det finns ett patent i

[4] Rådets förordning (EEG) nr 1768/92 av den 18 juni 1992 angående inrättandet av ett särskilt skyddscertifikat för läkemedelsprodukter, EGT 1992, L182/1. Nyligen har även särskilt certifikatsskydd arrangerats inom växtförädlingsområdet.

[5] EG-domstolen, mål 15/74, Centrafarm BV mot Sterling Drug, 31 oktober 1974: [1974] REG 1147, [1974] 2 CMLR 480, punkt [14]: »It should be noted here that, in spite of the divergences which remain in the absence of any unification of national rules concerning industrial property, the identity of the protected invention is clearly the essential element of the concept of parallel patents which it is for the courts to assess.»

dennes område även om det skulle saknas i resten av Europa. En annan sak är att licenstagaren inte kan förbjudas sälja avtalsprodukten utanför sitt territorium om det saknas patent i andra länder. Denna fråga behandlas i avsnitt 5.2 nedan.

Nödvändiga patent. För att en ren patentlicens skall falla under gruppundantaget krävs att det aktuella produkt- eller processpatentet är »nödvändigt», dvs. att det utan tillgång till patentlicensen inte vore möjligt, annat än i mindre omfattning eller under svårare eller mer kostnadskrävande omständigheter, att utnyttja tekniken.[6] Genom hänvisningen till produkt- och processpatent och uteslutandet av applikationspatent ger förordningen intryck av att bara omfatta sådan teknik som möjliggör att produktion överförs. Det är rimligen en felsyn. En patentlicens är lika befogad om licenstagaren själv har tillgång till all kunskap och teknik, men inte kan utnyttja denna därför att det föreligger ett hindrande patent – t.ex. i form av ett väsentligt applikationspatent – som gör att den potentielle licenstagaren inte får avsättning för sina produkter. Även ett sådant företag är intresserat av en licens för att kunna producera och sälja och det finns ingen anledning att förordningsreglerna inte också skulle omfatta en sådan situation. Det avgörande är att patentet är av »tekniskt, juridiskt eller ekonomiskt intresse» för licenstagaren.[7]

5.1.2 Begreppet »know-how»

Efter Know-howförordningens tillkomst 1989[8] förefaller det allmänt accepterat att know-how är en betydelsefull kommersiell tillgång och att licensiering är en lämplig form för att sprida kunskapen. Eftersom know-how inte är immaterialrättsligt skyddat måste

[6] Se definitionerna av »den licensierade tekniken» i artikel 10.7 och »nödvändiga patent» i artikel 10.5 i Teknikförordningen.

[7] Se Teknikförordningen, artikel 10.5. Det är möjligt att kommissionen jämställer det aktuella fallet med en försäljningslicens för vilken förordningen inte är tillämplig. Försäljningslicensen avser dock den situation där produkten köps av licensgivaren och säljs i territoriet av licenstagaren med stöd av licensgivarens patent. Denna situation är dock inte aktuell i exemplet, som förutsätter att licenstagaren tillverkar. Med tanke på osäkerheten kan det finnas anledning att anmäla denna typ av licens individuellt.

[8] »Know-howförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1.

innehavaren vara mer försiktig när han delar med sig av kunskapen än innehavare av immaterialrätt behöver vara.

Teknikförordningens ingress[9] jämställer know-howlicensen med patentlicensen genom att klargöra att det gäller licensiering av ett tekniskt kunnande som inte är patentskyddat – t.ex. »beskrivningar av tillverkningsmetoder, recept, formler, modeller eller mönster». Ingressen tillägger lite längre fram att en förutsättning för att områdesskydd skall kunna beviljas en know-howlicens är att upplåtet know-how är »hemligt» och »substantiellt», vilket sedan upprepas återkommande i den operativa förordningstexten.

Hemligt know-how. Undantaget i artikel 1 är kopplat till det i artikel 10 definierade begreppet »den licensierade tekniken». I artikel 10.7 hänvisar begreppet i sin tur till ursprungligt tillverkningsknow-how samt de förändringar som senare tillförs detta know-how. Know-how definieras i sin tur i artikel 10.1 till att avse teknisk information[10] som är hemlig, substantiell och identifierad i någon form, vilka begrepp därefter preciseras i de följande bestämmelserna.

Artikel 10.2 bestämmer att kunskapen i sin helhet eller den exakta utformningen och sammansättningen av dess delar inte får vara allmänt känd eller tillgänglig. En del av dess värde skall bestå i den ledtid som licenstagaren sparar när licensen meddelas honom. Enligt ett uttryckligt tillägg innebär hemligheten inte att varje enskild beståndsdel av detta know-how är fullständigt okänd eller oåtkomlig utanför licensgivarens verksamhet.

Substantiellt know-how. Utöver att vara hemligt måste know-how enligt definitionen i artikel 10.3 uppfylla ett väsentlighetsrekvisit. Information skall vara nyttig, dvs. »det kan vid tidpunkten för avtalets ingående rimligen förväntas att den skall göra det möjligt att

[9] Teknikförordningens ingress punkt 4.

[10] Begreppet »tekniskt» kunnande bör förstås i en vidare bemärkelse eftersom det kan innefatta recept och formler. Även om begreppet tyder på motsatsen torde know-how också innefatta annan kunskap än rent teknisk, t.ex. tjänster. Definitionen av begreppet »substantiell» i artikel 10.3 anger: »– – – konkurrensfördel i förhållande till andra producenter av varor eller *tjänster* som inte har tillgång till hemligt know-how» (kursiv tillfogad). Marknadsföringskoncept, träningsmetoder och liknande kan vara exempel på mer allmän information. En sådan tolkning står dock i viss motsatsställning till »Förordning 19/65», Rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, EGT 1965 nr 533/65, som ger kommissionen fullmakt att utfärda gruppundantag beträffande bl.a. avtal som gäller »a method of manufacture or knowledge relating to the use or the application of industrial processes».

förbättra licenstagarens konkurrensläge, t.ex. genom att hjälpa honom att inträda på en ny marknad eller ge honom en konkurrensfördel i förhållande till andra producenter – – –.»

Det kan diskuteras om substantialiteten innebär annat än att informationen skall vara hemlig. Kommissionen lär ha varit angelägen att införa detta begrepp eftersom det fanns en oro för att Know-howförordningen skulle leda till kund- eller marknadsuppdelande karteller med stöd av en banal know-howlicens.[11]

Definierat know-how. Det räcker däremot inte att parterna i allmänna termer påstår att know-how bygger på hemlig information. Parterna måste därutöver enligt artikel 10.4 beskriva det på ett sätt som gör det möjligt att kontrollera att know-how uppfyller kriterierna för hemlighet och substantialitet. Beskrivningen kan ske i själva licensavtalet eller i ett särskilt dokument »senast när ifrågavarande know-how meddelas eller kort därefter – – –.»[12]

Ex ante – ex post. Med dessa tre väsentliga förtydliganden sluts cirkeln för definition av know-how i Teknikförordningen. Tyvärr leder preciseringar till följdfrågor som visar att osäkerhet alltid består. Det framgår t.ex. inte vid vilken tidpunkt know-how skall upp-

[11] Korah, V., Know-how Licensing Agreements and the EEC Competition Rules: Regulation 556/89, ESC Publishing, Oxford 1989, s. 86 var inte nöjd med utformningen av Know-howförordningen i denna del: »In conclusion, I regret the limitation of the regulation to know-how that is substantial. In so far as the permitted restrictions relate only to the licensed technology or to products made thereby, they will be trivial if the technology is. Consumers will be able to find alternative supplies. The qualifications seem to me unnecessary. They lead to uncertainty in enforcing contracts and may reduce the incentive to innovate and to grant and take a license. Nevertheless, the definitions of secrecy and substantiality have been considerably loosened.» Andra författare har större förståelse för att detta kriterium finns med. Price, D.R., The Secret of the Know-how Block Exemption, European Competition Law Review 1989. s. 273–286, särskilt s. 276 i anslutning till fotnot 5 menar att kriteriet skall bedömas från licenstagarens utgångspunkt och om denne i en verklig situation är beredd att erlägga ersättning för sin rätt är det ett bra mått på att know-how har ett tillräckligt värde.

[12] Price, not 11 ovan, s. 177 i anslutning till fotnot 18, hyser betänkligheter mot en för långtgående precisering av know-how: »Although identification of the know-how in as much detail as possible (including improvements) is desirable on an evidential level in case of future disputes between the parties, it is questionable as to whether such identification should be necessary criterion for the application of the block exemption. In addition to the inevitable practical difficulties of recording the know-how in some tangible form, the Commission is placing a powerful weapon in the hands of licensees who wish to exploit the know-how without restriction. Inevitably licensees will argue that the know-how was not sufficiently identified in order to claim that their licence is void under Article 85(2) of the Treaty of Rome.»

fylla alla de karaktäristiska dragen – ex ante eller ex post? Är det när avtalet ingås eller måste de bestå under hela avtalsperioden?

Artikel 10.2 innehåller tillägget att »en del av dess värde består i den ledtid som licenstagaren sparar när det meddelas honom», vilket skulle tyda på att det borde räcka att know-how är hemligt när det licensieras. Själva hemligheten är inte heller absolut, utan det är det faktum att hemligheten ger försteg och konkurrensfördelar som avgör. Denna uppfattning vinner också stöd av de båda övriga krav som Teknikförordningen uppställer på know-how. Kunskapen skall vara nyttig, dvs. »det kan vid tidpunkten för avtalets ingående» rimligen förväntas att know-how skall göra det möjligt att förbättra licenstagarens konkurrensläge. Detta kan t.ex. ske genom att inträdet på en ny marknad underlättas eller att en konkurrensfördel uppnås på annat sätt. Likaså kräver artikel 10.3 att know-how skall identifieras skriftligen i avtalet eller i anslutning till detsamma kort därefter. Även detta tyder på att know-how är något som objektivt skall finnas i avtalsögonblicket och parterna skall kunna bevisa att så var fallet.

Definitionerna uppställer däremot inte som en förutsättning att know-how skall behålla de uppräknade kvaliteterna genom hela samarbetstiden. En allmän bedömning talar för att det är viktigt att ta avtalstillfället till utgångspunkt för att bedöma värdet av licensen. Är know-how bara hemligt vid detta tillfälle kan licenstagaren komma igång före andra och skaffa sig en bra marknadsposition. Det är lättare att försvara en marknadsposition än att slå sig in på en redan bearbetad marknad och tillskansa sig marknadsandelar från andra. Det betyder normalt att en licenstagare som får en ledtid har dragit fördel av samarbetet och skall därför vara beredd att dela med sig i framtiden till licensgivaren, även om know-how i ett senare skede skulle bli allmänt tillgängligt.

Som kommer att framgå i den fortsatta redogörelsen är Teknikförordningen inte konsekvent i detta synsätt, utan förutsätter i vissa sammanhang att de karaktäristiska kraven skall bestå genom avtalsförhållandet för att licensavtalet skall kunna upprätthållas. I praktiken måste därför know-how skyddas under hela avtalstiden.[13]

[13] Jfr Korah, not 11 ovan, s. 86. Vid samtal med kommissionsfunktionärer antyder dessa att förordningen bör förstås så att både hemlighet och substantialitet måste föreligga vid avtalsögonblicket, men medan hemligheten behöver bestå under hela samarbetsförhållandet gäller detta inte substantialiteten. Något stöd i Teknikförordningens text har inte denna i och för sig rimliga tolkning. Problemet är helt enkelt inte löst.

5.1.3 Begreppet »blandade licensavtal»

Förordningen omfattar dessutom blandade licensavtal. Någon speciell förklaring om vad som skall förstås med ett sådant avtal ges inte mer än att det är en kombination av patent och know-how. Det spelar egentligen ingen roll om tyngdpunkten ligger på det ena eller andra, skyddet blir detsamma.

I verkligheten är patentlicenser sällan helt rena, utan de innehåller normalt ett moment av teknisk kunskapsöverföring. Tidigare var detta av stor betydelse för att bedöma om avtalet föll under Patentlicensförordningen och efter 1989 för att avgöra vilken av de två förordningarna som var tillämplig. Eftersom de skilde sig åt på väsentliga punkter, kunde det vara betydelsefullt vid avtalets utformning att balansera mellan patent och know-how. I dag saknar denna avvägning betydelse. Teknikförordningen täcker blandade avtal i minst samma utsträckning som rena licenser.

5.2 Licensavtalets löptid

Det finns olika sätt att se på licenssamverkan. Kommissionen ser den som en form för att upplåta den monopolställning[14] som det nationella immaterialrättsskyddet ger. Den exklusiva licensen kan omfatta denna rätt, men inte gå längre och kan tidsmässigt bara bestå så länge skyddet gäller. Även om know-how inte är immaterialrättsligt skyddat fångar kommissionen in det rena know-howavtalet och det blandade licensavtalet under samma regler. Licensens bestånd förutsätter att know-how förblir substantiellt och hemligt, men för att know-how inte skall bli förmånligare har kommissionen godtyckligt valt att maximera avtalets längd till tio år.

Efter att tidsperioderna har löpt ut förefaller kommissionens grundinställning vara att licensgivaren har fått ersättning för sin rättighet och att parterna härefter skall mötas på marknaden med blanka vapen. Licensavtalet skiljer sig i detta synsätt från agentavta-

[14] Begreppet monopolställning är relativt. Immaterialrätten ger en ensamrätt, som på det sättet innebär ett monopol. Det är dock inte liktydigt med ett kommersiellt monopol, vilket Fejø, J., EF-konkurrenceret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, s. 222 är noga med att understryka. Det framgår också av EG-domstolens domar att den patenträttsliga ensamställningen i sig inte är liktydig med en marknadsdominans enligt artikel 86. Se vidare kapitel 12 nedan.

let, återförsäljaravtalet, franchisingavtalet och allmänt joint venture-samarbete, som alla kan vara mer långsiktiga och inte styrs av några myndighetsbestämda tidsgänser. Än tydligare blir skillnaden när licensavtalet relateras till olika former av ackvisitioner och företagssammanslagningar i vilka kommissionen accepterar att samverkan blir beständig. Något bärkraftigt skäl för denna särbehandling av licenssamverkan har kommissionen inte visat.

Från industriell utgångspunkt ter sig saken annorlunda. Licensavtalet är en samarbetsform bland andra. Huruvida t.ex. distributions- eller licenssamverkan väljs är i allmänhet avhängigt av respektive parters resurser. Om licensgivaren saknar produktionkapacitet medan licenstagaren har outnyttjad sådan är det naturligt att välja licenssamverkan, medan det vid omvänt förhållande ter sig lika naturligt att välja distributionsformen. Ekonomiskt är formerna i princip neutrala och beroende av parternas förhandlingsförmåga. Båda parter kommer att räkna sig fram till ett positivt utfall av affären, annars blir den helt enkelt inte av.

Parternas naturliga utgångspunkt är att så länge den licensierade tekniken/produkten ger ett ekonomiskt resultat på marknaden finns det ingen anledning att de inte skall dela på detta enligt den formel de kommer överens om. Naturligtvis kan de vara intresserade av att diskutera olika former av förtida utlösen och vet att värdera snabb och säker ersättning i form av köpeskilling och förskottsbetalning mot osäkra framtida inkomster i form av royalties.

Utifrån detta allmänna resonemang saknas det skäl att särbehandla licensavtalet i förhållande till andra samarbetsformer. Det naturliga hade varit att låta parterna fritt förhandla om dess löptid. Så är dock inte kommissionens förordningstexter beskaffade, vilket Korah träffande kommenterat: »Like the European Parliament, I question the need for these time limits, with the uncertainty they entail. They reduce the total income of the licensor, by increasing the risk to the licensee. This must discourage licensing – – –.»[15]

[15] Korah, not 11 ovan, s. 113.

5.2.1 Patentavtalets löptid

Den intressanta frågan är vilken giltighetstid parterna kan ge ett patentlicensavtal. Det naturliga svaret vore att det kan gälla under den tid som patentskyddet gäller, vilket Teknikförordningen förefaller att bekräfta. Ingressen stipulerar att undantaget för rena patentlicensavtal gäller under förutsättning av att patentet är i kraft.[16] Denna utgångspunkt preciseras i artikel 1.2:

> *I fråga om rena patentlicensavtal gäller undantaget för de skyldigheter som avses i punkt 1 endast i den mån och så länge som den licensierade produkten skyddas av parallella patent inom de områden som tilldelats licenstagaren (punkterna 1, 2, 7 och 8), licensgivaren (punkt 3) respektive övriga licenstagare (punkt 4–5). Undantaget för den skyldighet som avses i punkt 1.6 gäller för en period på högst fem år räknat från dagen när den licensierade produkten började marknadsföras inom den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna och endast så länge som denna produkt skyddas av parallella patent inom dessa områden.*

Exklusiva patentlicensers giltighetstid. Artikel 1.2 begränsar bara avtalstidens längd såvitt avser de skyldigheter som undantagits i artikel 1.1, dvs. de exklusivitetsrelaterade bestämmelserna. När patenttiden löper ut måste dessa upphöra, vilket innebär att områdesskydden försvinner och parterna kan därefter oinskränkt verka i varandras områden. Likaså försvinner licenstagarens skyldigheter att använda licensgivarens kännetecken och begränsa sin tillverkning till egna behov.

Att avtalet måste modifieras på angivet sätt stämmer med kommissionens inställning till förlängning av samarbetet till följd av förbättringar, vilket behandlas i avsnitt 5.3. Däremot är inte bestämmelsen konstruerad på ett sådant sätt att parternas samverkan behöver upphöra vid denna tidpunkt. Upphör exklusiviteten kan övriga delar i avtalet rulla vidare i ett icke-exklusivt samarbete.

Enkla patentlicensers avtalstid. I Patentförordningens artikel 3.4 svartlistades en skyldighet att betala licensavgift för produkter som inte täcktes av patent. Denna bestämmelse finns inte med i Teknikförordningen, som i stället vitlistar rätten att ta ut licensavgift efter patenttidens utgång för att underlätta för licenstagaren.

[16] Teknikförordningens ingress punkterna 12 och 16.

Logiken i förändringen kan vara att Teknikförordningen bara behandlar exklusiva licensavtal och därför inte täcker ett enkelt licensförhållande oavsett om detta gällt från början eller tillkommit efter patenttidens utgång. Det är dock en tveksam slutsats om artikel 1.5 beaktas.[17] Frågan är hur långt bestämmelsen kan utnyttjas. Förbinder den enkla licensen licenstagaren att betala royalty även efter att avtalet löpt ut ger det honom en konkurrensnackdel jämfört med en obunden tredje man. Om åtagandet tvingats fram som en förutsättning för den ursprungliga licensen är det att jämställa med ett otillåtet kopplingsförbehåll och avtalet borde kunna angripas med stöd av fördragets artikel 85.1. För att komma runt undantaget i artikel 1.5 kan kommissionen bli tvungen att återkalla Teknikförordningens tillämplighet enligt bestämmelserna i artikel 7.

Kravet på parallella patent. Artikel 1.2 förutsätter att det föreligger parallella patent i det område licensavtalet avser och i licensgivarens respektive andra licenstagares område. Rimligen är kravet på parallella patent inte nödvändigt i alla situationer för att en exklusiv licens skall vara acceptabel. En licensgivare som bara har erhållit patent i ett land bör kunna upplåta en exklusiv licens till detta och förbinda sig att inte själv vara verksam i licensområdet. Huruvida han har patent i någon annan del av gemenskapen saknar allt intresse. Någon anledning att anmäla ett sådant avtal finnas knappast – även om förordningen inte uttryckligen ger undantag.

Skyddet för passiv konkurrens. Skyddet mot passiv konkurrens (som behandlats i kapitel 4 ovan) är betydligt mer begränsat och kan upprätthållas i maximalt fem år »räknat från dagen när den licensierade produkten började marknadsföras inom den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna». I Patentförordningen räknades tiden redan från licensgivarens egen första försäljning och förändringen i Teknikförordningen från första licenstagares försäljning kan uppfattas som ett accepterande av att skyddet mot passiv försäljning måste öka.

I förhållande till sitt syfte är dock femårsperioden meningslöst kort. Avsikten är att den skall freda en nyinvesterande licenstagare under den ömtåliga period då ekonomiska investeringar görs som

[17] Teknikförordningens artikel 1.5 stipulerar att »Undantaget enligt punkt 1 gäller även om parterna i ett visst avtal åtar sig sådana skyldigheter som avses där men med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt samma punkt.»

sedan skall bära frukt. I många industrier dröjer det ett par tre år från licenstagarens egen marknadsintroduktion innan investeringarna blir räntabla. Om det dessutom antas att en licensstrategi som täcker hela gemenskapen inte kan genomföras vid ett tillfälle, utan att avtalen förhandlas successivt och att produkterna också når marknaden successivt, kommer den första licenstagaren att vara väl skyddad under hela femårsperioden. Han är å andra sidan inte i särskilt stort behov av skyddet eftersom övriga licenstagare ännu inte kommit igång med sin verksamhet. Den siste licenstagaren däremot, som sannolikt är i mycket stort behov av det passiva skyddet, är den som får ett mycket kort – om överhuvudtaget något – skydd mot parallellaktiviteter från övriga licenstagare. Det hade varit mer naturligt att ge varje licenstagare en skyddstid av fem år från det att denne själv började marknadsföra produkten.

Självfallet hade en sådan lösning inneburit en större inskränkning för gränsöverskridande handel. Detta skall först och främst ställas mot intresset att få igång tekniksamverkan i Europa. Det skall dessutom understrykas att förbudet mot passiv försäljning inte innebär ett absolut områdesskydd eftersom parallellhandlare har möjlighet att köpa marknadsförd produkt i ett land och därefter föra den till annat territorium.

5.2.2 Know-howavtalets löptid

Problemet med know-how är, som tidigare anförts, att det inte bygger på en registrerad och tidsmässigt skyddad immaterialrättighet. Utgångspunkten är i stället att know-how är en tillgång genom att vara en väsentlig och i huvudsak hemlig kunskap. Emellertid har kommissionen ansett det befogat att i Teknikförordningens artikel 1.3 tidsmässigt begränsa know-howlicensavtalets giltighet:

> *I fråga om rena know-howlicensavtal gäller undantaget för de skyldigheter som avses i punkt 1.1–1.5 för en period på högst 10 år räknat från dagen när den licensierade produkten började marknadsföras inom den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna.*
>
> *Undantaget för den skyldighet som avses i punkt 1.6 gäller för en period på högst fem år räknat från dagen när den licensie-*

rade produkten börjar marknadsföras på den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna.

Undantag för de skyldigheter som avses i punkt 1.7 och 1.8 gäller för avtalets hela giltighetstid så länge det know-how som omfattas förblir hemligt och substantiellt.

Undantaget enligt punkt 1 gäller dock endast om parterna i någon lämplig form har identifierat det know-how som ursprungligen meddelades samt de eventuella förbättringar av detta som blir tillgängliga för den ena parten och som meddelas den andra parten i enlighet med avtalsvillkoren och för dess syfte och endast så länge som detta know-how förblir hemligt och substantiellt.

Tioårsperioden. Eftersom det kan vara svårt att bestämma när know-how upphör att vara hemligt tidsbegränsas giltigheten till *tio år från den dag någon licenstagare för första gången marknadsför produkt i gemenskapen.*[18]

På denna punkt har en dramatisk förändring skett för skyddet av teknikavtal. I Know-howförordningen beviljades undantag för exklusivitet i *tio år från tidpunkt första licensavtalet ingåtts i det aktuella landet av licensgivaren*[19], medan licenstagarens skyldighet att inte tillverka och aktivt marknadsföra i andra länder kunde utsträckas till tio år efter licensgivarens första avtal i gemenskapen.[20]

Med den i Teknikförordningen satta tidsgränsen inskränker kommissionen på ett allvarligt sätt möjligheterna att ingå exklusiva know-howavtal. Återigen gäller att skyddstiden kan bli mycket kort

[18] Teknikförordningens ingress punkt 13 och artikel 1.3.
[19] Know-howförordningen, artikel 1.2 stycke 1.
[20] Know-howförordningen, artikel 1.2 stycke 2.

för den siste licenstagaren.[21] Kommissionen har i sin individuella praxis helt klart utgått ifrån att know-howlicensavtal som gäller i tio år är rimliga[22] och till och med accepterat längre avtal.[23]

Det är svårt att tro annat än att kommissionen mycket snabbt måste komma med ett korrigendum på denna punkt, annars kommer gruppundantaget att bli intresselöst och industrin kommer snabbt att sluta använda know-howlicensavtal.

Kommissionen anger i ingressen att längre undantag »särskilt för att skydda kostnadskrävande och riskbetonade investeringar – – – kan meddelas endast genom individuellt beslut».[24] Till dess att förtydliganden sker tvingas företagen begära individuellt undantag för vad som normalt uppfattas som godtagbara avtal.

Enkel licens. Till skillnad från patentlicensiering kan det finnas ett betydligt större intresse från licenstagarens sida att samarbetet fortsätter efter tioårsperioden om know-how fortfarande är hemligt och har ett värde. Förordningen utesluter att fortsatt samverkan är exklusiv, utan samma regler gäller som vid licensiering av patent. Till skillnad från patentlicensen löper licenstagaren risk i know-how-samarbetet att licensgivaren bryter samarbetet efter den inledande perioden och binder licenstagaren med ett förbud att använda know-how och/eller utser annan licenstagare i det licensierade området. Om konkurrensreglerna fungerar till skydd för licenstagaren vid patentlicens blir effekten snarast den motsatta vid know-how-samarbete.

---

[21] Faktum är att kommissionens formulering fanns intagen i 1994 års publicerade utkast: »Förslag 1994», Commission Regulation, (EC), Preliminary draft of 30 September 1994 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements, EGT 1994 C178/3. All diskussion i anledning av detta förslag fokuserades på bestämmelserna om marknadsstyrka så förändringen för know-howlicenser har omärkligt kunnat glida igenom kritikernas granskning. Inskränkningen nämndes inte vid kommissionens hearing i januari 1995, vilket tyder på att mer än en person läst bestämmelsen fel.

[22] EG-kommissionen, beslut 87/100/EEG (*Mitchell Cotts/Sofiltra*), Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111 (10 år); och beslut 88/143/EEG (*Rich Products/Jus-rol*), Jus-Rol Ltd & Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527 (10 år).

[23] EG-kommissionen, beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535, (20 år); och beslut 88/541/EEG (*BBC*), BBC Brown Boveri & NGK Insulators Ltd, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68, [1989] 4 CMLR 610 (15 år).

[24] Teknikförordningens ingress punkt 14.

Femårsperioden. Frånsett denna allvarliga invändning beträffande det »öppna» know-howlicensavtalet stipulerar artikel 3 liksom för patentlicenser att passiv konkurrens bara kan förbjudas under en femårsperiod räknat från när licensprodukten först marknadsfördes i gemenskapen.

Vidare förutsätter artikel 1.3 både i stycke 3 och stycke 4 att know-howavtals giltighet är avhängig av att »know-how som omfattas förblir hemligt och substantiellt». I stycke 4 anges det därutöver att know-how skall »identifieras». Detta tillägg är ytterligare en innovation i jämförelse med Know-howförordningen som det finns anledning att ifrågasätta. Begreppet »know-how» definieras i artikel 10.1 som »en viss mängd teknisk information som är hemlig, substantiell och identifierad i någon lämplig form». Att i artikel 1.3 precisera det särskilt definierade begreppet know-how är i bästa fall verkningslöst. Avvikelsen från definitionen kan dock ha en verklig innebörd genom att klargöra att know-how inte bara skall vara hemligt i avtalsögonblicket utan fortfarande under hela avtalstiden. (Se kommentar ovan i anslutning till avsnitt 5.1.2.)

5.2.3 Blandat know-how och patentlicensavtal

Det är vanligt att ett licensavtal är en blandning av en immaterialrättsupplåtelse i kombination med know-howöverföring. Företagens representanter är inte omedvetna om de svagheter som ligger i att uteslutande förlita sig på patent eftersom dessa kan ifrågasättas och har en begränsad löptid. Likaså är det rena know-howavtalet känsligt därför att know-how kan vara svårt att precisera och än svårare att övervaka – inte minst när det är föremål för licensiering och sprids på många händer. Däremot innebär kombinationen av patentskydd och know-how att respektive svagheter kan reduceras med hjälp av den anknutna rätten och förutsättningarna för att avtalet skall kunna upprätthållas ökar i motsvarande grad.

Det blandade patent- och know-howlicensavtalet avser normalt en idé eller en produkt som täcks av bägge elementen. I *Ottung mot*

Klee[25] gällde licensavtalet två olika kontrollmekanismer, som var användbara i bryggerinäring, där den ena var föremål för patentansökan medan den andra bara täcktes av know-how.[26]

Uppfinnaren, den danske civilingenjören Kai Ottung, upplät en licens i början av 60-talet till ett danskt företag, som i sin tur överlät sin rätt till svarandeparten, som också är ett danskt företag. Licensavtalet föreskrev att royalty skulle utgå på all försäljning så länge samarbetet bestod. När samarbetet upphörde försvann också licenstagarens rätt att tillverka avtalsprodukterna. Efter en avtalsrevision, som måste ha skett på licenstagarens begäran, kunde avtalet uppsägas med viss varsel – men bara av licenstagaren.

Avtalet löpte i cirka 20 år under de europeiska patentens giltighetstid, men när det sista patentet löpt ut upphörde licenstagaren att betala föreskriven royalty utan att säga upp samarbetet trots att produktion fortsatte. Ottung stämde Klee på royaltybetalning under åberopande av avtalet, medan Klee hävdade att royaltybetalningsskyldighet stred mot Romfördragets artikel 85.1. Den danska Søog Handelsret begärde förhandsbesked från EG-domstolen beträffande avtalets förenlighet med artikel 85, eftersom det enligt dansk rätt i övrigt betraktades som giltigt.

Generaladvokatens yttrande gav uttryck för den stränga inställning som kommissionen efterhand utvecklat till licensavtal och menade att ersättning som översteg normal ersättning under avtalstiden stred mot fördragets artikel 85.1. Domstolen intog emellertid en flexiblare och mer kommersiell hållning. Royaltybetalningsskyldigheten i ett blandat patent- och know-howavtal behövde inte nödvändigtvis vara kopplad till patentskyddet. Om, som i detta fall, licenstagaren hade möjlighet att säga upp samarbetet på ett rimligt

[25] EG-domstolen (sjätte kammaren), mål 320/87, Ottung mot Klee & Weilbach A/S och Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915.

[26] Bägge produkterna hade sannolikt också mönsterskyddats, men denna skyddsrätt blev inte utförligt behandlad i målet.

sätt kunde invändning inte riktas mot att licensavtalet sträckte sig över patenttiden.[27]

Däremot kunde enligt domstolen en »post term use ban» vara en otillåten begränsning av konkurrensen.[28] I denna del förefaller domstolen inte att ta hänsyn till eventuellt know-how vilket är förvånande. Om avtalet byggde på ett know-how, som fortfarande var av värde för licenstagaren, skulle ett användningsförbud efter avtalstiden framstå som rimligt. Inte heller tog domstolen hänsyn till att annan immaterialrätt kunde föreligga trots att den danska domstolens frågor indikerade även dessa spörsmål.

Blandade licensavtal berördes i såväl Patent- som Know-howförordningarna och efter EG-domstolens utslag i *Ottung mot Klee* var det väsentligt att dessa avtals ställning blev klarlagda i ett nytt gruppundantag och därför stipulerar artikel 1.4:

> *I fråga om blandade patent- och know-howlicensavtal gäller undantaget för de skyldigheter som avses i punkt 1.1–1.5 för de medlemsstater i vilka den licensierade tekniken skyddas av nödvändiga patent så länge som den licensierade produkten är patentskyddad där, om detta skydds giltighetstid överstiger de perioder som anges i punkt 3.*
>
> *De undantag som avses i punkt 1.6 får inte gälla längre än den femårsperiod som avses i punkterna 2 och 3.*
>
> *Även för dessa avtal gäller emellertid att de kan omfattas av det undantag som avses i punkt 1 endast så länge som patentet är i kraft eller det know-how som omfattas har identifie-*

[27] Mål 320/87, *Ottung mot Klee*, not 25 ovan, punkt [13]: »An obligation to continue to pay royalty after the expiry of a patent can result only from a licensing agreement which either does not grant the licensee the right to terminate the agreement by giving reasonable notice or seeks to restrict the licensee's freedom of action after termination: If that were the case, the agreement might, having regard to its economic and legal context, restrict competition within the meaning of Article 85(1). Where, however, the licensee may freely terminate the agreement by giving reasonable notice, an obligation to pay royalty throughout the validity of the agreement cannot come within the scope of the prohibition contained in Article 85(1).»

[28] Mål 320/87, *Ottung mot Klee*, not 25 ovan, punkt [18]: »A clause in a licensing agreement prohibiting the manufacture and marketing of the product in question after termination of the agreement weakens the licensee's competitive position since it places the licensee at a disadvantage in relation to its competitors, who may freely manufacture the product concerned after the patent has expired. To that extent the clause in question may, depending on the legal and economic context in which the agreement was concluded, restrict competition within the meaning of Article 85(1).»

rats och förblir hemligt och substantiellt, beroende på vilka perioder som är längst.

Exklusiva blandlicensers avtalstid. Blandade avtal skyddas så länge patentskydd föreligger i licenstagarens territorium eller för samma tidsrymd som gäller det rena know-howavtalet, beroende på vilken av de två perioderna som är längst. Genom hänvisningen till know-how i artikel 1.3 inkorporeras också i denna del den osäkerhet som vidlåder det rena know-howavtalet vad avser tioårsperiodens längd. I alla händelser förenar det blandade avtalet de bästa elementen från patent- och know-howreglerna, vilket ger en förmånlig exklusiv avtalsperiod. Efter att patent eller tioårsperiod löpt till ända kan exklusiviteten inte upprätthållas.

Enkla blandlicensers löptid. Under avsnitt 5.2.1 ovan konstaterades att inskränkningar gäller för hur den rena patentlicensen kan rulla vidare i en enkel licens när patenttiden löpt ut. Licensen förlorar sitt värde och royaltyskyldighet kan ge en konkurrensnackdel. Enligt avsnitt 5.2.2 var det mer befogat att låta know-howavtalet löpa vidare eftersom den av kommissionen fastställda tioårsfristen inte förändrade know-hows affärsmässiga värde. Det blandade licensavtalet överensstämmer i denna del med know-howlicensen och bägge parter kan förutses ha intresse av att avtalet löper längre än den stadgade perioden. Kommissionen har i individuella beslut accepterat att den faktiska löptiden kan göras längre.

Parallella patent. Ytterligare ett observandum gäller att den komplicerade hänvisningen till parallella patent i artikel 1.2 inte överförts till det blandade avtalet. Avgörande för att undantaget skall gälla blandade avtal är att skydd antingen föreligger för patent eller know-how. Det understryker det blandade avtalets förmånliga behandling. Parterna kan, i överensstämmelse med bestämmelsens ordalydelse, förhindra aktiviteter i varandras territorier även om det inte finns några parallella patent, om bara know-how uppfyller kraven på hemlighet och substantialitet. Förmodligen är det dessutom så, att kraven på know-how i praktiken inte ställs lika högt i ett blandat avtal som i det rena know-howavtalet.

Beträffande undantaget för passiv försäljning i respektive territorium eller i andra licenstagares territorier är det utformat på samma sätt som för de rena avtalen och behäftas således med de brister som diskuterats för dessa.

5.3 Förlängning av licensavtal

Teknikförordningen begränsar licensavtalets löptid till en existerande immaterialrätt eller likvärdig tidsgräns och bygger inte på parternas kommersiella intressen. Med denna utgångspunkt är det naturligt att förordningen är kylig mot parternas försök att på annat sätt skapa längre samarbetsrelationer. Artikel 1 medger inte förlängning, utan ger snarare intrycket att när den godtagna tidsperioden löpt ut skall avtalet upphöra.

Andra delar av förordningen har dock bestämmelser som verkar i en annan och förlängningsvänligare riktning. Till exempel framgår det av vita listan i artikel 2 att royaltybetalning kan utsträckas över avtalstiden. Definitionen av »den licensierade tekniken» inkluderar förbättringar och kommissionen har i enskilda beslut intagit en välvillig inställning till fortsatt samverkan efter avtalets ordinarie löptid.[29]

Frågan om förbättringars betydelse för samarbetets löptid preciseras i två tämligen anmärkningsvärda – och som det kan förefalla delvis motstridiga – bestämmelser i Teknikförordningen, som det finns anledning att granska och kommentera i detta sammanhang. Den restriktiva bestämmelsen återfinns i den svarta listan i artikel 3.3 medan den positiva bestämmelsen hamnat på ofärgad plats i artikel 8.3.

5.3.1 Förlängning till följd av förbättringar

Patentförordningen[30] stadgade i artikel 3.2 att automatisk förlängning till följd av att nya patent tillfördes samarbetet gjorde att gruppundantaget inte var tillämpligt – – – såvida inte avtalet innehåller en bestämmelse om att båda parter efter utgången av giltighetstiden för de licensierade patent som förelåg när avtalet ingicks har rätt att säga upp avtalet minst en gång om året; denna bestämmelse berör inte licensgivarens rätt att kräva licensavgifter för hela perioden under vilken licenstagaren använder av licensgivaren med-

[29] Se t.ex. beslut 88/541/EEG, *BBC*, not 23 ovan, där kommissionen uttrycker stor förståelse för behovet av en lång skyddstid.

[30] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15.

delat know-how som ännu inte har blivit allmänt tillgängligt, även om denna period sträcker sig utöver patentens giltighetstid.

I samma anda uttryckte Know-howförordningen[31] ett förbud att förlänga avtalet till följd av nya förbättringar i artikel 3.10: – – – såvida inte licenstagaren har rätt att avvisa sådana förbättringar eller vardera parten har rätt att säga upp avtalet vid utgången av den ursprungliga avtalstiden och minst vart tredje år därefter.

Grundtanken var uppenbarligen att kommissionen ville förhindra att det uppstod en låsning som band parterna till varandra mer än vad som var nödvändigt för att uppnå de specifika målen. Licensgivaren skulle få ersättning för sin insats och licenstagaren tillfälle att bygga upp sin kapacitet på en fredad marknad. De båda förordningarna var också i linje med en tämligen restriktiv kommissionspraxis. I december 1975 ansåg kommissionen i *AOIP/Beyrard*[32] en förlängningsklausul falla under förbudet i artikel 85.1[33] och avtalet beviljades inte undantag till följd av denna och en rad andra restriktioner. Inställningen var fortfarande lika kompromisslös tio år senare i *Velcro/Aplix*[34] och ytterligare ett par år senare

[31] Know-howförordningen, se not 8 ovan.

[32] EG-kommissionen, beslut 76/29/EEG (*AOIP/Beyrard*), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14.

[33] *AOIP/Beyrard*, not 32 ovan, punkt [25]: »– – – remain in force for the life of the most recent original or improvement patent – – – Such clause enables the licensor to extend unilaterally and indefinitely the duration of the licensing agreement; – – – the parties are free to agree later – – – to extend the term of the original agreement – – –. But such an extension may not be effected by the unilateral act of one of the parties.»

[34] EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, Velcro SA mot Aplix SA, 12 juli 1985: EGT 1985 L233/22, [1989] 4 CMLR 157.

kunde förbättringssamverkan godtas just därför att avtalsperioden inte påverkades.[35]

I Teknikförordningen har det senare ledet lyfts ur den svartlistade bestämmelsen[36] och i stället placerats i artikel 8.3:

> *Denna förordning gäller även rena patentlicensavtal eller know-howlicensavtal eller blandade avtal vars ursprungliga giltighetstid automatisk förlängs genom att nya förbättringar, patenterade eller ej, som meddelas av licensgivaren inkluderas i avtalet, förutsatt att licenstagaren har rätt att avvisa sådana förbättringar eller vardera parten äger rätt att säga upp avtalet vid utgången av den ursprungliga avtalstiden och minst vart tredje år därefter.*

Principen är således oförändrat densamma, men genom sin placering kan den nu uttryckas positivt. Kommissionen accepterar automatisk förlängning av avtalet om ny teknik tillförs detsamma och det spelar härvid ingen roll om denna teknik är immaterialrättsligt skyddad eller inte. Den negativa inställningen till »ever green-avtal» kvarstår eftersom förutsättningen är att ny teknik skall tillföras för att avtalet skall kunna löpa vidare. Avgörande är alltjämt att en sådan uppgörelse inte förhindrar endera parten att bryta samarbetet.

---

[35] EG-kommissionen, beslut 87/123/EEG (*Boussois/Interpane*), Boussois SA och Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft mbH & Co. KG, 15 december 1986: [1987] EGT L50/30, [1988] 4 CMLR 124, »D. Clauses not falling within Article 85(1)» punkt [22]: »– – – (a) the obligation to communicate improvement – – – given that it is reciprocal and non-exclusive, and that the period of the licence for such improvement is the same as for the original know-how licenced to the licensee. As a result, at the expiry of the contract neither party will be at a disadvantage compared with the other. In particular, there is no danger for Boussois that at the end of the contract it will find itself in the situation of having to stop using the original know-how licensed to it, even by Buossois itself, and which cannot be used without the original know-how, whereas the licensor can continue using both the original know-how and improvement, so that the parties would be unable to renegotiate the contract freely and on equal terms. – – –; Se även beslut 87/100/EEC, *Mitchell Cotts/Sofiltra*, not 22 ovan.

[36] Kommissionen har i Teknikförordningen valt att lyfta bort alla »förbehåll för» klausuler (»without prejudice») ur den svarta listan och företrädesvis placera dem i vita listan. Denna teknik har den fördelen att regelns processuella hantering klarnar. Jfr Lutz, H., Technologie-, Patent- und Know-how-Lizensverträge im EG-Recht, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1996 s. 272. Se vidare kapitel 12 nedan.

Även om den kommersiella utgångspunkten är annorlunda finns det ingen anledning att rikta kritik mot inställningen, som för övrigt stämmer väl med den av EG-domstolen uttryckta uppfattningen i *Ottung mot Klee*.[37] Däremot är klausulens placering i förordningen alldeles överraskande. Är den vit, svart, grå eller blev den helt enkelt över när förbudsbestämmelsen omredigerades och övriga reservationer fördes till artikel 2? Någon bra förklaring till att bestämmelsen hamnat som sista punkt i en klausul, som i övrigt handlar om hur begreppet patent skall förstås (vilket naturligtvis borde varit en del av definitionen i artikel 10 och inte en fristående bestämmelse), är inte lätt att se. Frågeställningen belyses ytterligare i avsnitt 7.3.3 nedan.

Undantag för förlängning till följd av förbättringar är en viktig regel som antingen hör hemma i vita listan, eller, om den anses vara ett undantag från en i övrigt förbjuden konkurrensbegränsning, i artikel 1. Med den nuvarande placeringen uppstår frågan om den föranleder anmälan enligt invändningsförfarandet. Innehållet i bestämmelsen ger inte intryck av att det skulle vara nödvändigt, men sammanhanget talar ett motsatt språk.

5.3.2 Automatisk förlängning – bibehållen exklusivitet

Själva förbudsbestämmelsen från Patent- och Know-howförordningarna kvarstår i Teknikförordningens svarta lista. Skyddsintresset förefaller dock vara annorlunda genom att inte i första hand möjliggöra för licenstagaren att dra sig ur samarbetet, vilket framgår av artikel 3.7:

> *Om licensgivaren är förpliktad, oavsett om detta fastställs i särskilda avtal eller genom automatisk förlängning av den ursprungliga avtalstiden i och med att nya förbättringar inbegripits, att under en period som är längre än den som är tillåten enligt artikel 1.2 och 1.3 inte meddela licenser till andra företag för utnyttjande av den licensierade tekniken inom licensområdet, eller en av parterna åläggs skyldighet att under en period som är längre än vad som är tillåtet enligt artikel 1.2*

[37] Mål 320/87, *Ottung mot Klee*, se not 25 ovan.

och 1.3 eller artikel 1.4 inte utnyttja den licensierade tekniken inom den andra partens eller andra licenstagares områden.

Bestämmelsen tillåter inte att de exklusiva åtaganden som behandlas i artikel 1 upprätthålls efter utgången av tidsfristerna i artikel 1.2–1.4, även om det skulle föreligga förbättringar som motiverar ett förlängt samarbete.

Man kan fråga sig varför kommissionen valt denna stränga linje.

Som framhållits framgår det av ingressen[38] att royaltybetalningsskyldighet kan förlängas till följd av förbättringar. Definitionen av den »licensierade tekniken» i artikel 10.7 innefattar också förbättringar. Eftersom begreppet bl.a. utnyttjas i artikel 1 kunde det med fog antas att en förbättring innebär att undantaget förlängs med den skyddstid som gäller för förbättringen. Likaså framgår det av artikel 2.1.4 att om licenstagaren givit en »grant back»-licens på eventuella förbättringar förutsätts att licensgivaren är skyldig att meddela en förbättringslicens »oavsett om detta åtagande är exklusivt eller inte». Artikel 8.3, slutligen, tillåter uttryckligen förlängning om licenstagaren har en rätt att tacka nej och parterna kan säga upp samarbetet på föreskrivet sätt. Alla dessa bestämmelser står mer eller mindre i konflikt med artikel 3.7.

Motivet till artikel 3.7 torde vara kommissionens allmänna syn på exklusiv samverkan. Trots domstolens uttalanden och i strid med ingressens allmänna formuleringar är kommissionen fortfarande av den uppfattningen att exklusiviteten som sådan innebär en förbjuden konkurrensbegränsning, som kan tolereras under den ursprungliga avtalstiden, men inte längre. Även om samarbetet fortsätter är det kommissionens strävan att bryta exklusiviteten.

Det finns dock anledning att notera den säregna uppdelning som artikel 3.7 innehåller. Enligt bestämmelsens första led kan licensgivaren inte förbjudas att licensiera förbättringar till annan efter den ursprungliga avtalstiden. Detta förbud gäller dock, vilket framgår

[38] Teknikförordningens ingress punkt 14 klargör att: »Undantag enligt artikel 85.3 för längre perioder för områdesskydd i fråga om know-howavtal, särskilt för att skydda kostnadskrävande och riskbetonade investeringar eller om parterna inte var konkurrenter den dag licensen meddelades, kan meddelas endast genom individuellt beslut. Däremot har parterna rätt att förlänga avtalstiden för att utnyttja efterföljande förbättringar och möjliggöra betalning av ytterligare licensavgifter. I sådana fall kan emellertid områdesskydd under ytterligare en period räknad från dagen när licens gavs inom gemenskapen för de hemliga förbättringarna dock medges endast genom individuellt beslut.»

av internreferenserna, bara rena patent- och know-howlicenser, men däremot inte blandade licensavtal. En ordagrann tolkning av bestämmelsen innebär därför att licensgivaren i det blandade licensavtalet kan upplåta en exklusiv förbättringslicens även efter ordinarie avtalstid. Parterna kan hävda att sådan upplåtelse omfattas av gruppundantaget eller i vart fall att den inte behandlas i förordningen, vilket skulle kunna föranleda en anmälan enligt invändningsförfarandet i artikel 4.

Logiken bakom en sådan uppdelning är inte självklar. Den har dock stöd av att det andra ledet i artikel 3.7 uttryckligen svartlistar förbud att använda den licensierade tekniken i den andra partens territorium efter avtalstiden. Här hänvisas till såväl rena som blandade avtal.

Kommissionens inställning till hantering av förbättringar är av stor betydelse för hur industriella parter väljer att utforma sina avtal. Den bristande logiken i artikel 3.7 ger anledning att fråga om kommissionen verkligen övervägt de reella konsekvenserna av bestämmelsen. I det rena patentlicensavtalet leder bestämmelsen till att licenstagaren efter den ordinarie tiden är fri att exploatera den licensierade tekniken både i och utanför sitt tilldelade territorium. Saken ställer sig däremot i ett annat läge beträffande rena know-howlicenser och blandade licensavtal. I dessa avtalsrelationer kan licensgivaren med stöd av bestämmelserna i artikel 2.1 och 2.3 komplettera avtalet med sekretessförpliktelse och användningsförbud som gäller efter den överenskomna avtalstiden.

Som en konsekvens av artikel 3.7 kommer en patentlicensgivare rimligen att avstå från att meddela licenser på förbättringar och även att överväga att bryta avtalet i god tid innan det löper ut för att tillförsäkra sig kontroll över den fortsatta exploateringen och hålla licenstagaren borta från marknaden under en övergångstid. Know-howlicensgivaren och även licensgivaren i det blandade avtalet kan resonera mer offensivt. Han kan både meddela förbättringslicenser och låta avtalet löpa den tillåtna avtalstiden för att därefter bryta avtalet och med stöd av sekretessbestämmelse och användningsförbud hindra licenstagarens vidare utnyttjande av den licensierade tekniken och eventuella förbättringar.

Med kommissionens upplägg minskar licenstagares möjligheter att tjäna in gjorda investeringar och därmed också intresset för licenssamverkan i direkt strid med den övergipande allmänna mål-

sättningen. Önskar parterna förlänga det exklusiva samarbetet tvingas de anmäla avtalet för individuellt undantag. Att detta i sin tur är svårt att förena med förordningens artikel 8.3 diskuteras vidare i avsnitt 7.3.3.

Del III. Licensavtal – fri konkurrens

Konkurrenspolitik efter integrationsaspekter

I gemenskapspraxis värderas exklusiva licensavtal först i förhållande till kravet på »fria varurörelser». Efter frihandelsaspekterna följer en »konkurrensrättslig» bedömning av utvalda bestämmelser i ett licensavtal som kan omfattas av förbudet i artikel 85.1, men som i regel uppfyller villkoren i artikel 85.3.[1]

Teknikförordningens sex bestämmelser gäller utan hänsyn till inblandade parters omsättningsvolymer, marknadsandelar och vilka effekter de konkurrensbegränsande aktiviteterna har. Redan härigenom begränsas gruppundantagets betydelse som styrmedel för en effektiv konkurrenspolitik eftersom en konkurrensbegränsning måste

[1] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, [1996] EGT L31/2, [1996] 4 CMLR 405, ingressen punkt 5, som tillägger på ett inte alldeles klart sätt: »Dessa definitioner (vilket enligt förf. torde syfta på preciseringar av vad man menar med giltiga patent och giltigt know-how) syftar endast till att säkerställa att licensieringen av know-how eller beviljandet av patentlicens berättigar till ett gruppundantag för konkurrensbegränsande skyldigheter. Detta påverkar inte parternas rätt att ta in bestämmelser om andra kontraktsskyldigheter, såsom skyldigheten att betala licensavgifter, även om gruppundantaget inte längre är tillämpligt.» Hur man än vrider och vänder på dessa båda meningar är det svårt att ge dem en klok innebörd. Att Teknikförordningen bara är tillämplig om definitionerna uppfyllts förefaller rimligt. Dessutom kan parterna ta in andra bestämmelser i sina avtal än dem som nämns i förordningen (och som inte anses konkurrensbegränsande) och förordningen förblir tillämplig, vilket skulle bekräfta att artikel 2 bara exemplifierar på sätt som ingressen klargör i punkt 18. Sådana klausuler kan också tas in i licensavtal på vilka förordningen inte är tillämplig – t.ex. för att de inte innehåller några konkurrensbegränsningar av det slag som anges i artikel 1. Ett sådant påpekande är trivialt.

bedömas i sitt ekonomiska sammanhang för att den verkliga effekten skall kunna avläsas.[2] Kommissionen är medveten om bristen, men har tvingats överge tanken på nivåbestämmande marknadsandelar och har inte i licenssammanhang infört regler kopplade till parternas omsättning.[3] Däremot innehåller Teknikförordningen anvisningar för särskild granskning om licensavtalets parter är konkurrenter.[4]

Teknikförordningen är därför ett tämligen trubbigt instrument för att upprätthålla en särskild konkurrenspolitik för licensavtal. Vissa godtagna bestämmelser har kommissionen haft invändningar mot vid en individuell bedömning, medan andra åter faller under en sträng bedömning i förordningen samtidigt som de bedöms mildare i det individuella fallet.

[2] EG-domstolen (sjätte kammaren), mål 320/87, Ottung mot Klee & Weilbach A/S och Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915, punkt [9]: »However, it is for the national court to verify, having regard to the relevant information at its disposal, in particular the position occupied by the undertakings concerned in the market for the products at issue, whether the licensing agreement is liable to appreciably affect trade between Member-States» och EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89, Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334, punkt [23] »– – – For the purpose of applying Article 86, the circumstances surrounding the acquisition, and in particular its effects on the structure of competition in the relevant market, must be taken into account. This interpretation is borne out by the case law of the Court of Justice, in which the concept of abuse is defined as an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.»

[3] Se Lidgard, H.H., EU-gruppundantag med förhinder, SvJT 1995 s. 793–819.

[4] Utvecklingen i gemenskapen skiljer sig på ett betydelsefullt sätt från senare tids förändringar i USA. Från att tidigare ha anlagt ett restriktivt perspektiv på tillåtligheten av olika typer av konkurrensbegränsningar har de amerikanska myndigheterna i sina senare guidelines fört ett mer övergripande resonemang. Licenssamverkan anses i grunden positiv och träffas sällan av *»per se»*-förbud. US Department of Justice skjuter in sin granskning på licensförhållanden som får effekter även för andra produkter än de som omfattas av licensen när licensavtalet leder till att konkurrenter utestängs eller att konkurrensen på den relevanta marknaden sätts ur spel. Bedömningen har en *»rule-of-reason»*-karaktär och utgår ifrån sådana ekonomiska parametrar som hög koncentration, låg elasticitet och hinder för marknadstillträde. Vidare granskas i det rent vertikala samarbetet om avtalet har en utestängande effekt eller leder till kostnadsökningar. De konstaterade begränsningarna vägs avslutningsvis mot avtalets positiva konsekvenser.

I denna avdelning behandlas de olika bestämmelser som i första hand motiveras av omsorg om den fria konkurrensen. Bestämmelserna har grupperats så att i kapitel 6 diskuteras de avtalsklausuler som begränsar licensens utnyttjande. I kapitel 7 behandlas bestämmelser som värnar om att slutprodukten blir bra och konkurrenskraftig. Därefter analyseras i kapitel 8 de regler som styr parternas marknadssamverkan och avslutningsvis berörs i kapitel 9 bestämmelser som syftar till att skydda den licensierade tekniken.

6. Begränsningar för licensens utnyttjande

(användningsområde, kunduppdelning, kvantitet och underlicens)

Inledning 169
6.1 Begränsning av utnyttjandet 170
6.1.1 Användningsområde 171
Delta Chemie 172
Artikel 2.1.8 173
6.1.2 Kunduppdelning 176
Artikel 3.4 178
Windsurfing 179
6.2 Begränsning av kvantitet 180
6.2.1 Minsta kvantitet 181
Artikel 2.1.9 181
Delimitis 182
6.2.2 Licens för eget behov 182
Artikel 1.8 182
6.2.3 Kvantitetsbegränsningar 183
Artikel 3.5 183
6.3 Begränsningar av relationer till tredje man 184
6.3.1 Underlicenser 185
Burroughs AG and Ets. Delplanque 185
Suralmo 186
Artikel 2.1.2 187
6.3.2 Anläggningsverksamhet för tredje mans räkning 187
Artikel 2.1.12 187
6.3.3 Reservkapacitet 187
Artikel 2.1.13 188

Inledning

Det ligger ofta i licensgivarens intresse att ge tydliga anvisningar om hur den licensierade tekniken får utnyttjas av licenstagaren, inte minst när verksamheten kan påverka licensgivarens egna aktiviteter. Intresset kan vara styrt av att säkra att den licensierade tekniken utnyttjas av kompetenta företag, att licensproduktens image och anseende befästs, eller rätt och slätt att förhindra att marknaden översvämmas av licenstagarens produkter och därmed påverkar prisbilden för licensgivaren och andra licenstagare.

Licensgivaren kan få kontroll över licenstagaren genom att styra och begränsa hur denne får utnyttja sin licens. Så länge restriktionerna ligger inom ramen för den underliggande skyddsrätten är ett sådant agerande i allmänhet acceptabelt. Svårigheten är dock även i detta sammanhang att fastställa vad som faller inom ramen för ett skydd.

Kommissionen har i sina licensanknutna gruppundantag gjort en uppdelning mellan användningsrestriktioner och kunduppdelning. Innebörden av och skälen för denna uppdelning är dock inte tydliga. En koppling finns till synen på vertikal och horisontell samverkan, vars relevans dock kan diskuteras. Genom Teknikförordningen har situationen förbättrats, men otydligheter hänger fortfarande kvar som gör det svårt att finna en vettig handlingslinje.

Ytterligare en form av styrning ligger i att kontrollera de kvantiteter licenstagaren kan producera med den licensierade tekniken. För att uppnå lönsamhet kan licensgivaren vilja föreskriva en minsta kvantitet, men för att undvika konkurrens från licenstagaren kan licensgivaren å andra sidan vilja föreskriva en högsta kvantitet. Inte minst det senare kan vara känsligt ur en konkurrensaspekt.

En tredje styrform ligger i att kontrollera och begränsa hur licenstagaren i sin tur använder den licensierade tekniken i förhållande till tredje man. Klart är att licensen ger rätt att producera och sälja produkter, men finns det några konkurrensrättsliga invändningar mot att licenstagaren i sin tur upplåter underlicenser, bygger anläggningar och liknande?

I det följande behandlas inledningsvis begränsningar av användningsområde och kundindelning, därefter behandlas kvantitativa begränsningar i licensförhållanden. Kapitlet avslutas med ett avsnitt

om licensgivarens möjligheter att påverka hur licenstagaren förmedlar tekniken till tredje man.

6.1 Begränsning av utnyttjandet

Med värdefullt och hemligt know-how eller ett vältäckande patent är det möjligt att välja strategi för hur en teknik skall exploateras. Rättsinnehavaren kan geografiskt avancera steg för steg och har tekniken flera användningsområden kan de betas av successivt. Några konkurrensanvisningar om hur företaget måste agera finns inte.

Situationen blir känsligare när företaget väljer att samverka med annat företag genom licens. Principiellt borde strategivalet inte påverkas av om en rättsinnehavare väljer egenetableringsalternativet eller samverkansalternativet.[5] Om något innebär samverkan att möjligheterna till konkurrens på marknaden ökar om samarbete etableras på armlängds avstånd mellan fristående företag som inte är aktuella eller potentiella konkurrenter. I praktiken fungerar lagstiftningen inte på detta neutrala sätt, utan ger ett verktyg för att kontrollera att företaget inte agerar utanför tillåtna ramar eller utnyttjar skyddet för att skaffa sig otillbörliga fördelar.

Avgörande för licensgivarens möjligheter att genom uppdelning och avgränsning fördela sina rättigheter är huruvida åtgärden kan anses falla inom ramen för det aktuella skyddet. Av intresse är att granska hur gemenskapsrätten ställer sig till en uppdelning som reflekterar en tekniks olika användningsområden – »fields of use» – respektive uppdelning som tar hänsyn till olika potentiella kundstrukturer–kundindelning. Regler som täcker de båda företeelserna har funnits med sedan tillkomsten av Patentförordningen i mitten på 80-talet, medan däremot praxis som utvecklar och beskriver gemenskapsuppfattningen är i det närmaste obefintlig.

[5] Se EG-kommissionens, beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535. I detta beslut motiveras kommissionen inställning till flera klausuler med att utan den ena eller andra begränsningen skulle licensgivaren inte inlåta sig på licensen, vilket skulle vara till skada för den industriella utvecklingen.

6.1.1 Användningsområde

En begränsning av användningsområde eller en »field of use-restriction»[6] är i avtalssammanhang inte en uppräkning av områden inom vilka licenstagaren inte får använda tekniken, vilket i de flesta fall svårligen låtit sig göras, utan en precisering av ett bestämt område inom vilket tekniken kan utnyttjas. Denna uppdelning av användningsområden aktualiseras när en teknik har flera olika applikationer och en separering kan skapa incitament att göra satsningar. Uppdelningen kan vara särskilt användbar om applikationerna har olika förutsättningar och det är viktigt att licensgivaren kan differentiera ekonomiskt mellan dem för att skapa marknadsförutsättningar för båda. Ett konkurrensutsatt område kan kräva en lägre royaltynivå än ett område som behärskas helt med stöd av ett brett patent. Utan en uppdelning av användningsområdet skulle licensgivaren sannolikt ofta avstå från att exploatera det konkurrensutsatta området för att undvika att sådan verksamhet »kannibaliserade» på det lönsamma.

Likaså är användningsindelning en lösning när licensgivaren vill reservera ett område för sig själv, men kan överväga att släppa andra områden till fristående licenstagare. Utan denna möjlighet skulle licensgivaren inte riskera konkurrens från egen licenstagare.

Dessa exempel visar att uppdelning av användningsområdet faktiskt bidrar till ökat utbud och ökad konkurrens i förhållande till att ingen verksamhet äger rum vid sidan av huvudalternativet och att det normalt inte bör finnas invändningar mot denna typ av uppdelning.[7] Någon rättspraxis som på ett entydigt sätt behandlar begränsningar av användningsområde finns inte i gemenskapsrätten.

---

[6] »Field of use» förefaller att vara ett vanligt begrepp i svenskt licenstekniskt språkbruk för användningsområdesbegränsningar (30 bokstäver), som är ett på många sätt ganska otympligt begrepp.

[7] Se Meyers, T.C., Field of Use Restrictions as Procompetitive Elements in Patent and Know-how Licensing Agreements in the United States and the European Communities, Northwestern Journal of International Law & Business 1991 s. 364–389, som innehåller en utmärkt genomgång av ekonomiska aspekter på field of use-bestämmelser. Meyers slutsats är att den rena användningsområdesbegränsningen är konkurrensfrämjande och att det saknas anledning att ingripa mot den. Jfr dock Adelman, M.J., och Juenger, F.K., Patent-Antitrust: Patent Dynamics and Field of Use Licensing, 50 N.Y.U. L.Rev. 273 (1975), som menade att det fanns anledning att ha en nyanserad inställning.

I *Delta Chemie*[8] erhöll DDD efter en inledande distributionsperiod en exklusiv licens under Delta Chemies know-how att tillverka och sälja fläckborttagningsmedel i Storbritannien under tyskarnas varumärke. Licensen täckte många allmänt förekommande klausuler i en licenssamverkan och däribland ett sekretessåtagande som begränsade användningen av know-how till de licensierade produkterna. Kommissionen konstaterade att denna begränsning var en del av den rätt som följde med skyddsrätten och att invändningar inte kunde riktas mot hur den utnyttjades av rättsinnehavaren.[9]

På samma sätt godtog kommissionen i *Jus-rol*[10] att licenstagaren bara fick använda know-how för att tillverka avtalsprodukten. Det kan diskuteras om *Delta Chemie* och *Jus-rol* är uttryck för begränsningar av användningsområdet eller kanske snarare är att jämställa med förbudet i en välavvägd sekretessklausul att använda kunskapen utanför ett definierat område.

Såväl Patentförordningen[11] som Know-howförordningen[12] godtog begränsningar av tekniskt användningsområde för det licensierade patentet eller tekniken. Know-howförordningen tillade »eller till en eller flera produktmarknader» och utvecklade i ingressen att begränsningar av användningsområde inte är konkurrensbegränsande eftersom licensgivaren kan anses ha rätt överlåta sitt know-how endast för ett begränsat ändamål.[13] Detta uttalande överensstämmer med »inherency»-doktrinen, som utvecklades av den amerikanska Högsta Domstolen i rättsfallet General Talking Pictures mot Western Electric Co.[14] I denna i licenssammanhang klassiska dom klargjorde domstolen att en »field of use»-bestämmelse föll inom ramen för ett patentskydd och att det ligger i (»inherent in»)

[8] Beslut 88/563/EEG, *Delta Chemie*, not 5 ovan.

[9] Beslut 88/563/EEG, *Delta Chemie*, not 5 ovan, punkt [31]: »– – – because it constitutes the corollary to the acknowledged right of the licensor to dispose freely of his know-how and, as a result, to limit its use by third parties solely to the manufacture of the licensed products. If this was not the case the holder of the right might be deprived of a more or less important part of the receipts from his know-how.»

[10] EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG (*Rich Products/Jus-rol*), Jus-Rol Ltd & Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527.

[11] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15, artikel 2.1.3.

[12] »Know-howförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1, artikel 2.1.8.

[13] Know-howförordningen, not 12 ovan, ingressen punkt 16.

[14] 304 U.S. 175 (1937).

själva skyddsrätten att innehavaren av ett patentskydd kan utöva detta på det sätt han finner lämpligt.[15] Know-howförordningens ingress underströk dock att begränsningen inte får utgöra »en förtäckt form av kunduppdelning».

Teknikförordningen bekräftar att avtalets tillämpning kan inskränkas till ett eller flera tekniska användningsområden eller olika produktmarknader utan att konkurrensreglerna träder i funktion. Artikel 2.1.8 stadgar:

> *Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sitt utnyttjande av den licensierade tekniken till ett eller flera tekniska användningsområden som omfattas av den licensierade tekniken eller till en eller flera produktmarknader.*

Teknikförordningen har i denna del tagit över formuleringarna från Know-howförordningen och avviker framför allt genom tillägget »eller till en eller flera produktmarknader» från Patentförordningen.

Teknikförordningens ingress ger inget stöd för att tolka bestämmelsen. Begreppet den »licensierade tekniken» har definierats i artikel 10 till den teknik som fanns när samarbetet inleddes och eventuella förbättringar. Däremot har inte »användningsområde», »tekniskt användningsområde» eller »produktmarknad» blivit föremål för närmare precisering eller ytterligare förklaring i Teknikförordningen.

Användningsområde – produktmarknad. Begreppen är svåra att hantera. Ett patent eller en hemlig teknik kan ha olika användningsområden och vara möjligt att utnyttja på olika produktmarknader. Till exempel kan en läkemedelssubstans vara användbar inom såväl humanmedicin som veterinärmedicin, som är olika användningsområden/produktmarknader sett ur marknadsförarens men också ur avnämarens synvinkel. Sett från tillverkarens utgångspunkt kan det te sig annorlunda eftersom det kan vara samma teknik som kommer till användning vid båda applikationerna. Inom respektive grupp kan sub-grupper identifieras. Sålunda kan en aktiv kemisk substans fungera mot såväl mentala störningar som urininkontinens. Dessa

[15] Se Adelman & Juenger, not 7 ovan s. 281 ff. Författarna argumenterar dock för att det är hög tid att revidera inställningen till »inherency»-konceptet. Argumenten förefaller dock kopplade till en teoretisk amerikansk diskussion snarare än europeisk praktisk verklighet.

bägge applikationer bör var olika användningsområden för läkare/slutkonsument och därmed blir de olika produktmarknader för tillverkaren/marknadsföraren även om produktion och marknadsföring skulle ha kunnat samordnas på ett långtgående sätt. För att driva temat till sin spets kan sub-grupperna i sin tur delas in och ytterligare dimensioner uppstår när den aktiva substansen läggs i olika galeniska beredningsformer, t.ex. plåster, tabletter, lösningar och motsvarande. Här kan skillnaderna bli högst betydande för såväl tillverkare som slutkonsument även om ett plåster och en tablett är avsedda att användas vid samma tillstånd.

Frågan är var gränser skall dras och från vems utgångspunkt det avgörs om en produkt har olika användningsområden/produktmarknader. Eftersom Teknikförordningen inte lämnar några anvisningar och rättspraxis inte ger någon vägledning ligger det närmast till hands att olika användningsområden och produktmarknader avgörs utifrån köparen/konsumentens utgångspunkt och inte av om olika tillverkningstekniker kommer till användning. Ett sådant resonemang överensstämmer med hur den relevanta produktmarknaden preciseras i andra sammanhang. En uppdelning som tar hänsyn till konsumenters och avnämares valmöjligheter skulle leda till att en uppdelning mellan human- och veterinärmedicin vore möjlig. Likaså skulle en uppdelning mellan olika sjukdomstillstånd vara olika användningsområden och produktmarknader medan en uppdelning som uteslutande baseras på den använda tekniken vore tveksam.

Tekniskt användningsområde. Mot detta resonemang talar dock att artikel 2.1.8 behandlar »tekniska» användningsområden. Tillägget ger en antydan om att det skall finnas en koppling mellan den utnyttjade tekniken och dess användning.[16] Denna är dock inte enkel att se. I det medicinska exemplet uppkommer de tekniska skillnaderna kanske först i den sista fasen när olika beredningsformer aktualiseras. Att tillägget skulle utesluta de två första leden som olika användningsområden, men däremot låta uppdelningen gå vid det tredje, saknar logik och strider med andra konkurrensrättsliga över-

[16] Jfr Mayers, not 7 ovan, s. 380: »– – – even more unclear is the meaning of the phrase 'technical fields of application', as used in the Patent Regulation (samma fras används även i Know-how- och Teknikförordningarna – förf. anm.). It may be that since the exemption does not apply to exclusive product markets, it was the intention of the Commission that 'one or more technical fields' should refer to qualitative different uses of the invention in substantially non-overlapping markets.»

väganden.[17] Det förefaller mindre sannolikt att ordet »tekniska» kan ändra innebörden av begreppet användningsområden.

Produktmarknad. Bestämmelsen täcker också begränsningar som relaterar till »en eller flera produktmarknader.» Inte heller detta tillägg kan betraktas som självklart och används inte som ett självständigt begrepp i annat konkurrenssammanhang. I artikel 86 och Fusionsförordningen används den »relevanta produktmarknaden» för att dela upp produkter med hänsyn till konsumentens substitutionsmöjligheter.[18]

För att fortsätta exemplifieringen från läkemedelsområdet skulle en licens till ett patenterat läkemedelsplåster begränsat till nikotin vara ett separat tekniskt användningsområde. Licensgivaren kan förbehålla sig rätten att använda sitt patentskyddade plåster för andra typer av substanser. Begränsas licensen till nikotinplåster för rökavvänjning blir det däremot en fråga om att avgränsa produkten för en specifik marknad – en produkt riktad till folk som vill sluta röka (möjligen även folk som vill begränsa sitt rökande). En sådan avgränsning till en specifik produktmarknad skulle således också kunna vara acceptabel och licensgivaren skulle med det upplägget förbehålla sig rätten att på annat sätt kommersialisera nikotinplåster som medel vid bantning eller mentala sjukdomar, om dessa vore möjliga applikationer.

Slutsatsen av det förda resonemanget blir att artikel 2.1.8 avser olika kommersiellt livskraftiga användningsområden och att frågan om de är olika avgörs utifrån avnämarens utgångspunkt och behov. En sådan tolkning innebär egentligen att inskränkningen genom begreppet »tekniska» användningsområden och utvidgningen genom tillägget produktmarknad i sak inte tillför begreppet »användningsområde» något, utan snarare neutraliserar varandra. Begränsningen

[17] Korah, V., Know-how Licensing Agreements and the EEC Competition Rules: Regulation 556/89, ESC Publishing, Oxford 1989, s. 156: »Since 'technical field of application' is not a term of art and there is as yet no case law, it will continue to be impossible to advise firmly whether particular clauses fall into the white or black list.»

[18] Möjligen är det detta resonemang som ligger bakom 1989 års tillägg till Know-howförordningen och som nu återkommer i Teknikförordningen. Tillägget kan ses som en balans mot begreppet »tekniska användningsområden» vilket därmed avser olika tillverkningstekniker och uppdelningen ses utifrån tillverkarens utgångspunkt medan begreppet »produktmarknader» tar sikte på hur marknaden/konsumenterna uppfattar situationen.

måste falla inom ramen för det aktuella patentskyddet eller innefattas i hemligt know-how. En jämförelse med amerikanska förhållanden stöder en sådan tolkning.[19]

Oavsett hur man ser på de preciseringar som skett i artikel 2.1.8 och om de verkligen tillför begreppet »användningsområde» ett förtydligande eller inte är det avgörande att en sådan uppdelning är tillåten och normalt inte föranleder konkurrensinvändningar.

6.1.2 Kunduppdelning

I det praktiska livet är skillnaden mellan användningsbegränsning och kunduppdelning inte avgörande. Anta att licensavtalet för det tidigare diskuterade nikotinplåstret, i stället för att hänvisa till sådana produktområden som rökavvänjning respektive Alzheimers sjukdom, angav att den ena parten skulle vända sig till allmänpraktiserande läkare (som underförstått arbetar med rökrelaterade problem), medan den andre skulle koncentrera sig på sjukhusetablerade specialister (som underförstått sysslar med olika demenssjukdomar). Risken skulle då genast uppstå att avtalet betraktades som kunduppdelande snarare än produktområdesindelande. Vid avtalsskrivande är det inte alltför komplicerat att vrida en klausul så att den får den ena eller andra önskade karaktären – vilket inte bör vara avgörande för hur bestämmelsen konkurrensmässigt hanteras. Som i andra sammanhang är det viktigt att de verkliga effekterna fastställs.

I ingressen[20] till Know-howförordningen angav kommissionen lakoniskt att »field of use» inte är konkurrensbegränsande »eftersom licensgivaren kan anses ha rätt att överlåta ifrågavarande know-how endast för ett begränsat ändamål. En sådan begränsning

[19] Någon lagstadgad eller annars klart preciserad definition av begreppet »field of use» förefaller inte finnas enligt amerikansk rätt. Adelman & Junger, not 7 ovan, sammanfattar: »A field of use licence restricts a licensee's use of the patent to one or more types of economic activity and thus limits competition with the patentee or other licensees. Such a licence – which may be exclusive or nonexclusive – might confine the exploitation of a patented process or of a product patent to one or more specific products, require the licensee to sell patented products to a specific customer or class of customers, or limit the sale of unpatented products made by a patented process to particular customers for limited uses.» Som framgår av denna redogörelse görs ingen koppling till speciell teknik. Det är också noterbart att amerikansk inställning inte gör någon uppdelning mellan field of use och customer restrictions.

[20] Know-howförordningens ingress punkt 16.

får dock inte utgöra en förtäckt form av kunduppdelning.» Den senare formen av uppdelning ansågs utan förklaring omöjliggöra förordningens tillämplighet.[21] Inskränkningen gäller dock inte när licensen bara avser att ge en kund tillgång till en andra inköpskälla, vilket utvecklas i avsnitt 6.3 nedan.

Patentförordningens ingress[22] angav att vissa begränsningar föll under förbudet i artikel 85.1, bl.a. »begränsningar som åläggs parterna beträffande priser, kunder eller marknadsföring av de licensierade produkterna – – – särskilt eftersom begränsningar av sistnämnda slag kan ha samma verkan som exportförbud». Att kunduppdelning skulle riskera samhandeln upprepas inte i Know-howförordningen och antyds inte heller i Teknikförordningen, utan exportförbudsskäl föreligger bara beträffande kvantitativa begränsningar.[23]

Trots att förklaringar saknas[24] har kommissionen alltid gjort stor skillnad mellan den vitlistade användningsbegränsningen och den svartlistade kunduppdelningen. De äldre förordningarna har kritiserats eftersom uppdelningen i användningsområde respektive begränsning av kunder inte ansetts relevanta ur konkurrenssynpunkt. Fokus borde i stället inriktas på om avtalet har en konkurrensbegränsande horisontell eller en mer harmlös vertikal karaktär.[25]

[21] Know-howförordningens ingress punkt 18.

[22] Patentförordningens ingress punkt 23.

[23] Know-howförordningens ingress punkt 19 och Teknikförordningens ingress punkt 24.

[24] Skälet till att områdesindelning tillåts är enligt ingressen att åtgärden faller under det speciella skyddet, medan uppdelningen av kundkategorier då underförstått anses vara ett avtalsstyrt förfarande. Synsättet är knappast invändningsfritt och gränsdragningsproblemen blir ofta svåra.

[25] Se Korah, not 17 ovan, s. 157: »The problem could have been avoided if the Commission had distinguished more firmly between horizontal and vertical agreements – – – It would then blacklist the clause only if the parties were competitors or, possibly, potential competitors.» Mayers, not 7 ovan, s. 379, som är påtagligt influerad av Korah: »Exactly where the Commission intends to draw the line between a valid field of use-restriction and an invalid customer allocation is unclear. Any licence that restricts fields will, *de facto*, divide customers.» Mayers, s. 382, hänvisar också till att amerikansk rätt inte förefaller att göra en uppdelning. Continental T.V. mot GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977) och White Motor Co. mot United States, 372 U.S. 253 (1963).

Mellan konkurrenter. Det förefaller som om kommissionen i Teknikförordningen tagit till sig kritiken när den formulerat Teknikförordningens artikel 3.4. Den stora förändringen i förhållande till Know-howförordningen[26] ligger i att förbudet mot kunduppdelning begränsas till förhållanden mellan konkurrenter. Detta har åstadkommits genom följande tillägg till texten: »Om parterna redan innan licensen meddelades var konkurrerande tillverkare – – – inom ett och samma tillämpningsområde – – – i syfte att dela upp kundkretsen – – –.»

Tilläggen fanns inte i 1994 års förslag till förordning[27] men förebådades av Guttuso, som inom kommissionen har varit ansvarig för arbetet med Teknikförordningen.[28] Förändringarna ger bestämmelsen en helt ny karaktär och täcker bara kunduppdelning i en horisontell relation mellan konkurrenter, vilka ingår licensavtal i syfte att dela upp kundkretsen. Med dessa förändringar täcks förfaranden som mycket påtagligt kan ha en konkurrensbegränsande verkan och där det är motiverat att förordningen inte är tillämplig. Överensstämmelse nås därmed också med amerikansk rättspraxis.

Kommissionens tillägg i Teknikförordningen är betydelsefulla och det går inte längre att läsa förordningen så att användningsuppdelning är tillåten och kunduppdelning förbjuden. Resultatet är snarare att vertikala begränsningar i allmänhet inte träffas av förbudet, medan horisontella överenskommelser mellan konkurrenter ifrågasätts. Med de nya formuleringarna tillmötesgår kommissionen tidigare kritiska aspekter.

Vertikal kunduppdelning. Trots förändringarna fortsätter kommissionen att särbehandla kunduppdelning i vertikala förhållanden genom att inte vitlista förfarandet i artikel 2. Detta får till effekt att sådan överenskommelse som träffas mellan icke-konkurrenter måste anmälas enligt invändningsförfarandet i artikel 4, vilket också uttryckligen framgår av ingressen.[29]

---

[26] Know-howförordningen, artikel 3.6.

[27] »Förslag 1994», Commission Regulation (EC) Preliminary draft of 30 September 1994 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements, [1994] EGT C178/3.

[28] Guttuso, S., Technology Transfer Agreements, manuskript s. 19, Fordham, October 1994.

[29] Se Teknikförordningens ingress punkt 23, som klart uttalar att invändningsförfarandet är tillämpligt.

Ett visst stöd för inställningen att vertikala avtal kan vara konkurrensbegränsande kan hämtas i det enda rättsliga utslag som har någon koppling till kunduppdelning. I *Windsurfing* fick licenstagarna inte sälja seglet utan surfbräda, vilket uppfattades som ett otillåtet kvalitetsförbehåll som inte täcktes av Windsurfings tyska patentskydd och därmed föll utanför Patentförordningen.[30] Förfarandet kunde också ses som ett otillåtet omvänt kopplingsförbehåll, som var förbjudet av samma skäl.[31] Venit[32] understryker att kopplingen inte är av det traditionella slaget, utan jämställer begränsningen med en kunduppdelning eftersom Windsurfings verkliga syfte var att kontrollera distributionen av sina produkter och tvinga fram leveransvägran av seglet till företag som tillverkade konkurrerande surfbrädor. EG-domen medför att dessa företag, som inte kunnat förhandla sig till licensavtal med Windsurfing, har legitima krav på att erhålla leverans från Windsurfings licenstagare och att de därigenom kunde kringgå Windsurfings ovilja att skapa direktrelationer.[33]

Resultatet av analysen blir att *Windsurfing* i denna del kan ses som en form av kunduppdelning som anses förbjuden också i ett vertikalt förhållande där licensgivaren försöker styra hur produkten skall distribueras vidare. Licensgivaren görs ansvarig för upplägget,

[30] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 (*Windsurfing*), Windsurfing International Inc. mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489, punkt [53]. Kommissionens beslut Decca Navigator System, 89/113/EEG, 21 december 1988: EGT 1989 L43/27, [1990] 4 CMLR 627 berör också en kunduppdelning för navigationsinstrument mellan kommersiella båtar och fritidsbåtar. Eftersom partena var tillverkare av instrumenten hade avtalen en horisontell karaktär. Förfarandet bedömdes som förbjudet och undantag meddelades ej. Böter utdömdes dock inte på grund av de speciella omständigheterna i ärendet.

[31] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 30 ovan, punkt [57]: »– – – the patent must be regarded as confined to the rig. That being the case, it cannot be accepted that the obligation arbitrarily placed on the licensee only to sell the patented product in conjunction with a product outside the scope of the patent is indispensable to the exploitation of the patent.»

[32] Venit, J.S., In the wake of Windsurfing: Patent licensing in the Common Market, International Review of Industrial Property and Copyright Law. 1987, s. 1–40.

[33] Venit, not 32 ovan, understryker det märkliga i att förfarandet ansågs stå i strid med artikel 85.1 trots att begränsningen i denna del bara rörde den tyska marknaden och att samhandelskriteriet inte var uppfyllt. Domen kan endast tolkas på det sättet att samhandelskriteriet bara behöver vara uppfyllt för någon del av ett licensavtal för att samtliga restriktioner skall komma under artikel 85.1, s. 29: »First, in a significant development whose implications go beyond this case, the Court held that the requirement under Article 85(1) that there be an appreciable effect on Member-State trade does not mean that it must be established that each individual clause in an agreement is capable of affecting trade between Member-States. Rather, it is sufficient if the agreement as a whole may have these effects.»

även om vissa tecken tyder på att licenstagarna hade medverkat i syfte att skydda egna intressen mot s.k. »free riders», som drog nytta av investeringar och marknadssatsningar. Hade detta sista påstående kunnat beläggas skulle förfarandet snarare fått karaktär av en allvarlig gruppbojkott, vilket säkerligen lett till hårdare ingrepp än som blev fallet.

Med ett sådant synsätt finns det skäl att grålista kundkategoriindelning också i vertikala förhållanden. Det går dock att konstruera liknande exempel i vilka en användningsbegränsning skulle vara att betrakta som skadlig. Det är således inte formen av uppdelning som är avgörande utan det konkurrensbegränsande syftet. Problemet med kommissionens angreppssätt i Teknikförordningen är att den olikartade behandlingen av de båda bestämmelserna leder till missförstånd. I ett vertikalt förhållande finns det knappast invändningar mot något av dem, medan i en horisontell relation båda måste kunna ifrågasättas – således även en användningsbegränsning. Det hade varit riktigare om förordningen hade varit uppbyggd för att täcka denna skillnad.

Beträffande den detaljerade analysen av artikel 3.4 hänvisas till avsnitt 11.1.

6.2 Begränsning av kvantitet

Ytterligare en form att styra licenstagarens produktion är att med olika medel påverka de kvantiteter han kan framställa. Mycket talar för att en sådan styrning faller inom ramen för immaterialrättsskyddet. På samma sätt som licenstagaren kan inriktas på ett användningsområde, borde licensgivaren ha rätt att påverka den tillverkade kvantiteten uppåt eller nedåt.[34]

Teknikförordningens syn på denna typ av begränsningar är dock inte så enkel och praxis ger återigen begränsad vägledning.

[34] Bellamy & Child, Common Market Law of Competition (4th ed.), London, 1993, s. 558 och Pehrson, L., EG och immaterialrätten, Juridiska Fakulteten i Stockholm, Skriftserien, Stockholm 1985, s. 134.

6.2.1 Minsta kvantitet

Målet för en licensgivare är att finna det företag som kan exploatera den licensierade tekniken till dess fulla värde och genom royalty ge licensgivaren maximal avkastning på innovativt arbete. För att säkra detta kan parterna i sitt avtal laborera med ett batteri av klausuler – däribland den känsliga konkurrensklausulen och den invändningsfria »best effort»-klausulen. Problemet med den senare bestämmelsen är att den är vag och allmän. Om det planerade resultatet uteblir, är det i efterhand svårt att avgöra vilken effekt ytterligare ansträngningar från licenstagarens sida skulle ha givit.

Redan innan förhandlingar inleds har bägge sidor ofta en uppfattning om den potentiella marknaden, som styr hur parterna förhandlar om fördelning av resultatet. Utan försäljning är emellertid de mest sofistikerade royaltyklausuler av litet värde. Därför vill licensgivaren införa någon form av minimigaranti. Denna kan formuleras som en minsta royalty som skall utgå oavsett försäljningsresultat. Åtagandet kan också formuleras så att icke-uppfyllelse föranleder revidering av avtalet. Sätts nivån högt, kan konsekvensen av icke-uppfyllelse vara att det exklusiva avtalet förvandlas till en icke-exklusiv licens. Sätts den lägre, kan kanske hela avtalsrelationen ifrågasättas.

Teknikförordningens artikel 2.1.9 gör det möjligt för licensgivaren att fastställa en lägsta kvantitet som skall tillverkas av den licensierade produkten eller kräva att licenstagaren skall vidta ett minsta antal åtgärder för att utnyttja den licensierade tekniken. Dessa minimibestämmelser är jämförbara med krav på betalning av en minsta ersättning och anses inte konkurrensbegränsande. Kommissionen har godtagit minimibestämmelser i individuella beslut.[35] I rättsfallet *Delimitis*, som gällde en »ölstugas» inköpsåtagande av öl, klargjorde dock domstolen att om en minimiklausul var satt så högt att den omöjliggjorde för köparen att köpa från annan, kunde klau-

[35] EG-kommissionen, information, Becton Dickinson/Cyclopore, 1993 års konkurrensrapport punkt 160.

sulen få en marknadsuppdelande verkan i strid med Romfördragets konkurrensregler.[36]

Uttalandet i *Delimitis* är inte omedelbart tillämpligt på licensförhållanden eftersom licenstagaren inte gör några inköp från licensgivaren. Däremot får en hög minimiavgift eller ett omfattande tillverkningsåtagande, som är kontraktsbundet för ett antal år, en styrande verkan. Så länge licenstagaren har denna skyldighet är det mindre troligt att han ger sig i lag med konkurrerande produkter. För att undvika problem bör minimiklausulen formuleras så att den faller under vita listan.

6.2.2 Licens för eget behov

En licens kan enligt artikel 2.1.13[37] begränsas till att avse reservproduktion (»second source») med leverans endast till utpekad köpare. En sådan bestämmelse innebär indirekt en begränsning av de kvantiteter licenstagaren kan producera. Samma effekt blir det när licensen begränsas till att avse licenstagarens egna behov. Artikel 1.8 undantar

> *Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sin tillverkning av den licensierade produkten till de kvantiteter som han behöver för att tillverka sina egna produkter och att sälja den licensierade produkten endast som en integrerad del av eller reservdel till sina egna produkter eller i övrigt i samband med försäljningen av sina egna produkter, förutsatt att licenstagaren fritt får bestämma dessa kvantiteter.*

Logiken i att undanta bestämmelse rörande tillverkning för egna behov, samtidigt som bestämmelse om reservkapacitet fritagits, kan naturligtvis diskuteras. Konkurrensrättsligt har de bägge bestämmelserna likartade konsekvenser och det hade varit naturligt att behandla dem i ett sammanhang i anslutning till artikel 2. I praktiken

[36] EG-domstolen, mål C-234/89 (*Delimitis*), Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, 28 februari 1991: [1991] I REG 935, [1992] 5 CMLR 210, punkt [30]: »– – – minimum quantity – – – If it appears that the stipulated quantity is relatively large, the access clause ceases to have any economic significance and the prohibition on selling competing beers regains its full force, particularly when under the agreement the obligation to purchase minimum quantities is backed by penalties.»

[37] Se nedan avsnitt 6.3.3.

har den olikartade behandlingen dock ingen betydelse. Någon rättspraxis som förklarar kommissionens synsätt finns inte.[38]

6.2.3 Kvantitetsbegränsningar

Kommissionen svartlistar rena kvantitetsbegränsningar i artikel 3.5:

> *Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller den mängd licensierade produkter som han får tillverka eller sälja eller det antal åtgärder som han får vidta för att utnyttja den licensierade tekniken, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1.8 och 2.1.13.*

Synsättet överensstämmer med artikel 85.1, som genom exempel förbjuder att parterna med olika åtgärder styr och begränsar tillverkning av produkter. I första hand åsyftar exemplet horisontella överenskommelser mellan konkurrenter som genom kvota-arrangemang och liknande åtgärder försöker kontrollera tillverkning inom konkurrensutsatta sektorer – ofta inom områden där överkapacitet existerar. Artikel 85.1 är dock, som framhållits i kapitel 1, lika tillämplig på vertikala avtal. I distributionssammanhang har kvantitetstänkandet aktualiserats i anslutning till selektiva samarbetsavtal. Tillverkaren kan fastställa objektiva kvalitetskrav på sina distributörer, men däremot inte kvantitativt begränsa antalet distributörer när de väl uppfyller kraven.

Motsatsställningen mellan kvalitet och kvantitet har överförts till Teknikförordningen i en lätt modifierad tappning – licensgivaren kan ställa objektiva kvalitetskrav på licenstagarens produktion,

[38] Beslut 88/143/EEG, *Rich Products/Jus-rol*, not 10 ovan, punkt [35]: »The requirement that the licensee should use the know-how solely for the purposes of manufacturing the licensed product is not to be regarded as a restriction of competition within the meaning of Article 85(1) of the Treaty. In the case in point the definition of the product in the agreement notified covers all the possible uses of the knowledge supplied by the licensor, with the result that there are no specific uses reserved only to the licensor or to other possible licensees. However, even if this were the case, such an obligation would not be restrictive of competition.» Korah, not 17 ovan, s. 157 uppfattar Jus-rol i denna del som ett uttryck för en »own needs provision», vilket kan diskuteras. Det förefaller snarare som om kommissionen godtar det led i ett sekretessavtal som innebär att informationen bara skall användas för eget bruk och inte avslöjas till utomstående. I beslutet är det klart att licenstagaren kunde tillverka och sälja enligt licensen på sedvanligt sätt. Däremot understryker kommissionen att bestämmelsen inte är liktydig med en användningsområdesbegränsning.

men däremot inte kvantitativt begränsa tillverkningen.[39] Förbudet rimmar inte med att kvantitetsbegränsningar, som kanske är förbjudna enligt andra konkurrensaspekter, kan anses falla inom själva immaterialrättsskyddet och därför borde vara invändningsfria. Med ett sådant resonemang är det svårt att förklara varför kvantitetsbegränsningar förbjuds medan områdesbegränsningar tillåts.

Kommissionens verkliga bevekelsegrund framgår av ingressens punkt 24, vari anges att kvantitativa begränsningar »allvarligt begränsar den omfattning i vilken licenstagaren kan utnyttja den licensierade tekniken och – – – kan ha samma verkningar som exportförbud». Avgörande är sålunda inte rena konkurrensrättsliga överväganden, utan oron för att de kvantitativa begränsningarna är ett indirekt sätt att förhindra gränsöverskridande handel genom att de fastställda kvantiteterna råkar sammanfalla med licensområdets egna behov. Återigen får immaterialrätten vika för den gemensamma marknadens krav på fria varurörelser, men nu under konkurrensrättens täckmantel.

6.3 Begränsningar av relationer till tredje man

Licensen syftar till att ge licenstagaren rätt att själv framställa produkter för vidareförsäljning. Träder licenstagaren helt i licensgivarens ställe, behöver rätten inte nödvändigtvis vara begränsad till egen produktion. Licenstagaren kan vara intresserad av att i sin tur upplåta underlicenser för tillverkning och/eller försäljning till andra.

Det kan diskuteras om denna rätt automatiskt följer med huvudlicensen eller om den måste uttryckas särskilt. Om det senare är fallet, innebär det då en konkurrensbegränsning om licensgivaren vägrar att acceptera licenstagarens rätt att meddela underlicenser eller om licensgivaren ställer krav på hur de får beviljas? Innehåller licen-

[39] EG-kommissionen, beslut 78/823/EEG (*Maize Seed*), Kurt Eisele och Institut National de Recherche Agronomique (INRA), 21 september 1978: EGT 1978 L286/23, [1978] 3 CMLR 434, punkt [41]: »the obligation imposed on the licensee by Clause 3 to import at least two-thirds of the German market's requirements from France, and not to produce, himself or by others, more than one-third, removed all freedom of action in another area vital to competition – production policy – for the duration of the period for which the obligation was observed, *i.e.* until 1977.»

sen produktionsteknisk kunskap, måste det också klarläggas om licensgivaren kan kontrollera hur denna sprids vidare och om detta kan påverkas av konkurrensöverväganden.

En alldeles speciell form av licens är den som utfärdas av säkerhetsskäl för att garantera att licensgivaren har »back up» för sin egen produktionsförmåga och att licenstagarens kapacitet bara tas i anspråk på begäran av licensgivaren eller av honom utpekad tredje man. Licenstagaren får däremot inte i övrigt producera eller sälja enligt licensen. Finns det invändningar mot ett hårt begränsat uppdrag, som till sin karaktär närmar sig legotillverkningsuppdraget?

6.3.1 Underlicenser

Den gängse uppfattningen är att rätten att vidarelicensiera en rättighet förutsätter uttryckligt tillstånd[40] och ett avtal som är tyst på denna punkt inte ger en rätt. Det vore då förvånande om ett avtal som uttryckligen innehöll ett förbud mot underlicensiering skulle anses konkurrensbegränsande. Den amerikanska inställningen är svävande.[41] Parterna är enligt det amerikanska synsättet fria att förhandla om licenstagarens rätt att underlicensiera, men när väl överenskommelse om en sådan rätt träffats skall en licensgivare iaktta försiktighet med att påverka valet av underlicenstagare.

I gemenskapspraxis har inte underlicensiering eller förbud mot sådan föranlett några betydande konkurrensrättsliga överväganden. Underlicensiering har berörts i ett antal kommissionsbeslut, men som en sidoordnad fråga. Kommissionens första licensbeslut från 1972[42] gällde samverkan mellan schweiziska Burroughs AG och Ets. Delplanque från Frankrike om tillverkning och försäljning av karbonpapper. Kommissionen kunde meddela icke-ingripandebesked för en exklusiv tillverkningslicens, som gav icke-exklusiv för-

[40] Se beträffande svensk rätt, Pehrson, not 34 ovan, s. 137 f. med hänvisning till relevanta bestämmelser i den svenska immaterialrättslagstiftningen.

[41] Om rätten att sub-licensiera beviljas i avtalet så får licenstagaren inte förbehålla sig vetorätt när det gäller valet av licenstagare och han kan således inte förbehålla sig rätten att godkänna underlicenstagaren eftersom det skulle vara i strid med den amerikanska lagstiftningen – särskilt om avtalsparterna är konkurrenter med betydande marknadsandelar. Se United States mot Besser Mfg. Co., 96 F. Supp. 304 (E.D. Mich. 1951) *aff d*, 343 U.S. 444 (1952).

[42] EG-kommissionen, beslut 72/25/EEG, Burroughs AG & Ets. Delplanque, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67.

säljningsrätt i Frankrike. Beskedet omfattade en serie vanligen förekommande bestämmelser i ett licensavtal, däribland märkningsklausuler, kvalitetskrav, nyutveckling och konfidentialitet. Beträffande förbudet för Delplanque att meddela underlicenser motiverade kommissionen sitt godkännande med: »– – – the holder of a patent is the only one able to permit the utilization of his right in the invention and that the secrecy of the know-how can only be guaranteed if the owner of the know-how has the possibility to determine to whom the secret shall be communicated».

Även i andra fall har kommissionen accepterat att rent förbud mot underlicensiering respektive rätt till underlicensiering, med förbehåll för licensgivarens godkännande, inte faller under förbudet i Romfördragets artikel 85.1.[43] Skälet är genomgående att rätten att bestämma över underlicensen är en del av det immaterialrättsliga skyddet och licensgivaren har ett berättigat intresse att kontrollera vilka parter som får tillgång till den licensierade tekniken.

Ett undantag från denna grundregel erbjuder kommissionens beslut rörande licensavtal mellan den franska staten och *Suralmo*[44] till en patentskyddad motor. Denna kunde användas både civilt och militärt och licensen omfattade bägge applikationerna. Emellertid begränsade avtalet licenstagarens möjligheter att bevilja underlicenser för militära applikationer utan statens särskilda tillstånd. Klausulen var inte motiverad av säkerhetsskäl och kom snarare att fungera som en begränsning av användningsområdet för licensen. På kommissionens begäran eliminerade franska staten klausulen om förbud mot sub-licensiering.

[43] EG-kommissionen, beslut 72/26/EEG, Burroughs AG & Geha-Werke GmbH, 22 december 1971: EGT 1972 L13/53, [1972] CMLR D72; beslut 72/237/EEG, Davidson Rubber Co., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52; beslut 78/253/EEG (*Campari*), Davide Campari Milano SpA, 23 december 1977: EGT 1978 L70/69, [1978] 2 CMLR 397; beslut 87/100/EEG (*Mitchell Cotts/Sofiltra*), Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111; beslut 88/563/EEG *Delta Chemie*, not 5 ovan. I sistnämnda beslut, punkt [36]: uttalar kommissionen att: »The prohibition upon the licensee from granting sub-licences without the prior written agreement of the licensor does not constitute a restriction of competition under Article 85.1, taking account of the fact that it remains the sole right of the owner of the know-how to decide whether or not a third party should be granted a licence to use that know-how.»

[44] EG-kommissionen, information, French State/Suralmo, 1979 års konkurrensrapport punkt 114. Avtalet innehöll bestämmelse om att Suralmo skulle erhålla tillstånd från den franska försvarsmyndigheten innan företaget kunde bevilja underlicenser för militära applikationer. Däremot krävdes inget tillstånd för civila ändamål.

I Teknikförordningen har rättspraxis kodifierats i artikel 2.1.2, som förklarar att »skyldigheten för licenstagaren att inte meddela underlicenser eller överlåta licensen» som regel inte är konkurrensbegränsande.

6.3.2 Anläggningsverksamhet för tredje mans räkning

I Teknikförordningens artikel 2.1.12 fastläggs att följande åtagande normalt inte är konkurrensbegränsande:

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte använda licensgivarens teknik för att uppföra anläggningar för tredje mans räkning; detta påverkar inte licenstagarens rätt att öka kapaciteten i sina anläggningar eller för eget bruk uppföra nya anläggningar på normala kommersiella villkor, innefattande betalning av ytterligare licensavgifter.*

Detta stadgande infördes med Know-howförordningen 1989 och förklaras i dess ingress[45] med att syftet med avtalet inte är att licenstagaren skall göra den licensierade tekniken tillgänglig för andra tillverkare medan den ännu är hemlig och patentskyddad. Ett sådant förbud får dock, som framgår av bestämmelsen, inte innebära en inskränkning i licenstagarens möjlighet att bygga ut sin egen kapacitet. Kvantitetsbegränsningar accepteras inte utan vidare och samma inställning träffar de licensavtal som begränsar utbyggnad av licenstagarens egna produktionsresurser, oavsett om det gäller att utöka existerande kapacitet eller bygga nya anläggningar.

6.3.3 Reservkapacitet

Ett viktigt moment i dagens internationella avtalsförhandlingar är att säkra att produkt alltid finns tillgänglig. Det är inte acceptabelt att en leverantör med hänvisning till force majeure meddelar att en produkt tyvärr inte kan levereras inom utsatt tid, oavsett vad skälet för den uteblivna leveransen är. En underleverantör till bilindustrin kan stoppa en hel produktionsanläggning om det inte är möjligt att

[45] »Know-howförordningen», artikel 2.1.12 med bakgrundsförklaring i ingressens punkt 24.

vid varje tillfälle få fram ingående komponenter.[46] Behovet av leveranssäkerhet stärks också av att industrin minskar lager och ledtider för att begränsa kapitalbindning i den löpande verksamheten. Därmed blir det väsentligt att garantera att alternativa leveranskällor finns tillgängliga. Förordningen möjliggör i artikel 2.1.13 att en begränsad licens kan meddelas:

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte leverera mer än en begränsad kvantitet av den licensierade produkten till en viss kund om licensen har meddelats med sikte på att ge kunden en andra leveranskälla inom det licensierade området. Denna bestämmelse är också tillämplig om kunden är licenstagare och det i en licens som meddelats med sikte på att tillhandahålla en andra leveranskälla föreskrivs att kunden skall tillverka eller genom entreprenör låta tillverka de licensierade produkterna.*

Bestämmelsen avviker således från det allmänna förbudet mot kvantitativa begränsningar, men har sin förklaring i att reservkapaciteten möjliggör huvudaffären. Även denna praktiska regel har överförts från Know-howförordningen i vilken den dock inte var vitlistad.[47] Back up-bestämmelser inrangerades i Know-howförordningen bland de grå klausulerna, som skulle anmälas till kommissionen enligt oppositionsproceduren. I ingressen till Know-howförordningen klargjorde kommissionen att den ännu inte hade tillräcklig erfarenhet från detta område för att förklara att åtgärden saknade konkurrensbegränsande verkan. Uppenbarligen anser sig kommissionen nu ha fått denna erfarenhet och begränsningen har ändrat karaktär i Teknikförordningen och betraktas numera som harmlös. Några ärenden som berör situationen har såvitt bekant inte aktualiserats sedan Know-howförordningen trädde i kraft.

---

[46] Enligt Korah V., not 17 ovan, s. 160 infördes bestämmelsen i artikel 2.1.12 just på bilindustrins begäran. Motsvarande leveranssäkerhet krävs dock i dag i de flesta industrigrenar.

[47] Know-howförordningen, artikel 4.2. I punkt 18 i förordningens ingress motiverade kommissionen grålistningen med »given the present state of experience of the Commission with respect to such clauses and the risk in particular that they might deprive the second supplier of the possibility of developing his own business in the field covered by the agreement it is appropriate to make such clauses subject to the opposition procedure».

7. En konkurrenskraftig produkt

(kvalitetskrav, kopplingsförbehåll och förbättringar)

Inledning 191
7.1 Krav på märkning och kvalitet 191
7.1.1 Märkningskrav 192
Campari 192
Moosehead 193
Artikel 1.7 193
Artikel 2.11 193
7.1.2 Kvalitetskrav 194
Artikel 2.5 194
Allen & Hanburys 197
7.2 Kopplingsförbehåll – »tie ins» 198
7.2.1 Nödvändig koppling 198
Artikel 2.1.15 198
Jus-rol 199
Tournier 199
7.2.2 Icke nödvändig koppling 200
Vaessen/Moris 200
Vecro/Aplix 201
Artikel 4.2.a) 201
7.3 Förbättringar – »grant back» 202
7.3.1 Icke-exklusivt utbyte 203
Delta Chemie 204
Artikel 2.4 204
Raymond-Nagoya 206
7.3.2 Exklusiv överlåtelse av nyutveckling 208
Artikel 3.6 208
Royon/Meilland 209
7.3.3 Hantering efter ordinarie avtalstid 210

Artikel 3.7 210
Artikel 8.3 211

Inledning

Har en licensgivare rätt att kontrollera att licenstagaren producerar en fullgod produkt? Möjligheten finns genom detaljerade specifikationer och fortlöpande inspektion av licenstagarens produktion och inspektion av slutprodukten. Frågan är dock om sådana åtgärder ohemult begränsar licenstagarens handlingsfrihet.

Kontroll av tillverkningskvalitet är nära relaterat till kontroll av i slutprodukten använda komponenter. Frågan är om licensgivaren äger upprätta specifikationer för komponenterna och ange varifrån dessa skall köpas. Inte sällan vill licensgivaren själv leverera delkomponenter. Sådana kopplingsförbehåll (»tie ins» eller »tying obligations») säkrar kvalitetsaspekter, men är dessutom ett sätt för licensgivaren att skapa affärsmöjligheter utöver själva licenstransaktionen och de har därigenom ett rent kommersiellt intresse. Samtidigt innebär de en inskränkning i licenstagarens handlingsfrihet och utestänger konkurrenter.

Ett tredje element av betydelse för produktens egenskaper och konkurrenskraft är hur förbättringar skall hanteras. Är licenstagaren automatiskt berättigad till licensgivarens nyutveckling och vad händer om det inte är licensgivaren utan licenstagaren som förbättrar avtalsprodukten? Kan licensgivaren ha en rätt till sådant arbete? Det kan ju betraktas som en direkt konsekvens av licensen och borde av detta skäl föras till licensgivaren. Å andra sidan skulle en sådan åtgärd på ett betydande sätt inskränka licenstagarens konkurrensmöjligheter.

I det följande behandlas först inställningen till kvalitetskrav. Därefter berörs kopplingsförbehåll och deras hantering i gemenskapspraxis och i det avslutande avsnittet granskas olika aspekter på rätten till förbättringar.

7.1 Krav på märkning och kvalitet

Rättsinnehavare som står i begrepp att licensiera rättighet vill också kunna kontrollera hur licensen utnyttjas och kvaliteten på det utförda arbetet och den slutliga produkten. Detta behov är starkt i varumärkessammanhang, där kännetecknet identifieras med image och kvalitet. Gemenskapsdomstolen har i flera varumärkesmål haft an-

ledning att precisera den särskilda rätt som följer med ett varumärkesinnehav.

Även vid know-how och patentlicensiering har rättsinnehavaren ofta ett betydande intresse av att kontrollera att kvalitet upprätthålls av licenstagarna för produktens framgång på marknaden. Betydelsen ökar självfallet om licensierade teknikprodukter tillhandahålls under en gemensam identitet och varorna cirkulerar över gränser i gemenskapen.

7.1.1 Märkningskrav

Teknikförordningen gäller patent- och know-howlicenser och träffar bara upplåtelsen av ett varumärke om rätten kan anses som en till huvudlicensen anknuten förpliktelse, som inte innehåller särskilda konkurrensbegränsningar.[1]

Rena varumärkeslicenser faller enligt artikel 5.4 uttryckligen utanför förordningens tillämpningsområde och har inte heller behandlats i något separat gruppundantag. Detta innebär dock inte att kommissionen skulle inta en särskilt negativ inställning till varumärkeslicensen i den konkreta tillämpningen jämfört med vad som gäller för annan licensiering. *Campari*[2] gällde ett kombinerat varumärkes- och know-howlicensarrangemang till den välkända drycken. Genom ett nätverk av licenstagare hade Campari licensierat ut den exklusiva rätten att använda namnet och tillverka drycken enligt Camparis recept och med användande av vissa ingredienser som Campari levererade till sina licenstagare. Enligt avtalet skulle licenstagarna avhålla sig från aktiv försäljning utanför sina respektive territorier och de fick inte heller arbeta med konkurrerande produkter.

Campari-beslutet ligger före *Nungesser*[3] och därför styrs resone-

[1] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L31/2, [1996] 4 CMLR 405, artikel 1.1.

[2] EG-kommissionen, beslut 78/253/EEG (*Campari*), Davide Campari Milano SpA, 23 december 1977: EGT 1978 L70/69, [1978] 2 CMLR 397.

[3] EG-domstolen, mål 258/78 (*Nungesser*), Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278, se ovan kapitel 4.

manget rörande exklusivitet och förbud mot aktiv försäljning utanför det tilldelade territoriet av kommissionens dåvarande restriktiva inställning.[4] Likväl kunde undantag meddelas från förbudet. Den exklusiva rätten och övriga skyldigheter ansågs i alla delar uppfylla villkoren i Romfördragets artikel 85.3.

Campari och kommissionens senare beslut i *Moosehead* avsåg båda blandade varumärkes- och know-howlicenser i vilka kommissionen fäste avgörande vikt vid varumärkeselementen. Exempel på motsatsen finns också där teknikliсensen kombineras med en rätt att utnyttja licensgivarens varumärke.[5] Teknikförordningen innehåller vissa regler som styr varumärkesanvändning i teknikliсenser. Artikel 1.7 undantar en skyldighet för licenstagaren att under samarbetstiden endast använda licensgivarens varumärke eller den utstyrsel som är föreskriven av licensgivaren för att särskilja produkten. Ett sådant åtagande får dock inte förhindra licenstagaren att på produkten ange sig själv som tillverkare. Artikel 2.11 förklarar att licenstagarens skyldighet att märka produkten med licensgivarens namn eller nummer på licensierade patent inte faller under förbudet i artikel 85.1.

Det kan diskuteras om det är en begränsning av konkurrensen att föreskriva att ett bestämt varumärke skall användas på den licensierade produkten och om inte en sådan anknuten bestämmelse snarare skulle förts samman med de vitlistade bestämmelserna i Teknikförordningens artikel 2. I sak spelar det ingen roll, eftersom avtalet kan tillämpas utan anmälan, men från en principiell utgångspunkt är det inte oväsentligt att olika bestämmelser katego-

[4] Beslut 78/253/EEG, *Campari*, not 2 ovan, punkt [52]: »– – – the exclusive nature of the licence entails a restriction upon Campari-Milano's freedom to use its marks as well as preventing third parties, particularly manufacturers of alcoholic beverages, from using them as licensees, however much they may find it in their interest to do so.»

[5] EG-kommissionen, beslut 72/25/EEG, Burroughs AG & Ets. Delplanque, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67; beslut 72/26/EEG, Burroughs AG & Geha-Werke GmbH, 22 december 1971: EGT 1972 L13/53, [1972] CMLR D72 och EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 (*Windsurfing*), Windsurfing International Inc. mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489.

riseras på ett konsekvent och riktigt sätt. En omgruppering skulle dessutom bidra till en tydligare struktur för Teknikförordningen.[6]

Märkningskravet måste avse den licensierade tekniken/produkten. I *Windsurfing*-fallet var licenstagarna ålagda att märka surfingbrädan med uppgift om att licensen utgick från Windsurfing. Domstolen accepterade inte detta, eftersom brädan inte ansågs täckt av aktuellt patent och ett sådant märkningskrav kunde leda till osäkerhet om vad licensen egentligen omfattade.[7]

7.1.2 Kvalitetskrav

Även utan koppling till varumärke möjliggör Teknikförordningen att licensgivaren uppställer kvalitetskrav i licensavtalet genom artikel 2.5:

> *Skyldigheten för licenstagaren att uppfylla minimikrav, inbegripet tekniska krav, beträffande den licensierade produktens kvalitet, eller att anskaffa varor eller tjänster från licensgivaren eller från ett företag som anvisas av denne, i den mån sådana kvalitetsspecifikationer, produkter eller tjänster är nödvändiga*
> *a) för ett tekniskt riktigt utnyttjande av den licensierade tekniken, eller*

[6] Att såväl märkningsregeln i artikel 1.7 som undantaget för egen produktion i artikel 1.8 skiljer sig från övriga bestämmelser i artikel 1 framgår av att dessa bestämmelser inte som övriga förklaras av intresset att upprätthålla fria varurörelser. De bygger snarare på en konkurrensrättslig bedömning. Dessutom har de snarlika motsvarigheter i artikel 2 och det hade varit naturligt att behandla likartade bestämmelser i ett sammanhang. Det finns inget allmänt stöd i gemenskapspraxis för att dessa bestämmelser skulle vara föremål för särbehandling. Avslutningsvis gäller de – precis som övriga bestämmelser i artikel 2 – för know-hows giltighetstid till skillnad från individuella undantag eller undantagen i övrigt i artikel 1 som har en begränsad giltighetstid.

[7] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 5 ovan, punkt [72]: »– – – such a clause (to affix a marking of license) may be covered by the specific subject-matter of the patent provided that the notice is placed only on components protected by the patent. Should this not be the case, the question arises whether the clause has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition.» Punkt [73]: »– – – Windsurfing International encouraged uncertainty as to whether or not the board too was covered by the patent and thereby diminished the consumer's confidence in the licensees so as to gain a competitive advantage for itself.»

b) för att säkerställa att licenstagarens produkt uppfyller de minimikrav som är tillämpliga på licensgivaren eller andra licenstagare,
och att tillåta licensgivaren att utföra kontroller som har samband härmed.

Immaterialrättsinnehavare anses ha ett legitimt krav att kontrollera att licenstagare utför arbete med den licensierade tekniken på ett sätt som leder till det erforderliga slutresultatet. Licensen är licensgivarens sätt att exploatera sin rättighet i ett bestämt territorium och om kvalitet är av betydelse skall licensgivaren också kunna kräva att licenstagaren lever upp till angiven standard.

Detta kan ske genom att licensgivaren föreskriver noggranna kvalitetsspecifikationer som licenstagaren skall följa. Av *Campari*[8] framgår att licensgivaren också har rätt att kontrollera att licenstagaren verkligen följer dessa specifikationer genom att fortlöpande begära prover för kontroll. Därigenom kan licensgivaren se till att produkten är av enhetlig kvalitet, även om licenstagarna genom sina olika förutsättningar kunde ha givit licensprodukten olika karaktär.[9]

Teknikförordningen förutsätter att kvalitetskraven skall vara »nödvändiga». Det innebär en inte oväsentlig förändring i förhållande till de äldre förordningarna som byggde på licenstagarens subjektiva intresse.[10] Korah, som anser att hänvisningen till licenstagarens önskan är ett besvärligt koncept, föreslog att denna vilja skulle komma till konkret uttryck i avtalet för att reducera osäkerheten.[11] Med Teknikförordningen blir bedömningen av om kvalitetsspecifi-

[8] Beslut 78/253/EEG, *Campari*, not 2 ovan, där avtalet enligt punkt [15] föreskrev exakt efterrättelse till Camparis kvalitetsspecifikationer för produktion och råvaror, godkännande av prover vilket inte ansåg falla under förbudet i artikel 85.1. Jfr punkt [62].

[9] EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG (*Rich Products/Jus-rol*), Jus-Rol Ltd & Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527.

[10] »Know-howförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1, ingressen punkt 17: »Begränsningar som ger licensgivaren en oskälig konkurrensfördel, t.ex. skyldigheten för licenstagaren att acceptera kvalitetsspecifikationer, – – – som licenstagaren inte önskar från licensgivaren, medför att gruppundantaget inte är tillämpligt. Detta gäller dock inte om det kan visas att licenstagaren själv önskade sådana specifikationer, licenser, varor eller tjänster. (artikel 3.3).»

[11] Korah, V., Know-how Licensing Agreements and the EEC Competition Rules: Regulation 556/89, ESC Publishing, Oxford 1989, s. 145.

kationer är rimliga mer objektiv. Detta begränsar å ena sidan parternas avtalsfrihet, men å andra sidan var det äldre subjektiva rekvisitet otillfredsställande och skulle sannolikt ofta ifrågasättas som en ren konstruktion för att kringgå Know-howförordningens bestämmelser.

Kontrollen får enligt artikel 2.5.a) och b) endast syfta till ett tekniskt riktigt utnyttjande eller att licenstagaren håller samma standard som licensgivaren ålagt sig själv eller andra licenstagare. Härmed vill kommissionen undvika att kontrollmöjligheten används för andra, kanske konkurrensbegränsande, syften.

Täckt av patentskydd. Kvalitetskontrollen måste vidare begränsas till de element som omfattas av licensen och som vid ett rent patentlicensavtal täcks av patentskyddet. *Windsurfing*-fallet är ett exempel på att såväl kommission som domstol ingriper mot missbruk av kvalitetskontroll.[12] Kontrollen får inte vara godtycklig, utan skall bygga på objektivt verifierbara parametrar som är kopplade till slutproduktens egenskaper. Dessa kriterier skall fastställas i förväg, vilket ofta sker i de specifikationer som definierar avtalsprodukten.[13] Som framgår av artikel 2.5.b) skall kvalitetskraven syfta till att uppnå samma minimikrav som licensgivaren tillämpar för sin egen produktion och begär av andra licenstagare.

Rätten att kontrollera innebär dock knappast någon skyldighet. En licensgivare som brustit i sin kontroll kan dock inte stoppa parallellhandel med licensierade produkter med hänvisning till att slutresultatet har blivit produkter med olika kvalitet. Har licensgivaren avstått från att utnyttja sin kontrollmöjlighet, är det också sannolikt

[12] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 5 ovan, punkt [45]: »It is necessary to determine whether quality controls on the sailboards are covered by the specific subject-matter of the patent. As the Commission rightly points out, such controls do not come within the specific subject-matter of the patent unless they relate to a product covered by the patent since their sole justification is that they ensure 'that the technical instructions as described in the patent and used by the licensee may be carried into effect' – – –.»

[13] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 5 ovan, punkt [46]: »– – – Such controls must be effected according to quality and safety criteria agreed upon in advance and on the basis of objectively verifiable criteria. If it were otherwise, the discretionary nature of those controls would in effect enable a licensor to impose his own selection of models upon the licensees, which would be contrary to Article 85.»

att han får ta konsekvenserna av detta.[14] Kvalitetskontroll kan därför inte användas som argument för att begränsa parallellhandel med den licensierade produkten.

Tvångslicenser. Resonemanget gäller dock inte vid tvångslicenser, eftersom rättsinnehavaren förlorar kontrollen över sin produkt och därför inte kan övervaka att licenstagaren verkligen arbetar enligt bestämda specifikationer. EG-domstolen hade i *Allen & Hanburys*[15] anledning att överväga om kvalitetskrav var ett skäl att förbjuda parallellimport i ett engelskt tvångslicensärende.

Parallellimportören Generics hade åberopat övergångsreglerna i 1977 års engelska Patent Act för att få en tvångslicens i form av »licences of right» till Hanburys astmaläkemedel. Tvångslicensen hade emellertid av den beviljande engelska myndigheten förenats med villkor om att produkten inte fick importeras från andra länder. Generics hämtade sina leveranser från Italien, som vid denna tidpunkt inte beviljade patentskydd för läkemedel.

Domstolen uppfattade den engelska lagstiftningen, vilken gav fördel för inhemsk produktion framför import, som en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstater i strid med Romfördragets artikel 36. Allen & Hanburys argument att parallellhandel inte borde accepteras eftersom möjligheter till kvalitetskontroll saknades, accepterades inte av EG-domstolen. Domstolen ansåg inte att

[14] EG-domstolen, mål 9/93 (*Ideal Standard*) – IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH, 22 juni 1994: [1994] I REG 857, [1994] 3 CMLR 857, punkt [37]: »– – – In the case of a licence, the licensor can control the quality of the licensee's products by including in the contract clauses requiring the licensee to comply with his instructions and giving him the possibility of verifying such compliance. The origin which the trade mark is intended to guarantee is the same: it is not defined by reference to the manufacturer but by reference to the point of control of manufacture.» Detta ärende gäller en varumärkesöverlåtelse. Just det faktum att rättsinnehavaren genom sin överlåtelse frånhänt sig rätten att kontrollera produkten gav företaget rätt att förhindra parallellimport. Detta gäller dock inte i licenssituationen.

[15] EG-domstolen, mål 434/85 (*Allen & Hanburys*), Allen & Hanburys Ltd mot Generics (U.K.) Ltd, 3 mars 1988: [1988] REG 1245, [1988] 1 CMLR 701.

möjligheter att kontrollera kvalitet skulle betraktas som ett utflöde av patenträtten som fick omöjliggöra parallellhandel.[16]

7.2 Kopplingsförbehåll – »tie ins»

»Koncepttänkande» och »bundling» är vanliga fenomen i industrin som syftar till att produkter kombineras eller buntas samman, vilket kan leda till ett ökat intresse hos avnämarna. För att nämna ett av många exempel säljer Tetra Pak inte bara förpackningsmaskiner utan även det specialbehandlade papper som används i förpackningarna. För säljaren är det intressant att knyta ihop olika förpliktelser för att därmed kontrollera kvaliteten på slutprodukten eller öka omsättningen i sin verksamhet. Strategin begränsar dock köparnas valmöjligheter och stänger ute konkurrenter som kanske vore intresserade av att kunna leverera.

Mot denna bakgrund ter det sig naturligt att kopplingsförbehållet är föremål för granskning från en konkurrensrättslig utgångspunkt. Särskilt känsligt blir förhållandet när en rättsinnehavare utnyttjar sin monopolställning för att tvinga fram avslut även rörande andra produkter än den immaterialrättsligt skyddade.

7.2.1 Nödvändig koppling

Enligt artikel 2.1.15 anses skyldigheten för licenstagaren att anskaffa varor eller tjänster från licensgivaren eller från anvisade företag inte som konkurrensbegränsande om de är nödvändiga. Bestämmelsen har sin förebild i förbudet mot kopplingsförbehåll i fördragets artikel 85.1 exempel e):

> det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller

[16] Mål 434/85, *Allen & Hanburys*, not 15 ovan, punkt [20]: »Finally, it has been maintained that an injunction prohibiting imports may be justified in order to enable the patent proprietor to check on the quality of an imported medicine in the interest of public health.» Punkt [21]: »It must be observed, however, that consideration has nothing to do with the protection of exclusive rights of the patent proprietor and, therefore, may not be relied upon in order to justify, on grounds of protection of industrial and commercial property, a restriction of trade between Member-States.»

enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet,

Har kopplingen en objektivt skälig grund går den fri från invändningar. Ett test är i allmänhet om kvalitetskraven kan uttryckas med detaljerade specifikationer för ingående komponenter. Om så är fallet och produkt är tillgänglig från flera håll, är det svårt för licensgivaren att hävda att produkten måste köpas av honom. Gäller kopplingskravet en hemlig delprodukt, kan dock licensgivaren enligt *Jus-rol*[17] ställa krav på att denna måste köpas av honom och en licensgivare är inte tvingad att avslöja en sådan hemlig specifikation.[18]

I *Pronuptia*,[19] som rörde ett franchisingsamarbete, accepterade EG-domstolen att en viss mängd av de tillhandahållna festkläderna skulle köpas direkt av franchisegivaren utan att ställa krav på specifikationer. En liknande inställning uttryckte EG-domstolen i *Tournier*[20] till franska upphovsrättsorganisationers praxis att ge diskoteksägare en global licens till all musik, även om det var uppenbart att diskoteken bara önskade en begränsad rätt till dansmusik eller till och med bara anglosaxisk dansmusik. Domstolen menade att

[17] Beslut 88/143/EEG, *Rich Products/Jus-rol*, not 9 ovan, punkt [37]: »– – – purchase from the licensor a pre-mix whose composition is secret and use it in the manufacture of the product may be deemed not to restrict competition within the meaning of Article 85(1) of the Treaty. The difficulties which Jus-rol and other manufacturers experienced in developing a system for manufacturing products similar to the licensed product indicate that the ingredients contained in the premix and, in particular, their proportions and the method of preparing them are essential for the correct application of the manufacturing process – – –.»

[18] Beslut 78/253/EEG, *Campari*, not 2 ovan, punkt [62]: »the licensees are obliged to follow the licensor's instructions relating to the manufacture of the products and the quality of the ingredients, and to buy certain secret raw materials from the licensor itself. – – – According to information provided by the parties, the standards enforced do not oblige the licensees to obtain supplies of albumin or bitter orange essence from any particular source, but only to choose between different products on the basis of objective quality considerations. This does not, however, apply to the colouring matter and the herbal mixtures, where the licensor's legitimate concern to ensure that the product manufactured under licence has the same quality as the original product can be protected only if the licensees obtain all their supplies from it. The composition of the products in question which is the factor that determines the particular characteristics of Bitter Campari is a trade secret which the licensor cannot be required under Community law to reveal to its licensees.»

[19] EG-domstolen, mål 161/84, Pronuptia de Paris GmbH mot Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 28 januari 1986: [1986] REG 353, [1986] 1 CMLR 414.

[20] EG-domstolen, mål 395/87 (*Tournier*) – Ministère Public mot Jean Louis Tournier & Jean Verney, 13 juli 1989: [1989] REG 2521, [1991] 4 CMLR 248.

andra lösningar sannolikt skulle bli administrativt ansträngande. Kunde det emellertid visas att rättsinnehavarna kunde åtnjuta skydd utan merkostnader med en mer begränsad lösning kom saken i ett annat läge.[21]

7.2.2 Icke nödvändig koppling

Gränsdragningen mellan vad som är en nödvändig koppling för att säkra kvalitetskrav och vad som syftar till att oskäligt berika licensgivaren är ofta svår.

Tidigare har Patent-[22] och Know-howförordningarna[23] svartlistat kopplingsförbehåll. Även rättspraxis har ofta på ett hårdhänt sätt gått fram mot kopplingsförbehåll i samband med licensiering. I *Windsurfing*-domen godtog inte domstolen kopplingar mellan det patentskyddade seglet/masten och den icke skyddade surfingbrädan.[24]

Kommissionens beslut i *Vaessen/Moris*[25] mot korvskinnstillverkaren Moris i Belgien är ett utslag av en formalistisk attityd från gemenskapsmyndigheterna. Moris metod för att dra skinn över korvar förenklade produktionsprocessen och innebar rejäla arbetskraftsbesparingar. Patent licensierades ut royaltyfritt till korvtillver-

[21] Mål 395/87, *Tournier*, not 20 ovan, punkt [33]: »Consequently, – – – the refusal by a national society for the management of copyright in musical works to grant the users of recorded music access only to the foreign repertoire represented by it does not have the object or effect of restricting competition in the Common Market unless access to a part of the protected repertoire could entirely safeguard the interests of the authors, composers and publishers of music without thereby increasing the cost of managing contracts and monitoring the use of protected musical works.»

[22] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15, artikel 3.9, som i huvudsak hade samma lydelse som nu återkommer i Teknikförordningens artikel 4.2.

[23] »Know-howförordningen», artikel 3.3, som var likalydande med Patentförordningens motsvarande bestämmelse.

[24] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 5 ovan, punkt [57]: »– – – the patent must be regarded as confined to the rig. That being the case, it cannot be accepted that the obligation arbitrarily placed on the licensee only to sell the patented product in conjunction with a product outside the scope of the patent is indispensable to the exploitation of the patent.» Kopplingen avsåg inte en inköpsskyldighet, men är ändå ett uttryck för Windsurfings önskan att koppla samman de bägge produkterna för att därigenom uppnå egna fördelar.

[25] EG-kommissionen, beslut 79/86/EEG (*Vaessen/Moris*), H. Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba, 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511.

kare mot att dessa köpte sitt behov av korvskinn från Moris. Korvskinnet omfattades inte av patentet och det fanns andra tillverkare än Moris, vilket föranledde kommissionen att vägra undantag enligt artikel 85.3. Till detta kan anföras att ingen annan kunde utnyttja Moris process utan att göra intrång i företagets patent. Det kan då egentligen inte ha spelat någon roll om Moris valde att ta betalt för korvskinn eller royalty för utnyttjande av processen. Hade Moris valt en hög royalty och att tillhandahålla korvskinnen gratis, hade invändningar inte kunnat riktas mot agerandet.[26] Beslutet är en bekräftelse på att ett ensidigt sneglande på en viss typ av klausul kan leda fel, om den inte sätts i sitt ekonomiska sammanhang.

I *Vecro/Aplix*[27] förbands licenstagaren att köpa sitt behov av utrustning från en viss schweizisk leverantör. Kommissionen ansåg att denna koppling inte var nödvändig eftersom det fanns andra leverantörer i gemenskapen. Åtagandet var inte en förutsättning för ett tillfredsställande utnyttjande av tekniken.

Det tidigare svartlistade kopplingsförbehållet har i Teknikförordningen flyttats till den grå listan i artikel 4.2.a):

> *– – – om licenstagaren vid tidpunkten för avtalets ingående tvingas acceptera kvalitetsspecifikationer eller ytterligare licenser eller att anskaffa varor eller tjänster som inte är nödvändiga för att säkerställa ett tekniskt riktigt utnyttjande av den licensierade tekniken eller för att säkerställa att licenstagarens tillverkning överensstämmer med de kvalitetskrav som iakttas av licensgivaren och andra licenstagare – – –.*

Någon förklaring till varför inställningen till kopplingsförbehåll ändrats mellan de tidigare förordningarna och Teknikförordningen står inte att finna. De enskilda positiva besluten i *Campari* och *Jusrol* är av äldre datum och kunde ha påverkat redan de gamla förord-

[26] Jfr beslut 78/253/EEG, *Campari*, not 2 ovan, punkt [20]. Campari tog i vissa fall en royalty per flaska och i andra fall inkluderades royalty i priset på den levererade varan, vilket inte föranledde någon anmärkning från kommissionen.

[27] Jfr EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, Velcro SA mot Aplix SA, 12 juli 1985: EGT 1985, L233/22, [1989] 4 CMLR 157, enligt vilket licenstagaren förband sig att köpa hela sitt behov av utrustning från ett visst schweiziskt företag, punkt [71]: »The obligation upon the licensee to obtain the special equipment it requires for the production – – – obtained similar equipment from other suppliers in the Common Market, is a serious restriction on the licensee's freedom to choose his source of supply. This restriction is thus not necessary to ensure a technically satisfactory exploitation of the invention – – –.»

ningarna. Något domstolsavgörande som förändrar synen på kopplingsförbehåll har inte heller avkunnats under mellanperioden. I alla händelser är innebörden av bestämmelsens nuvarande placering att anmälan erfordras enligt invändningsförfarandet, men att avtalet presumeras giltigt till dess kommissionen riktat invändningar.

7.3 Förbättringar – »grant back»

Genom licensen förmedlas en rätt att utnyttja en kommersiellt bärkraftig idé samt kunskap om hur den licensierade tekniken kan utnyttjas. Licenstagaren utnyttjar denna kunskap i sin egen organisation och vidtar åtgärder för att förena den inlicensierade tekniken med den egna produktionsteknologin. Vid denna anpassning och under löpande produktion uppkommer ofta – som en konsekvens av att kunskap från olika håll förs samman – idéer om förbättringar och nyutveckling.

Under licensförhandlingar räknar avtalets parter ofta med att just detta kan bli fallet och förhandlar därför om vilka villkor som skall gälla för sådan nyutveckling för att nå balans i sina inbördes relationer. I det exklusiva samarbetet är det vanligt att licensgivaren strävar efter att få tillgång till licenstagarens nyutveckling, så att han själv kan använda förbättringarna i territorier som han reserverat för sig, men också förmedla kunskapen till andra licenstagare.

Om licenstagaren behandlas på samma sätt som andra licenstagare uppstår ett nät av samverkan mellan parter, som var för sig har rätt att utnyttja all ny teknologi i sitt tilldelade område, och systemet kan leda till fortlöpande produktutveckling för alla berörda parter. Licensgivaren behöver inte i avtalet gardera sig för ytterligare kompensation från licenstagarna för att få betalt för förbättringarna, eftersom med ett royaltyavtal normalt följer ökad kompensation genom att den förbättrade produkten får större genomslagskraft på marknaden. Därmed ökar royaltyberäkningsunderlaget och på så sätt växer ersättningen till licensgivaren. Möjligen kan licenstagaren förlora rätten att kommersialisera egen utveckling på detta sätt. Å andra sidan är sannolikheten större att han får fördel av oinskränkt tillgång till andras utvecklingsarbete i det egna territoriet, vilket kan vara värt det offer som avståendet av en ytterst osäker se-

parat affär kan kräva. Utan licensavtalet vore det ändå inte troligt att utveckling skulle skett och därigenom är det inget som går förlorat.

7.3.1 Icke-exklusivt utbyte

Det som kan te sig naturligt från parternas utgångspunkt behöver inte överensstämma med ett allmänintresse. Teknikförordningen syftar till att »uppmuntra spridningen av tekniskt kunnande inom gemenskapen och främja framställningen av tekniskt förbättrade produkter». En samverkan kring förbättringar av ovan beskrivet slag faller väl in under detta syfte. Likväl undantar inte gemenskapsreglerna obesett ett sådant upplägg.

Äldre uppfattning. 1985 års Patentförordning[28] preciserade i artikel 2.10 att en allmän skyldighet att informera medkontrahenten om utveckling av licenstekniken och att meddela en icke-exklusiv returlicens föll utanför förbudet i Romfördragets artikel 85.1, medan artikel 3.8 inte tillät bestämmelser om skyldighet att överlåta nyutveckling till licensgivaren. 1989 års Know-howförordning[29] hade ett likartat upplägg, men föreskrev härutöver särskilt att licenstagaren skulle vara fri att utnyttja förbättringarna efter avtalstiden i den mån de kunde avskiljas från licensgivarens know-how. Avtalet kunde stipulera att licenstagaren måste informera licensgivaren, men att denne bara kunde motsätta sig en licens om han på saklig grund kunde visa att ursprungligt know-how riskerades genom sådan licensiering. Vidare skulle licensgivaren förbinda sig att ge en licens på sin egen utveckling. Know-howförordningen förutsatte att licensgivarens rätt till förbättringar begränsades till samarbetsperioden.

Regler och rättspraxis var inriktade på att ge licenstagaren en möjlighet att självständigt gå vidare i konkurrens med licensgivaren,

[28] Patentförordningen, ovan not 22.
[29] Know-howförordningen, ovan not 10.

vilket inte minst klargjordes i *Delta Chemie*,[30] där parterna efter kommissionens ingripande accepterade att licensgivarens rätt att använda licenstagarens förbättringar skulle upphöra när avtalet löpte ut. Härigenom skapades ett mer balanserat förhållande mellan parterna och möjligheterna för en rättvis förhandling om förlängning av samarbetet ökade.

Teknikförordningen. 1996 års teknikförordning har tonat ner vikten av att se licenstagare som en potentiell konkurrent till rättsinnehavaren, men synsättet finns där likväl och influerar inte minst reglerna om samverkan kring nyutveckling. Utgångspunkten är fortfarande att samverkan kring förbättringar inte faller under förbudet i Romfördragets artikel 85.1 vilket framgår av artikel 2.4:[31]

> *– – – Skyldigheten för licenstagaren att meddela licensgivaren en licens på förbättringar av eller nya tillämpningar för den licensierade tekniken som han själv tillfört, förutsatt att*
>
> *– i fråga om förbättringar som kan skiljas från den licensierade tekniken en sådan licens inte är exklusiv så att licenstagaren äger använda de förbättringar som han själv tillfört eller att meddela licens på dessa till tredje man, om det know-how som meddelats av licensgivaren och fortfarande är hemligt inte avslöjas genom en sådan licens, och*

[30] De särskilda förutsättningarna som fördes in i Know-howförordningen bekräftar inriktningen på att skapa en balans men också ett konkurrensförhållande mellan avtalsparterna. Detta hade tidigare kommit till särskilt uttryck i EG-kommissionen, beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535, punkt [33]: »– – – however, it has been agreed between the parties that, at the request of the Commission, at the expiry of the contracts the licensor will no longer have the right to use the improvements made by the licensee which are inextricably linked to the basic know-how. The licensee therefore does not find himself in the situation whereby, on the expiry of the contract, the licensee is unable to use his own improvements when these are inextricably tied to the know-how that he no longer has the right to exploit, whereas the licensor continues to be able to use these improvements communicated by the licensee. The parties will therefore have freely to renegotiate their arrangement in the event that they wish to continue the initial know-how as improved by the development made by the licensee.» Kommissionens inblandning i parternas avtalsförhållande i detta ärende visar vilken vikt kommissionen fäster vid ett balanserat förhållande, som också möjliggör för licenstagaren att använda sina egna idéer i framtiden.

[31] Jfr även Teknikförordningen, ingressen punkt 20.

– licensgivaren har förbundit sig att meddela licenstagaren en licens avseende sina förbättringar, oavsett om detta åtagande är exklusivt eller inte.

Beroende förbättring. Kommissionen gör en skillnad mellan förbättringar som är en integrerad del av den licensierade tekniken och nyutveckling som kan ha ett självständigt ekonomiskt värde. De förra har inte någon självständig tillämpning och saknar kommersiellt intresse utanför licensförhållandet som skulle ge en licenstagare anledning att vilja förfoga över utvecklingen.

Med den formulering som artikel 2.4 erhållit står det parterna fritt att bestämma hur sådan utveckling skall hanteras avtalsmässigt. Skall rättigheter upplåtas till licensgivaren genom enkel eller exklusiv licens? Skall territoriet begränsas? Skall upplåtelsen ske mot ersättning eller vara vederlagsfri? I avtalsskrivandets stund är licensgivaren normalt intresserad av att tillförsäkra sig en så omfattande rätt som möjligt. Licenstagarens invändningar mot en långtgående lösning är sannolikt begränsade, men han ser säkert gärna en skälig kompensation om en bra idé kan komma till användning. Än viktigare är det dock för licenstagaren att han tillförsäkras samma rätt till »integrerad», icke självständig utveckling som kan komma att göras av licensgivaren eller licenstagare i annat territorium.

Självständig utveckling. Situationen är annorlunda när en förbättring kan skiljas från den licensierade tekniken och därmed har ett självständigt ekonomiskt värde som skulle kunna utnyttjas av bägge parter. Artikel 2.4 föreskriver för »grant back-klausulers» giltighet att upplåtelsen inte får vara exklusiv utan licenstagaren skall själv ha rätt att utöva sina egna självständiga förbättringar eller licensiera dem till tredje man. Inställningen har stöd av flera kommissionsbeslut.[32]

[32] EG-kommissionen, beslut 72/237/EEG, Davidson Rubber Co., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52, punkt [42]: »(a) – – – improvement which they have made to the Davidson process, given that that obligation is not exclusive and that each licensee thus preserves the possibility of passing on its experience to third parties and that it benefits from all the technical data which the Davidson Rubber Co. has or may in the future acquire; beslut 74/494/EEG (*Kabelmetal*), Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40, punkt [33]: »– – – non-exclusive licences in respect of such improvement – – – may restrict competition, particularly in an oligopolistic market structure – – –»; beslut 85/410/EEG, Velcro SA mot Aplix SA, not 27 ovan; och beslut 88/143/EEG, *Rich Products/Jus-rol*, not 9 ovan, punkt [36].

Teknikförordningen behandlar inte hur långt licenstagarens kvarhållna rätt måste sträckas för att förordningen skall vara tillämplig. Det framgår inte uttryckligen om det bara är i avtalsterritoriet licenstagaren skall ha rätt att utöva sina förbättringar och licensiera tredje man, eller om rätten skall gälla utan territoriella begränsningar. Med hänsyn till den anda som svävar över upplägget i artikel 2.4 är det sannolikt att det är det senare alternativet som avsetts. Specialbehandlingen av den separerbara utvecklingen skulle annars bli tämligen meningslös.

I 1972 års beslut i fallet *Raymond-Nagoya*[33] begärde kommissionen att parterna skulle undanröja en klausul som tvingade licenstagaren att överlåta patent till av honom gjorda förbättringar. Om dessa var beroende av eller självständiga i förhållande till den licensierade tekniken diskuterades inte på detta tidiga stadium.

En andra förutsättning är att licenstagarens eget utövande eller licensiering av förbättringar inte innebär ett brott mot de rättigheter som licensgivaren har i andra territorier, till vilka licenstagaren inte erhållit någon separat rätt. Licensgivaren kan uttryckligen enligt artikel 2.1.14 förbehålla sig rätten att använda ett eventuellt patentskydd utanför territoriet för att stoppa licenstagarens aktiviteter utanför det licensierade området. Vidare kan licensgivaren kräva att

[33] EG-kommissionen, beslut 73/238/EEG, Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45.

licenstagaren inte utnyttjar licensgivarens know-how som fortfarande är hemligt vid en fortsatt exploatering.[34]

Det tredje villkoret för »grant back» är att licensgivaren i sin tur förbundit sig att meddela licenstagaren en licens på sina förbättringar. Det spelar härvid ingen roll för licenstagarens icke-exklusiva åtagande om hans rätt från licensgivaren är exklusiv eller inte.

Man kan fråga sig om denna rätt till förbättringar behöver föreskrivas särskilt i avtalet eller om den följer redan av definitionen i artikel 10.6 av den »licensierade tekniken», som stadgar att begreppet innefattar den ursprungliga tekniken *»samt de förbättringar som senare tillförs»* detta know-how eller patent. Denna definition skulle kunna tyda på att förbättringar automatiskt skall ingå i licensen. Det finns dock inga konkurrensrättsliga aspekter som motiverar sådana krav, utan frågan måste i första hand regleras av parternas inbördes avtal eller allmänna avtalsrättsliga principer. Gränsdragningsproblematiken är en viktig förhandlingsfråga mellan parterna som också måste fastställa om nyutvecklingen bara avser justeringar av den licensierade tekniken eller om den också skall innefatta produkter som fyller likartad funktion och därmed kan

[34] Även i detta sammanhang bekräftas således att det inte räcker att informationen var hemlig när samarbetet inleddes, utan att den också skall förbli hemlig under avtalstiden. Se kapitel 5 ovan. Se också beslut 88/563/EEG, *Delta Chemie,* not 30 ovan, punkt [33]: »The licensee is required to communicate to the licensor all information relating to modifications or improvements that the licensee may make to the manufacture or to the marketing of the products. This obligation, which corresponds to a similar reciprocal undertaking by the licensor, gives effect to the legitimate wish of the licensor to ensure that the manufacture of the licensed products by the licensee remains in conformity with the prescriptions relative to the formulae and methods which he instigated and does not compromise the maintenance of quality of the products. These products which are marketed under the trade marks and commercial names of the licensor have to be of equal quality, whatever their place of manufacture, and must benefit from the most recent improvements which may be made by one or other party undertaking the commercial exploitation of the same basic technique. Such an obligation is not restrictive of competition in the present case. The licensee remains free to communicate his own information to third parties in so far as this does not result in the communication of know-how of the licensor, including all the information communicated by the latter during the course of the contract. He is also free to use his own modifications and improvements after the expiry of the contract, in each case in so far as the use of this does not require the use of the know-how belonging exclusively to the licensor, equally for as long as this know-how is not freely accessible.» Huruvida licenstagaren vid senare exploatering av nyutveckling kan utnyttja know-how som föll under definitionen när det ursprungliga licensavtalet ingicks, men som senare kommit i mer allmänt omlopp, är en i förordningen olöst fråga.

komma att ersätta avtalsprodukten. Fältet är fritt och licensavtalets parter gör klokt i att precisera gränserna.

7.3.2 Exklusiv överlåtelse av nyutveckling

Redan av artikel 2 framgår det att exklusiva »grant back»-licenser inte omfattas av det automatiska gruppundantaget, i vart fall inte om det gäller en fristående utveckling.

I artikel 3 behandlas nyutvecklingssamverkan i två separata bestämmelser. Artikel 3.7, som behandlas i avsnitt 7.3.3, gäller licensgivarens åtaganden efter att den ursprungliga avtalstiden löpt ut, medan licenstagarens åtaganden kan göra förordningen icke tillämplig enligt artikel 3.6:

> *– – – om licenstagaren är skyldig att till licensgivaren helt eller delvis överlåta sina rättigheter avseende förbättringar av eller nya användningsområden för den licensierade tekniken.*

Bestämmelsen gäller uttryckligen en *överlåtelse* av den licensierade tekniken. Den stämmer i denna del med ingressen och det är därför mindre troligt att det är av ett förbiseende som ordet »överlåtelse» använts i stället för ordet »upplåtelse». Bestämmelsen vänder sig mot de licensavtal i vilka det föreskrivs att oavsett om uppfinningar görs av licensgivaren eller licenstagaren skall de skyddas i licensgivarens namn, eller om skyddet har erhållits i licenstagarens namn skall det överlåtas till licensgivaren. Är avtalsbestämmelsen utformad så att licensgivaren i alla lägen registreras som uppfinnare är den felaktig och patentets giltighet kan ifrågasättas. Innebär bestämmelsen däremot att äganderätten till immaterialrättsskyddet skall överlåtas till licensgivaren är den i konflikt med artikel 3.6 och gruppundantaget är inte tillämpligt.[35]

I 1980 års konkurrensrapport[36] informerade kommissionen om att den lyckats förmå licensgivaren för en jordbruksmaskin att avstå från samäganderätt till patent som följde av licenstagarens egen utveckling. Enligt kommissionen var skälet detsamma som utvecklats i förhållande till en total överlåtelse – licensgivaren får inte förhindra eller försvåra licenstagarens utnyttjande av sin egen uppfinning. I

[35] Beslut 85/410/EEG, Velcro SA mot Aplix SA, not 27 ovan, punkt [74].

[36] EG-kommissionens information, Nodet-Gougis/Lamazow, 1980 års konkurrensrapport, punkt 127.

det aktuella fallet medförde franska samäganderättsregler att den »passive» samägaren kunde begära royalty från den som utnyttjade det samägda patentet i en eller annan form. Särskilt godkännande krävdes dessutom av den passive samägaren. Kommissionens inställning är således mindre avhängig parternas avtal än utformningen av de nationella reglerna om samägande, vilka skiftar från land till land. Svenska regler skulle sannolikt skapa problem i minst samma utsträckning som de franska, medan anglosaxisk rätt förefaller att utgå ifrån att parterna var för sig kan agera fritt – ungefär som vid en icke-exklusiv »grant back».

Däremot innehåller artikel 3.6 *inte* enligt sin ordalydelse en svartlistning av en »grant back»-bestämmelse i form av exklusiv upplåtelse på det sätt man kunnat förvänta mot bakgrund av artikel 2 och kommissionens praxis. En exklusiv »grant back» innebär att licenstagaren frånhänder sig möjligheten att själv kommersialisera sin utveckling i konkurrens med licensgivaren och övriga licenstagare. Kommissionen har i enskilda beslut inte accepterat att denna rätt att styra över licenstagare skulle finnas.

I *Royon/Meilland*[37] från december 1985 – dvs. ett knappt år efter Patentförordningens ikraftträdande – fastställde kommissionen att ett växtförädlingsarrangemang avseende rosor föll under artikel 85.1 och att undantag inte kunde beviljas enligt artikel 85.3 därför att det innehöll bestämmelser om långtgående exklusiv »grant back» av nyutveckling mot royaltyersättning. Kommissionen fastslog att åtagandet eliminerade licenstagaren som potentiell leverantör i gemenskapen. Även om licensgivaren hade en större organisation för att marknadsföra produkten var licenstagarens engagemang en viktig faktor för framgångsrik exploatering av den nya rossorten. Här spelade det ingen roll att licensgivaren var skyldig att kompensera licenstagaren ekonomiskt för dennes kreativa nyutveckling.

[37] EG-kommissionen, beslut 85/561/EEG, René Royon mot Alain Meilland, 13 december 1985: EGT 1985 L369/9, [1988] 4 CMLR 193, punkt [23]: »The following two provisions – – – have as their object and effect the restriction of competition : – – – (a) Clause X – – –obliging the [licensee] to surrender to Meilland any mutations he might discover on rose bushes – – –: – The restrictive nature of this first provision lies in the fact that it obliges the licensee to relinquish completely rights he is justified in claiming in his discovery under the French Act referred to above. Consequently, the agreement which deprives Mr Royen [the licensee] of all rights over mutations and reduces him to collecting a royalty has the effect of completely eliminating the licensee as a potential supplier of varieties resulting from mutations both at the national level and on the markets of the other Member-States – – –.»

Trots äldre kommissionsbeslut är slutsatsen beträffande den exklusiva »grant back»-bestämmelsen att den varken är uttryckligen förbjuden eller uttryckligen tillåten av Teknikförordningen och därför skall anmälas enligt invändningsförfarandet i artikel 4.[38]

7.3.3 Hantering efter ordinarie avtalstid

Förbättringar av den ursprungligen licensierade tekniken leder till frågor om hur relationerna skall hanteras när samarbetet löper ut. Eftersom definitionen i artikel 10 utgår ifrån att licensen även omfattar förbättringar, uppkommer frågan om avtalet automatiskt förlängs utöver den ordinarie löptiden vid en patenterad förbättring. Gör det därvid någon skillnad om det är licensgivaren eller licenstagaren som gjort förbättringen? Vad gäller om avtalet inte förlängs?

Teknikförordningen ger bara i begränsad utsträckning svar. Förordningen gäller enligt artikel 3.7 inte

> *Om licensgivaren är förpliktad, oavsett om detta fastställts i särskilda avtal eller genom automatisk förlängning av den ursprungliga avtalstiden i och med att nya förbättringar inbegripits, att under en period som är längre än den som är tillåten enligt artikel 1.2 och 1.3 inte meddela licenser till andra företag för utnyttjande av den licensierade tekniken inom licensområdet – – –.*

Bestämmelsen har redan behandlats utförligt i anslutning till beskrivning av avtalstider i kapitel 5 och därför skall det här bara konstateras att gruppundantaget inte är tillämpligt när licensavtalet innehåller långtgående förpliktelser för licensgivaren. När den ursprungliga avtalstiden – sådan den fastställs i artikel 1 – löpt ut får avtalet inte förhindra licensgivaren att meddela licens till tredje man för eventuella förbättringar. Från denna tidpunkt skall exklusiviteten i parternas samarbete brytas.

Bestämmelsen är i linje med bakgrundsstadgandet i ingressens punkt 14 enligt vilket parterna har rätt att förlänga avtalstiden för att utnyttja efterföljande förbättringar och möjliggöra betalning av ytterligare licensavgifter. I sådana fall kan emellertid områdesskydd under ytterligare en period bara medges genom individuellt beslut.

[38] Se vidare kapitel 12 nedan.

Om förbättringarna är att jämställa med fristående innovationer kan parterna sluta ett nytt avtal som omfattas av gruppundantaget.

Motstridiga förordningsbestämmelser. En tolkning av rättsläget kompliceras, som också utvecklats i kapitel 5 ovan, av att förbättringar även behandlas i artikel 8.3 som stipulerar att Teknikförordningen också gäller avtal *»vars ursprungliga giltighetstid automatiskt förlängs genom att nya förbättringar – – – som meddelas av licensgivaren inkluderas i avtalet – – –»*. Det spelar ingen roll om förbättringarna är patenterade eller inte. Enda förutsättningen som uppställs i artikel 8.3 är att licenstagaren har rätt att avvisa sådana förbättringar eller vardera parten äger säga upp avtalet vid utgången av den ursprungliga avtalstiden och minst vart tredje år därefter.

Eftersom Teknikförordningen bara tar sikte på exklusiva licensavtal får det med stöd av denna bestämmelse antas att parterna från början kan stipulera att det exklusiva avtalet automatiskt förlängs vid förbättringar, vilket således står i direkt strid med bestämmelsen i artikel 3.7. Det är inte lätt att förena innehållet i de två bestämmelserna med varandra och fastställa kommissionens egentliga avsikt.

Tidigare ingick en bestämmelse som motsvarade artikel 8.3 i artikel 1 i Patent- och Know-howförordningarna. I Teknikförordningen har bestämmelsen utan några redovisade motiv flyttats till artikel 8. Denna placering innebär att bestämmelsen inte längre har karaktär av undantag och att den inte heller faller under vita listan i artikel 2. Ett exklusivt licensavtal, som i överensstämmelse med artikel 8.3 innehåller en uttrycklig förlängning av samarbetet med förbud för licensgivaren att kontraktera med andra strider mot artikel 3.7 i den svarta listan.

Det enda rimliga sättet att förstå de två klausulerna är att artikel 8.3 inskränker förbudet i artikel 3.7, precis som var fallet i de äldre förordningarna. Det innebär att parterna trots formuleringen i artikel 3.7 kan vara överens om att förlänga det exklusiva samarbetet om förutsättningarna i artikel 8.3 är uppfyllda – dvs. att licenstagaren har rätt att vägra acceptera en erbjuden förbättring och att avtalet kan sägas upp vid den ursprungliga avtalstidens utgång och minst vart tredje år därefter.[39] Denna uppfattning förklarar inte pla-

[39] EG-domstolen (sjätte kammaren), mål 320/87, Ottung mot Klee och Weilbach A/S & Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915 i vilket rättsfall EG-domstolen accepterade avtal som sträckte sig över skyddstiden om rimliga uppsägningsmöjligheter förelåg för licenstagaren.

ceringen av regeln i artikel 8, eftersom det hade varit naturligare om bestämmelsen hade behandlats som ett undantag enligt artikel 1 eller en reservation enligt artikel 2.

För parter som vill låta sin samverkan fortsätta om nyutveckling kommer till stånd finns det skäl att karaktärisera avtalet som ett exklusivt samarbete med möjlighet till förlängning. Parterna bör dock avstå från att uttryckligen förbjuda licensgivaren att kontraktera med andra efter den ursprungliga avtalsperioden. Sådant tillägg är egentligen inte nödvändigt, eftersom det följer redan av exklusiviteten.

I första hand borde gruppundantaget vara tillämpligt på en sådan samverkan om det ses till innehållet i artikel 8.3. Försiktiga parter bör anmäla avtalet. Sker anmälan enligt invändningsförfarandet i artikel 4, kan kommissionen endera förhålla sig passiv, vilket innebär att gruppundantaget anses omfatta samarbetet eller slå fast att anmälan inte erfordras därför att avtalet är fritaget enligt artikel 8.3. Bägge dessa alternativ ger önskad säkerhet. Kommissionen kan också konstatera att invändningsförfarandet inte är tillämpligt eftersom avtalet innehåller en svartlistad klausul. Det fortsatta förfarandet överförs då automatiskt till en individuell anmälan enligt Förordning 17/62 och parterna har i alla fall fördelen av den trygghet som ligger i en anmälan.[40]

Samarbetet bryts. Om parterna däremot inte förlänger samarbetet uppkommer frågan om vad som händer med förbättringslicenser. Teknikförordningen ger inga anvisningar och parternas avtal får därför stor betydelse, under förutsättning av att licensen inte ges en konkurrensbegränsande karaktär. Normalt borde, i brist på sådana regler, rätten att använda förbättringar löpa ut samtidigt som avtalet upphör, om dessa är patenterade eller skyddade av hemligt know-how.[41] Särskilt intressant är att kommissionen i *Delta Chemie* aktivt drev fram en sådan lösning för att skapa balans mellan parterna inför framtida förlängningsförhandlingar.[42]

[40] »Förordning 17/62», Rådets förordning 17/62 av den 6 februari 1962. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT 21.2.62 nr 204/62.

[41] Beslut 88/143/EEG, *Rich Products/Jus-rol*, not 9 ovan, punkt 19 och 36 senare delen.

[42] Beslut 88/563/EEG, *Delta Chemie*, not 30 ovan, punkt 33. Denna tankegång återspeglas också i Know-howförordningens ingress och i artikel 3.3.b).

Sammanfattningsvis innebär Teknikförordningen att enkla, ömsesidiga förbättringslicenser inte skapar problem från konkurrensrättslig utgångspunkt. Lika klart är att ett krav på att licenstagaren skall överlåta sina rättigheter till nyutveckling gör förordningen icke tillämplig. I övrigt lämnar Teknikförordningen däremot mer tveksamma besked när det gäller hanteringen av förbättringar av den licensierade tekniken eller avtalsprodukten.

Det är sannolikt att licensgivaren har rätt att begära en exklusiv »grant back» för utveckling, som är en del av den licensierade tekniken och inte har en självständig tillämpning. Exklusiv licens till fristående utveckling omfattas inte av artikel 2 men är heller inte uttryckligen förbjuden av artikel 3, vilket var fallet i Know-howförordningen. Vid avtalsförhandlingarna kan det finnas anledning att behandla den beroende och den självständiga utvecklingen separat med olika föreskrifter om fördelning av rättigheter. Invändningsförfarandet är tillämpligt på en klausul som behandlar exklusiv upplåtelse av licenstagarens fristående utveckling – även om ett logiskt resonemang snarare skulle tyda på att kommissionen egentligen avsett att svartlista denna typ av exklusiva upplåtelser.

Vid nyutveckling kan parterna enligt artikel 8.3 förlänga sitt samarbete utöver den ursprungliga tid som tillåts enligt artikel 1, vilket överensstämmer med definitionen. I artikel 3.7 föreskrivs att licensgivaren vid en förlängning inte får förpliktas att inte lämna licens till tredje man. Denna klausul är svår att förena med innehållet i artikel 8.3 och överhuvudtaget svår att förstå på annat sätt än att den skall tolkas som tidigare förordningar. Parterna bör undvika att införa uttryckligt förbud för licensgivaren att licensiera tredje man efter avtalstidens utgång. Sker så, måste avtalet anmälas med begäran om individuellt undantag. Avstår parterna däremot från uttrycklig bestämmelse uppnås likväl samma resultat till följd av exklusivitetsbestämmelsen, som innebär att licensgivaren skall avstå från att licensiera annan part. Även om avtalet formellt förefaller att vara i överensstämmelse med förordningen, kan en försiktig rekommendation likväl vara att anmäla avtalet enligt invändningsförfarandet, även om det formellt inte står till buds.

8. Ekonomi och marknadsaktiviteter

(royalty, konkurrensförbud och marknadsåtaganden)

Inledning 217

8.1 Ekonomiska relationer mellan parterna 218

8.1.1 Royalty under och efter avtalstiden 219

Artikel 2.1.7 220

8.1.2 Minimiroyalty 224

8.1.3 Grund för justering av royalty 225

Artikel 2.1.10 226

8.2 Konkurrensförbud respektive »best efforts» 229

8.2.1 Konkurrensförbud i avtalsförhållanden 230

Artikel 3.2 232

8.2.2 Bästa förmåga 234

Artikel 2.1.17 235

Artikel 7.4 236

8.2.3 Reservationsmöjlighet 236

Artikel 2.1.18 236

8.3 Ekonomiska relationer till tredje man 238

8.3.1 Prisfrågor 238

Artikel 3.1 239

8.3.2 Styrning av andra marknadsaktiviteter 240

8.3.3 Obehandlade klausuler 242

Grundig/Consten 245

Inledning

Ingressen till Teknikförordningen klargör att parterna är fria att avtala om de ekonomiska villkoren och om hur resultatet av samarbetet skall fördelas mellan dem. Inget hindrar att de specificerar att betalning skall utgå i förväg eller falla ut i successiva rater, alltefter som det passar deras respektive ekonomi. »I regel behöver parterna inte skyddas mot de förutsebara ekonomiska följderna av ett avtal som ingås frivilligt.»[1]

Påpekandet kan förefalla trivialt – det är inte konkurrensreglernas uppgift att gripa in i parternas avtalsfrihet och justera fördelningen av det ekonomiska resultatet. Den uppgiften ligger snarare på det nationella planet med stöd av allmänna avtalsregler och bestämmelser om jämkning av oskäliga avtalsvillkor. Ingressens påpekande innehåller dock en reservation om att det »i regel» inte är nödvändigt. Kommissionen har i enskilda beslut gripit in i och tvingat fram en modifiering av avtalsförhållandet, utan att det gått att påvisa en direkt inverkan på konkurrensen.[2]

Frågan är om det finns några gränser för parternas ekonomiska avtalsfrihet eller om de har full frihet att träffa överenskommelse om minimi- och maximiregler. Vid någon punkt riskerar den ekonomiska överenskommelsen att styra andra delar av samarbetet på ett sätt som kan anses falla utanför den speciella skyddsrätten.

Känsligt från konkurrensrättslig utgångspunkt blir det när par-

[1] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, [1996] EGT L31/2, [1996] 4 CMLR 405, ingressen punkt 21.

[2] Beträffande samspelet mellan konkurrensregler och en civilrättslig bedömning i svensk rätt hänvisas till Bernitz, U., Den svenska konkurrenslagen, Juristförlaget 1996, s. 88. Kommissionens ingrepp med stöd av konkurrensreglerna demonstreras bl.a. av beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535. Beträffande förbättringsklausulen ändrades avtalet på kommissionens begäran så att Delta Chemie inte skulle ha automatisk rätt att utnyttja licenstagarens förbättringar efter avtalstidens utgång. Förändringen skulle tvinga parterna till förhandlingsbordet för att komma överens om villkor för en förlängning. Även om den aktuella klausulen inte avsåg den ekonomiska fördelningen mellan parterna antyder kommissionens krav likväl att det är ett eget mål att skapa en rimlig balans mellan parterna, som knappast kan anses kopplade till ett konkurrensrättsligt tänkande. För de rent ekonomiska förhållandena – om dessa överhuvudtaget kan ses isolerade från avtalet i övrigt – är dock ingressen så tydlig att kommissionen rimligen inte kan ingripa mot parternas kommersiella upplägg. Det hade varit naturligt om detta synsätt hade präglat varje relation mellan parterna som inte har en direkt konkurrensrättslig konsekvens.

terna träffar inbördes avtal om rätt att arbeta med konkurrerande produkter vid sidan av avtalsförhållandet. Kommissionen har genom åren uttryckt en mycket varierad inställning till konkurrensklausuler. Eftersom de är en viktig del av diskussionen mellan förhandlande parter finns det anledning att mer exakt fastställa vad som gäller i licensförhållanden.

Nära kopplat till kontrahenternas ekonomiska överenskommelse är också spörsmål om vem som bestämmer över relationerna till tredje man. Utgångspunkten är att licenstagaren är en fristående, självständig mellanman, som skall kunna kontrollera relationerna till sina kunder. Samtidigt är det naturligtvis viktigt för licensgivaren att säkra att licenstagaren kommer att vidta erforderliga aktiviteter med den rätt han erhåller genom licensen. Gör licenstagaren stora åtaganden påverkar det i allmänhet royaltyersättningen, men i gengäld vill licensgivaren både ha insyn i och inflytande över hur arbetet utförs. Kan denna typ av inflytande anses begränsa konkurrensen?

I detta kapitel behandlas först de ekonomiska relationerna mellan parterna och hur royalty fastställs mellan dem. I det därpå följande avsnittet granskas inställningen till konkurrensförbud och »best effort»-bestämmelser i en strävan att dra en gräns mellan det förbjudna och det tillåtna. I det avslutande avsnittet är strävan att fånga upp bestämmelser i relationen till tredje man. Särskilt viktiga är prisstrategiska frågor som ägnas ett eget avsnitt, men även andra relationer, som ofta inte blivit föremål för belysning i Teknikförordningen, kan vara av betydelse och bedöms i de två avslutande avsnitten.

8.1 Ekonomiska relationer mellan parterna

Hur skall parterna fördela den ekonomiska fördel som licensen leder till? Ersättningsalternativen är många – från engångsbelopp vid avtalens undertecknande till procentuell andel av licenstagarens faktiska försäljning av licensprodukten utspridd över ett stort antal år. Alternativen kan kombineras och är egentligen avhängiga parternas förutsättningar. Vid en tidigarelagd betalning i form av icke-återbetalningsbara engångsbelopp skjuts risken över på licenstagaren och

licensgivaren behöver inte gardera sig för licenstagarens insatser. Innebär däremot avtalet att licensgivaren är beroende av licenstagarens aktiviteter för sin egen framgång, vill han naturligtvis påverka tänkbara åtgärder så långt det är möjligt.

Hur ställer sig konkurrensreglerna till sådana uppdelningar? Gör det någon skillnad om överenskommelsen avser tiden före eller efter den tillåtna exklusivitetsperioden?

8.1.1 Royalty under och efter exklusivitetsperioden

Som framhållits tidigare bygger Teknikförordningen på att parterna fritt skall kunna förhandla fram sin ekonomiska uppgörelse.

Normalt utgår betalning som en löpande ersättning i förhållande till licenstagarens intjäning.[3] Inget hindrar dock parterna från att fastställa ersättningen till ett engångsbelopp som kan erläggas inledningsvis eller i successiva rater under avtalstiden.[4] Beloppet kan också göras avräkningsbart mot framtida löpande ersättningar. Inte heller ger konkurrensreglerna anvisningar om hur royalty skall beräknas – som andel av försäljningspriset eller en fastställd avgift per tillverkad eller försåld enhet. Teknikförordningens ingress konstaterar att om den valda betalningsformen är ändamålsenlig och innebär ett sätt att finansiera tekniköverföring och fördela risker mellan avtalskontrahenterna finns det inte anledning att gripa in i avtalsfriheten. Däremot får de valda betalningsformerna inte leda till ett resultat som motsvarar de i artikel 3 icke accepterade konkurrensbegränsningarna.

En kombination med fördelning mellan en viss del på ett tidigt stadium, som kan vara avräkningsbar mot framtida ersättningar

[3] Royaltyersättningen fastställs ofta som en procentandel av licenstagarens nettoförsäljning – ett begrepp som kräver en egen definition. Härmed förstås i allmänhet licenstagarens fakturerade försäljning med avdrag för specificerade kostnader – som ofta faktureras separat. Transportkostnader, tullar, skatter är exempel på avdrag som inte skall grunda royaltybetalning. Vidare skall returer, rabatter och andra typer av avdrag normalt räknas av.

[4] EG-kommissionen, beslut 74/494/EEG (*Kabelmetal*), Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40; beslut 87/123/EEG (*Boussois/Interpane*), Boussois SA & Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft mbH & Co. KG, 15 december 1986: EGT 1987 L50/30, [1988] 4 CMLR 124.

och fortlöpande royalty, innebär normalt inte någon inverkan på konkurrensen. Inte heller föreligger något hinder mot att fördela utgående ersättning mellan olika immaterialrättigheter så att en viss del faller på patent, medan annat kan tillföras ingående know-how och varumärkesskydd. Möjligen skulle invändningar kunna resas mot en snedfördelning och att syftet kan vara att åstadkomma en begränsning av konkurrensen genom högre ersättning för icke tidsbegränsade rättigheter.

Parternas val av ersättningsform är inte alltid självklar och svår att ifrågasätta i efterhand. Vid avtalstillfället kan patentet ha framstått som särskilt lockande, men allteftersom samarbetet fortsätter flyttas tyngdpunkten mot know-how och varumärke, vilket motiverar att dessa rättigheter värderas högt. EG-domstolens beslut *Ottung mot Klee* belyser svårigheterna med att ta betalt för immaterialrättigheter, men också att i efterhand ifrågasätta den överenskommelse som fristående parter förhandlat sig fram till.[5]

Teknikförordningens artikel 2.1.7.a) förklarar att förordningen är tillämplig utan hinder av

> *Skyldigheten för licenstagaren att fortsätta att betala licensavgifter*
>
> *a) tills avtalet har upphört och till de belopp, för de tidsperioder och enligt de metoder som fritt har bestämts av parterna om ifrågavarande know-how blir allmänt tillgängligt på annat sätt än genom licensgivarens åtgärd, utan att detta är till hinder för betalning av ytterligare skadeersättning i händelse av att detta know-how blir allmänt tillgängligt till följd av en åtgärd från licenstagarens sida som utgör avtalsbrott – – – .*

Bestämmelsen bekräftar det självklara att royalty kan utgå under avtalstiden, dvs. under patenttiden eller i tio år från första marknadsföring i gemenskapen av know-howskyddad produkt. Som framgår av bestämmelsen kan parterna dessutom i avtalet stipulera att royalty skall utgå även om know-how förlorar sin hemlighet under perioden, om förlusten inte är beroende av licensgivarens åtgärder. Civilrättsligt är det tveksamt om detta förhållande behöver ut-

[5] EG-domstolen, (sjätte kammaren), mål 320/87 (*Ottung mot Klee*) Ottung mot Klee & Weilbach A/S och Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915. Rättsfallet har behandlats utförligt i kapitel 5.

tryckas direkt. De flesta licensavtal stipulerar royaltynivå och tidsperiod utan att ange att avtalet upphör om hemligheten går förlorad. Det borde var tillräckligt och det är först om avtalet uttryckligen anger att royltybetalningsskyldigheten upphör samtidigt med att hemligheten går förlorad som licenstagaren befrias från vidare förpliktelser.

Om det är licenstagaren som agerat så att know-how mist sin hemliga karaktär är detta i allmänhet en grund för att bryta samarbetet och begära skadestånd. Bestämmelsen i artikel 2.1.7 förefaller att utgå ifrån att samarbetet löper vidare, men att licensgivaren kan göra anspråk på skadeståndsersättning. Denna inställning är rationell på det sättet att den redan avtalsbundne licenstagaren är den ende som kan åläggas att fortsätta att betala licensavgift för icke hemligt know-how samtidigt som han kan vara skadeståndsskyldig enligt gällande nationella regler. I dylika situationer är det dock inte alltid det rationella agerandet som styr en förfördelad licensgivare.

Kommissionens inställning till royaltybetalningsskyldighet efter avtalstiden har genomgått en betydande förändring under åren. 1976 behandlades i *AOIP/Beyrard*[6] en komplicerad licenskonstruktion mellan en enskild uppfinnare och dennes licenstagare, som var ett större företag. Beyrard hade uppfunnit och utvecklat en serie motortillbehör i form av startmotorer, motstånd, hastighetsväxlare och kontroller och träffade flera licensavtal med AOIP om deras exploatering.

Som ett led i överenskommelsen ingick att AOIP skulle betala ersättning i form av royalty, som kalkylerades med referens till nettoomsättningen på patentskyddade produkter och som också innehöll bestämmelse om minsta royalty. Avtalet gällde så länge patentskydd fanns, oavsett om det fanns redan vid samarbetets början eller hade kommit till under avtalsperioden. Något konkurrensförbud förelåg inte, däremot skulle AOIP betala royalty till Beyrard även om företaget använde sig av en metod som inte var patentskyddad av Beyrard.

Kommissionen underkände avtalskonstruktionen och beviljade inte undantag enligt Romfördragets artikel 85.3 med hänvisning till att avtalet inte fick gälla utöver den patenttid som gällde när avtalet

[6] EG-kommissionen, beslut 76/29/EEG (*AOIP/Beyrard*), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14.

undertecknades.[7] En förlängning av skyldigheten att betala royalty därutöver innebar en konkurrensnackdel för licenstagaren.

Patentförordningen följde *AOIP/Beyrard* och byggde i princip på att patent skulle vara i kraft och know-how skulle fortsätta att vara hemligt för att royalty skulle utgå över en längre tidsperiod.[8] I Know-howförordningen kunde systemet förenklas något till följd av att hemligt know-how inte har någon lagstadgad tidpunkt när hemligheten upphör. Förordningen tillät royaltybetalning även om hemligheten gått förlorad, men accepterade inte royaltyskyldighet om inte licensen ursprungligen täcktes av hemligt know-how.[9]

Teknikförordningen stämmer i princip med upplägget i tidigare förordningar. Ingressen[10] anger att licenstagarens betalningar kan spridas över en tidsperiod som sträcker sig över de licensierade patentens giltighetstid. Av ingressen framgår det att syftet är »att un-

[7] I beslut 76/29/EEC, *AOIP/Beyrard*, not 6 ovan, uttalade kommissionen i punkt [25] den då gällande inställningen till royaltyskyldighet efter patenttiden med hjälp av tilläggspatent: »– – – remain in force for the life of the most recent original or improvement patent – – – Such clause enables the licensor to extend unilaterally and indefinitely the duration of the licensing agreement; – – – the parties are free to agree later – – – to extend the term of the original agreement, – – – But such an extension may not be effected by the unilateral act of one of the parties.» I punkt [27] sades vidare: »The obligation to pay royalties after the expiration of the most recent patent in force when the agreement was made constitutes, in this case, an infringement of Article 85 because the licensee does not have the right to terminate the agreement. Maintenance of such an obligation for products or processes which have been manufactured or used under an expired patent, or for which a patent has been obtained, but not used, after the date the licensing agreement was made, has the effect of burdening manufacturing costs without any economic justification and thereby weakening the competitive position of the licensee.»

[8] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15 svartlistade i artikel 3.2 avtalsbestämmelser som automatiskt förlängde avtalet utöver giltighetstiden för licensierade patent som förelåg när avtalet ingicks. Dock accepterades en sådan klausul om bägge parter årligen kunde säga upp samarbetet. Inte heller förelåg hinder mot att ersättning fortsatte att utgå om licenstagaren använde sig av licensgivarens hemliga know-how. Artikel 3.4 förhindrade royalty för produkter som inte var helt eller delvis skyddade av patent eller hemligt know-how. Denna bestämmelse hindrade dock inte att en ursprungligen avtalad avgift sträcktes över en längre tidsperiod. Jfr EG-kommissionen, beslut 87/123/EEG, *Boussois/Interpane*, not 4 ovan, punkt [22] (c) – – – an obligation to pay royalties or a fixed sum, including a fixed sum spread over several instalments whereby outstanding instalments are still payable after the know-how has entered the public domain – – –.»

[9] »Know-howförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1, artikel 2.1.7 och artikel 3.5.

[10] Teknikförordningens ingress punkt 21.

derlätta licenstagarens betalningar» och att det skall ske »framför allt genom att sätta lägre licensavgifter».

Teknikförordningens artikel 2.1.7.b) förklarar att förordningen är tillämplig utan hinder av

> *Skyldigheten för licenstagaren att fortsätta att betala licensavgifter*
>
> – – –
>
> *b) också efter det att giltighetstiden för det patent som överlåtits löpt ut för att underlätta betalningen.*

Referensen till det överlåtna patentet är felaktig och borde gällt det upplåtna patentet.

Ingressens tydliga hänvisning till att det skall avse fördelar för licenstagaren har komprimerats till orden »för att underlätta betalningen». I alla händelser sätter texten ett tveeggat vapen i händerna på licensavtalets parter. Deras utgångspunkter är olika. Medan licensgivaren vill ha så hög licensavgift under så lång tid som möjligt, vill licenstagaren det motsatta. Att i efterhand fastställa om den längre avtalstiden motsvaras av en verklig sänkning av royaltynivån blir alltid skönsmässig och normalt beroende av omständigheter som parterna inte kunde ta i beräkning vid avtalstillfället. Enda sättet att gardera sig förefaller vara att i avtalet tydligt klargöra skälen till den valda lösningen och göra det på ett sådant sätt att det framstår som en fördel för licenstagaren.

För övrigt kan det konstateras, vilket också framgår av kapitel 5 ovan, att avtalets exklusiva begränsningar bara kan hållas i kraft under den tid som anges i artikel 1, dvs. beträffande patent under skyddstiden och beträffande know-how under en period av tio år. Artikel 1 utesluter däremot inte att avtalet har en längre löptid än vad som gäller för exklusivitetsbindningen, vilket möjliggör den längre royaltybetalningen.[11]

Ottung mot Klee[12] belyser domstolens syn på betalningsskyldighet vid patent och know-howlicens. Enligt parternas överenskommelse skulle royalty utgå så länge avtalen var i kraft. Sade licensta-

[11] Kommissionen har i vissa enskilda beslut accepterat utomordentligt långa avtalstider. Se t.ex. EG-kommissionen, beslut 88/541/EEG (*BBC*), Brown Boveri and NGK Insulators Ltd, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68, [1989] 4 CMLR 610 – mer än 15 år.

[12] Mål 320/87, *Ottung mot Klee*, se not 5 ovan och kapitel 5.

garen upp samarbetet, vilket var en rättighet som ensidigt tillkom denne, upphörde också hans rätt att exploatera den licensierade tekniken. När patenttiden löpt ut slutade licenstagarna att betala royalty, men utan att säga upp överenskommelsen. Som skäl för sitt agerande uppgav licenstagaren att det stred mot artikel 85.1 att begära royalty efter patenttidens utgång.

EG-domstolen konstaterade att en begränsning av konkurrensen inte förelåg eftersom licenstagaren fritt kunde säga upp avtalet.[13] Om däremot avtalet förbjuder licenstagaren att även efter upphörandet fritt tillverka produkten (i den utsträckning den inte är immaterialrättsligt skyddad eller skyddad av hemligt know-how) begränsas licenstagarens aktionsfrihet i förhållande till andra parter vilket kan vara i strid med artikel 85.

Konsekvensen av domen förefaller därför vara att parterna har frihet att träffa avtal för längre tid än patenttiden. När denna löpt ut skall licenstagaren vara fri att säga upp samarbetet och han får inte hindras att utöva sin verksamhet i större utsträckning än vad som gäller för fristående tredje man. Å andra sidan skall licenstagaren inte heller ha större fördelar än tredje man. Finns andra immaterialrättigheter som lägger hinder i vägen binder de även licenstagaren. Med stöd av samma principiella resonemang kan licenstagaren förbjudas utnyttja hemligt know-how som han fått tillgång till genom licensen, vilket för övrigt också framgår av Teknikförordningen. Väljer licenstagaren att inte säga upp samarbetet kvarstår hans skyldigheter enligt avtalet.

8.1.2 Minimiroyalty

Som framhållits är royaltysatsens storlek en förhandlingsfråga mellan parterna. Teknikförordningens artikel 2.1.9 möjliggör dessutom avtalsbestämmelser om minimiroyalty i följande ordalag:

[13] Mål 320/87, *Ottung mot Klee*, se not 5 ovan, punkt [11]: »The possibility cannot be ruled out that the reason for the inclusion in a licensing agreement of a clause imposing an obligation to pay royalty may be unconnected with a patent. Such a clause may instead reflect a commercial assessment of the value to be attributed to the possibilities of exploitation granted by the licensing agreement. That is even more true where, as in the main proceedings, the obligation to pay royalty in respect of two devices, one being patented after the agreement was entered into and the other being complementary to the first, was embodied in a licensing agreement entered into before the patent was granted.»

Skyldigheten för licenstagaren att betala en lägsta licensavgift eller tillverka en minimikvantitet av den licensierade produkten eller vidta ett minsta antal åtgärder för att utnyttja den licensierade tekniken.

Bestämmelsen kan användas i två syften: för att säkra att licensgivaren får en reveny som motsvarar den licensierade teknikens potential som avtalskontrahenterna var överens om vid avtalets ingående eller för att tvinga fram en aktivitet från licenstagarens sida.

Det första syftet innebär att licensgivaren kan säkra sig en ersättningsnivå. Miniminivån kan fastställas som ett lägsta pris per transaktion. Den fungerar därmed som en form av indirekt kontroll av att licenstagarens marknadspris inte blir för lågt. Huruvida detta kan jämställas med indirekt bruttoprissättning diskuteras nedan. Det senare syftet gör bestämmelsen till en form av kvantifierad »best effort-bestämmelse».

Det är svårt att se konkurrensbegränsande aspekter i något av alternativen. För licensgivaren kan de vara förutsättningar för att han alls skall vara beredd att ingå avtalet och den fastställda royaltysatsen är inte bara en effekt av priset på den enskilda produkten utan också en bedömning av vad samarbetet totalt kan förväntas leda till. Det är naturligt att licensgivaren så långt det går vill säkra sådant resultat. I alla händelser är denna typ av bestämmelser omfattade av gruppundantaget och kan således införas i ett licensavtal.

8.1.3 Grund för justering av royalty

Har parterna kommit överens om en royalty på licenstagarens försäljning gäller överenskommelsen oavsett förändringar. Eftersom licenstagaren kontrollerar marknadsinsats och marknadspris har han möjlighet att se till att slutresultatet blir bra också för egen del. Licenstagaren är dock beroende av att han kan ta ut sitt beräknade marknadspris. Skulle yttre faktorer förhindra ett tillräckligt högt pris hjälper inte en procentuellt god marginal om inkomsten i pengar räknat inte täcker omkostnaderna.

Mest-gynnad-klausul. En faktor som licenstagaren har anledning att eliminera är att licensgivaren i senare avtal med andra licenstagare skulle komma fram till lägre ersättningsnivåer, som möjliggör för

dessa att hålla ett lägre pris på marknaden. Med hänsyn till gemenskapsreglernas absoluta krav på fria varurörelser kan produkt från sådan licenstagare föras över gränser och således konkurrera med licenstagarens produkt.

Av denna anledning klargör Teknikförordningen i artikel 2.1.10 att bestämmelse om mest-gynnat-pris inte anses konkurrensbegränsande:

> *Skyldigheten för licensgivaren att bevilja licenstagaren de fördelaktigare villkor som licensgivaren kan komma att bevilja ett annat företag efter det att avtalet har träffats.*

Stadgandet har sannolikt stöd i kommissionens beslut i *Kabelmetal*,[14] som innehöll en »most-favoured»-klausul. Tyska Kabel-Metal hade beviljat franska Luchaire en exklusiv produktionslicens och en icke-exklusiv försäljningslicens under Kabel-Metals patent och know-how till en teknik för att framställa kallvalsat stål (»cold extrusion»-process). I parternas ursprungliga avtal hade även försäljningslicensen varit exklusiv, men ändrats efter anmaning från kommissionen.

Vid avtalstillfället var Luchaire fortfarande ensam licenstagare, men med hänvisning till att försäljningslicensen var enkel var det angeläget för Luchaire att gardera sig mot att framtida konkurrerande licenstagare skulle uppnå bättre villkor i sina förhandlingar med Kabel-Metal. Därför infördes en särskild bestämmelse med sådant syfte.

Kommissionen konstaterade i sitt beslut att en mest-gynnadklausul i allmänhet inte begränsar licensgivarens möjlighet att träffa nya avtal med andra licenstagare, men att den dock i enskilda fall kan ha en avhållande effekt och därmed fungera som en betydande begränsning av konkurrensen.[15] I Teknikförordningen har den dock inrangerats i vita listan.

---

[14] EG-kommissionen, beslut 74/494/EEC, *Kabelmetal*, not 4 ovan.

[15] EG-kommissionen, beslut 74/494/EEC, *Kabelmetal*, not 4 ovan, punkt [31]: »Kabel-Metal's undertaking not to grant any licence in respect of its techniques to any firm in any part of the world on terms more favourable than those applying to Luchaire (most-favoured-licensee clause). The licensors undertaking to extend to the original licensee any more favourable terms subsequently granted to other licensees would not in general dissuade the licensor from granting further licensees to third parties. In specific cases, however, particularly where the market situation was such that the only way to find other licensees was to grant them more favourable terms than those granted to the first licensee, this obligation could be an obstacle.»

Denna klausul skall inte förväxlas med de situationer där en köpare erbjuds det mest fördelaktiga pris som erbjuds på marknaden. Säljaren erbjuder sig att »matcha» erbjudanden från andra företag genom att sänka sitt pris i det enskilda fallet. En sådan »matchningsklausul» anses i allmänhet konkurrensbegränsande genom att den ger säljaren en möjlighet att bevaka konkurrenternas prissättning.[16]

Royalty på oskyddad produkt. Kan royaltyersättning även utgå på oskyddad produkt? Teknikförordningen ger inget direkt svar på denna fråga. Det skulle därför kunna hävdas att om en sådan bestämmelse förs in i avtalet, faller den under invändningsförfarandet och anses konkurrensbegränsande först om kommissionen skulle rikta invändningar.

En sådan formell inställning leder dock sannolikt sällan till det önskade resultatet. Både kommissionen[17] och domstolen[18] har i enskilda ärenden visat en klart negativ hållning till denna typ av klausul, som ju faktiskt står det rena kopplingsförbehållet nära.[19]

I *Windsurfing*[20] menade domstolen att royalty inte kunde utgå på

[16] EG-kommissionen, beslut 90/299/EEG (*Soda Ash*) – Solway et Cie SA, 19 december 1990: EGT 1991 L151/21, [1994] 4 CMLR 645, punkt [60]: »A clause in a long-term supply contract whereby a customer, which is bound to take all or a major part of its requirement from the supplier, may inform the supplier of lower competing offers, which can be accepted if it does not match them within a given period, is exclusionary under Article 86 EEC in so far as it allows a dominant supplier to be fully informed of the details of competitor's activities while effectively excluding the possibility of the competitors actually obtaining any business. Where such a clause gives the dominant supplier the option of terminating the whole agreement if the customer obtains even a small part of it supplies from a competitor it is, in itself, a deterrent to competition; the customer is extremely unlikely to jeopardise its security of supply in such circumstances.»

[17] EG-kommissionen, beslut 79/86/EEG (*Vaessen/Moris*), H. Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba, 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511, avsåg en royaltyfri licens att »skinna» korv med skyldighet att köpa skinnet från licensgivaren. Detta var så förbjudet att böter bara undgicks på grund av licensgivarens obetydliga storlek. Beslut 76/29/EEG *AOIP/Beyrard*, not 6 ovan, avsåg skyldighet att betala royalty även om andra processer använts; EG-kommissionens beslut, 83/400/EEC, (*Windsurfing*) IMA AG mot Windsurfing International Inc., 11 juli 1983: EGT 1983, L229/1, [1984] 1 CMLR 1 gällde bl.a. skyldigheten att betala royalty på såväl det patenterade seglet som den opatenterade brädan.

[18] Domstolen har behandlat royalty på oskyddad produkt i mål 193/83, *Windsurfing*, not 20 nedan, och mål 320/87 *Ottung mot Klee*, not 5 ovan.

[19] Se vidare avsnitt 7.2 ovan.

[20] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 (*Windsurfing*), Windsurfing International Inc. mot EG-kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489, punkt [57].

den opatenterade produkten ensam. Om däremot bräda och segel såldes i paket var det inte begränsande om royaltyberäkningen utgick från paketpriset, eftersom det klarlagts att procentsatsen blev lägre än när det beräknades på separata delar. Resultatet överensstämmer med inställningen när produkterna inte går att separera utan licensprodukten är en integrerad del av slutprodukten.[21]

Dominerande ställning. Artikel 86 förbjuder speciellt företag i dominerande ställning att ta ut oskäliga priser. Missbruket kan bestå i att ta ut ett pris som inte står i relation till det ekonomiska värdet på den tillhandahållna produkten eller tjänsten, vilket bl.a. framgår av *Tournier*-fallet rörande royalty från franska diskotek till upphovsrättsorganisation.[22]

Domstolen konstaterade i detta fall, där produktionskostnaderna inte kunde fastställas, att en internationell jämförelse kunde vara relevant. Vid stora skillnader övergick bevisbördan på licensgivaren att förklara det rimliga i den fastställda ersättningen.[23] I det speciel-

[21] Mål 193/83 *Windsurfing*, not 20 ovan, punkt [65]: »– – – this is not one of the cases which according to the Commission, justify such a method of calculation, namely where 'the number of items manufactured or consumed or their value are difficult to establish separately in a complex production process, or – – – there is for the patented item on its own no separate demand which the licensee would be prevented from satisfying through such a method of calculation'– – –.»

[22] EG-domstolen, mål 395/87 (*Tournier*) – Ministère Public mot Jean Louis Tournier och Jean Verney, 13 juli 1989: [1989] REG 2521, [1991] 4 CMLR 248. Se också mål 402/85, G. Basset mot Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), 9 april 1987: [1987] REG 1747, [1987] 3 CMLR 173. Jfr generaladvokat Gullmans yttrande i mål C-241/91 och C-242/91 (*Magill TV Guide*), Radio Telefis Eireann and Independent Television Publication Ltd mot kommissionen, 6 april 1995: [1995] I REG 743, [1995] 4 CMLR 718, citerad från CMLR s. 742. »It is common ground that Article 86 may apply where a dominant undertaking demands *unreasonable royalties* or applies a *discriminatory licensing policy*. As the Commission pointed out, in its judgments in Basset and in Tournier, the Court of Justice expressly held that the charging by a copyright managements society of unreasonable royalties for the public performance of recorded musical works may constitute an abuse of a dominant position.»

[23] Mål 395/87, *Tournier,* not 22 ovan, punkt [38]: »When an undertaking holding a dominant position imposes scales of fees for its services which are appreciably higher than those charged in other Member-States and where a comparison of the fee levels has been made on a consistent basis, that difference must be regarded as indicative of an abuse of a dominant position. In such a case it is for the undertaking in question to justify the difference by reference to objective dissimilarities between the situation in the Member-State concerned and the situation prevailing in all other Member-States.»

la fallet lyfte domstolen fram de höga franska administrationskostnaderna. Det ålåg dock nationell domstol att ta ställning till den konkreta situationen[24] och denna måste fastställa om skillnaden mellan produktionskostnaderna och det faktiska priset var överdrivet stor, och om det fastställda priset var oskäligt i sig eller i förhållande till konkurrerande produkter.[25]

8.2 Konkurrensförbud respektive »best efforts»

Hur skall en licensgivare förhålla sig till att en samarbetspartner även arbetar med konkurrerande produkter? Skall han acceptera eller kräva att licenstagaren koncentrerar sig på arbetet med den licensierade produkten? Vid ett första påseende kan svaret förefalla enkelt. Får licenstagaren en exklusiv licens att exploatera licensprodukten, bör han för att undvika lojalitetskonflikter rimligen avstå ifrån att arbeta med en konkurrerande produkt.

Från kommersiell utgångspunkt är en sådan balans i parternas relationer ofta naturlig. Frågan är vad begreppet konkurrerande skall innefatta. Gäller det bara identisk produkt eller omfattas även snarlika och hur långt skall detta begrepp då tänjas? Gäller åtagandet under avtalstiden eller skall det hänga kvar viss tid därefter för att skydda licensgivaren under ett ömtåligt övergångsskede och hur långt får detta vara?

Exklusivt samarbete är dock inte den självklara affärsmässiga lösningen. Licensgivare söker en samarbetspartner som kan tänkas ta hand om licensprodukten på bästa sätt. Ofta vänder sig intresset mot ett större företag som redan har byggt upp en marknadsposition och som på ett naturligt sätt skulle vilja komplettera sitt produktsortiment. En sådan licenstagare är dock i allmänhet tveksam till att acceptera ett konkurrensåtagande som innebär ett tvång att överge existerande produkter eller som kan påverka licenstagarens eget utvecklingsarbete. Licenstagarens intresse är att komma över

[24] Mål 395/87, *Tournier,* not 22 ovan, punkt [43]: »– – – a comparison with the situation in other Member-States may provide useful indications regarding the possible abuse of a dominant position by a national copy-right-management society – – –.»

[25] Jfr EG-domstolen, mål 27/76, United Brands Co. mot kommissionen, 14 februari 1978: [1978] REG 207, [1978] 1 CMLR 429.

en nyutveckling som kan komplettera det egna sortimentet och inte förhindrar att annan nyutveckling kan läggas till i ett senare skede. I en sådan strategi finns helt enkelt inte utrymme för en konkurrensklausul. Då avstår sannolikt licenstagaren hellre från licensen.

Den mindre licensgivaren böjer sig ofta för dessa argument, eftersom denne är intresserad av att komma in i det större företagets nätverk och därigenom snabbt och effektivt nå ut på den främmande marknaden. I stället kommer parterna överens om att licenstagaren skall ge produkten rätt understöd, kanske kopplat med »best effort»-åtagande, minimibestämmelser, kortare avtalstid eller möjlighet att undanröja exklusiviteten i vissa situationer.

En licensgivare som inte accepterar denna frihet för licenstagaren får söka sig en annan lösning. Han kan i stället välja att vända sig till ett företag som är berett att uteslutande arbeta med licensteknikén i utbyte mot den exklusiva licensen. Priset är att en sådan licenstagare ofta saknar tidigare erfarenheter inom det aktuella området. Därmed uppkommer ett ömsesidigt beroendeförhållande som kräver nära samverkan för gemensam framgång på den licensierade marknaden – bägge saknar alternativ.

Det anförda visar på de många parametrar som kommer in vid val av samarbetsform. Innehavare av en immaterialrätt skall kunna göra dessa avvägningar när han bedömer hur en uppfinning skall exploateras. Det är en del av den rätt som immaterialrätten ger. För licensgivaren finns alltid alternativet – om han inte blir nöjd med de lösningar som erbjuds – att själv exploatera immaterialrättigheten. Som framhållits vid flera tillfällen är ett sådant ställningstagande mer konkurrensbegränsande och mindre samhällseffektivt än de flesta samarbetslösningar.

8.2.1 Konkurrensförbud i avtalsförhållanden

Kommissionen har emellertid bedömt konkurrensförbud i licensförhållanden strikt och i stället försökt styra parterna mot att i mer allmänna termer nöja sig med utfästelser att arbeta tillsammans efter bästa förmåga. I denna del skiljer sig licensgruppundantagen från distributionsundantagen. Ett skäl kan vara att medan distributionsavtalet uppfattas som ett verkligt vertikalt avtal, ses licens-

avtalet som en horisontell överenskommelse mellan konkurrerande tillverkare.[26]

I nationell europeisk rätt accepteras skäliga konkurrensklausuler som gäller under samarbetstiden och en kort tid därefter. Denna uppfattning kom också till uttryck i kommissionens tidigare inställning i gruppundantagsförordning 67/67 för återförsäljaravtal[27] och i rådsdirektivet om handelsagenter.[28] I samband med överlåtelse av verksamhet har kommissionen accepterat att säljaren avstod från att bygga upp nya relationer med gamla kunder,[29] även om konkurrensförbudet inte får vara liktydigt med ett näringsförbud.[30] I individuella beslut har kommissionen också intagit en mindre kategorisk inställning till konkurrensförbud i licensförhållanden,[31] vilket varit särskilt påtagligt vid licensiering i joint venture-förhållan-

[26] Westring, Lisa, EC Competition Law and Licensing Agreements, Institutet för Europeisk Rätt vid Stockholms Universitet, Publication No 23, Stockholm 1994 s. 5 f.

[27] 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, J.O. 1967 57/849. Artikel 2 tillät konkurrensförbud under avtalstiden och i ett år därefter.

[28] 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. EGT 1986 L382/17. Artikel 20 tillåter konkurrensklausul under avtalstiden och i två år därefter. Beträffande konkurrensklausulens ställning i svensk rätt, se Bernitz, U., not 2 ovan, s. 88 ff. Jfr Carlsson, K., Schuer, L., Söderlind, E., Konkurrenslagen, Publica 1995 (2 uppl.), s. 66 ff.

[29] EG-kommissionen, information, Reuter/BASF, 1976 års konkurrensrapport, punkt 137.

[30] EG-kommissionen, information, SEDAME – PRECILEC, 1981 års konkurrensrapport, punkt 95. Ärendet avsåg bl.a. patentöverlåtelse och ett åtagande från säljaren att inte vara verksam i Frankrike. Säljaren var en mindre enhet som saknade förutsättningar att bedriva verksamhet utanför landet och därmed blev konkurrensförbudet liktydigt med ett näringsförbud. Efter kommissionens ingripande tilläts säljaren framställa såväl överlåtna produkter som konkurrerande produkter för export från Frankrike.

[31] EG-kommissionen, beslut 88/563/EEG, *Delta Chemie,* not 2 ovan. Kommissionen meddelade negativattest för ett konkurrensförbud. Detta var visserligen »mjukt» på det sättet att licensgivarens godkännande skulle inhämtas och det fick inte vägras om det kunde göras troligt att licenstagaren kunde klara sina avtalsåtaganden. Se också EG-kommissionen, beslut 90/186/EEG (*Moosehead/Whitbread*), Moosehead Breweries Ltd & Whitbread and Co. plc, 23 mars 1990, EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391.

den.[32] Även EG-domstolen har haft en positiv syn på konkurrensbegränsningsklausuler.[33]

Patentförordningen svartlistade i artikel 3.3 konkurrensförbud och tillät bara »best effort»-bestämmelse.[34] Know-howförordningen följde i artikel 3.9 upp med motsvarande regel, men möjliggjorde dessutom för licensgivaren att häva exklusiviteten och begära att licenstagaren bevisade att licensierat know-how inte användes för den konkurrerande produkten.

Teknikförordningen stadgar i artikel 3.2 att förordningen inte gäller i följande fall:

> *Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att inom den gemensamma marknaden konkurrera med den andra parten, med företag med anknytning till den andra parten eller med andra företag i fråga om forskning och utveckling, tillverkning, användning eller försäljning av konkurrerande produkter, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 2.1 punkterna 17 och 18.*

Konkurrensklausulen (»restraint-of-trade-clause»/»non-competeobligation») har inte en självklar innebörd eftersom den är kopplad till det svårdefinierade begreppet »konkurrera». En konkurrensklausul uppfattas dock i allmänhet som ett åtagande att inte befatta sig med produkter som av avnämare kan betraktas som substitut till den licensierade produkten. Ofta vidgas bestämmelsen med tillägg av typen »direkt eller indirekt». Den kontrahent till vars fördel åta-

[32] EG-kommissionen, beslut 87/100/EEG (*Mitchell Cotts/Sofiltra*), Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111, punkt [22]: »– – – not to manufacture or deal in products competing with the licensed products is necessary since the Joint Venture needs to concentrate on the success of the new production unit – – –.» Jfr EG-kommissionen, beslut 77/781/EEG, General Electric Co. Ltd & The Weir Group Ltd, 23 november 1977: EGT 1977 L327/26, [1978] CMLR D 42, punkt [42]. Se vidare kapitel 10 nedan.

[33] EG-domstolen, mål 161/84 (*Pronuptia*) Pronuptia de Paris GmbH mot Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 28 januari 1986: [1986] REG 353, [1986] 1 CMLR 414, som visserligen avser ett franchiseförhållande, men enligt vilket franchisegivaren t.o.m. kunde förbjuda franchisetagaren under avtalstiden och under en skälig tid därefter att öppna en liknande affär inom ett område där denna kunde konkurrera med andra medlemmar av franchisegivarens system.

[34] Till skillnad från såväl Know-howförordningen som Teknikförordningen berörde Patentförordningen konkurrensförbudet i sin ingress (punkt 21) där det underströks att licenstagaren skulle ha möjlighet att intressera sig för annan teknik än den som licensierats, eftersom en begränsning härvidlag hämmar teknisk och ekonomisk utveckling.

gandet görs räknar med att det andra företaget inte i någon form skall befatta sig med produkter som avleder intresset från licensprodukten, innebär risk för att kunskap läcker över till konkurrenter eller att affärsmöjligheter försvinner till den andra verksamheten. Eftersom det rör sig om en betungande klausul finns det anledning att utforma en konkurrensklausul tydligt inför risken att allmänna och vaga inskränkningar tolkas restriktivt vid en prövning. Från en konkurrensrättslig utgångspunkt är åtagandet dock så tveksamt att det omöjliggör tillämpning av gruppundantag. Detta utesluter inte individuellt undantag, men även i en individuell konkurrensprövning är det viktigt att bestämmelsen är tydlig, välavvägd och väl motiverad om ett positivt ställningstagande skall kunna påräknas.

Artikel 3.2 vänder sig mot begränsningar för bägge parters agerande och inte bara licenstagarens. Således kan inte heller licensgivare som en förutsättning för samarbetet förpliktas att avstå ifrån att arbeta med andra produkter som eventuellt kan konkurrera med licenstagarens övriga produktsortiment. Denna fråga löses dock tämligen enkelt genom att de andra produkterna också inkluderas i licensen. Därmed elimineras licensgivarens eventuella konkurrensmöjlighet. Bestämmelsen riktar sig inte bara till parterna utan också till anknutna företag,[35] vilket därmed ger bestämmelsen en bredare träffyta.

Omfattningen. Konkurrensklausulen gäller alla former av begränsningar mellan parterna, oavsett om de avser forsknings- och utvecklingsarbetet eller får effekt i marknadsföringsskedet. I ett tidigare utkast till förordningen inriktade sig kommissionen på konkurrensförbud som träffade licenstagarens forsknings- och utveck-

[35] Innebörden av begreppet anknutna företag definieras brett i artikel 10.14 till att avse företag som ägs eller kontrolleras till minst 50% eller som har andra nära kopplingar till licenssamarbetet. Kommissionen har inte använt sig av definitionen i denna klausul, vilket gör att hänvisningen till andra företag hänger i luften. Förmodligen menas härmed de företag som i definitionen behandlas under punkterna b–d). Detta kunde ha uttryckts genom att bara använda det definierade begreppet anknutna företag. Nu råder osäkerhet om kommissionen möjligen avser något ytterligare förhållande.

lingsarbete.[36] Licenstagaren kunde inte förhindras att arbeta med *av honom själv utvecklade produkter och processer* även om dessa skulle konkurrera med licensföremålet. Rimligheten i detta synsätt förespråkades bl.a. av Guttuso.[37] Kombineras en sådan klausul med licensgivarens möjlighet att begära tillgång till nyutveckling på icke-exklusiv bas samt krav på »best efforts», skapas en rimlig balans utan att konkurrensen därigenom elimineras.

Kommissionen har dock valt att överge det publicerade förslaget för att i stället återgå till hittills gällande, mindre flexibla ordning. Dessutom täcks även »andra företag». Detta sista tillägg är inte begripligt. Avsikten kan inte vara att så snart en avtalskontrahent konkurrerar med någon påverkas relationerna mellan parterna.

8.2.2 Bästa förmåga

I Know-howförordningen kopplades förbudet mot konkurrensklausul i avtalsförhållande med en bestämmelse om att licensgivaren alltid kunde begära att licenstagaren arbetade efter bästa förmåga. Detta förslag återfanns även i det förslag som konkurrensdirektoratet förelade kommissionen för beslut i oktober 1995.[38] Industriorga-

[36] »Förslag 1994», 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, EGT 1994 C178/3. 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.»

[37] Guttuso, S., Technology Transfer Agreements, Manuscript, Fordham October 1994, som menade att 1994 års förslag representerade en utveckling i kommissionens synsätt. Förbudet skulle bara omfatta forskning och utveckling medan andra former av konkurrensförbud förblev obehandlade i förordningen och därför fick bli föremål för ett invändningsförfarande enligt Teknikförordningens artikel 4.

[38] Opublicerat förslag från oktober 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.»

nisationerna invände mot bristen på logik i att ha en tillåten aktivitet inbakad i en svartlistad bestämmelse. Hur skulle bestämmelsen hanteras i praktiken? Krävde den anmälan enligt invändningsförfarandet?

Kommissionen tog till sig synpunkterna från industriorganisationerna. I Teknikförordningen har reservationsmöjligheten separerats ut ur artikel 3 och placerats i artikel 2, vilket har den fördelen att parterna nu kan använda bestämmelsen i förvissningen om att »best effort»-krav ingår bland de bestämmelser som uttryckligen enligt artikel 2.1.17 är undantagna:

> *Skyldigheten för licenstagaren att tillverka och marknadsföra den licensierade produkten efter bästa förmåga.*

Det är dock inte alldeles klart vad en »best effort»-klausul i praktiken tillför avtalet mellan parterna. Om innebörden av vad som är en satsning efter »bästa förmåga» växlar meningarna kraftigt. Bevisfrågor blir lätt vanskliga i processer där en licensgivare är missnöjd med sin licenstagare och menar att denne inte utnyttjar licensen enligt dess potential. Sannolikt måste en sådan licensgivare visa på flagrant underlåtenhet för att vinna framgång med sin talan.

Märkligt nog drar sig parter i common-law-licens-förhållanden ofta för att använda »best effort»-bestämmelsen i sina licensavtal, men snarare av motsatta skäl än de som antytts ovan. Licenstagaren vill undvika att det saknas en övre gräns för vad som skall anses vara krav på hans agerande. Common law-författare uppfattar därför »best effort»-klausulen som väl så effektiv för licensgivarens syfte som ett konkurrensförbud.[39]

Konkurrensförbudet ligger i licensgivarens intresse av att klargöra var gränsen för avtalsbrott går. Den mer svepande hänvisningen till »bästa förmåga» leder däremot till osäkerhet och en sådan formulering kommer i allmänhet att tolkas till licenstagarens förmån, om denne bara kan uppvisa någon form av aktivitet.

Ett alternativ till att föreskriva »best effort» är att kräva att li-

[39] Korah, V., Technology Licensing and the Block Exemption for Technology Transfer; paper to the 1995 ESC conference in Brussels, s. 12: »Article 3.2 provides that the exemption shall not apply where there is a non-compete restraint on either party, but a best endeavours obligation is not inconsistent with the group exemption. This has always suited licensors, because there seems to be no difference between an obligation accepted by the licensee not to compete and an obligation to use its best endeavours to exploit the licensed technology.»

censtagaren skall arbeta med produkten med samma ansträngning som han lägger på produkter med motsvarande potential som han själv utvecklat. Därmed skapas en viss objektiv måttstock för licenstagarens insatser – även om tydligheten i en sådan klausul inte heller skall överdrivas.

Ingen aktivitet. Ytterligare en förändring i Teknikförordningen i förhållande till Patentförordningen är att den senare fastställde att licensgivare alltid skulle ha rätt att avbryta licenssamarbetet om licenstagaren inte inlett exploatering av licensen inom en femårsperiod.[40] Denna bestämmelse har inte tagits med i Teknikförordningen. Skälet är sannolikt inte att kommissionen nu skulle uppfatta en sådan bestämmelse som konkurrensbegränsande eller att kommissionen inte anser att det finns remedier mot total passivitet. Det bör därför vara möjligt att kombinera en »best effort»-bestämmelse med krav på exploatering inom viss tid, utan att undantaget därmed kommer att ifrågasättas. En »best effort»-bestämmelse som har justerats enligt ovan, är inte direkt undantagen i artikel 2, men täcks av andemeningen i artikel 2.1.17. Den försiktige kan dock ha anledning att anmäla bestämmelsen enligt invändningsförfarandet.

Det bör avslutningsvis noteras att kommissionen i artikel 7.4 förbehållit sig rätten att besluta att förordningen inte gäller om parterna var konkurrenter när licensen meddelades och i sin samverkan infört »best effort»-bestämmelse, som får till konsekvens att licenstagaren förhindras att använda konkurrerande teknik. Bestämmelsen har såvitt känt ännu inte kommit till användning.

8.2.3 Reservationsmöjlighet

Som framgår av hänvisningarna i artikel 3.2 har förbehållen i Know-howförordningen om undanröjande av exklusiviteten flyttats från den svarta listan till artikel 2. Artikel 2.1.18 innebär möjlighet för en licensgivare att skydda sig mot licenstagarens konkurrerande verksamhet genom ett förbehåll i avtalet om att licenstagarens en-

[40] Patentförordningen, artikel 9.4: Kommissionen kan bestämma att förordningen inte är tillämplig om »licensgivaren inte har rätt att senast fem år efter avtalets ingående och minst en gång om året därefter häva den ensamrätt som har beviljats licenstagaren, om licenstagaren utan giltiga skäl underlåter att utnyttja patentet eller inte utnyttjar det i tillräcklig omfattning.»

samrätt hävs och att licensgivaren kommer att upphöra att licensiera förbättringar till licenstagaren, om denne inlåter sig på konkurrens med licensgivaren. Denna reservationsmöjlighet är brett formulerad och gäller, i vart fall enligt sin ordalydelse, inte enbart konkurrens med licensföremålet utan generellt verksamhet som licensgivare bedriver. Liksom i artikel 3.2 täcks »anknutna» och »andra» företag av denna bestämmelse.

Det sista ledet i bestämmelsen ger dessutom licensgivare rätt att kräva att licenstagaren bevisar att han inte utnyttjar licensierat know-how i sin verksamhet med konkurrerande produkter. Bevisbördan är således omvänd, vilket underlättar för licensgivaren. Det är i praktiken svårt att bevisa att annan utnyttjad teknik härleds från den licensierade. Däremot är det möjligt för en licenstagare att visa på vilket sätt han kommit över den konkurrerande tekniken. Den omvända bevisbördan förefaller därför fullt befogad.

Det skall noteras att hävningsrätten inte är absolut. Licensen förvandlas från exklusiv till enkel. Genom upplägget ges parterna incitament att bryta sitt ömsesidigt exklusiva samarbete, vilket är helt i linje med kommissionens syn på exklusivt samarbete, men knappast i samklang med de relationer som samverkande företag egentligen önskar skapa.

Sammanfattningsvis är Teknikförordningens behandling av konkurrensklausuler och »best effort»-bestämmelser inte förankrad i kommersiella realiteter. En nyanserad klausul, som gäller ett snävt definierat produktområde, inom en geografiskt avgränsad marknad och under en rimlig tid kan accepteras i andra sammanhang och är ofta en förutsättning för att avtal skall komma till stånd som en balanserande motprestation till en exklusiv licensupplåtelse. Det vore fördelaktigt om kommissionen hade anammat detta synsätt i gruppundantaget. I alla händelser hade ett begränsat förbud mot konkurrensklausuler som tog sikte på licenstagarens egen forsknings- och utvecklingsverksamhet, som bedrevs oberoende från samarbetet med licensgivaren, varit mer i linje med de mål kommissionen vill uppnå, nämligen att inte hämma teknisk utveckling i gemenskapen.

Även om konkurrensklausulen således svartlistats i Teknikförordningen bör parter, som uppfattar att deras samverkan kräver en ömsesidighet i åtagandet, inte dra sig för att införa sådan klausul i avtalet. Parterna skall därvid noga pröva omfattningen av klausulen och inte gå längre än vad som kan motiveras av de specifika om-

ständigheterna. Avtalet måste anmälas till kommissionen med begäran om individuellt undantag och med angivande av hur förutsättningarna i artikel 85.3 är uppfyllda. Som framgått intar kommissionen i sina individuella avgörande en mer pragmatiskt hållning till konkurrensklausuler än den anser sig kunna göra i en generell förordningstext.

8.3 Ekonomiska relationer till tredje man

Målet för ett licensavtal är att på ett rationellt och effektivt sätt föra ut den licensierade produkten på marknaden. Uppfattningarna om hur detaljerat ett licensavtal skall vara beträffande de materiella reglerna skiljer sig dock. Förespråkare finns för att avtalet skall inskränka sig till att innehålla de formella ramreglerna. Det kortfattade formella avtalet fungerar genom att ge en mekanism för att hantera konfliktsituationer och skall för övrigt läggas i byrålådan för att stanna där. Det affärsmässiga sköter parterna löpande och det behöver inte regleras.

Inställningen är dock i hög grad diskutabel. Enligt det alternativa synsättet skall ett bra avtal reflektera parternas verkliga överenskommelse och utförligt behandla de löpande marknadsaktiviteterna, vilket bl.a. rör marknadsstrategi, prisstrategi, kundbearbetning, informationsutbyte och konkurrentaktiviteter.

Det är slående att Teknikförordningen är mycket fåordig om licensavtalets materiella innehåll. Förordningen koncentrerar sig i allt väsentligt på avtalets marknadsdelande aktiviteter och vissa frågor, som traditionellt anses ha en konkurrensbegränsande karaktär.

8.3.1 Prisfrågor

Licensgivaren är inte bara intresserad av fördelningen mellan sig själv och licenstagaren utan också beroende av licenstagarens relationer till sina avnämare eftersom dessa utgör basen för licensgivarens intjäning. Detta intresse måste dock vara försiktigt eftersom licenstagaren, liksom i andra sammanhang återförsäljaren, skall vara

ett från licensgivaren fristående företag och kunna planera och forma sin verksamhet självständigt.

Mot denna bakgrund klargör artikel 3.1 att Teknikförordningen inte gäller

> *Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att bestämma pris, delar i priset eller rabatter beträffande de licensierade produkterna.*

Bestämmelsen täcker licensgivarens försök att påverka licenstagarens åtgärder, men den berör i lika hög grad det omvända förhållandet att licenstagaren försöker styra licensgivarens kommersiella aktiviteter på dennes egen marknad eller hans villkor till andra licenstagare.

Det har inte varit klart hur gemenskapsrätten sett på fastställande av bruttopriser, som sedan lång tid avvisats i svensk konkurrensrätt men däremot inte i vissa kontinentaleuropeiska länder. Numera råder ingen tvekan om att fastställande av bruttopris är en otillåten konkurrensbegränsning.[41] Att denna inställning också gäller i licensförhållanden framgår av domstolens dom i *Erauw-Jacquéry*, i vilket licenstagaren ålagts att hålla ett minsta pris till marknaden i Belgien. Domstolen konstaterade med hänvisning till det tydliga exemplet i Romfördragets artikel 85.1 punkt a) att en sådan klausul innebär konkurrensbegränsning.[42]

Som klargjordes i *Pronuptia* riktas inte invändningar mot icke bindande riktprissättning. Även i denna del överensstämmer inställningen med den uppfattning som sedan tidigare rått i Sverige.

---

[41] EG-domstolen, mål 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen, 17 oktober 1972: [1972] REG 977, [1973] CMLR 7; mål 73/74 (*Papier Peint*) – Groupement des Fabricants de Papier Peints de Belgique mot kommissionen, 26 november 1975: [1975] REG 1491, [1976] 1 CMLR 589; och mål 161/84, Pronuptia de Paris GmbH, not 33 ovan.

[42] EG-domstolen (femte kammaren), mål 27/87 (*Erauw-Jacquéry*), Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Co-opérative, 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR 576. Domstolen fastställde i punkt [15]: »On this point it should be observed that Article 85(1) of the Treaty expressly describes as incompatible with the Common Market agreements decisions and concerted practices which consist in 'directly or indirectly fixing – – – selling prices or any other trading conditions' – – – the plaintiff in the main action has concluded with other propagating establishments agreements which have a wording identical to that of the contested agreement, which gives those agreements the same effect as a system of prices fixed by a horizontal agreement, decision or concerted practice. Under these circumstances, a clause of this kind has the object and effect of restricting competition in the Common Market.»

Licensgivaren kan möjligen påverka licenstagarens prissättning genom att dels stipulera en löpande royalty i form av en procentandel av licenstagarens försäljningspris och dels fastställa en lägsta nivå uttryckt i absoluta tal per försåld produkt. Sätts den senare nivån tillräckligt högt tvingas licenstagaren i allmänhet att hålla nivån på slutpriset uppe för att säkra sin egen intjäning. En sådan bestämmelse bör enligt sin ordalydelse falla under gruppundantaget, men om den har en prisstyrande och därmed konkurrensbegränsande effekt är det möjligt att kommissionen skulle kunna ingripa och med stöd av Teknikförordningens artikel 7 återkalla gruppundantaget för det speciella fallet.

Det är inte bara fastställande av direkta priser som omfattas av bestämmelsen. Även rabattsystem innefattas och förmodligen har kommissionen en liknande negativ inställning till andra former av indirekt påverkan på prisvillkoren. Fördelen med andra former är möjligen att de inte uttryckligen förbjudits i artikel 3.1 och därför kan prövas enligt invändningsförfarandet. Det är dock rimligt att utgå ifrån att kommissionens grundinställning är negativ.

8.3.2 Styrning av andra marknadsaktiviteter

Teknikförordningen innehåller inte några anvisningar om hur långt parterna får gå i sin strävan att samråda om och samordna olika marknadsaktiviteter. Ett skäl för denna brist är att licensgruppundantagen ursprungligen var avsedda att bara omfatta rena produktionslicenser, och sådan samverkan behandlas också utförligt i förordningstexterna. Teknikförordningens ingress[43] tillägger, närmast i förbigående, »oavsett om licenstagaren också har rätt att använda konfidentiell information från licensgivaren för att göra reklam och sälja den produkt som omfattas av licensen». Den operativa texten innehåller i artikel 1.7 och artikel 2.1.11 ett par föreskrifter om märkning av produkten, som behandlats i kapitel 7 ovan, men i övrigt är förordningen tyst beträffande marknadsaktiviteter och konkreta ansträngningar riktade mot tredje man.

I diskussionen mellan parterna är det inte ovanligt att omfattande utrymme ägnas åt vilken marknadsföringsorganisation licenstagaren skall bygga upp för att klara en aktiv bearbetning av sitt

[43] Teknikförordningen, ingressen punkt 8.

marknadsområde: vilka konkreta säljfrämjande åtgärder som skall vidtas i lanseringsfasen och fortlöpande under licensförhållandet, hur stor andel av omsättningen som skall investeras i direkta reklamaktiviteter, vilken typ av reklam och hur denna skall samordnas med aktiviteter i andra territorier. Diskussionerna rör sig också ofta om informationsutbyte. Licensgivaren kan vara intresserad av att få ta del av och kanske rent av godkänna olika kostnadskalkyler relaterade till marknadsföringen och andra säljaktiviteter, medan licenstagaren för sin del vill informeras om erfarenheter från andra områden. Vidare vill licensgivaren ha information om planerad och verklig försäljning långt utöver vad som erfordras för att kunna göra sina royaltyberäkningar. I vissa situationer vill licensgivaren till och med informeras om kunder och kundregister.

Samtliga dessa förhållanden är helt oreglerade i Teknikförordningen och har egentligen inte varit föremål för annat än kortfattade sidokommentarer i enskilda kommissionsbeslut. Åtgärderna är således inte undantagna, vitlistade eller svartlistade i förordningstexten. Det måste därför bedömas i det enskilda fallet om en åtgärd kan anses vara en konkurrensbegränsande förpliktelse av det slag som framkallar anmälningsskyldighet enligt förordningens artikel 4.

Obehandlade konkurrensbegränsande förpliktelser skall anmälas. Utan krav på fullständighet eller exakthet kan följande resonerande bedömning tjäna som vägledning:

- Bestämmelser som uteslutande syftar till att kvantifiera licenstagarens »best effort» för produkten – minsta säljresurser, reklamsatsningar och motsvarande – har i allmänhet inte till syfte eller följd att begränsa konkurrensen och kan därför inte ses som konkurrensbegränsande åtgärder. Normalt föreligger därför inte anmälningsplikt.

- Bestämmelser som på ett långtgående och detaljerat sätt dirigerar hur insatserna skall genomföras kan lätt bli styrande och komma att påverka partsautonomin och indirekt parallellhandelsaktiviteter, kunduppdelning och liknande, vilket naturligen erfordrar försiktighet. Anmälan bör övervägas. Risken för invändningar från kommissionen är kopplad till bestämmelsernas verkliga effekter.

- Informationsutbyte anses i allmänhet inte konkurrensbegränsande och kommissionens tillkännagivande om allmän samverkan[44] är tillämpligt också på licensförhållanden. Inte heller kan det finnas invändningar mot information som ger underlag för royaltyberäkningar eller på annat sätt visar att licenstagaren uppfyller sina kontraktsenliga förpliktelser. Däremot är marknadsinformation som går längre känslig, särskilt om den påverkar parternas konkurrensbeteende beträffande parallellhandel. Information som förbereder ett framtida övertagande av den andres verksamhet – t.ex. kundinformation – kan också vara känslig.

Ovanstående slutsatser skall hanteras med försiktighet eftersom de inte bygger på någon rapporterad rättsutveckling. Ett allmänt problem är att kommissionen med sin olika gruppundantag försöker renodla mellan olika samarbetsformer, medan den kommersiella verkligheten är mer sammansatt och samarbetsformerna ofta går i varandra utan klara gränser. Skillnaden mellan ett distributionsavtal som kombinerats med en varumärkeslicens och ett tekniklicensavtal kan vara utomordentligt begränsad om licensgivaren levererar komponenter för slutprodukten. De båda avtalen avviker i praktiken inte heller på något dramatiskt sätt från franchiseavtalen. För dessa kombinerade avtal är det sällan den individuella klausulen som avgör om ett avtal har konkurrensbegränsande effekter eller inte, utan en samlad bedömning av hela avtalskonstruktionen.

8.3.3 Obehandlade klausuler

Utöver pris- och marknadsrelaterade klausuler kan ett licenssamarbete innehålla ett stort antal andra klausuler som inte berörts i förordningen. I det följande granskas tio vanliga klausuler och ges en bedömning av deras eventuella konkurrensbegränsande karaktär.

[44] »Samarbetstillkännagivandet», kommissionens tillkännagivande om avtal, beslut och samordnade förfaranden vid samarbete mellan företag, EGT 1968 C75/3 korrigerat i EGT 1968 C84/14. I vissa förordningar gör kommissionen direkt hänvisning till andra tillämpliga rättsakter, dock inte i Teknikförordningen.

Resonemanget kan vara till en viss vägledning för andra liknande klausuler som inte fått plats i denna tio-i-topp-lista.[45]

1. Tillståndsfrågor
För att kunna säljas på en ny marknad kan en produkt behöva olika former av nationella tillstånd och godkännanden. Samverkan i gemenskapen har lett till att flera sådana nationella regleringar har avvecklats, men att åtskilligt återstår att göra framgår inte minst av den detaljerade regleringen på läkemedelsområdet. Informationsutbyte och samverkan för att tillgodose nationella krav har sällan en konkurrensbegränsande karaktär och aktualiserar således inte anmälan enligt Teknikförordningen.

2. Initial distributionsperiod
Det kan vara intressant för en licenstagare att innan en omfattande produktionssatsning görs få köpa produkten direkt av licensgivaren och distribuera den till marknaden. Teknikförordningen omfattar inte rena säljlicenser och i princip skall en sådan överenskommelse bedömas enligt distributionsförordningens måttstock. I tidigare version av Teknikförordningen var kommissionen beredd att godkänna sådant samarbete under en inledande period.[46] Denna passus har emellertid utgått ur förordningstexten och det kan därför hävdas att en sådan samverkan skall anmälas enligt invändningsförfarandet. I enskilda beslut har kommissionen godtagit sådan inledande samverkan.[47]

[45] Det är uppenbart redan av förordningstexten att flera förfaranden som inte omnämns i förordningen tillåts utan att avtalet bedöms som konkurrensbegränsande. Artikel 2.2 i Teknikförordningen fastställer att om en vitlistad klausul undantagsvis skulle anses falla under förbudet i artikel 85.1 omfattas den av undantaget även om avtalet inte innehåller uttryckligen undantagna bestämmelser. Undantaget gäller också bestämmelser som är av mindre räckvidd. Dessutom skall det hållas i minnet att den vita listan enligt ingressen inte är uttömmande, vilket tillsammans medför att många typer av avtalsförhållanden faller utanför förbudet i artikel 85.

[46] »Förslag 1994», not 36 ovan, ingressen punkt 7.

[47] Beslut 88/563/EEG, *Delta Chemie*, se not 2 ovan, punkt [41]: »The (initial) exclusive distributorship – – – enables DDD to obtain a view of the whole commercial situation of the market for stain removers in the licensed territory. DDD can thus better decide when to commence the production of the products and what level of production capacity is appropriate for that manufacture.»

3. Leveransvillkor
Bestämmelser som klargör detaljerade leveransvillkor under den initiala distributionsperioden eller för kopplade produkter[48] är en följd av de andra åtagandena. Är dessa godtagbara medför normala leveransvillkor inte någon ytterligare konkurrensbegränsning som kräver särskild anmälan.

4. Produktansvarsfrågor
En väsentlig bestämmelse i licensförhållanden är reglering av tredjemansskada som förorsakas av produkten eller den licensierade tekniken. Parterna kan inte i avtalet reglera det utomobligatoriska ansvaret mot tredje man, men däremot komma överens om regressansvar beroende på omständigheterna. Sådana regler är ofta kopplade till försäkringslösningar och det är i allmänhet viktigt att ingendera parten gör åtaganden som går utöver vad försäkringsskyddet medger. Det är svårt att se att denna typ av överenskommelse har några konkurrensbegränsande effekter som kräver anmälan till kommissionen, även om klausulen kan ha drastiska konsekvenser för parterna.

5. Garantiåtaganden – friskrivningar
Inte minst licenstagaren kan vara intresserad av att licensgivaren garanterar sin rätt att ingå licensavtalet och att den licensierade skyddsrätten verkligen kan göras gällande. Licensgivaren kan på motsvarande sätt vara intresserad av att genom friskrivning vältra över ansvaret på licenstagaren för samma situationer. Vem som bär ansvaret för olika ekonomiskt betydelsefulla åtaganden bör falla inom parternas fria förhandlingsrätt och inte påverkas av konkurrensrättsliga avvägningar. Det skall dock åter understrykas att kommissionen i vissa fall visat en tendens att gripa in i parternas avtalsförhållanden för att skydda den svagare mot oskäligt hårda överenskommelser. Huvudintrycket är dock att denna typ av regler inte behöver anmälas om avtalet i övrigt inte är anmälningspliktigt.

6. Force majeure
Force majeure är en friskrivning av part för förhållanden över vilka parten inte råder. Det allmänna påpekandet kan behöva göras att force majeure-klausuler tolkas restriktivt av allmänna domstolar. Det räcker inte med hänvisning till »Acts of God» och omständighe-

[48] Se kapitel 7 ovan.

ter utanför parternas kontroll, utan bestämmelsen bör i detalj preciseras. Den har dock i allmänhet inte en konkurrensbegränsande karaktär som erfordrar anmälan.

7. Avtalsbrott
Licensavtal innehåller ofta bestämmelser som redogör för konsekvenserna av ett avtalsbrott. De överträdelser som går att avhjälpa brukar beviljas en »make good»-period, men därefter kan avtalet sägas upp med omedelbar verkan. Så länge avtalsbrottet inte är kopplat till en lagstridig anledning finns knappast skäl för anmälan eller konkurrensbaserad invändning.

8. »Severability»
Som ren standard stipuleras ofta att om en klausul strider mot en gällande lagregel skall parterna bortse från den, alternativt ersätta den med näraliggande laglig klausul. *Grundig/Consten*[49] klargjorde att endast de klausuler som var konkurrensbegränsande föll under förbudet i Romfördragets artikel 85.1. Om de kunde särskiljas från avtalet i övrigt drabbades inte hela avtalet av ogiltighet. Ett förslag som byggde på denna princip fanns också med i Förslag 1994 i modifierad form,[50] men ersattes senare med det återinförda invändningsförfarandet.

Är parterna verkligen beredda att under alla förhållanden låta ett avtal leva vidare, om en väsentlig förutsättning vid dess tillkomst skulle falla bort? Ofta är det tunga avtalsbestämmelser som ifrågasätts och det kan finnas skäl till ett mer än schablonmässigt övervägande innan en sådan bestämmelse accepteras. I de fall avtalen upphör kan situationer uppkomma som kommissionen inte når med konkurrensreglerna men ändå ogillar.[51]

[49] EG-domstolen, mål 56 & 58/64 (*Grundig/Consten*), Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418.

[50] Se kapitel 12.1 nedan i anslutning till not 9.

[51] EG-kommissionen, information, UARCO, 1984 års konkurrensrapport, punkt 93 enligt vilket kommissionen ingripit mot ett avtal som sträckte sig över patenttiden. Avtalet gav enligt kommissionen licenstagaren en nackdel om det inte kunde beläggas att den utdragna licensavgiftsbetalningen hade tillkommit för att underlätta för licenstagaren. Kommissionens ingrepp ledde till att licensgivaren sade upp samarbetet. Att kommissionen på detta sätt tvingar fram ett agerande från licensgivarens sida är inte alltid till licenstagarens fördel och kommissionen gav i rapporten vissa antydningar om sin uppfattning inför ett eventuellt framtida civilrättsligt förfarande.

9. Konkurs

Licensavtal stipuleras ofta upphöra vid någondera partens konkurs. Från en konkurrensrättslig utgångspunkt finns det knappast invändningar mot en sådan bestämmelse och det är svårt att se att den föranleder anmälningsskyldighet. Däremot är situationen svårhanterlig från ett konkursperspektiv – inte minst om licensavtalet är internationellt. Ofta får kvarvarande part räkna med problem, eftersom konkursförvaltare kan förväntas göra anspråk på de rättigheter som följer av avtalet, vilket kan skapa betydande låsning för medkontrahenten. Det finns anledning att vidta försiktighetsåtgärder på ett långt tidigare stadium än när konkursen blivit ett faktum.[52]

10. Tillämplig lag och forumbestämmelser

Det finns inga konkurrensrättsliga aspekter på parternas lagval eller forumval. Kommissionen har uttryckt tveksamhet mot tillförlitligheten av skiljeförfarande, men nöjt sig att begära insyn som ett villkor för att bevilja individuella undantag.

[52] Colley, R.B., Importance of Termination Clauses, Les Nouvelles, Vol. 25, No 4.

9. Skydd för den licensierade tekniken

(sekretess, post term use, icke-angrepp, intrång)

Inledning 249
9.1 Sekretessbestämmelser 249
Artikel 2.1.1 250
Jus-rol 250
Artikel 2.1.15 252
Artikel 2.1.16 253
9.2 Användningsförbud efter avtalstiden utgång 253
Artikel 2.1.3 253
Artikel 2.1.14 255
9.3 Angreppsförbud under avtalstiden 256
Royon/Meilland 257
Windsurfing 258
Bayer mot Süllhöfer 259
Artikel 4.2.b) 260
9.4 Relationer till tredje man – gemensamt intrångsbeivrande 261
Artikel 2.1.6 262

Inledning

Patentering av en ny idé är kostsamt och arbetskrävande men det är å andra sidan riskabelt att bara förlita sig på att know-how kan behållas hemligt. För att skapa en bra bas för framtida verksamhet är det därför ofta en fördel om strategiskt viktiga detaljer kan patentskyddas och kombineras med ett omsorgsfullt genomtänkt skydd för övrig kunskap. Patent garanterar ensamrätten under den lagstadgade skyddstiden och genom att know-how förblir hemligt kan konkurrenter förhindras att utnyttja idén även efter det att patentskyddet löpt ut.

Skyddstänkandet är av betydelse för rättsinnehavarens egen verksamhet, men är också avgörande för en framgångsrik fortsatt licensverksamhet. Potentiella licenstagare räknar med att licensen skall ge en ensamrätt också för dem, eller i vart fall en fördel i förhållande till konkurrenterna som innebär snabbare marknadstillträde och lägre kostnader. Ett företag kan också vara intresserat av att erhålla licens om ett patent blockerar egna tilltänkta aktiviteter.

Det finns normalt inga konkurrensinvändningar mot att en rättsinnehavare vidtar rimliga åtgärder för att skydda sin rätt. På samma sätt bör licensgivaren i ett licensavtal kunna kräva att licensen inte leder till att rättigheterna går förlorade. Licensgivaren får dock inte överskrida de subtila gränser som konkurrensrätten sätter.

I det följande diskuteras sekretessbestämmelser under och efter avtalstiden, förbud mot utnyttjande av den licensierade tekniken efter avtalstidens utgång liksom förbud mot att angripa tekniken. Kapitlet avslutas med några anmärkningar om samverkan i intrångssituationer.

9.1 Sekretessbestämmelser

Som framgår av kapitel 5 bygger Teknikförordningen – trots formuleringarna i definitionsbestämmelsen – på att know-how skall vara hemligt och substantiellt när avtalet ingås, men att det också skall förbli så genom hela samarbetsperioden. Därmed måste licensgivaren vid såväl ett rent know-howavtal som ett blandat avtal ansträngа sig att bevara hemligheten. Brister i kedjan kan omintetgöra

ett affärskoncept. Läcker know-how ut i ett land sprider sig kunskapen snabbt till andra länder.

Ett vanligt sekretessavtal, oavsett om det är fristående eller ingår som en del i ett licensavtal, identifierar vad som omfattas av hemligheten och klargör att kunskapen inte får avslöjas till utomstående och inte heller användas utanför vad som uttryckligen medgivits i licensavtalet. Sekretessavtalet gör normalt undantag för information som på ett eller annat sätt blivit allmänt känd. Även om sådana vanliga undantag inte ingår i sekretessbestämmelsen säkrar Teknikförordningen att allmängods inte åtnjuter skydd. På ett likartat sätt gäller att patentskyddet skall vara i kraft och nödvändigt för licensen för att det skall kunna göras gällande.

Det ligger i bägge parters intresse att skyddet upprätthålls. Teknikförordningen reglerar hur långt avtalsparterna kan gå för att säkra dessa värden under avtalstiden i artikel 2.1.1:

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte avslöja det know-how som har meddelats av licensgivaren; licenstagaren kan vara bunden av denna skyldighet även efter avtalets upphörande.*

Ett vanligt sekretessåtagande är inte konkurrensbegränsande, utan tvärtom en förutsättning för att avtal alls skall komma till stånd. På samma sätt som vid franchising[1] är det troligt att det inte skulle bli något avtal utan en tydlig sekretessbestämmelse.

I *Jus-rol*[2] godtog kommissionen en långtgående sekretessklausul som innehöll skyldighet för licenstagaren att hemlighålla know-how såvitt detta inte avsåg information som redan vid tiden för avtalets ingående var känd för licenstagaren, som var eller blivit allmänt känd, eller som licenstagaren erhållit via tredje part som inte stod i avtalsförhållande till licensgivaren.

Utöver dessa mer traditionella sekretessregler innehöll avtalet krav på att licenstagaren skulle anmäla tredjemansintrång i licensierat know-how. Licenstagaren var berättigad att tillgripa rättsliga åtgärder för att beivra sådant intrång. Avstod licenstagaren från lega-

[1] EG-domstolen, mål 161/84, Pronuptia de Paris GmbH mot Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 28 januari 1986: [1986] REG 353, [1986] 1 CMLR 414. I Pronuptia-fallet godtog domstolen att image och sekretessbevarande åtgärder – – – är en naturlig del av att det skydd en franchisegivare måste tillsäkra sig utan att det kan uppfattas som konkurrensbegränsande.

[2] EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG (*Rich Products/Jus-rol*), Jus-Rol Ltd och Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527, punkt [15].

la åtgärder förbehöll sig licensgivaren rätten att agera. Upplägget leder tanken till ett immaterialrättsligt skyddat avtal där tredje mans utnyttjande av patent eller varumärke kan leda till en intrångstalan. Den typen av skydd föreligger inte när tredje man utnyttjar hemligt know-how. Likväl godtog kommissionen bestämmelsen, vilket förvånar eftersom kommissionen i andra sammanhang undanröjer bestämmelser och beteenden som gör det svårt för kunder och återförsäljare att få tillgång till varorna. Sekretessklausuler har berörts i andra ärenden, men hela tiden med inställningen att bestämmelsen inte faller under förbudet i artikel 85.1.[3]

Sekretesskyldighetens längd. En särskild fråga är om det finns några tidsgränser för hur länge konfidentialitet måste iakttas. Artikel 2.1 klargör att åtagandet kan gälla även efter avtalstidens upphörande. I brist på annan bestämmelse i avtalet torde sekretesskyldighet bestå så länge informationen förblir hemlig. Det är dock en mindre lämplig bestämmelse för licenstagaren. Ofta är sekretessbelagd information komplex och för större företag är det inte praktiskt möjligt att övervaka alla sina åtaganden. Därför brukar licenstagare önska att avtalet fastställer en tidsgräns.

Någon absolut lämplig gräns finns inte. I *Boussois/Interpane*[4] accepterade kommissionen en skyldighet »which lasts as long as the average life of the technology, *i.e.* five years». Områden som känne-

[3] EG-kommissionen, beslut 72/25/EEG, Burroughs AG & Ets. Delplanque, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67; beslut 72/237/EEG, Davidson Rubber Co., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52; beslut 74/494/EEG (*Kabelmetal*), Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40; beslut 78/253/EEG (*Campari*), Davide Campari Milano SpA, 23 december 1977: EGT 1978 L70/69, [1978] 2 CMLR 397; beslut 87/100/EEG (*Mitchell Cotts/Sofiltra*), Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111; beslut 87/123/EEG (*Boussois/Interpane*), Boussois SA & Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft GmbH & Co. KG, 15 december 1986: [1987] EGT L50/30, [1988] 4 CMLR 124; beslut 88/563/EEG (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535; beslut 90/186/EEG (*Moosehead/Whitbread*), Moosehead Breweries Ltd & Whitbread and Co. plc, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391.

[4] I beslut 87/123/EEG, *Boussois/Interpane*, not 3 ovan, punkt [6] sammanfattade kommissionen beträffande förhållandena i planglasindustrin: »The two parties are agreed that the life cycle of technology in the industry, *i.e.* the time it takes for an original technology to be replaced by a new one, is generally not more than five years and only in exceptional cases will know-how both remain secret and retain an economic value beyond average date. Even in that case, the parties are released from their obligation to keep a given piece of information secret after five years from the date it was communicated.»

tecknas av en snabb utveckling – t.ex. informationsteknologin – riskerar att information kan vara passé innan produkten hunnit ut på marknaden och det finns därför ingen anledning för en licenstagare att acceptera mer än något eller ett par års förpliktelse; inom andra industrigrenar kan däremot know-how bevaras mycket länge. Läkemedelsindustrin arbetar ofta med tio år efter avtalstidens utgång utan att det leder till större invändningar.

Reservation. Ytterligare ett sätt att försvara sitt know-how ligger i den reservationsmöjlighet som Teknikförordningen erbjuder i artikel 2.1.15:

> *Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt att häva avtalet om licenstagaren bestrider hemligheten eller substantialiteten av det know-how som avses i licensen eller giltigheten inom den gemensamma marknaden av licensierade patent som tillhör licensgivaren eller företag med anknytning till denne.*

Bestämmelsen skapar en balans mellan parterna. Säger licenstagaren upp avtalet eller vägrar att betala licensavgifter med hänvisning till att know-how inte är hemligt eller substantiellt, men det visar sig efter rättslig prövning att han bedömt situationen felaktigt, förlorar licenstagaren rätt att utnyttja licensierat know-how i framtiden. En reservation från licensgivaren har en avskräckande verkan, eftersom varken hemligheten eller substantialiteten är några absoluta begrepp, utan kräver en bedömning från fall till fall. Det som kan förefalla som ett tämligen uddlöst förbehåll kan därför i praktiken visa sig vara en effektiv bestämmelse, som avhåller licenstagare från aktiviteter om han saknar rejält fog för sin inställning.

Om icke-angreppsklausulen (se avsnitt 9.3 nedan) är den enda bestämmelse i ett avtal som gör detta anmälningspliktigt kan det därför finnas anledning att överväga om inte klausulen skall bytas mot detta förbehåll.

Någon motsvarande regel om sekretesskyldighet erfordras inte för det rena patentlicensavtalet eftersom själva idén med patent är att teknologin offentliggörs. Däremot fyller sekretessåtagandet en funktion i det blandade avtalet.

Artikel 2.15 gör det på samma sätt möjligt för licensgivare att förbehålla sig rätten att häva avtalet i sin helhet om licenstagaren bestrider giltigheten av det licensierade patentet. Gäller det en i övrigt väl fungerande licens, löper licenstagaren genom ett angrepp en

risk att bli av med rätten att arbeta med den aktuella tekniken.

Ytterligare ett förbehåll av samma karaktär presenteras i artikel 2.1.16:

> *Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt att upphäva ett avtal om en patentlicens om licenstagaren hävdar att ett sådant patent inte är nödvändigt.*

Eftersom definitionen av begreppet »den licensierade tekniken» i artikel 10.7 förutsätter att ingående patent är nödvändiga, kan en licenstagare hävda att så inte är fallet och att han inte har några tekniska, juridiska eller ekonomiska fördelar av patentet och därför skall befrias från sina bördor. Sker detta – sannolikt under åberopande av någon allmän rättsgrundsats, t.ex. förutsättningsläran eller oskäliga avtalsvillkor – kan således licensgivaren skydda sig genom att häva avtalet i sin helhet. I *Ottung mot Klee*[5] upphörde licenstagaren att betala royalty när patenten löpte ut, men utan att säga upp den exklusiva blandade licensen. Om patenten fortfarande varit giltiga hade rättsfallet kunnat vara ett exempel på en situation där reservationen i artikel 2.1.16 fyllt en funktion.

9.2 Användningsförbud efter avtalstidens utgång

Förutom att artikel 2.1.1 klargör att en sekretessklausul kan gälla efter avtalstidens utgång är ett användningsförbud efter avtalets utgång inte konkurrensbegränsande enligt artikel 2.1.3:

> *Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja det know-how eller det patent som avses i licensen efter avtalets upphörande i den mån och så länge som detta know-how förblir hemligt eller patentet fortfarande gäller.*

Know-how. Ingressen uttrycker också att nyttjandeförbud efter avtalstidens utgång (»post term use ban») i allmänhet inte är konkurrensbegränsande utan »kan anses vara ett normalt inslag i licensgiv-

[5] EG-domstolen (sjätte kammaren), mål 320/87, Ottung mot Klee & Weilbach A/S och Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915. Jfr även EG-kommissionen, beslut 76/29/EEG (*AOIP/Beyrard*), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14.

ningen eftersom licensgivaren annars skulle vara tvungen att meddela sitt know-how eller upplåta sina patent för all framtid». Åtagandet var ursprungligen svartlistat, men har genom åren glidit via gråskalan till att nu vara fritaget.[6]

Att en licensgivare skall förfoga över sin kunskap när ett know-howsamarbete bryts såg kommissionen som en förutsättning för licensen i *Jus-rol*.[7] Synsättet som Bellamy and Child[8] betecknar som »dörröppnarpolitik» innebär att en licensgivare inte skulle vara beredd att gå in i ett licensförhållande utan en sådan bestämmelse. Inställningen är relevant även för andra klausuler i licensavtal och motiverar försiktighet med ingrepp från myndigheten. Uttalandet får dock ses som isolerat till den aktuella bestämmelsen och kommissionen accepterade att åtagandet gällde i tio år efter samarbetets upphörande, under förutsättning att know-how förblev hemligt under denna tid.

Patent. Förbudet kan enligt artikel 2.1.3 även gälla användandet av det licensierade patentet efter avtalstidens utgång. Däremot kan licensgivaren inte förhindra att den licensierade tekniken används efter patenttidens utgång.[9]

---

[6] Licensgivaren kan framför allt i patentlicensförhållanden utnyttja sig av möjligheten att avbryta samarbetet *innan* immaterialrätten löper ut. Den upparbetade marknaden återgår samtidigt som licenstagaren är förhindrad att gå in på marknaden med stöd av den aktuella bestämmelsen. Använd på detta sätt tjänar en bestämmelse i överensstämmelse med artikel 2.1.3 ett bastant konkurrensbegränsande syfte jämförbart med det svartlistade konkurrensförbudet, som dock är fritaget i Teknikförordningen.

[7] *Rich Products/Jus-rol*, not 2 ovan, punkt [34]: »– – – Acknowledgement of the exclusive right which the owner enjoys over its know-how means that the owner is free to decide whether it intends to transfer the confidential information permanently or temporarily in granting a license. If the granting of a know-how licence meant that the owner would lose the exclusive right to make use of the know-how upon expiry of the licensing agreement, the owner would be less willing to grant a licence. This would ultimately be harmful to the transfer of technical knowledge.»

[8] Bellamy & Child, Common Market Law of Competition (4th ed.), London, 1993, s. 538: »A patent confers a monopoly on the patentee. Without a licence the licensee cannot exploit the patented invention at all. Thus the licence, when granted, 'opens the door' that would otherwise be closed.»

[9] Mål 320/87, *Ottung mot Klee*, not 5 ovan, [18]: »A clause in a licensing agreement prohibiting the manufacture and marketing of the product in question after termination of the agreement weakens the licensee's competitive position since it places the licensee at a disadvantage in relation to its competitors, who may freely manufacture the product concerned after the patent has expired. To that extent the clause in question may, depending on the legal and economic context in which the agreement was concluded, restrict competition within the meaning of Article 85(1).»

Ofta sammanfaller avtalets löptid med patentets skyddstid, vilket innebär att licenstagarens förpliktelser upphör när avtalet löper ut. Försöker licensgivaren att förlänga avtalet stöter han på konkurrensproblem, vilket diskuterats i kapitel 7. Som ett alternativ kan licensgivaren välja motsatt tillvägagångssätt och begränsa avtalstiden så att den upphör i god tid innan patent löper ut. Anta att ett patent har en återstående löptid på 15 år. En licensgivare som licensierar ut tekniken för en period av tio år kan således tillförsäkra sig att få tillbaka sin rätt ograverad efter denna period, själv ta över exploateringen och hålla licenstagaren, som är den potentiellt värste konkurrenten, borta från marknaden under flera år. Förfarandet har betraktats som fullt acceptabelt,[10] men det kan ifrågasättas om det i vissa situationer inte är en begränsning av konkurrensen som är väl så hård som att förlänga avtalet utöver patenttiden. Kommissionen har antytt att anmärkning skulle kunna riktas mot ett sådant förfarande.[11]

Aktivitet utanför licensområdet. I *Windsurfing* var en av invändningarna att licensgivaren ålade licenstagarna att bara tillverka surfingbrädan som inte omfattades av patentet vid angivna fabriker i Tyskland. Domstolen såg detta som ett otillåtet sätt att inskränka licenstagarnas aktiviteter i andra länder – där det kanske överhuvudtaget inte förelåg något skydd. Har däremot licensgivaren skydd genom parallella patent öppnar Teknikförordningen möjlighet att göra förbehåll i artikel 2.1.14:

> *Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt för honom att använda sig av sina rättigheter enligt ett patent för att hindra – – – att den licensierade tekniken används av licenstagaren utanför det licensierade området.*

Det är en tämligen naturlig reservation som inte avser ett utnyttjande av det aktuella patentet, utan fastmer en information om att det finns parallella patent i andra länder. Skulle licenstagaren agera i strid med sådant patentskydd, är det med stöd av detta och inte

[10] Pehrson, L., EG och immaterialrätten, Juridiska Fakulteten i Stockholm; Skriftserien, Stockholm 1985, s. 161 med referenser till kommissionens praxis.

[11] 1975 års konkurrensrapport, fotnot till punkt 29: »In exceptional circumstances, it is, however, possible for Article 86 to apply to cases of abusively fixed short periods of duration.»

parternas inbördes överenskommelse som licensgivaren agerar.[12] Licensen är territoriellt begränsad. Däremot innebär inte en sådan reservation att licensgivaren kan förhindra parallell handel med den licensierade produkten.

9.3 Angreppsförbud under avtalstiden

Vid sidan av att på olika sätt begränsa hur licenstagaren använder den licensierade tekniken utanför territoriet och efter att avtalet löpt till ända, har licensgivaren ett intresse av att licenstagaren inte använder överlämnad information till att angripa patentskyddet. Licensgivaren strävar efter ett öppet samarbete där han kan förse licenstagaren med all relevant information utan att oroa sig för att licenstagaren kan vända denna mot skyddsrätten. Licenstagaren har för sin del en kluven inställning till den licensierade tekniken. Å ena sidan ligger det i licenstagarens intresse att skyddet består, å andra sidan skapar det en skyldighet att betala royalty som naturligtvis varje licenstagare kan vara utan.

Kommissionens inställning. För kommissionen är det däremot ett samhälleligt intresse att patent och andra immaterialrättsligt skyddade rättigheter, som inte är fullgoda, undanröjs och att konkurrens skapas. Det är inte ett lojalitetsbrott av en licenstagare att bidra till en sådan saneringsprocess, utan snarare en skyldighet. Tidigt ansågs icke-angrepsklausuler falla under förbudet i artikel 85.1. I *Davidson Rubber*[13] underströk kommissionen de skäl som fanns för att *licens-*

[12] Jfr dock EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, Velcro SA mot Aplix SA, 12 juli 1985: EGT 1985, L233/22, [1989] 4 CMLR 157 där kommissionen hävdade rakt motsatt uppfattning. Frågan diskuteras i anslutning till absolut områdesskydd i kapitel 4.

[13] Beslut 72/237/EEC, Davidson Rubber Co., not 3 ovan, punkt [42]: »(a) – – – improvements which they have made to the Davidson process, given that that obligation is not exclusive and that each licensee thus preserves the possibility of passing on its experience to third parties and that it benefits from all the technical data which the Davidson Rubber Co. has or may in the future acquire.»

tagaren skulle önska befrielse. I *AOIP/Beyrard*[14] hävdades snarare *allmännyttan* och det faktum att en granskningsmyndighets föregående, mer eller mindre detaljerade, bedömning inte förändrade intresset.

Trots den grundmurat negativa inställningen förklarade kommissionen dock i ett beslut i anslutning till förlikningsöverenskommelse rörande varumärket Penney's att ett femårigt icke-angreppsförbud inte föll under artikel 85.1.[15]

I Patentförordningens artikel 3.1 svartlistades icke-angreppsklausuler och förbudet var i denna del strikt, gränsande till ett »per se»-förbud. I *Royon/Meilland*[16] från december 1985, dvs. ett knappt år efter Patentförordningens ikraftträdande, fastställde kommissionen att ett växtförädlingsarrangemang avseende rosor föll under artikel 85.1 och att undantag inte kunde beviljas enligt artikel 85.3 på grund av en icke-angreppsklausul. Licensgivaren argumenterade med kraft för att licenstagaren inte skulle ha rätt att ifrågasätta den underliggande rätten: Ingen var skyldig att ingå avtal, men när väl avtal ingåtts ålåg det parterna att efter bästa förmåga uppfylla sina åtaganden och framför allt borde inte en licenstaga-

[14] Beslut 76/29/EEC, Association des Ouvriers en Instruments de Précision mot Beyrard, not 5 ovan, punkt [24]: »Such a no-challenge clause is not a matter pertaining to the existence of the patent. Rather, it constitutes a contractual restriction of competition in that it deprives the licensee of the possibility, which is available to everyone else, of removing an obstacle to his freedom of action in the commercial field by means of an action for revocation of the patents. This is no less the case where the relevant authority examines an application for novelty and degree of inventiveness before granting a patent, since such examination does not affect the right of firms who might profit from the non-existence of the patent to oppose it or bring actions for its revocation.»

[15] EG-kommissionen, beslut 78/193/EEG, Penney's Trade Mark, 23 december 1977: EGT 1978 L60/19, [1978] 2 CMLR 100, punkt [52]: »In general the enterprises involved in a situation such as this must seek the least restrictive solution possible, such as incorporating distinguishing marks, shapes or colours to differentiate the products of the two enterprises which bear identical or confusingly similar marks. A contractual obligation for the parties to assign or waive their trade mark and trade name rights which would make it necessary for them to re-establish good-will under other names may, under certain circumstances, have restrictive effects» och punkt [53]: »– – – A no-challenge clause would normally restrict competition, but in this case should not be regarded as restrictive.»

[16] EG-kommissionen, beslut 85/561/EEG, René Royon mot Alain Meilland, 13 december 1985: EGT 1985 L369/9, [1988] 4 CMLR 193, punkt [28]: Ej undantag för »no-challenge»-klausul eftersom »– – – The obligation not to challenge a breeder's right prevents both the licensee and any third parties interested in exploiting the same variety under licence from acting freely in the sphere of the description and claims relating thereto, which constitutes an obstacle to technical progress – – –.»

re vara berättigad att dra fördelar av licensen och samtidigt skapa sig en möjlighet att ifrågasätta den underliggande rätten. Licenstagaren hade genom licensen fått tillgång till information som gav honom särskilda möjligheter att själv skapa eller utnyttja den situation som kunde leda till ett framgångsrikt angrepp mot den underliggande rätten. Att undanröja en icke-angreppsklausul vore att belöna en dålig samarbetspartner som efter angreppet skulle fortsätta att utnyttja den teknik han fått tillgång till utan att stå för sina ekonomiska skyldigheter.

Licensgivarens argumentering i ärendet gränsade till det känslomässiga och är säkert representativ för hur företag i allmänhet ser på att kommissionen med sitt agerande öppnar möjlighet för ett »ojuste» agerande från en licenstagare. Kommissionens svar var däremot kyligt, i linje med den praxis som vuxit fram och manifesterats i Patentförordningen. Icke-angreppsklausulen förhindrar licenstagaren att göra vad varje obunden part fritt kan göra. Upprätthållandet av den fria konkurrensen är viktigare än varje hänsyn till parternas inbördes relationer.[17]

Domstolens inställning. I *Windsurfing,*[18] som avgjordes efter att Patentförordningen utfärdats och kommissionen fattat sitt beslut i *Royon/Meilland*, uttalade EG-domstolen helt i överensstämmelse med kommissions inställning:

> It must be stated that such a clause (no-challenge of patent) clearly does not fall within the specific subject-matter of the patent, which cannot be interpreted as also affording protection against actions brought in order to challenge the patent's validity, in view of the fact that it is in the public interest to

[17] *Royon/Meilland,* not 16 ovan, punkt [23]: »– – – Generally speaking, even where a licensee is able to challenge an intellectual property right only on the strength of information received from the licensor himself, the maintenance of free competition and, where appropriate, the revocation of an exclusive right which was conferred wrongly are in the public interest, and this overrides any consideration concerning the privileged relations between the parties to a licensing agreement.»

[18] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 (*Windsurfing*), Windsurfing International Inc. mot EG-kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489, punkt [92]. Jfr även följande kommissionsbeslut som behandlar »no-challenge»-klausuler med stor restriktivitet: EG-kommissionen, beslut 73/238/EEG, Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45 och beslut 79/86/EEG (*Vaessen/Moris*), H. Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba, 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511.

> eliminate any obstacle to economic activity which may arise where a patent was granted in error.

1988 modifieras inställningen till icke-angreppsklausuler genom EG-domstolens dom i *Bayer mot Süllhöfer*,[19] som handlade om giltigheten av en gammal förlikningsöverenskommelse mellan Bayer och individen Süllhöfer. Förlikningsöverenskommelsen, som var föranledd av en intrångstalan, innehöll bl.a. en icke-angreppsklausul och frågan var om denna bestämmelse gjorde hela förlikningsöverenskommelsen ogiltig. Av generaladvokatens yttrande i målet framgår att icke-angreppsklausulerna förlänger patentmonopolet utan att för den skull vara en del av själva patentskyddet. Även om andra kan föra talan om ogiltighet av ett felaktigt beviljat patent är likväl licenstagaren den som har information och därmed är i bäst position att föra en framgångsrik talan. Som klargjordes i *Windsurfing* var det ett samhällsintresse att felaktigt beviljade patent undanröjdes och därför ansåg generaladvokaten att icke-angreppsklausuler omfattades av en ogiltighetspresumtion.[20]

EG-domstolen valde dock en mer neutral linje genom att konstatera att ett angreppsförbud, betraktat i sitt ekonomiska och legala sammanhang, kan innebära en konkurrensbegränsning.[21] Den aktuella licensen var royaltyfri och innebar således inga bördor för licenstagaren. EG-domstolen eftersträvar en total bedömning av en klausuls effekter snarare än en absolut kategorisering av den speciella klausulen som placerar en bestämmelse i det ena eller andra facket. I det aktuella fallet var det uppenbart att parterna hade ingått en

[19] EG-domstolen, mål 65/86 (*Bayer mot Süllhöfer*), Bayer AG & Maschinenfabrik Hennecke GmbH mot Süllhöfer, 27 september 1988: [1988] REG 5249, [1990] 4 CMLR 182.

[20] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 18 ovan, s. 634 där generaladvokat Lenz ansluter sig till kommissionens uppfattning att »the relation between the licensor and the licensee in private law – – – cannot take precedence over the public interest in ensuring the greatest possible freedom of activity – – –.»

[21] Mål 65/86, *Bayer mot Süllhöfer*, not 19 ovan.: punkt [16]: »A no-challenge clause included in a patent licensing agreement may, in the light of the legal and economic context, restrict competition within the meaning of Article 85(1) of the EEC Treaty.» Punkt [17]: »In regard to that context, it should be pointed out that there is no restriction on competition when the licence granted is a free licence in as much as, in those circumstances, the licensee does not suffer from the competitive disadvantage in the payment of royalties.» Punkt [18]: »Nor does a no-challenge clause contained in a licence granted subject to payment of royalties restrict competition when the licence relates to a technically outdated process which the licensee undertaking did not use.»

förlikning för att komma ifrån en omöjlig processituation men utan avsikt att begränsa konkurrensen.[22]

Reviderad inställning. Efter *Bayer mot Süllhöfer* modifierade kommissionen sin inställning till icke-angreppsförbud. I Know-howförordningen kvarstår visserligen förbudet, men dessutom tillfördes en rätt för licensgivaren att reservera sig möjligheten att säga upp avtalet om licenstagaren angrep hemligheten i licensierat know-how. Ett angreppsförbud ansågs inte konkurrensbegränsande i *Moosehead/Whitbread,* som gällde en varumärkeslicens, eftersom know-how i detta mål var sekundärt.[23] Kommissionen gjorde en distinktion mellan klausuler som befäster äganderätten och sådana som förbjuder angrepp av varumärkesregistrering. Eftersom varumärket i *Moosehead* ansågs vara nytt och inte innebar en barriär för andra företag att gå in på marknaden föll angreppsförbudet utanför 85.1.[24]

I linje med denna utveckling har Teknikförordningen flyttat angreppsförbudet från den svarta listan och fört in det under invändningsförfarandet. Anmälningsskyldighet föreligger enligt artikel 4.2.b)

> *om licenstagaren åläggs förbud mot att bestrida hemligheten eller substantialiteten av det know-how som avses i licensen eller att bestrida giltigheten av inom den gemensamma marknaden licensierade patent som tillhör licensgivaren eller företag med anknytning till denne.*

Icke-angreppsklausuler behöver sålunda numera inte uteslutas i ett licensavtal, men det finns anledning att iaktta viss försiktighet med hur de används och värna om att de kan motiveras vid anmälan enligt invändningsförfarandet.

---

[22] Mål 65/86, *Bayer mot Süllhöfer*, not 19 ovan. Domstolens behandling av förlikningsavtal är inte ointressant. Till skillnad från kommissionen ser EG-domstolen förlikningsavtalet som varje annat avtal mellan privata parter och det skall på samma sätt bedömas konkurrensrättsligt. Däremot reserverar sig EG-domstolen för hur det stadfästa förlikningsavtalet skall bedömas.

[23] Beslut 90/186/EEC, *Moosehead/Whitbread*, not 3 ovan.

[24] Beslut 90/186/EEC, *Moosehead/Whitbread*, not 3 ovan, punkt [15.4]: »– – – Whitebread is unable to challenge both the ownership and the validity of the trade mark. As far as the validity of the trade mark is concerned it must be noted that the trade mark is comparatively new to the larger market in the territory. The maintenance of the 'Moosehead' trade mark will thus not constitute an appreciable barrier to entry for any other company – – – the trade mark no-challenge clause included in the agreement, in so far as it concerns its validity – – – does not fall under Article 85(1).»

Med hänvisning till den reservationsmöjlighet som erbjuds i artikel 2.1.15 är det mindre troligt att parterna skulle anmäla ett avtal uteslutande för att få ett angreppsförbud godkänt. Reservationen fungerar som en tillräckligt avhållande faktor i normalsituationen. I de fall ett direkt förbud är den enda lösningen måste avtalet anmälas, men har då sannolikt så stort fog för sig att kommissionen kan förväntas godkänna upplägget genom sin passivitet. Sker inte det, bör avtalet inte ingås och know-how heller inte överföras.

9.4 Relationer till tredje man – gemensamt intrångsbeivrande

I avtalsförhandlingar fastlägger parterna sina relationer till tredje man och hur de skall hantera intrångsprocesser. Vem tar ansvaret för att skydda tekniken mot ett aggressivt fristående företag och innebär den skyldigheten också ett ansvar för att bära höga patentprocesskostnader? Inte minst är erfarenheterna från patentprocesser i USA alldeles avskräckande. Dessa diskussioner påverkar krav på garantier i avtalet, bestämmelser om reducering av royalty om tredje man är framgångsrik och ytterst också bestämmelser om vilken ersättning som utgår för den upplåtna licensen.[25]

Två situationer måste bevakas: Den licensierade tekniken gör intrång i tredje mans rätt respektive tredje man gör intrång i den licensierade tekniken.

Intrång i tredje mans rätt. Beträffande den första situationen bör licensgivaren, eftersom han tar betalt för att upplåta en rättighet, också garantera att denna kan utnyttjas. Få licensgivare är dock beredda att ge en långtgående garanti för en situation som inte kan kontrolleras fullt ut. I brist på bättre vill licenstagaren i vart fall försäkra sig om att licensgivaren själv inte är medveten om någon konfliktsituation. Skulle motsatsen styrkas är det rimligt att begära full ersättning för den skada som orsakas.

Immaterialrättsskydd innebär alltid en risk för konfliktsituationer och de licenstagare som begär att alltid hållas fullt skadelösa ris-

[25] Sandgren, C., Patentlicenser, Ak. avh., Stockholm 1974, behandlar i avdelning IV på ett ingående och komparativt sätt spörsmål rörande licensierade patents giltighet.

kerar att aldrig få ingå licensavtal. Det bästa skyddet ligger i att göra en egen grundlig bedömning i en s.k. »due-diligence»-studie. Goda skäl finns för licenstagaren att kräva att utgående royaltyavgifter skall reduceras med belopp som kan komma att betalas till tredje man. Beträffande själva försvaret har parterna full avtalsfrihet. Kommer de inte överens om något får licenstagaren räkna med att han ligger närmast till att bli svarandepart i målet.

Några konkurrensrättsliga aspekter på ansvarsfördelningen är svåra att se. Även om förhållandena inte behandlas i Teknikförordningen behöver de därför knappast anmälas enligt invändningsförfarandet.

Tredjemansintrång. Den andra situationen avser när tredje man gör intrång i den skyddade tekniken. Normalt är detta också en situation om vilken parterna noga förhandlar innan avtalet ingås. Inte sällan förbehåller sig licensgivaren rätten att angripa och om han avstår får licenstagaren vidta åtgärder på egen risk och bekostnad. Ofta finner parterna dock mellanvägar som innebär att de samverkar för att hantera en intrångstalan.

Denna samverkan är naturligtvis konkurrensbegränsande både till sitt syfte och till sin effekt. Målet är att utestänga andra företag från den immaterialrättsligt skyddade tekniken. Emellertid faller en sådan åtgärd inom ramen för själva skyddsrätten och det är inte troligt att någon invändning grundad på konkurrensregler kan riktas mot arrangemanget. Teknikförordningen vitlistar i enlighet härmed i artikel 2.1.6:

> *Skyldigheten (a) att underrätta licensgivaren om obehörigt tillägnande av ifrågavarande know-how eller intrång i de licensierade patenten, eller*
>
> *(b) att vidta eller biträda licensgivaren med att vidta rättsliga åtgärder mot sådant obehörigt tillägnande eller intrång.*

Det faktum att tredje mans intrång behandlas i artikel 2 men att parternas intrång i tredje mans rätt inte berörs i Teknikförordningen skall säkert inte tillmätas någon betydelse. Om någon av situationerna kan sägas begränsa konkurrensen är det den som vitlistats. Eftersom artikel 2 inte är uttömmande föreligger knappast anmälningsskyldighet när parterna kommer överens om att försvara sig mot påstående om intrång i annans rätt. Det kan inte betecknas som en konkurrensbegränsande skyldighet.

Del IV. Speciella förhållanden

10. Licensiering vid joint venture

10.1 Joint venture 267
- 10.1.1 Karaktärisering och definition 268
- 10.1.2 Strategiska, ekonomiska och legala överväganden 269
- 10.1.3 Realistisk och effektiv gemenskapsattityd 271

10.2 Samverkan eller koncentration 273
- 10.2.1 Koncentrativa joint ventures 274
  Baxter/Nestlé 276
- 10.2.2 Kooperativa joint ventures 277
- 10.2.3 Precisering genom rättsutveckling 278
  Odin Development Ltd 278
  Ford/Volkswagen 281
  BBC/NKG 283
  Optical Fibres 284

10.3 Anknutna förpliktelser 284
- 10.3.1 Licensavtal – en anknuten restriktion? 284
  AOIP/Beyrard 284
- 10.3.2 Särbehandling av licensavtal 286
  Boussois/Interpane 286
  Cotts/Sofiltra 287
- 10.3.3 Teknikförordningens reglering av licensavtal i JV 289
  Artikel 5.1.2 289

10.4 Synen på patentpooler 291
  Artikel 5.1 293

10.1 Joint venture

Teknikförordningen är enligt sin ingress inte tillämplig på avtal som endast avser försäljning, franchiseavtal och

> *vissa licensavtal som träffas i anslutning till avtal om bildandet av gemensamma företag eller patentpooler eller andra avtal enligt vilka licens meddelas i utbyte mot andra licenser som inte avser förbättringar av eller nya användningsområden för den överlåtna teknologin, eftersom sådana avtal uppvisar skilda problem som för närvarande inte kan behandlas i en enda förordning.*[1]

Dessa komplexa avtalsformer har genom åren särbehandlats därför att kommissionen inte haft tillräcklig erfarenhet.[2] Efter 35 års tillämpning av konkurrensreglerna i gemenskapen vore ett sådant skäl mindre övertygande och det åberopas inte i Teknikförordningen. Det är dock lätt att förklara varför kommissionen inte utfärdat specifika gruppundantag för avtalskonstruktioner som ofta är tillkomna av skiftande skäl, har disparata mål och sällan är likartat utformade. Det är därför inte troligt att tillägget »för närvarande» innebär att någon förändring är att förvänta inom överskådlig framtid.[3]

Detta kapitel presenterar översiktligt joint venture-avtalets behandling i gemenskapspraxis med särskild tonvikt på hantering av licensfrågor. En huvudfråga är på vilket sätt och av vilken anledning kommissionens inställning till licensiering avviker när parterna lagt ett gemensamt ägt bolag mellan sig för att hålla samman sitt samarbete. Mot bakgrund av denna analys kommenteras de speciella bestämmelserna i Teknikförordningen som gäller sådan samverkan. Avslutningsvis berörs synen på patentpooler.

---

[1] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85,3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L31/2, [1996] 4 CMLR 405, ingressen punkt 8.

[2] Se t.ex. »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15, ingressen punkt 8.

[3] Se Ritter, L., Braun, W.D., Rawlinson, F., EEC Competition Law – a practitioner's guide, Kluwer 1991, s. 395–431 för en strukturerad presentation av hanteringen av joint venture-samverkan. Se även Bellamy & Child, Common Market Law of Competition (4th ed.), London, 1993, s. 221–288. Det bör observeras att joint venture-avtalen har varit föremål för omfattande diskussion under 90-talet, vilket t.ex. framgår av kommissionens årliga rapporter. Dessa måste komplettera en läsning av Ritter och Bellamy.

10.1.1 Karaktärisering och definition

Teknikförordningen använder inte begreppet »joint venture» utan utnyttjar helt enkelt begreppet »gemensamma bolag». I den franska versionen används begreppet »entreprise commune» medan den tyska versionen talar om »Gemeinschaftsunternehmen». I svensk terminologi används emellanåt begreppet »samriskbolag» för att beteckna ett bolag under gemensam kontroll, vilket närmast för tanken till en gemensam riskabel investering i ett bolagsförhållande. Det engelska uttrycket »joint venture» eller »JV», som används i andra sammanhang i gemenskapsrätten, ger däremot en förnimmelse av en löslig samverkan för att exploatera en möjlighet.

Som det skall visa sig är den bredare beskrivningen mer korrekt, men svårigheten ligger i att fånga verksamhetsformen i ett enkelt svenskt ord. Kanske är det som med begreppet »know-how» att det är bättre att låta ett etablerat engelskt uttryck vinna spridning när det inte finns ett adekvat svenskt ord.[4] I allmänt legalt/tekniskt svenskt språkbruk förefaller »joint venture» att vara vanligt och kommer att utnyttjas i det följande.

Det är dock inte bara själva begreppet som är svårt att hantera. Innehållet låter sig inte heller definieras på ett entydigt och klart sätt. Kommissionen menar att begreppet rymmer ett företag som är gemensamt kontrollerat av flera andra företag[5]. Till denna beskrivning måste dock läggas att ett joint venture i allmänhet har kommit till för ett bestämt ändamål och att moderbolagen normalt bidrar till verksamheten med olika tillgångar – inte bara kapital.

Bolagsbegreppet innebär inte att verksamheten behöver ha form av ett registrerat aktiebolag. Avgörande är att verksamheten drivs i en självständigt fungerande organisation som kan utföra förelagda uppgifter och att den är försedd med traditionella interna stödfunktioner. Dessutom måste verksamheten ha en varaktig karaktär. En

[4] Det kan bli svårt att få en rimlig begreppsapparat om många avvikande uttryck utvecklas i svenskt språkbruk för ett så internationellt och tekniskt område som konkurrensrätten. Mer av kuriosaskäl kan hänvisas till Carlsson, K., Schuer, L., Söderlind, E., Konkurrenslagen, Publica 1995 (2 uppl.), s. 376 som använder sig av begreppet »russinplockarklausul» för att beskriva en form av diskriminering.

[5] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», Commission Notice of 16 February 1993 concerning the assessment of cooperative joint ventures persuant to Article 85 of the EEC Treaty, EGT 1993 C 43/2, [1993] 5 CMLR 401, vilket i avdelning II behandlar JV-konceptet i Fusionsförordningens artikel 3.3. och utvecklar detta i detalj i punkterna 9–11.

arbetsgrupp som fungerar under en kortare tid är inte ett joint venture i den europeiska konkurrenslagstiftningens mening.

Den gemensamma kontrollen som moderbolagen har över sitt bolag innebär enligt Fusionsförordningens artikel 3.3[6] möjlighet för varje delägare att utöva ett avgörande inflytande. Även om ett hälftenägande inte innebär rätt att ensam styra verksamheten kan det utnyttjas för att förhindra beslut och även detta negativa inflytande är liktydigt med kontroll. Ett joint venture förutsätter emellertid inte att parterna är hälftenägare, utan de kan ha olika andelar i verksamheten.[7] Är parterna fler än två räcker inte lika andelar för att stoppa en oönskad utveckling. Kontrollen arrangeras i stället genom ett inbördes ägaravtal som ger parterna vetorätt i centrala frågor rörande t.ex. förändrad verksamhetsinriktning, stora satsningar, ytterligare kapitaltillskott eller lån. Dessa möjligheter att blockera gör att joint venture-formen kan vara ett ansträngande sätt att bedriva en verksamhet som regelbundet skapar problem för sina delägare.

10.1.2 Strategiska, ekonomiska och legala överväganden

Strategiska skäl. Strategiskt används joint venture-strukturen vanligtvis när parterna inlåter sig i svårare utvecklingsprojekt, ofta av FoU-karaktär,[8] som innebär att parterna gemensamt tillför kunskap och finansierar den riskabla investeringen. De delar inte bara på de möjligheter som projektet erbjuder utan i samma utsträckning på risker och förluster. För denna typ av projekt är det svenska samriskbolagsbegreppet fullt adekvat.

I andra sammanhang kan joint venture-formen vara en genväg till att etablera en egen internationell organisation. Detta kan ske

[6] »Fusionsförordningen», Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT 1989 L395/1, reviderad i EGT 1990 L257/14, [1990] 4 CMLR 859.

[7] EG-kommissionen, beslut 87/100/EEG (*Mitchell Cotts/Sofiltra*), Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111. Den engelske kontrahenten hade 75% ägarandel. Se även EG-kommissionen, information – comfort letter, Philips-Thomson-Sagem, 1993 års konkurrensrapport, punkt 215 enligt vilken parterna hade en 80-10-10% fördelning. Philips kunde emellertid inte fatta en rad strategiska beslut utan stöd av minst ett av de övriga företagen.

[8] »FoU-förordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 418/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av avtal om forskning och utveckling, EGT 1985 nr L53/5.

genom att ett företag med produkt, teknik eller ett koncept inleder samverkan med en rad företag i olika länder. Bolaget tillför för egen del den kreativitet och det utvecklingsarbete som lagts ner på produkten/konceptet och förväntar sig att den utländska parten skall tillföra den satsning som erfordras för att omsätta projektet lokalt genom att göra erforderliga investeringar, svara för praktiska stödfunktioner och bygga upp den lokala marknadsorganisationen.

Den utländska etableringen behöver inte nödvändigtvis genomföras direkt, utan kan komma stegvis genom att den utländska medkontrahenten i ett inledningsskede själv svarar för marknadsföring av avtalsprodukten. När fastställda volymer nåtts överförs verksamheten till ett separat bolag där ägandet kanske fastställts mot bakgrund av parternas respektive insatser, för att successivt ledas över till det produktgenererande företaget. Det är inte stor skillnad mellan denna typ av joint venture och ett distributionsavtal, som på sikt syftar till att verksamheten skall överföras till producenten.

Det kan finnas många andra taktiska skäl till att joint venture är en lämplig samarbetsform och kommissionen utvecklar efter hand en begreppsapparat i samband med individuella beslut som beskriver de olika formerna.[9]

Ekonomiska skäl. Rent ekonomiska skäl för att bedriva samverkan i ett joint venture-bolag kan vara svåra att identifiera och samma fördelning kan uppnås i andra samarbetsformer.[10] Möjligen är joint venture-formen ett enkelt och tydligt sätt att säkra att parterna delar på kostnader och vinster i projektet enligt en förutbestämd mall. Om de inte klarar att reda ut detta i traditionella samverkansformer – kanske för att de okända faktorerna är för många – framstår joint venture-formen som en bekväm lösning. Samarbetsformen är dock, som framhållits, inte alltid lättadministrerad.

---

[9] I 1994 års Konkurrensrapport s. 105 ff. diskuterar kommissionen »R&D, production and sales joint ventures». »Production joint ventures» kan i sin tur delas upp i »input»- och »output»-ventures och »final-product»-joint ventures.

[10] Se dock EG-kommissionen, information – comfort letter, Merck & Co. Inc. och Pasteur-Merieux Sérums et Vaccins, 31 mars 1994: EGT 1994 C94/15, [1994] 5 CMLR 281. I 1994 års konkurrensrapport, punkt 174 motiverar kommissionen sitt beslut med »Alternative arrangements, such as an exchange of licences or supplies of antigens, would not yield the same efficiencies as the combination of the parent's businesses in a joint venture.» Någon förklaring ges dock inte. Jfr EG-kommissionen, beslut 77/781/EEG, General Electric Co. Ltd & The Weir Group Ltd, 23 november 1977: EGT 1977 L327/26, [1978] CMLR D 42, punkt [48].

Legal form. Joint venture-avtalets legala konstruktion är inte formbunden utan består i allmänhet av ett paraplyavtal som preciserar övergripande syften och mål för samarbetet och knyter samman de olika avtal som ingår i det totala paketet. I den utsträckning beslutsfrågor och konfliktlösningsmekanismer inte hanteras i en separat bolagsordning, utgör de vanligtvis en väsentlig del av detta övergripande avtal.

Till aktieägaravtalet fogas anknutna avtal som reglerar hur parternas tillgångar förs till det gemensamma bolaget, vilket också kan gälla överlåtelse eller upplåtelse av know-how och immateriella rättigheter. Vidare brukar tjänster och service från ägarbolagen till det gemensamma bolaget hanteras i separata avtal. Det skall dock understrykas att avtalsfrihet styr upplägget och att joint venture-överenskommelser inte följer någon given mall.

10.1.3 Realistisk och effektiv gemenskapsattityd

Joint venture-avtalen låter sig inte fållas in i några enkla entydiga definitioner utan de kan ha olika mål och utformas på olika sätt. Samarbetsformen är en hybrid som kan ligga nära kartellsamverkan, men också vara ett försteg till en företagssammanslagning.

Mot denna disparata bakgrund är det förklarligt att gemenskapspraxis på konkurrensområdet närmar sig joint venture-avtalet med viss försiktighet. Generella förbuds- eller undantagsregler kan inte täcka de möjliga alternativen och kommissionen har därför valt att utveckla sin inställning genom en kombination av individuella beslut och generella tillkännagivanden.

I 1983 års konkurrensrapport[11] framhöll kommissionen att det var nödvändigt att analysera ett joint venture-avtals konkurrensbegränsande effekter och inverkan på samhandeln på den relevanta marknaden för att kunna bestämma om förbudet i artikel 85.1 i Romfördraget var tillämpligt. Den avgörande frågan är om avtalen påverkar konkurrensen mellan avtalets parter eller mellan en av dem och deras gemensamma bolag. Visar granskningen att parterna faktiskt är konkurrenter är artikel 85 tillämplig. Det är emellertid inte bara den aktuella konkurrensen som prövas utan också de potentiella konkurrensmöjligheter som föreligger. Kommissionen utta-

[11] 1983 års konkurrensrapport, punkt 55.

lar i rapporten att den kommer att göra sin bedömning så realistiskt som möjligt.

De gångna åren har visat att kommissionen, sannolikt till följd av frånvaron av hämmande formella gruppundantagsregler, kunnat ge sig i kast med joint venture-samverkan på ett mer flexibelt och dynamiskt sätt än som gäller hanteringen av t.ex. distributions- och licensavtal. Joint venture-besluten innehåller i allmänhet en tydligare bedömning av avtalens verkliga effekter på marknaden och besluten framstår som mer övertygande än det formella resonemang som tillämpas på de gruppundantagsbehandlade avtalen.

Mot detta konstaterande kan det möjligen invändas att osäkerheten är större om konkurrensreglerna är tillämpliga i ett joint venture-förhållande. Det finns inga fasta hållpunkter. En sådan invändning balanseras dock av kommissionens olika tillkännagivanden rörande joint venture-samverkan som tillsammans med kommissionens individuella beslut ger en tämligen god uppfattning om gränsdragningsproblemen.

Ytterligare en allmän punkt är värd att notera. Det tycks föreligga en internkonkurrens inom kommissionens generaldirektorat. Tillkännagivanden om joint venture-avtal har ibland en fusionsbakgrund och ibland en kartellrelation och de är inte alltid helt samordnade. Huvudintrycket är att hanteringen av joint venture-samverkan började utifrån kartellaspekten i artikel 85, men nu är på väg att glida över till Fusionsförordningens system, vilket bl.a. diskuteras i kommissionens promemoria om den framtida hanteringen av företagssammanslagningar.[12] Det är emellertid också påtagligt att den traditionella hanteringen av samarbetsavtal enligt artikel 85 effektiviserats under senare år. Kommissionen tillämpar numera en accelererad procedur för granskning av JV-samverkan, som innebär

[12] Green Paper on the operation of the Merger Regulation, COM (96) 19. Under sommaren 1996 har kommissionen enligt pressinformation framlagt förslag till förändring av Fusionsförordningen, som dock inte publicerats före detta manuskripts färdigställande. Se kommentar av Cuziat, E., funktionär inom DG IV, La revision du règlement sur le contrôle des concentrations, La proposition de la Commission. Manuskript färdigställt för publicering i Competion Policy Newsletter, s. 4: »Dans le cadre de la proposition de la Commission, le concept de concentration, tel que défini à l'article 3 du règlement, est etendu à toutes les entreprises communes de plein exercice. Par conséquent, les entreprises communes qualifiées aujourd'hui de »coopératives» et qui sont »de plein exercice» seraient désormais soumises au champ d'application et à la procédure du règlement sur les concentrations. Pour les entreprises communes coopératives d'exercice partiel, la situation demeurerait inchangée.»

att anmälda avtal skall kommenteras inom två månader från komplett anmälan.[13] En effektiv och realistisk hantering kan avgöra den slutliga ansvarsfördelningen om det inte i stället blir så att hela strukturen på kommissionen ändras. Den nuvarande uppdelningen där Merger Task Force uppfattas som A-laget medan resten av kommissionens konkurrensdirektorat uppfattas som en tungrodd byråkratisk administration är knappast hållbar på sikt.

Det är vidare noterbart att gemenskapsdomstolarna ännu inte förelagts något JV-ärende för prövning av ett kommissionsbeslut[14] eller för tolkningsavgörande på begäran av nationell domstol. Det kan uppfattas som en brist i gemenskapspraxis, men förklaras kanske av att kommissionen i sin beslutsverksamhet lyckats hitta en god avvägning mellan olika intressen och att rättsosäkerheten inte är större på detta område än något annat inom konkurrensrätten.

10.2 Samverkan eller koncentration

Ett joint venture kan ha karaktär av en överenskommelse mellan konkurrerande företag, men kan också ses som ett samgående som ändrar marknadsstrukturen. Ibland kan avtalen förena dessa bägge element.[15] Är det en överenskommelse skall artikel 85.1 i Romfördraget tillämpas, men om avtalet mer har karaktär av koncentration skall sedan 1989 Fusionsförordningens regler sättas i spel.

Frågan är hur gränsdragningen mellan den konkurrensbegränsande överenskommelsen och den strukturförändrande fusionen skall genomföras.

---

[13] Se 1993 års konkurrensrapport, punkt 208, i vilket kommissionen redogör för hanteringen av 24 stycken » 'structural' cooperative notifications» enligt en ny snabb procedur: »Under this procedure, DG IV informs the parties concerned of its (provisional or definitive) assessment within two months of receiving the notification. The two-month period does not start to run until the notification is complete.»

[14] Se dock EG:s förstainstansrätt, mål T-2/93, Air France mot kommissionen, 19 maj 1994, [1994] II REG 323, som är ett klagomål från Air France över kommissionens beslut att acceptera British Airways köp av 49% av aktierna i TAT European Airlines som ett JV-beslut och inte ett förvärv enligt Fusionsförordningen. Förstainstansrätten avvisade klagan. Kommissionen skulle bara ta hänsyn till faktiska omständigheter och inte hypotetiska möjligheter relaterade till en option.

[15] »Structural cooperative notifications» är ett nytt begrepp i 1993 års konkurrensrapport, punkt 208, som talar mot en uppdelning av koncentrativa och kooperativa joint ventures.

10.2.1 Koncentrativa joint ventures

Fusionsförordningen lämnar i artikel 3.2 den allmänna anvisningen att när en joint venture-samverkan leder till en permanent strukturell förändring är förordningen tillämplig, om parterna inte därigenom samordnar sitt konkurrensbeteende.[16] Stycke två föreskriver:

> Bildandet av ett gemensamt företag som på varaktig basis fyller en autonom ekonomisk enhets samtliga funktioner och som inte medför en samordning av konkurrensbeteendet mellan parterna inbördes eller mellan dessa och det gemensamma företaget utgör en koncentration enligt punkt 2.b.

En koncentration föreligger således när företag skapar ett gemensamt bolag som uppfyller nedanstående kriterier:

- Verksamheten skall vara varaktig och gälla för en överskådlig framtid, vilket dock inte behöver innebära att samarbetet är oupplösligt.

- Verksamheten skall fylla de funktioner som är kännetecknande för ett självständigt bolag och kontrollera utveckling, produktion och marknadsföring av sina produkter. Dessutom skall stödfunktioner för personal-, ekonomi- och kontrollfrågor finnas. Detta innebär inte att företaget internt måste hysa alla dessa funktioner, utan det kan lägga arbetet på entreprenad hos andra, bl.a. moderbolagen. Avgörande är att JV-bolaget kontrollerar verksamheten.

- Verksamheten får inte innebära att moderbolagen samordnar sitt konkurrensbeteende, vilket diskuteras i avsnitt 10.2.2.

Kommissionen har genom tillkännagivanden i anslutning till Fusionsförordningen utvecklat uppfattningen om de olika kriterierna.

1990 utfärdade kommissionen ett tillkännagivande om skillnaden mellan fusionsliknande och kooperativa joint ventures.[17] I detta klargörs att samverkan som uteslutande är konkurrensbegränsande eller som har såväl en koncentrativ som en konkurrensbegränsande

[16] Fusionsförordningen, not 6 ovan, artikel 3.2 stycke 2.

[17] »Tillkännagivande 1990 om distinktionen kooperativa - koncentrativa JV», Commission Notice of 25 July 1990 on the distinction between merger-type and cooperative operations, EGT 1990 C203/10, [1990] 4 CMLR 721. Ersatt av »Tillkännagivande 1994 om distinktionen kooperativa – koncentrativa JV».

karaktär skall behandlas enligt Romfördragets artikel 85.1, om de två elementen inte går att separera. Under 1994 ersattes 1990 års tillkännagivande med ett nytt i samma ämne,[18] som följer upp och utvecklar det tidigare.

Tillkännagivandet definierar joint venture-begreppet och utvecklar kriterierna i Fusionsförordningens artikel 3.2 stycke 2 och understryker därvid att bolaget inte bara får vara ett bihang till moderbolagens verksamhet genom att t.ex. uteslutande köpa från och/eller sälja till moderbolagen. Tidsmässigt skall aktiviteterna i princip vara obegränsade eller i vart fall långsiktiga, annars uppkommer inte en varaktig strukturell förändring. Bolaget skall kontrollera de resurser som behövs för att kunna arbeta enligt uppdragna riktlinjer.

För att joint venture-bolagets verksamhet inte skall anses syfta eller leda till en konkurrensbegränsning, är det enligt tillkännagivandet naturligt att moderbolagen drar sig ur egen verksamhet även inom angränsande marknader (»up streams» eller »down streams markets»). Om så inte är fallet måste bolagen på annat sätt visa att det gemensamma ägandet inte leder till en konkurrensbegränsande samordning. I 1990 års tillkännagivande uttalade kommissionen en presumtion för att artikel 85.1 skulle tillämpas, vilken dock inte upprepas i 1994 års meddelande.[19] Tvärtom anges att en viss påverkan på moderbolagens konkurrensbeteende inte utesluter att samverkan kan anses ha en koncentrativ karaktär.[20] Tillkännagivandet utnyttjar ett antal exempel för att ytterligare beskriva inställningen.

---

[18] »Tillkännagivande 1994 om distinktionen kooperativa – koncentrativa JV», Commission Notice on the distinction between concentrative and co-operative joint ventures under the Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, EGT 1994 C385/1, [1995] 4 CMLR 227. Ersätter 1990 års tillkännagivande i samma ämne.

[19] »Tillkännagivande 1990 om distinktionen kooperativa – koncentrativa JV», not 17 ovan. I punkt 33 uttalas en presumtionsregel: »Where the parent companies, or one of them, remain active on the JV's market or remain potential competitors of the JV, a coordination of competitive behaviour between the parent companies or between them and the JV must be presumed. So long as this presumption is not rebutted, the Commission will take it that the establishment of the JV does not fall under Article 3(2), subparagraph 2 of the Regulation.»

[20] »Tillkännagivande 1994 om distinktionen kooperativa – koncentrativa JV», not 18 ovan, punkt 20: »In relation to the above-mentioned paragraphs, the fact that a joint venture leads to co-ordination of the competitive behaviour of the parent companies does not prevent the assumption of a concentration where these co-operative elements are only of minor economic importance relative to the operation as a whole (*de minimis*).»

Avgörande är dock att ett ställningstagande ytterst kräver en individuell bedömning.

Under 1994 utfärdades ytterligare ett par tillkännagivanden som framför allt är av betydelse för att fastställa huruvida kontroll över ett joint venture-bolag kan anses föreligga[21] och närmare anvisningar om hur begreppet företag skall förstås i dessa sammanhang.[22]

Fram till 1995 har kommissionen ofta ansett att de konkurrensbegränsande effekterna varit sådana att Fusionsförordningens tillämpning uteslutits. *Baxter/Nestlé*[23] gällde en joint venture-samverkan inom läkemedelsområdet för näringslösningar. Parterna behöll utvecklings- och tillverkningsarbetet för sig och JV-bolaget fungerade snarast som en ren marknadsorganisation. Kommissionen fastslog att Fusionsförordningens ekonomiska gränsvärden var uppnådda, men avvisade tillämpning av förordningen eftersom avtalet inte ledde till en varaktig strukturförändring. Parterna hade inte inrättat ett bolag mellan sig för att hantera den aktuella verksamheten och inte heller hade patenträttigheter definitivt förts över, utan bara tidsmässigt begränsade licenser. Slutsatsen var att samarbetet inte kunde behandlas som en »full function» joint venture och att alltför många element pekade på att det snarare var en samordning av parternas konkurrensagerande.

[21] »Tillkännagivande 1994 om begreppet koncentration», Commission Notice on the notion of a concentration under the Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, EGT 1994 C385/5, [1995] 4 CMLR 235.

[22] »Tillkännagivande 1994 om begreppet företag», Commission Notice on the notion of undertakings concerned under the Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, EGT 1994 C 385/12, [1995] 4 CMLR 247.

[23] EG-kommissionen, beslut IV/M. 0058, Baxter International Inc & Nestlé SA, 6 februari 1991: EGT 1991 C 37 [1992] 5 CMLR M33, punkt [6]: »– – – a co-operative agreement which has not created a durable change in the structure of their undertakings and has not created a single economic entity between the parties in the field of clinical nutrition: – neither Nestlé nor Baxter has transferred its respective patents and know-how in the field of enteral and parenteral nutrition products to the joint ventures set up in 1989; they have granted an exclusive licence to these joint ventures for the manufacture and marketing of the products concerned; though this licence is granted for a long term period, the parties have not granted an irrevocable licence for the duration of the life of the patents involved but limited the licence rights to a fixed period which can be terminated by mutual agreement at any time; – Baxter and Nestlé continue, as sub-contractors, to manufacture most of the parenteral and enteral nutrition products sold by the 1989 joint ventures: the function of these joint ventures is mainly that of a common distribution agency; the 1989 joint ventures are not therefore 'full function' joint ventures within the meaning of Article 3(2) subpara. 2 of the Merger Regulation; – – –.»

Det är möjligt att 1994 års tillkännagivande markerar en förändring mot en mer strukturrelaterad bedömning av JV-avtal. I 1994 års konkurrensrapport anmäler kommissionen att flera joint ventures hanterats enligt Fusionsförordningens regler.[24]

10.2.2 Kooperativa joint ventures

Fusionsförordningen[25] preciserar innehållet i kooperativa joint ventures i följande termer:

> En transaktion, inklusive bildandet av ett gemensamt företag, som har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga utgör inte en koncentration enligt punkt 1 b.

Avgörande är således att verksamhetens syfte eller effekt är att samordna ägarbolagens beteende på marknaden. Om så bedöms vara fallet är Fusionsförordningen inte tillämplig, utan reglerna i Romfördragets artikel 85.1 skall tillämpas.

Gränsdragningsproblematiken har under 1993 utvecklats i ett separat tillkännagivande,[26] som fungerar parallellt med de tillkännagivanden som tidigare presenterats i anslutning till Fusionsförordningen och som varken ersätter eller ersätts av något av dessa, trots att resonemangen stundtals lappar över varandra.

Tillkännagivandet diskuterar avgränsningen till koncentrativa joint ventures och därefter preciseras kriterier för när konkurrensen skall anses påverkad. Avgörande är konkurrensförhållandet mellan parterna och hur deras agerande kan påverka tredje man. Kommis-

[24] 1994 års konkurrensrapport, s. 456 ff., vari hanteringen av joint venture mellan Elf Atochem/Rutger och venture mellan Mannesmann/Vallourec/Ilva redovisas och accepteras. Beträffande Shell/Montecatinis joint venture rörande »polyolefin» konstaterade kommissionen inledningsvis att samarbetet kunde leda till en dominerande ställning. Genom detta samarbete i kombination med Shells andra intressen skulle Shell få kontroll över de två ledande teknologierna inom området, vilket skulle leda till en stark ställning samtidigt som konkurrenterna var svaga. Efter kommissionens invändningar vidtog parterna erforderliga justeringar och samarbetet kunde accepteras. Slutligen redovisas ett venture mellan tre tyska företag för att erbjuda tekniska och administrativa tjänster för digitala betal-TV-företag. Analysen visade att företagen skulle få en dominerande, gränsade till monopolliknande, ställning på berörda marknader och kommissionen förklarade samarbetet oförenligt med Fusionsförordningen.

[25] Fusionsförordningen, not 6 ovan, artikel 3.2 stycke 1.

[26] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan.

sionen identifierar en serie relevanta frågor som behöver penetreras för att belysa samarbetets verkliga effekter på förhållandet mellan avtalsparterna, respektive förhållandet mellan moderbolag och JV-bolag. Inblandade företags marknadspositioner skall fastställas och det är också särskilt intressant att avgöra om avtalet är unikt eller ingår i ett nätverk av liknande överenskommelser. Kommissionen belyser olika typer av joint venture-konstruktioner för att peka på särskilt känsliga företeelser.

Kooperativa avtal som faller under förbudet i Romfördragets artikel 85.1 kan vara fritagna enligt FoU-förordningen, Specialiseringsförordningen och numera Teknikförordningen samt beviljas individuellt undantag efter ansökan. Den individuella bedömningen följer kriterierna i artikel 85.3. Joint venture-avtal som har det huvudsakliga syftet att koordinera ett uppträdande på marknaden kan inte räkna med en positiv bedömning – särskilt inte när syftet är att fastställa priser, begränsa produktion genom kvoteringar eller tillskapa marknadsuppdelningar: »JV's which are created or operated essentially to achieve such aims are nothing but classic cartels, the anticompetitive effects of which are well known.»[27] Kommissionen ger ett batteri av illustrativa exempel på hur den ställer sig till olika typer av joint venture-samverkan. Resonemanget är allmänt hållet och till slut är det åter omständigheterna i det enskilda fallet som bestämmer hanteringen av ett joint venture.

10.2.3 Precisering genom rättsutveckling

Snarare än att fördjupa genomgången av de tämligen teoretiska och allmänt hållna tillkännagivandena är avsikten i detta avsnitt att belysa tillämpningen av konkurrensreglerna genom ett enskilt beslutsärende.

I augusti 1986 anmälde norska Elopak och engelska Metal Box att de träffat en överenskommelse om att bilda ett gemensamt ägt bolag – *Odin Development Ltd.*[28] Den formella basen för samarbetet var ett aktieägaravtal, två know-howavtal och två forsknings- och utvecklingsavtal. Föremål för bolagets verksamhet var att utveckla en förpackning i papper/kartong med separat öppningsan-

[27] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan, punkt 56.

[28] EG-kommissionen, beslut 90/410/EEG, Odin Development Ltd, 13 juli 1990: EGT 1990 L209/15, [1991] 4 CMLR 832.

ordning i aluminium som skulle användas vid aseptisk förpackning av livsmedel. Odin Development skulle också utveckla, tillverka och sälja den tillverkningsutrustning som behövdes för att framställa produkten.

Elopak, som bl.a. är känt som konkurrent till Tetra Pak genom konkurrensbegränsningsmålen mot det senare företaget, tillverkar laminerade kartongförpackningar för färsk mjölk. Metal Box är ett stort konglomerat med huvudinriktning på burk- och plastförpackningar liksom förslutningsanordningar.

Företagens överenskommelse syftade till att förena Elopaks förpackningsknow-how med Metal Box:s kunskap inom aseptik och förslutningsteknik. Slutprodukten och de maskiner som erfordrades var avtalets användningsområde (»field of use»). För att uppnå målet upplät respektive avtalspart all sin kunskap, patenterad och opatenterad, genom exklusiva licenser. Odin i sin tur accepterade att kunskap som genererades i dess forskningsverksamhet skulle återföras genom en enkel licens till moderbolagen för utnyttjande utanför det definierade användningsområdet. Enligt avtalet var parterna fria att självständigt bedriva verksamhet utanför samarbetsområdet – men Odin skulle strikt hålla sig inom detsamma.

Det hälftenägda Odin skulle styras av parterna gemensamt och vid oenighet innehöll avtalet bestämmelser om upplösning av samarbetet genom utlösningsförfarande.[29] Vid samarbetets avbrytande skulle bägge företagen ha tillgång till projektets hela teknik, således även den som emanerade från medkontrahenten och som överförts till Odin. Däremot fick varken Elopak eller Metal Box under en femårsperiod, direkt eller indirekt, avslöja eller avyttra den teknik som kunde härledas till det andra företaget eller Odin. Kunskapen kunde under denna period bara användas för egen exploatering. Ingendera parten fick sälja sitt aktieinnehav i Odin under avtalsperioden eller fem år därefter till extern intressent.

[29] Utlösningsförfarandet var konstruerat så att en part – vilken bestämdes av hur den blockerande situationen hade uppkommit – skulle lägga ett bud på motpartens andel i Odin. Godtogs inte detta bud var det andra företaget i gengäld skyldigt att lösa in hela bolaget till samma belopp.

Elopak och Metal Box hade anmält sitt avtalspaket enligt FoU-förordningens summariska invändningsförfarande,[30] vilket dock inte accepterades av kommissionen eftersom avtalet inte bara täckte produktion utan även distribution av de aktuella produkterna. Marknadskopplingen uteslöt tillämpningen av gruppundantaget[31] och ärendet skulle i stället avgöras genom ett individuellt beslut.[32]

Kommissionens bedömning av Odin-avtalet följer riktlinjerna i 1983 års konkurrensrapport[33] och förebådar den inställning som kommissionen sedermera utvecklat i Fusionsförordningen[34] och de tillkännagivanden som utfärdats i anslutning till denna[35] liksom det speciella tillkännagivandet om kooperativa joint venture-avtal.[36] Analysen genomförs i princip stegvis. Först avgörs om avtalet är koncentrativt eller kooperativt. När samarbetet väl kategoriserats som ett kooperativt avtal enligt tidigare diskuterade avgränsningar fastställs dess konkurrensbegränsande effekter, först i förhållandet mellan parterna och därefter i förhållande till tredje man. Det spelar härvidlag ingen roll hur parterna själva valt att benämna sitt samarbete, utan ekonomiska realiteter avgör och kommissionen understryker att bedömningen skall vara realistisk. Visar analysen att samarbetande företag är aktuella eller potentiella konkurrenter, och

[30] FoU-förordningen, not 8 ovan, artikel 7.

[31] Huruvida detta var en relevant invändning kan diskuteras. Invändningsförfarandet skall kunna tillämpas på ett FoU-avtal (vilket Odin-fallet onekligen var) om avtalet går utöver undantagsbestämmelserna (vilket det gjorde) om det inte innehöll svartlistade klausuler (vilket det kan diskuteras om överlåtandet av distribution av produkterna till det gemensamma bolaget kunde anses vara). Det skulle kunna hävdas att förutsättningar för tillämpning av invändningsförfarandet var uppfyllda. Exemplet visar vilken begränsad räckvidd kommissionen ger den summariska proceduren, vilket diskuteras närmare i kapitel 12 nedan.

[32] EG-kommissionen, beslut 91/38/EEG, KSB AG, Lowara SpA, Goulds Pumps Inc. & ITT Fluid Handling Division, 12 december 1990: EGT 1991 L19/25, [1992] 5 CMLR 55, uteslöt också tillämpningen av invändningsförfarandet, men i detta fall därför att parternas marknadsandel låg nära den maximala gränsen 20%. Punkt [23]: »– – – it must be borne in mind that the market share figures are estimates – – – In particular, the market share could be higher than assumed in Member-States other than Germany – – –.» Punkt [24]: »Because of these uncertainties, it cannot be ruled out that the combined market share of the participants on the market for water pumps in the Community is over 20 per cent – – –.»

[33] 1983 års konkurrensrapport, punkterna 53–55.

[34] Fusionsförordningen, se not 6 ovan.

[35] »Tillkännagivande 1990 om anknutna begränsningar», Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations, EGT 1990 C203/5, och kommissionens »Tillkännagivande 1994 om distinktion kooperativa – koncentrativa JV», not 18 ovan.

[36] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan.

påverkar avtalet konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna på ett påtagligt sätt, är förbuden i artikel 85.1 tillämpliga och frågan om undantag uppkommer.

Aktuella konkurrenter. Eftersom Elopak och Metal Box verkade inom olika marknadsområden uppfattades de inte som aktuella eller potentiella konkurrenter. Inte heller hade någon av dem ensam kunnat genomföra projektet eftersom det krävde tillgång till motpartens kunskap. Projektet innebar också ett sådant ekonomisk risktagande att även denna faktor uteslöt ett självständigt agerande.

Frågan om avtalsparternas konkurrensförhållande är central för kommissionens bedömning. Hade parterna uppfattats som konkurrenter skulle avtalet ha fallit under artikel 85.1, vilket hade inneburit att effektanalysen skärpts ytterligare. Kommissionen anger i tillkännagivandet om kooperativa joint ventures[37] att konkurrensbegränsning inte föreligger när samverkan är konkurrerande företags enda möjlighet att gå in på en ny, eller stanna kvar på en existerande, marknad.[38] Stärker deras samverkan konkurrensen, eller innebär samverkan att konkurrensen i vart fall inte försvagas, accepteras samarbetet.

I *Ford/Volkswagen*[39] godkände kommissionen en överenskommelse mellan två av Europas ledande biltillverkare att tillsammans bygga upp en ny produktionsfabrik för »multi purpose vehicles» i Portugal med portugisiskt statsstöd. I beslutet konstaterades att de på personbilsmarknaden konkurrerande företagen var stora nog att göra satsningen var för sig, men att betydande konkurrens redan existerade i Europa genom samarbetet mellan Matra och Renault, som hade en marknadsledande ställning inom segmentet med sin Espace.

Konkurrensförhållandena bedömdes vid den tidpunkt då beslut fattades men innehöll ingen långsiktig ekonomisk analys. Huruvida det finns risk på sikt för att de båda jättarna genom sin samverkan

[37] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan, punkt 72.

[38] Se EG-kommissionen, information 88/110/EEG, De Laval/Stork, 22 december 1987: EGT 1988 L59/32, [1988] 4 CMLR 187, punkt [3]: »the j.v.a. – – – had the object and effect of bringing all the research, production and marketing activities of the two parents, who were considered to be and remain actual and at least potential competitors – – – under joint control in the Common Market – – –however, in view of the JV's beneficial effect, in particular the fact that it (1) made it easier for De Laval to enter the European market – – – an exemption was granted – – –.»

[39] EG-kommissionen, beslut 93/49/EEG, Ford/Volkswagen, 23 december 1992: EGT 1993 L20/14, [1993] 5 CMLR 617.

och med hjälp av statsstödet kan få alltför stort inflytande inom segmentet redovisades inte. Osäkerheten i denna del vägde kommissionen upp med mjuka faktorer, som att samverkan ledde till arbetstillfällen i en fattig region och att produkten var miljövänlig.[40]

Konkurrenter på andra områden. Det räckte emellertid inte i Odinfallet med att konstatera att parterna inte var konkurrenter i själva projektet, utan det var också viktigt att fastställa att de inte heller konkurrerade inom andra områden. Kommissionen vill undvika en »spill over effect» eftersom företag som samverkar i ett joint venture-projekt har svårt för att arbeta i full konkurrens inom ett annat område. Det föreligger en risk för att de tar hänsyn till varandra och samordnar sitt beteende även inom andra områden. Elopak och Metal Box hade dock inga sådana beröringspunkter.[41] Däremot förelåg det en möjlig konkurrens mellan Odin och Metal Box som erfordrade särskilda överväganden.

Utestängande effekt. När väl förhållandet mellan parterna preciserats gällde frågan om tillskapandet av Odin kunde utestänga andra företag från den nya marknaden. Eftersom produkten ännu bara fanns på idéstadiet, var det inte möjligt för kommissionen att exakt avgränsa den relevanta marknaden. Det aktuella förpackningsområdet kännetecknades dock av en betydande konkurrens. Flera burkföretag kunde väl mäta sig med Metal Box och på Elopaksidan

[40] Beslut 93/49/EEG, Ford/Volkswagen, not 39 ovan, punkt [23]: »– – – the JV will have extremely positive effects on the infrastructure and employment in one of the poorest regions in the Community – – –». Punkt [26]: »– – – It will also be considerably improved with respect to environmental requirements, for example, potentially hazardous materials (e.g. CFCs, PVC) in the final product will be either drastically reduced or totally eliminated. Furthermore, the extent of recyclability will be significantly increased and the MPV is also envisaged to lead the segment with regard to low emissions and fuel consumption.»; punkt [36]: »In the assessment of this case, the Commission also takes note of the fact that the project constitutes the largest ever single foreign investment in Portugal. It is estimated to lead, inter alia, to the creation of about 5 000 jobs and indirectly create up to another 10 000 jobs, as well as attracting other investment in the supply industry – – –.» Den 14 september 1996 recenserade Svenska Dagbladets motorskribent (Magasinet s. 16) Fords nya »allt möjligtbil». Kanske är det det annorlunda som skrämmer köparna. Det borde i alla fall inte vara priset – – – vilket i det här sammanhanget är rena lågprisalternativet.» Bland konkurrenterna nämns inte ens Espace.

[41] I beslut 93/49/EEG, Ford/Volkswagen, not 39 ovan, gjordes bedömningen att angränsande marknader kunde påverkas: punkt [21]: »– – – extensive exhange and sharing of *inter alia*, technical know-how which could affect the competitive behaviour of the two partners in neighbouring market segments – – –.» Den konkurrensbegränsande effekten ansågs dock uppvägd av fördelarna med samarbetet.

fanns inte minst det betydligt större och starkare Tetra Pak, som dessutom redan hade tillgång till den aseptiska teknologin. Någon risk för en utestängande (»foreclosing») effekt ansågs därför inte föreligga.

I *BBC/NKG*[42] hade Brown Boveri med stora insatser och tyskt statsstöd utvecklat en ny batterityp, men behövde hjälp med keramiskt utvecklingsarbete av japanska NKG för att kunna slutföra arbetet. Företagen kom överens om att bilda ett japanskt joint venture-bolag till vilket alla rättigheter licensierades och det gemensamma bolaget gav i sin tur marknadsrättigheter till sina respektive delägare för olika territorier. Även om kommissionen ansåg att konkurrenter därigenom utestängdes, kunde undantag beviljas.[43]

Kommissionen sammanfattade den övergripande konkurrensanalysen i *Odin*-beslutet med

> As the parties could not realistically be regarded as competitors, actual or potential, and the creation of the joint venture entails no foreclosure risk, and the agreement does not involve the creation of a network of competing joint ventures, the agreements to establish Odin do not fall within the terms of Article 85(1).[44]

Nätverkseffekter. Frågan om avtalens nätverkseffekt utvecklades egentligen inte i Odin-beslutet, även om kommissionen hänvisar till begreppet i sin ovan citerade sammanfattning. I tillkännagivandet om kooperativa JV-avtal[45] uttalas att nätverkssamverkan avser

(i) flera liknande avtal mellan samma parter på olika marknader,
(ii) likadana avtal mellan samma parter för olika produkter, eller
(iii) ett företag i samverkan med flera andra på olika marknader om en produkt.

---

[42] EG-kommissionen, beslut 88/541/EEG (*BBC*), BBC Brown Boveri & NGK Insulators Ltd, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68 [1989] 4 CMLR 610.

[43] Beslut 88/541/EEG, *BBC*, not 42 ovan, punkt [19]: »– – – the partners BBC and NGK have granted each other exclusive licences to use their complementary technical knowledge for the manufacture and sale of the contract product in the major countries of the world. The partners have thereby reserved exploitation of their combined knowledge for themselves and prevented other firms having access to that knowledge.»

[44] Beslut 90/410/EEG, Odin Development Ltd, not 28 ovan, punkt [28].

[45] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan, punkterna 27 till 31.

Nätverksresonemanget aktualiserades i ett samtidigt beslut rörande *Optical Fibres*,[46] i vilket amerikanska Corning hade ingått joint venture-avtal med olika företag för olika geografiska marknader. Något konkurrensförhållande förelåg inte mellan Corning och samarbetande företag, men väl mellan de olika joint venture-bolagen. Det faktum att Corning satt som en betydande delägare i samtliga bolag innebar att företaget genom sitt inflytande kunde hämma konkurrensen och avtalen föll av denna anledning under artikel 85.1 i Romfördraget. Innan kommissionen kunde bevilja undantag tvingades ett antal avtalsförändringar fram för att minska Cornings inflytande och öka joint venture-bolagens självständighet och möjlighet att inbördes konkurrera, bl.a. genom passiv försäljning över de nationella gränserna.

10.3 Anknutna förpliktelser

10.3.1 Licensavtal – en anknuten restriktion?

Det faktum att det inte förelåg någon konkurrensbegränsande förpliktelse till följd av samarbetsavtalet i förhållandet mellan Elopak och Metal Box var inte tillräckligt för att Odin-ärendet skulle kunna anses slutbehandlat:

> The specific provisions of the agreement must however be examined to ascertain whether such provisions restrict competition within the meaning of Article 85(1), or whether they are no more than is necessary to ensure the starting up and the proper functioning of the joint venture.[47]

Det är således frågan om en granskning av övriga förpliktelser som styrde verksamhetens bedrivande och om dessa självständigt kunde bedömas som konkurrensbegränsande.

I 1976 års beslut att förbjuda licensavtalet mellan *AOIP/Bey-*

[46] EG-kommissionen, beslut 86/405 EEG, Optical Fibres, 14 juli 1986: EGT 1986 L236/30.

[47] Beslut 90/410/EEG, Odin Development Ltd, not 28 ovan, punkt 29.

rard[48] berörs en överenskommelse ingången 1951, som gällde såväl licensupplåtelse som gemensam exploatering av Beyrards patent i ett joint venture-bolag. Joint ventures var mindre vanliga i mitten på 70-talet och kommissionen hade inte utvecklat någon praxis utan separerade de olika avtalen från varandra. Beslutet ger närmast uppfattningen att joint venture-avtalet var underordnat licensen. Bara licensavtalet blev till slut föremål för kommissionens ställningstagande och bedömdes utan hänsyn till det samtidiga joint venture-avtalet.

Anknutna bestämmelser behandlades inte i kommissionens konkurrensrapport 1983, men väl i tillkännagivandet om kooperativa joint ventures tio år senare.[49] Till skillnad från *AOIP/Beyrard* sätts nu avtalen in i sitt ekonomiska sammanhang. Med anknutna bestämmelser förstås de ytterligare överenskommelser som är nödvändiga för att samarbetet skall fungera. Om de är underordnade joint venture-samarbetet och inte går utöver vad som är nödvändigt för att samarbetet skall fungera, behandlas de som »anknutna». Anses joint venture-avtalet inte i sig konkurrensbegränsande accepteras även de anknutna bestämmelserna med förbehåll att licensavtal skall gälla utan tidsbegränsning.[50] Motsatsvis gäller att om huvudavtalet faller under artikel 85.1, gör även de anknutna förpliktelserna det. Anknutna avtal behöver således inte någon speciell förklaring och undantas i allmänhet för samma tid som huvudavtalet.[51]

---

[48] EG-kommissionen, beslut 76/29/EEG (*AOIP/Beyrard*), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14.

[49] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan, avsnitt V punkt 65–76 behandlar anknutna bestämmelser.

[50] »Tillkännagivande 1994 om distinktionen kooperativa – koncentrativa JV», not 18 ovan, punkt 13 med referens till kommissionens beslut IV/M. 0236 av den 8 juli 1992 i ärendet Ericsson/Ascom EGT 1992 C 201.

[51] Enligt Fusionsförordningens artikel 8.2, not 6 ovan, skall beslut som godkänner koncentrationen också innefatta begränsningar som är direkt kopplade och nödvändiga för koncentrationens genomförande. I 1994 års konkurrensrapport, punkt 155, definierar kommissionen sin inställning till anknutna bestämmelser ännu tydligare: »Ancillary restrictions are restriction only imposed on the parties or the joint venture (not on third parties) which are objectively necessary for the successful functioning of the joint venture and thus by their very nature inherent in the operations concerned (E.g. non-compete obligations of the parents towards their joint venture). Such ancillary restrictions are not assessed separately under Article 85(1) of the Treaty if the joint venture itself does not infringe Article 85(1) or is exempted under Article 85(3). While normally only accepted for a limited period of time, in the context of joint ventures they are usually allowed for the whole duration of the joint venture.»

Lämpligheten av att speciellt lyfta fram anknutna begränsningar kan diskuteras. Om de är en förutsättning för samarbetet, är de en del av paketet och skall vara med i bedömningen av om konkurrensen hämmas. I sin konkreta tillämpning har kommissionen granskat enskilda förpliktelser. Huruvida ett licensavtal, som är kopplat till ett joint venture-avtal, skall anses vara en del av själva överenskommelsen eller en anknuten begränsning framgår inte. I praktiken är uppdelningen trots allt inte avgörande, eftersom den anknutna förpliktelsen behandlas på samma sätt som huvudavtalet. Det är dock påtagligt att i de ärenden som rör joint venture och som innehåller bestämmelser om utnyttjande av immaterialrättigheter redovisar kommissionen ingen detaljerad analys av licensavtalets innehåll. Är huvudavtalet accepterat förefaller det som om licensavtalet slinker med av bara farten. Vissa tecken tyder på att kommissionen kan vara på väg att omvärdera de anknutna begränsningarnas särställning enligt det tidigare berörda utredningsförslaget.[52]

10.3.2 Särbehandling av licensavtal

Skulle Odins båda know-howavtal samt forsknings- och utvecklingssamarbetet betraktas som del av huvudavtalet eller snarare som anknutna bestämmelser? Något direkt svar ger inte beslutet, som fastslår att exklusivitetsbindningarna krävdes för att Elopak och Metal Box skulle kunna vara säkra på att motparten koncentrerade sig på det aktuella projektet. Med direkt hänvisning till tidigare beslut i *Boussois/Interpane*[53] sägs att licensvillkoren i *Odin* inte kan jämföras med en exklusiv know-howlicens, som gäller redan tillgänglig teknik, eller ett joint venture där licensgivaren kan konkurrera med det gemensamma bolaget.[54] Exklusiviteten godtogs emellertid av kommissionen eftersom avtalen inte var förenade med andra betungande bestämmelser rörande pris, kvantitet, kunder eller territorier och själva avtalsområdet var snävt avgränsat.

Det faktum att kommissionen har en annan måttstock vid sin bedömning av licensavtal i joint venture-förhållanden framgår av

[52] Green Paper on the operation of the Merger Regulation, not 12 ovan.

[53] EG-kommissionen, beslut 87/123/EEG (*Boussois/Interpane*), Boussois SA och Interpane Entwicklungs- und Beratungsgesellschaft mbH & Co. KG, 15 december 1986: EGT 1987 L50/30, [1988] 4 CMLR 124.

[54] Beslut 87/100/EEG, Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, not 7 ovan.

Mitchell Cotts/Sofiltra,[55] i vilket beslut det öppna exklusiva licensavtalet föll under förbudet i artikel 85.1 och krävde särskilt undantag.[56] På denna punkt för kommissionen ett mer inskränkt resonemang än EG-domstolens utslag i *Nungesser* ger anledning till.[57]

Oavsett bärigheten i kommissionens resonemang är det viktigt att notera att kommissionen utvecklar en speciell standard för bedömning av licensavtal i joint venture-förhållanden. Det öppna exklusiva licensavtalet kan falla under förbudet i artikel 85.1. Kommissionen godtar Odins rätt till parternas know-how inom avtalsområdet, liksom skyldigheten att bevara detta hemligt och återföra nyutveckling till parterna för deras användning utanför avtalets användningsområde. Parterna är fria att bedriva forskning utanför detta snäva område och informationen kan vara värdefull i dessa sammanhang. Att »grant back»-bestämmelsen blir exklusiv eftersom Odin inte får verka utanför sitt snävt avgränsade område – och därmed fungerar som en kraftfull konkurrensklausul – förändrar inte kommissionens bedömning.

Inte heller har kommissionen några invändningar mot hur parterna valt att hantera teknologifrågor vid en eventuell framtida upplösning av samarbetet. Bägge delägarna får tillgång till och möjlighet att utnyttja all utveckling inom användningsområdet. Detta tillsammans med enkelheten i att bryta samarbetet ser kommissionen som en fördel och en garanti mot att Metal Box skall kunna utnyttja sitt inflytande över Odin till att förhindra konkurrens. Kommissionen godtar dessutom skyldigheter att inte upplåta eller överlåta know-how, som endera parten tillägnat sig inom ramen för samarbetet, i fem år efter att samarbetet brutits för att därmed för-

[55] Beslut 87/100/EEG, Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, not 7 ovan, punkt [23]: »– – – This mutual ban on active sales, although it allows for passive sales by licensor and licensee in each other's territory, must be considered to fall within Article 85(1) since such a restriction results in the sharing of markets between Sofiltra and the Joint Venture which have become competitors and are offering competing products. As it is highly unlikely that there will be intermediate trade in the product, a ban on active sales constitutes a particularly perceptible restriction as there is no alternative source of supply.»

[56] Även i beslut 86/405/EEG, *Optical Fibres*, not 46 ovan, var licensavtalen konstruerade på ett sådant sätt att Patentförordningen skulle kunna vara tillämplig. Kommissionen ansåg dock att joint venture-avtalen till följd av sin nätverkseffekt erfordrade undantag. Detta beviljades först efter att ett förbud mot aktiv försäljning utanför det egna territoriet eliminerats.

[57] EG-domstolen mål 258/78, Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278. Se utförligare kapitel 4 ovan.

hindra konkurrenter att komma åt teknologin. Kommissionen gjorde bedömningen att dessa bestämmelser var förutsättningar för att Metal Box och Elopak överhuvudtaget skulle vara beredda att gå in i samarbetet.

Odin-överenskommelsen innehöll däremot inget direkt konkurrensförbud för delägarna eller för det gemensamma företaget, vilket annars närmast är utmärkande för joint venture-avtal.[58] Ett skäl till att ägarbolagen kunde avvara konkurrensförbud var att de exklusiva licenserna förhindrade dem att själva arbeta inom det snäva användningsområdet, samtidigt som just begränsningen av användningsområdet förhindrade Odin att konkurrera med moderföretagen inom andra områden. Med ett sådant upplägg behövs inget särskilt konkurrensförbud.

I *Cotts/Sofiltra* hade kommissionen däremot att ta ställning till ett direkt konkurrensförbud i avtalet mellan Sofiltra och joint venture-bolaget. Denna i Teknikförordningen svartlistade klausul godtogs som icke konkurrensbegränsande med hänvisning till att joint venture-bolaget behövde koncentrera sig på licensprodukternas framgång.[59] Kommissionen ger i sitt beslut skäl för att konkurrensklausuler fyller en viktig och accepterad funktion i denna typ av samverkan. Däremot är de olika tillkännagivandena inte helt entydiga på denna punkt. De som är kopplade till Fusionsförordningen är restriktiva,[60] medan 1993 års tillkännagivande om kooperativa

[58] Se t.ex. EG-kommissionen, information – comfort letter, Alenia-Honeywell, 1993 års konkurrensrapport, punkt 216: »– – – however, the Commission raised objections against a number of very stringent non-compete post-termination obligations and asked the parties to modify and/or delete them. Indeed, these obligations were not ancillary to their agreement since they were not necessary to the realization of the operation.»

[59] Beslut 87/100/EEG, Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, not 7 ovan, punkt [22]: »The following provisions – – – in the specific circumstances of this case – – – not Article 85(1): – – – not to manufacture or deal in products competing with the licensed products is necessary since the joint venture needs to concentrate on the success of the new production unit – – –.»

[60] »Tillkännagivande 1990 om anknutna begränsningar», not 17 ovan, punkt III A som tillåter konkurrensbegränsningsklausuler riktade mot säljaren vid en företagsöverlåtelse under en period av upp till fem år för att garantera att kundlojaliteten förblir hos det överlåtna företaget och inte följer med säljaren. »Such protection cannot generally be considered necessary when *de facto* the transfer is limited to – – – exclusive industrial and commercial property (the holders of which could immediately take action against infringements by the transferor of such rights).» För överlåtelse av t.ex. patent erfordras inte konkurrensförbud. Know-how bör däremot motsatsvis vara möjligt att skydda med ett konkurrensförbud.

joint ventures helt följer *Cotts/Sofiltra* med likartade ordvändningar och direkt referens till beslutet.[61]

Sammanfattningsvis är det osäkert om kommissionen ser licensavtalet som en del av huvudöverenskommelsen eller som en anknuten förpliktelse. Egentligen är denna distinktion av underordnad betydelse eftersom avtal och biförpliktelser hanteras efter samma måttstock. I sina beslut gör kommissionen inte samma formella bedömning av licensavtalet som följer av Teknikförordningen och enskilda licensavgöranden. Den kasuistiska bedömningen leder också till vissa förvånande slutsatser, t.ex. att det öppna exklusiva licensavtalet kan vara tveksamt i ett joint venture medan konkurrensklausuler däremot är acceptabla, eftersom de leder till att licenstagaren koncentrerar sig på sin arbetsuppgift. Motivet till denna särbehandling är dock svårt att urskilja.

10.3.3 Teknikförordningens reglering av licensavtal i JV

Som angavs inledningsvis i detta kapitel framgår det redan av ingressen att Teknikförordningens bestämmelser inte gäller joint venture-avtal och andra komplexa överenskommelser. Kommissionen anser sig fortfarande inte ha tillräckligt med erfarenheter, men frågan är om det inte snarare är ett samordningsproblem som gör att licensavtalet särbehandlas. Kommissionen har inte tagit definitiv ställning till hur de olika regelsystemen förhåller sig till varandra och då är det naturligt att avvisa tillämpningen av förordningen. Ytterligare rättspraxis kommer efter hand att leda till en ökad säkerhet.

Joint venture-avtalen behandlas i Teknikförordningens artikel 5 tillsammans med andra uteslutna bestämmelser. Teknikförordningen gäller inte enligt artikel 5.1.2

> *licensavtal mellan konkurrerande företag som har intressen i ett gemensamt företag eller mellan ett av dessa och det gemen-*

[61] »Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV», not 5 ovan, punkt 72: »– – – the obligation imposed on the JV not to manufacture or market products competing with the licensed products may usually be regarded as ancillary. The JV must seek to ensure the success of the new production unit, without depriving the parent companies of the necessary control over exploitation and dissemination of their technology.»

samma företaget, om licensavtalet berör det gemensamma företagets verksamhet.

Licensavtal i joint venture-förhållanden måste således anmälas individuellt med begäran om undantag. Undantag görs i artikel 5.2 för rena produktionslicenser mellan joint venture-bolaget och endera parten, om parternas marknadsandel i gemenskapen eller en väsentlig del av denna inte överstiger 20%. Omfattar licensen både tillverkning och distribution får den totala marknadsandelen inte överstiga 10%.[62] Som brukligt är lämnar kommissionen i artikel 5.3 marginal på de angivna procentsatserna, om de under en kortare tid skulle fluktuera i närheten av de stipulerade gränsvärdena.[63]

I enskilda beslut är kommissionen som vanligt beredd att gå betydligt längre. Under 1994 undantogs joint venture-samverkan med omfattande teknologiutbyte vid fem olika tillfällen mellan ledande grupper – Exxon/Shell, Pasteur-Merieux/Merck, Philips/Osram, Fujitsu/AMD, Asahi/Gobin.[64] I några fall översteg marknadsandelarna 50%, men avtalen ansågs ändå ha sådana fördelar att de kunde accepteras.

Teknikförordningens försiktiga hantering av licensavtal är inte samordnad med den inställning som successivt vuxit fram till joint venture-avtal. Som diskuterats i tidigare avsnitt kan licensavtalet antingen betraktas som en anknuten restriktion och skall då bedömas i ett sammanhang med huvudavtalet. Kommissionen kommer att begära att få ta del av de anknutna licensavtalen tillsammans med aktieägaröverenskommelsen och bedömningen av relationen blir individuell. Om avtalet däremot bedöms som fristående från själva huvudförpliktelsen, kan Teknikförordningens regler i vissa fall erbjuda undantag från förbudet i artikel 85.1. I en sådan situa-

[62] Marknadsandelarna kan möjligen uppfattas som lågt beräknade, men skiljer sig inte från kommissionens uppfattning i andra sammanhang. Fusionsförordningen stipulerar i sin reviderade form att redan när sammanslagningen leder till 15% andel för horisontella och 25% för vertikala relationer är marknaden påverkad. I FoU- och Specialiseringsförordningarna fritas avtal när parternas marknadsandel inte överstiger 20%, men bestämmelserna utesluter å andra sidan att parterna samordnar sina marknadsaktiviteter. Kommissionen diskuterade ett tak för Teknikförordningen om 40%.

[63] Se dock kommissionens restriktiva resonemang i beslut 91/38/EEG, KSB AG, Lowara SpA, Goulds Pumps Inc. & ITT Fluid Handling Division, not 32 ovan, där ett avtal, trots att det inte visats ha en marknadsandel som översteg 20%, ändå antogs kunna överskrida spärren.

[64] Se 1994 års konkurrensrapport punkterna 163–177.

tion saknas anledning att bedöma licensavtalet på ett annat sätt än i ett ordinärt licensförhållande.

Den pågående diskussionen i kommissionen kan komma att leda till att synen på know-how- och immaterialrättsupplåtelser i JV-sammanhang revideras. Licensavtal, som är en del av huvudavtalet eller att jämställa med anknutna restriktioner, blir föremål för individuell prövning i samband med att hela joint venture-förhållandet prövas. Övriga från förhållandet frikopplade licensavtal skall rimligen kunna dra fördel av Teknikförordningen. En annan sak är att det säkert är ovanligt att ett licensavtal mellan en delägare och dennes gemensamt ägda bolag kan ses frikopplat.

10.4 Synen på patentpooler

I det strategiska patenttänkandet ligger inte bara att få ett vältäckande patent på en uppfinning. Andra patent får inte förhindra en utövning och helst skall det egna patentet täcka näraliggande applikationer för att undvika ett enkelt kringgående av de formella patentkraven. Inom viktiga områden kan det innebära att uppfinnaren måste skaffa sig en serie patent för samma grundidé. På läkemedelsområdet är det t.ex. inte ovanligt att olika substanser med samma eller likartad verkningsmekanism patenteras parallellt.

Trots de bästa ambitioner blir skyddet sällan perfekt utan rättigheter kolliderar, konkurrerar eller är beroende av varandra. Resultatet blir lätt osäkra och kostsamma patenttvister. Som ett alternativ till processande korslicensierar eller samordnar berörda företag sina immaterialrättigheter i en pool, vilken samtliga medlemmar skall ha tillgång till på likvärdiga villkor. Detta kan lösa svårare knutar. Joint venture-samverkan[65] liksom betydande forsknings- och utvecklingssamverkan kan ofta uppfattas som en form av pooling.

Sådan samverkan kan vara välmotiverad och acceptabel från en konkurrensrättslig utgångspunkt. Risken ligger i att poolingavtal

[65] Se t.ex. EG-kommissionen, information (*Stet*), Societa Finanziaria Telefonica per azoioni (STET), Societa Italiana Telecomunicazione SpA (Italtel-Sit), American Telephone & Telegraph Co. (AT&T) & AT&T Network Systems International BV (AT&T-NSI), 17 december 1992: EGT 1992 C333/3, [1993] 4 CMLR 276 som delvis kan ses som en komplex pooling. Jfr även Concast/Mannesmann, 1981 års konkurrensrapport, punkt 67 och Marck & Co. Inc. och Pasteur-Merieux Sérums et Vaccins, not 10 ovan och 1994 års konkurrensrapport punkt 172–174.

kan ha en utestängande effekt som hindrar nya produkter att komma in på marknaden.

Under 60-talet ansökte ett holländskt företag om patent för ett dräneringssystem, men möttes av invändningar från tre lokala konkurrenter som redan använde sig av tekniken. Parterna förliktes efter överenskommelse om licens till samtliga, gemensamt utvecklingsarbete och gemensamma beslut för att släppa in nya licenstagare i tekniken.

Tillsammans beslutade poolmedlemmarna att avvisa en begäran om licens från likaledes holländska Bronbemaling, som svarade med rättsliga åtgärder för att fastställa vilka invändningar som förelegat mot den ursprungliga patentansökan och också att avtalet stred mot Romfördragets konkurrensregler. Enligt EG-kommissionens uppfattning föll avtalet under artikel 85.1 och kunde inte erhålla undantag enligt artikel 85.3. Invändningarna var inte riktade mot samarbetet som sådant, utan snarare mot de gemensamma besluten om ytterligare licensiering som inte ansågs falla inom ramen för det speciella patentskyddet. Parternas gemensamma utvecklingsarbete kunde motivera åtskillnad i royaltysatser, men däremot inte kapacitetsbegränsningar. Inställningen präglades av kommissionens då ytterst restriktiva syn på exklusiva licensavtal.[66]

Resonemanget har en något annorlunda utformning vid 1981 och 1984 års ingrepp mot poolsamarbetet i IGR Stereo i vilket poolmedlemmarna uteslutit licens till externa intressenter under en övergångsperiod, vilket skulle innebära ett försenat marknadsinträde för dessa. 1981 innebar kommissionens ingripande att restriktionen undanröjdes, medan 1984 års ingrepp ledde till att tillämpade royaltysatser modifierades.[67]

Det är inte möjligt att ha en generell uppfattning om poolingavtals eventuella lämplighet[68] och det är därför naturligt att Tek-

[66] EG-kommissionen, beslut 75/570/EEG (*Bronbemaling*), Zuid Nederlandsche Bronbemaling en Grondboringen BV mot Heidemaatschappij Beheer NV, 25 juli 1975: EGT 1975 L249/27, [1975] 2 CMLR D67, para [18]: »An undertaking by a patent-holder to restrict his own freedom to grant licences is not of the essence of his rights as patent-holder, even where the licensees have gone to the trouble and expense of improving the invention. There might be justifications for differences in royalties, but there is none for a restriction of capacity.»

[67] Se IGR Stereo, 1981 års konkurrensrapport, punkt 94 och 1994 års konkurrensrapport, punkt 92. Se också Ritter m.fl., not 3 ovan, s. 503 och 523–524.

[68] Korah, V., Know-how Licensing Agreements and the EEC Competition Rules: Regulation 556/89, ESC Publishing, Oxford 1989, s. 68 ff.

nikförordningens artikel 5.1 klargör att förordningen inte gäller medlemmarna i en patent- eller know-howpool.[69] Dock tillåter kommissionen pooling i artikel 5.2.2 om parterna i poolen inte åläggs områdesbegränsningar i sitt användande av den berörda teknologin.

[69] Kommissionen uppfattar att korslicensiering erbjuder en risk för prisöverenskommelser och kunduppdelning medan pooler skapar risk för utestängande effekter och gruppbojkott. Se Guttuso, S., Technology Transfer Agreements, manuscript, s. 19, Fordham, October 1994.

11. Licensiering vid stark marknadsställning

Inledning 297
11.1 Överenskommelser mellan konkurrenter 299
Delta Chemie 300
11.1.1 Ömsesidig licensiering mellan konkurrenter 301
Artikel 5.1.3 301
Artikel 5.2.2 302
11.1.2 Förbud mot kundkategoriuppdelning mellan konkurrenter 302
Artikel 3.4 302
11.1.3 Återkallande av gruppundantaget 304
11.2 Stark marknadsposition 305
11.2.1 Påtaglig inverkan på konkurrensen 305
Davidson Rubber 305
Kabelmetal 306
Vaessen/Moris 306
11.2.2 Förspelet till ett marknadsandelstest 307
11.2.3 Teknikförordningens reglering av marknadsandelsfrågor 311
Artikel 7.1 311
11.3 Dominerande ställning 312
11.3.1 Dominerande företag som licenstagare 313
Tetra Pak I 313
11.3.2 Dominerande företag som licensgivare 315
Volvo mot Veng 317
Magill 317

11.3.3 Tvångslicensiering – ett sätt att nå dominerande företag? 322
Pharmon mot Hoechst 322
Hanburys mot Generics 323
SK&F mot Generics 323

Inledning

Konkurrensmyndigheter bevakar särskilt de företag, som med sin marknadsstyrka kan påverka andra företags agerande och därmed också prisbild och allmänna villkor som tillämpas mot avnämare. Kommissionen har generellt undantagit små och medelstora företags agerande. Det flera gånger reviderade tillkännagivandet om bagatellkarteller[1] klargör att konkurrensreglerna överhuvudtaget inte är tillämpliga på företag som tillsammans har mindre än 5% marknadsandel och en gemensam omsättning som inte överstiger 300 miljoner ecu per år. Mätt med svenska mått rör det sig därvid om tämligen betydande företag, som tillsammans omsätter 2,5–3 miljarder kronor beroende på hur den fluktuerande kronan står vid mättillfället, som är helt fritagna från de europeiska konkurrensreglerna.

Om gemenskapen fastställt en miniminivå för konkurrensreglernas tillämplighet, kan det också hävdas att särskilt höga krav ställs på företag som nått en dominerande ställning.[2] Deras agerande prövas enligt bestämmelserna i Romfördragets artikel 86.

Begreppet dominerande är inte exakt och kräver analys med inte alltid entydiga parametrar av den relevanta marknaden. När väl denna preciserats skall företagets position fastställas. Denna kan inte matematiskt räknas fram utan är en bedömning av företagets möjligheter att agera oberoende av sina konkurrenter och de slutliga avnämarna.[3] När ett företag har marknadsandelar kring 40–50% är riskerna påtagliga för att dominans föreligger men procentsatsbe-

[1] »Bagatelltillkännagivandet», Commission Notice on agreements of minor importance which do not fall under Article 85 (1) of the Treaty establishing the European Economic Community, EGT 1986 C 231/2 senast ändrad den 23 december 1994, EGT 1994 C 368/20, innebär en höjning av omsättningsgränsen till 300 miljoner ecu.

[2] EG-kommissionen, 81/969/EEG, Nederlandsche Michelin, 7 oktober 1981: EGT 1981 L353/33, [1982]1 CMLR 643 och EG-domstolen, mål 322/81, Michelin mot kommissionen, 9 november 1983, [1983] REG 3461, [1985] 1 CMLR 282. Se utförligare Subiotto, R., The special responsibility of dominant undertakings not to impair genuine undistorted competition, World Competition, March 1995, Vol. 18 No 3 s. 5–30, som är en genomgång av det dominerande företagets speciella ansvar efter EG:s förstainstansrätts dom i Tetra Pak II, mål T-83/91, Tetra Pak International S.A. mot EG-kommissionen, 6 oktober 1994, [1994] II REG 755.

[3] EG-domstolen, mål 27/76, United Brands Co. mot kommissionen, 14 februari 1978: [1978] REG 207, [1978] 1 CMLR 429 är det främsta utslag där domstolen anvisat en metod för att undersöka om en dominerande ställning föreligger.

räkningar är inte avgörande, utan snarare den övergripande generella bedömningen.[4]

Det är svårt för ett företag att fastställa sin egen marknadsposition mot bakgrund av de flexibla parametrar som skall användas. Företag analyserar sina produkters marknadsandelar och hur de utvecklas över tiden i förhållande till konkurrenterna. Problemet är att industri och myndigheter ofta gör en olikartad bedömning. Det har även hänt att samma myndighet vid olika tillfällen kommit till olika resultat beträffande samma produkt.[5]

Mellan de båda ytterligheterna bagatell och dominant finns en stor grupp företag vars agerande blir föremål för prövning enligt Romfördragets artikel 85.1. Teknikförordningen riktar sig till dessa – även om den också kan vara betydelsefull för dominerande företag.

I detta kapitel behandlas hur marknadsstyrka influerar kommissionens synsätt vid licenssamarbete. I avsnitt 11.1 granskas den särbehandling som samverkan mellan konkurrenter utsätts för. Frågan är när företag kan anses vara konkurrenter och vilka speciella regler som gäller för deras samarbete.

I avsnitt 11.2 redogörs för den skärpning av reglerna som inträder när parterna – utan att vara dominerande – innehar en stark marknadsställning var för sig och tillsammans. Av särskilt intresse är de olika förordningsförslag kommissionen presenterat, i vilka en sträng syn på konkurrensreglernas tillämplighet utvecklas när företagens marknadsandelar överskrider vissa definierade värden. Slutresultatet har inte blivit det som kommissionen önskade, men kvar står att företag med en betydande marknadsställning har anledning att räkna med särskild granskning av ingångna avtals effekter på marknaden.

I avsnitt 11.3 behandlas det dominerande företaget och dess möjligheter att delta i licenssamverkan både som licenstagare och licens-

[4] Domstolen hade anledning att ytterligare penetrera dominansbegreppet i mål 85/76, Hoffmann-LaRoche mot kommissionen, 13 februari 1979: [1979] REG 461, [1979] 3 CMLR 211. Begreppet dominerande ställning ansågs vara ett företags ekonomiska maktposition som gör att det kan förhindra en effektiv konkurrens genom att det agerar fristående från sina konkurrenter och kunder och även konsumenterna. Den dominanta ställningen utesluter till skillnad från monopol eller kvasimonopol inte att det existerar viss konkurrens, men ger dominanten möjlighet att, om inte bestämma, i vart fall utöva inflytande på konkurrensvillkoren och att bedriva sin egen verksamhet utan hänsyn till konkurrenternas agerande.

[5] Se diskussionen om sanitetsskydd för kvinnor nedan i anslutning till fotnot 22.

givare. Vilka konsekvenser får dominansen – utesluts tillämpning av Teknikförordningen därför att varje form av licenssamverkan, i vilket ett dominerande företag ingår, anses liktydigt med ett missbrukligt agerande?

11.1 Överenskommelser mellan konkurrenter

Det är naturligt att konkurrenslagstiftning är särskilt uppmärksam på samverkan mellan konkurrenter. Sådan samordning sätter lätt marknadskrafterna ur spel.

Teknikförordningen utesluter inte samverkan mellan konkurrenter, men identifierar olika situationer där ett skärpt synsätt råder. Tre situationer måste särskilt uppmärksammas:

1. Artikel 3 förbjuder konkurrenter att ingå avtal om kunduppdelning.
2. Artikel 5 utesluter förordningens tillämpning vid ömsesidig licensiering.
3. Artikel 7 möjliggör återkallande av gruppundantaget när konkurrensen elimineras.

Konkurrenter. I Teknikförordningen[6] definieras begreppen »konkurrerande tillverkare» eller »tillverkare av konkurrerande produkter» som en tillverkare som redan säljer produkter, vilka till följd av sina egenskaper, pris eller användning av konsumenterna betraktas som utbytbara eller substituerbara med de licensierade produkterna.

Avgörande för om parterna skall betraktas som konkurrenter är deras relation vid avtalstillfället: Tillverkar de produkter som är identiska eller utbytbara med varandra eller inte. Utbytbarheten bedöms inte utifrån faktorer som parterna kan påverka – t.ex. teknik eller annan kunskap – utan med hänsyn till om produkterna är utbytbara för konsumenterna. Begreppet substituerbara produkter

[6] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L31/2, [1996] 4 CMLR 405, artikel 10.17.

har inte varit föremål för någon betydande diskussion i anslutning till artikel 85, men är väl känt från fastställandet av en marknadsdominerande ställning i artikel 86. Den relevanta produktmarknaden bedöms utomordentligt snävt och därmed har många företag som själva inte uppfattar sig som dominerande kommit att behandlas på detta sätt.[7]

Om synen på artikel 85 inte skiljer sig från den som utvecklats för artikel 86, följer att utbytbarheten skall tolkas snävt och att ett konkurrensförhållande sällan föreligger. Eftersom Teknikförordningen bara täcker tillverkningslicenser ökar dock sannolikheten för att de speciella bestämmelser som gäller samverkan mellan konkurrenter kan bli tillämpliga. Trots allt väljer en rättsinnehavare ofta att samverka med företag som har erfarenheter inom licensområdet, men som kanske är i behov av ny teknik för att klara sig i den framtida konkurrensen.

Om parterna inte var konkurrenter när samarbetet inleddes men ett konkurrensförhållande uppstår efter vägen, skall detta inte inverka på förordningens tillämplighet. Uppstår konkurrensen som en följd av själva licensen, är detta helt i överensstämmelse med hur kommissionen önskar att relationerna skall utvecklas mellan parterna. I *Delta Chemie* såg kommissionen detta uteslutande som positivt. Genom den tyska know-howlicensen fick det engelska företaget tillgång till en betydande teknik, vilket bidrog till att främja teknisk utveckling och ekonomiskt framåtskridande: »In fact, it should be noted that DDD and DC were not competitors before the conclusion of the agreement, and that, as a result of this Agreement DDD has been able to become a competing manufacturer.»[8]

Situationen kan naturligtvis vara annorlunda om licenstagaren under samarbetet skulle utveckla egen verksamhet som konkurrerar med den licensierade tekniken, eller acceptera konkurrerande uppdrag från annat håll. Den angivna definitionen innebär dock inte att parterna anses som konkurrerande tillverkare när detta sker – relationen i avtalsögonblicket avgör.

---

[7] Ett bra exempel på hur snävt gränserna kan dras ger EG-domstolen, mål 22/78, Hugin Kassaregister AB mot kommissionen, 31 maj 1979: [1979] REG 1869, [1979] 3 CMLR 345 i vilket reservdelar till Hugins kassaregister kom att betraktas som den relevanta produktmarknaden.

[8] EG-kommissionen, 88/563/EEC (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535.

11.1.1 Ömsesidig licensiering mellan konkurrenter

Av kommissionens olika gruppundantag framgår också att ett djupare samarbete mellan konkurrenter skall undvikas. Varken Distributions- eller Inköpsförordningarna är tillämpliga när konkurrenter ingår ömsesidigt exklusiva avtal. Andra avtal kan bara ingås om den ena parten har en omsättning som understiger 100 miljoner ecu. Även i artikel 5 i Patent- och Know-howförordningarna uttrycks tveksamhet till det ömsesidiga samarbetet mellan konkurrenter. Forsknings- och utvecklingsförordningen förutsätter att parterna tillsammans inte får ha en marknadsandel som överstiger 20% av den relevanta marknaden för att kunna samverka. Konkurrenter kan överhuvudtaget inte ingå franchiseavtal med varandra enligt Franchiseförordningens artikel 5.

Teknikförordningen följer i detta avseende sina föregångare och förordningen gäller inte enligt artikel 5.1.3

> *– – – avtal enligt vilka den ena parten meddelar den andra parten en patentlicens och/eller know-howlicens och den andra parten i gengäld, oavsett om det sker i särskilda avtal eller genom anknutna företag, meddelar den första parten en patent-, varumärkes- eller know-howlicens eller exklusiva försäljningsrättigheter, om parterna är konkurrenter när det gäller de produkter som omfattas av dessa avtal – – –.*

Förordningen definierar inte begreppet »konkurrenter», men man bör kunna utgå ifrån att härmed menas samma sak som det tidigare beskrivna särskilt definierade begreppet »konkurrerande tillverkare».

Ömsesidigheten i licensavtalet ligger i att avtalen förutsätter varandra även om de ingås i separata dokument. Det ena avtalet ges i »gengäld», dvs. i utbyte mot det andra. Effekten blir att konkurrenter helt separat och utan varje inbördes koppling mellan avtalen kan träffa avtal där vid det ena tillfället den ena parten är licensgivare och vid det andra konstellationen är den omvända. Artikel 5 utesluter nämligen inte att konkurrenter träffar ensidiga licensavtal med varandra. Förordningens tillämplighet är avhängig övriga bestämmelser och skulle effekterna bli negativa av ett sådant avtal, får kommissionen i sista hand återkalla förordningens tillämplighet enligt bestämmelserna i artikel 7.

Beträffande de ömsesidiga avtalen gör förordningstexten ingen skillnad på om licenserna är enkla eller exklusiva. Redan den enkla know-how- och/eller patentlicensen som ingås reciprokt utesluter förordningens tillämplighet, men om det är försäljningsrätt som lämnas i utbyte är det bara när denna är exklusiv som förordningen inte gäller.

Undantag från undantag från undantag. Från icke-tillämpligheten i artikel 5 gör artikel 5.2.2 den modifieringen att förordningen likväl skall tillämpas på sådana avtal »förutsatt att parterna inte är ålagda några områdesbegränsningar inom den gemensamma marknaden vad gäller tillverkning, användning eller marknadsföring av de produkter som omfattas av dessa avtal eller vad gäller användningen av teknologi som licensierats – – –.»

Artikel 5.2.2 medger ett avtal utan områdesbegränsningar, vilket i praktiken innebär att licensavtalet inte kan vara exklusivt och att licenstagaren inte kan begränsas till verksamhet i sitt eget territorium. Det kan diskuteras om ett sådant avtal är konkurrensbegränsande.

11.1.2 Förbud mot kundkategoriuppdelning mellan konkurrenter

Bland de svartlistade bestämmelserna i artikel 3 återfinns ett direkt förbud mot avtal med kundkategoriindelning mellan konkurrenter, som diskuterats i relation till användningsområdesuppdelning i kapitel 6. Artikel 3.4 stipulerar att förordningen inte är tillämplig

> *om parterna redan innan licensen meddelades var konkurrerande tillverkare och den ena parten åläggs, inom ett och samma tekniska tillämpningsområde eller på en och samma produktmarknad, begränsningar beträffande den kundkrets som han får betjäna, särskilt förbud mot att leverera till en viss grupp kunder, att använda vissa distributionsmetoder, i syfte att dela upp kundkretsen, eller att använda vissa sorters förpackningar för produkterna, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1.7 och 2.1.13.*

Tekniskt tillämpningsområde och produktmarknad. Begreppen har behandlats vid jämförelsen mellan användningsuppdelning och kunduppdelning i kapitel 6.

Direkt kunduppdelning. Licensgivaren får inte i avtalet införa begränsningar beträffande den kundkrets som licenstagaren får betjäna. Eftersom en begränsning av licensens användning till ett eller flera tekniska användningsområden (»field of use») accepteras i Teknikförordningens artikel 2.1.8 kan besvärliga avgränsningar uppkomma. En användningsområdesbegränsning kan lätt leda till en indirekt uppdelning av kunderna.

Distributionsmetod. Vidare anges i artikel 3.4 som exempel på förbjudna aktiviteter begränsning av distributionsmetoderna i syfte att dela upp kundkretsen. Genom att specificera vilka distributionskanaler licenstagaren får och inte får använda kan licensgivaren indirekt åstadkomma en kundkategoriindelning. Mellanled tenderar att specialisera sig på vissa kundgrupper i bl.a. sådana industrier som livsmedel och läkemedel och det skall inte gå att denna väg begränsa licenstagarens avnämarområde.

Förpackning. Licensgivaren får inte heller föreskriva förbud mot att använda vissa sorters förpackningar för produkterna. Den bakomliggande tanken kan vara att vissa säljkanaler vill ha sina produkter förpackade på visst sätt – stormarknader vill ha stora volymer som är lätt exponerbara, medan mindre handlare kanske vill nöja sig med småförpackningar som lagras på helt annat sätt.

Förpackningsfrågan är dock inte alldeles enkel, eftersom förpackningen utgör en viktig del av produktens image och kanske också kvalitet. I dessa delar har en licensgivare ett legitimt intresse av att påverka den slutliga produktens utformning. Artikel 3.4 gör därför förbehåll för artikel 1.1.7, som stipulerar en rätt för licensgivare att kräva att hans varumärke eller valda utstyrsel skall användas för att särskilja produkten.

Märkning. Licenstagaren kan kräva att han anges som den licensierade produktens tillverkare. Det senare är lämpligt såväl av produktsäkerhetsskäl som för att tillgodose nationell lagstiftning, även om det inte varit huvudskälet till Teknikförordningens förbehåll.

Det kan noteras att licensgivare även med stöd av artikel 2.1.11 kan uppställa krav på att produkten alltid skall märkas med licensgivares namn. Det finns dock anledning att iaktta viss försiktighet med märkningskraven och t.ex. se till att dessa endast gäller

den immaterialrättsligt skyddade produkten, om slutprodukten skulle bestå av olika delar, vilket framgår av *Windsurfing*.[9]

Artikel 3.4 gör inget förbehåll för att licensgivares förpackningskrav kan vara kvalitetsmässigt motiverade. Även om hänvisningen saknas, verkar det rimligt att en licensgivare kan uppställa motiverade kvalitetskrav på förpackningar som används för produkten, även om parterna är konkurrenter. Detta framgår av artikel 2.1.5, som medger minimikrav beträffande produktens kvalitet i den mån sådana specifikationer är nödvändiga.

Reservkapacitet. Artikel 3.4 gör vidare undantag med hänvisning till den vitlistade bestämmelsen i artikel 2.1.13, som möjliggör inskränkning av både kundkrets och kvantitet om licenstillverkningen har karaktär av reservkapacitet (»second source») eller om licenstagaren utnyttjar legotillverkare som bara får leverera till licenstagaren.

Det kan avslutningsvis finnas anledning att på nytt understryka att företag som inte är konkurrenter skall anmäla avtal om kundkategoriuppdelning enligt invändningsförfarandet i artikel 4.[10]

11.1.3 Återkallande av gruppundantaget

Artikel 7 exemplifierar situationer i vilka ett återkallande av gruppundantaget kan aktualiseras. Inget av exemplen knyter direkt an till samverkan med konkurrenter – även om gruppundantaget rent allmänt kan återkallas när konkurrensen sätts ur spel. Det faktum att inget exempel direkt omnämner konkurrentsamverkan utesluter in-

[9] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 (*Windsurfing*), Windsurfing International Inc. mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489, punkt [72]: »It should then be noted that such a clause may be covered by the specific subject-matter of the patent provided that the notice is placed only on components protected by the patent. Should this not be the case, the question arises whether the clause has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition.» Punkt [73]: »Despite Windsurfing International's contention that it was not the object of the clause to distort competition but merely to convey the information, by means of a notice affixed in a place where it was easily visible, that the product and sale of sailboards were made possible by a licence from Windsurfing International, it is none the less true that by requiring such a notice Windsurfing International encouraged uncertainty as to whether or not the board too was covered by the patent and thereby diminished the consumer's confidence in the licensees so as to gain a competitive advantage for itself.»

[10] Se Teknikförordningens ingress punkt 23.

te att kommissionen kan komma att fästa särskild uppmärksamhet på just denna typ av avtal. Exemplen är inte uttömmande och om den ekonomiska analysen efter hand kommer att ges mer utrymme, är det inte otroligt att det är denna typ av förhållanden som kommer i förgrunden.

11.2 Stark marknadsposition

11.2.1 Påtaglig inverkan på konkurrensen

För att konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 85.1 skall vara uppfyllt erfordras, som framgår av *Völk mot Vervaecke*[11], att konkurrensen påtagligt påverkas av de genomförda åtgärderna. Kommissionen har översatt EG-domstolens principiella uppfattning i konkreta termer i sitt tillkännagivande om bagatellkarteller,[12] innebärande att om företagen har en gemensam omsättning som understiger 300 miljoner ecu och en marknadsandel som inte uppgår till 5% av den relevanta marknaden träffas de inte av förbudet i artikel 85.1.

Även när gränserna överskrids måste marknadsanalysen genomföras för att fastställa att konkurrensen märkbart påverkas. I denna analys har gemenskapen fortfarande mycket att lära av de amerikanska förebilderna. I de tidiga licensbesluten förekom en antydan till marknadsanalys, men denna är sällan fullständig eller konsekvent genomförd. I *Davidson Rubber*[13] konstaterade kommissionen att licenstagarna i Tyskland och Frankrike, med stöd av den licensierade tekniken, tillskansat sig marknadsandelar på 20–40%. Däremot förekom ingen bedömning av hur stora marknadsandelar li-

[11] EG-domstolen, mål 5/69, Völk mot Ets. Vervaecke Sprl, 9 juli 1969: [1969] REG 295, [1969] CMLR 273, punkt [3]: »Therefore, an agreement escapes the prohibition of Article 85 when it only affects the market insignificantly, account being taken of the weak position held by the parties on the market in the products in question. It is therefore possible that an exclusive concession agreement, even with absolute territorial protection, may in view of the weak position of the parties on the market in the products in question in the territory which is the subject of the absolute protection escape the prohibition set out in Article 85.1.»

[12] Kommissionens tillkännagivande om bagatellkarteller, se not 1 ovan.

[13] EG-kommissionen, beslut 72/237/EEC, Davidson Rubber Co., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52.

censtagarna hade om licensen från det amerikanska företaget inte räknades in. Marknadsandelen bedömdes som betydande[14] och de exklusiva licenserna ansågs innebära en allvarlig restriktion för potentiella intressenter som inte kunde erhålla licens. Likväl summerade kommissionen: »Although the position held by the licensees within the EEC is important, the agreements in question do not give those undertakings the power to eliminate competition in a substantial part of the products concerned.» Därför kunde kommissionen bevilja individuellt undantag för de bestämmelser i licensavtalen som ansågs falla under förbudet i artikel 85.1.

Resonemanget var i stora stycken likartat i *Kabelmetal*,[15] även om kommissionen inte lyckades räkna fram några exakta marknadsandelar utan tvingades nöja sig med en allmän uppskattning på cirka 20%. Även denna marknadsandel ansågs tillräckligt hög för att den konkurrensbegränsande effekten skulle vara påtaglig.

I *Vaessen/Moris*[16] är den ekonomiska analysen än magrare och kommissionen löste ekvationen genom att begränsa den relevanta produktmarknaden till de speciella fyrkantiga korvar för vilka Moris tillverkade skinnet. Genom denna avgränsning, som förmodligen inte rimmar med hur konsumenter ser på produkters utbytbarhet,

[14] Davidson Rubber, not 13 ovan, punkt [37]: »In the present case, as set out above, the Davidson process is the most important process for manufacture of elbow-rests for cars. The number of competing processes, like the number of manufacturers using them, is limited and the Davidson licensees hold a considerable share of the market in those articles in the EEC, if account is taken of the fact that the car manufacturers themselves manufacture large quantities for their own needs. In those circumstances, although mitigated by the provisions that the sale of the contract articles can be freely made between Member-States of the EEC, the exclusivity conferred by the Davidson Rubber Co. to each of its licensees has the consequence, apart from the restriction of liberty on the Davidson Rubber Co., that the position of third parties, particularly the manufacturers of interior fitments for cars, who may wish to use the process in question is noticeably altered since they are prevented from exploiting this process within the Common Market.» Punkt [38]: »The licensing contracts in question thus have the effect of noticeably restricting competition within the Common Market.»

[15] EG-kommissionen, 74/494/EEC (*Kabelmetal*), Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40, punkt [17]: »It is impossible to determine exactly the licensee's share of the market, since the products in question are put to many different uses and may be manufactured both by producers using different cold-extrusion techniques, including six undertakings established in France, and by those using rival deep-drawing techniques – – –.»

[16] EG-kommissionen, 79/86/EEC (*Vaessen/Moris*), H. Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba, 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511.

bedömdes Moris ställning som stark och konkurrensbegränsningen som allvarlig. Endast undantagsvis är den ekonomiska analysen i kommissionens beslut mer utförlig. Huvudintrycket efter en genomgång av licensbesluten är att den samlade bedömningen av avtalets effekt inte ges samma vikt som den detaljerade diskussionen om enskilda klausuler.

11.2.2 Förspelet till ett marknadsandelstest

Patentförordningen löpte ursprungligen ut i december 1994 och avsikten var på ett tidigt stadium att ersätta denna och Know-howförordningen med en ny reglering som skulle täcka teknologilicenser. I detta syfte publicerade kommissionen i juni månad 1994 ett första utkast till förordningstext som uteslöt tillämpning när de inblandade företagen hade en betydande marknadsstyrka.[17]

Oligopol. Förordningen skulle inte vara tillämplig om licensprodukten hade en marknadsandel som översteg 40% och om licenstagaren själv hade en marknadsandel som översteg 10% vid tiden för avtalets ingående och marknaden var oligopolistisk.[18] Härmed avsåg förslaget en marknad där tre företag tillsammans hade 50% eller fem företag täckte två tredjedelar av den relevanta marknaden.

Särbehandling av företag med en betydande position på marknaden är konkurrensrättsligt sett naturlig. Det är bara när effekterna

[17] »Förslag 1994», 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, EGT 1994 C178/3.

[18] Förslag 1994, se not 17 ovan, 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 1.6 shall apply only where the party which is protected by such obligations holds a market share of no more than 20%.»

på marknaden är påtagliga som det finns anledning att ingripa med stöd av reglerna. Det är dock viktigt att reglerna utformas på ett rättvist och administrativt okomplicerat sätt. USA har skapat en »frizon» för tekniksamverkan för de samarbetsparter som inte har större marknadsandel än 20%.[19] Det amerikanska synsättet blir en »de minimis»-regel som skapar säkerhet för i första hand små och medelstora företag.

Industrikritik. Syftet bakom kommissionens förslag var uppenbart – att skaffa sig insyn i licensförhållanden där parterna skulle kunna snedvrida konkurrensen. Först efter en individuell prövning kunde det avgöras om avtalet kunde undantas. Emellertid var kommissionens förslag komplicerat.[20] De kritiska argumenten från industrins sida inriktades på att avsikten med det nya gruppundantaget var att underlätta för tekniklicensiering i Europa. Med den nya kontrollen av marknadsandelar skulle förslaget motverka detta syfte och snarare leda till mindre licenssamverkan än de redan tidigare skrala förhållandena. Marknadsandelstest ansågs dessutom innebära svårighet för det enskilda företaget att förutsäga kommissionens bedömningar. Även om marknadsandelsresonemanget är känt sedan tidigare, är det svårt att omsätta i praktiken och fastställandet av

[19] Justice Department Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission in April 1995 (tillgängliga på Internet), som innehåller Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (först offentliggjorda 1994 59 Fed. Reg. 41339 (11 August 1994). Under punkt 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 per cent of each 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.»

[20] Se Korah, V., The Preliminary Draft of a New EC Group Exemption for Technology Licensing, European Business Law Review, July 1994 s. 169. »The new caps are likely to be unpopular in principle with industry. The Commission, or a national court asked to enforce an agreement, will retain considerable discretion in defining the relevant geographic market and product markets and there may be uncertainty in the application of the caps. Nevertheless, they do not seem to me to be unreasonable in principle.» Korah hävdar att det publicerade förslaget var väsentligt bättre än ett tidigare opublicerat arbetsutkast. Jurister från den engelska advokatfirman Linklaters & Paines drev en mycket hård och framgångsrik kritik mot förslaget. Se Whaite, R., The Draft Technology Transfer Block Exemption, [1994] 7 EIPR 259 och Burnside, A., som gjorde ett uppmärksammat inlägg vid kommissionens hearing i januari 1995.

vilka produkter som är substituerbara är skönsmässigt.[21] Det är sällan som industri och myndigheter har samma uppfattning om hur den relevanta produktmarknaden gestaltar sig, vilket de flesta artikel 86-ärendena visar.[22] Konsekvenserna av en felbedömning är betydande. Skulle det dessutom visa sig att den aktuella licenstagaren inte har 39% av produktmarknaden utan snarare 41%, innebär det en skillnad mellan att avtalet är undantaget enligt gruppundantagsförordningen respektive förbjudet och föremål för bötesrisk.[23]

Den starka oppositionen från industrins sida framgick inte minst vid en av kommissionen arrangerad offentlig hearing i januari 1995.

40 procent marknadsandel. Till följd av en ytterst kraftfull lobbyverksamhet från industrin under ledning av det gemensamma orga-

[21] Kommissionen angav vid hearing om det ursprungliga gruppundantaget för patentlicensavtal år 1976 att ett marknadsandelskriterium var en olämplig måttstock. Se Report of the hearing of interested parties concerning the draft Commission Regulation (EEC) 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 inquiery in 1971 among parties to notified licensing agreements. Out of two thousand undertakings, only 10 – all of which were large firms – had a precise idea of their own market share.»

[22] 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 (information, 7 januari 1992: EGT 1992, C3/2) att sanitetsskydd var en homogen marknad i Västeuropa. Två år senare i ett fusionsbeslut riktat till Proctor & Gamble – VP Shickedanz (21 juni 1994: EGT 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.

[23] Ytterligare ett exempel på svårigheterna ger EG-kommissionen i beslut 91/38/EEC, KSB AG, Lowara SpA, Goulds Pumps Inc. & ITT Fluid Handling Division, 12 december 1990: EGT 1991 L19/25, [1992] 5 CMLR 55, punkt [23] och punkt [24]. Marknadsandelsresonemanget är kopplat till gruppundantaget för forskning- och utvecklingssamverkan och dess krav på att konkurrerande parter i samverkan inte får ha en marknadsandel som överstiger 20%. Ärendet är ett gränsfall och identifierad marknadsandel förefaller att ligga strax under den föreskrivna procentsatsen, men kommissionen understryker att det bara är uppskattningar och att part senare kan komma att överskrida andelen. Ärendet visar åter på osäkerheten i uppskattning av marknadsandelar och att kommissionen kan vara hård i sin tolkning.

net UNICE tvingades kommissionens konkurrensdirektorat att retirera och under våren 1995 – efter att Patentförordningen hade förlängts en första gång – justerades marknadsandelsprövningen till att bara gälla situationer där licenstagaren hade en fyrtioprocentig marknadsandel när samarbetet inleddes.[24]

Mot denna bestämmelse kunde rimligen inte invändas att den var komplicerad och den tog nu enbart sikte på de förhållanden som flertalet bedömde som känsliga. Industrin var emellertid fortfarande kallsinnig och hävdade med stöd av tidigare anförda argument att förslaget skulle leda till negativa konsekvenser som stod i motsatsställning till de åtgärder som kommissionen i övrigt vidtog för att stärka den europeiska industrins konkurrenskraft.[25]

Genom sitt envetna agerande tvingade industrin fram ytterligare en reträtt från kommissionen. Bestämmelsen om marknadsandelstest flyttades från undantagsbestämmelsen i artikel 1 till artikel 7, där den fick en annan och mer beskedlig betydelse – helt i överensstämmelse med industrins önskemål.

[24] »Förslag 1995». Se Règlement (CE) de la Commission concernant l'application de l'Article 85 Paragraphe 3 du Traité á des categories d'accords de transfer de téchnologie. Dokument C (95) 2353 av den 21 september 1995 med odaterade tilläggsförslag. Förslaget är inte officiellt, men sannolikt rätt väl spritt i bredare juristkretsar. Häri preciseras 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 i stället sikte på de bestämmelser som reglerar licenstagares förhållanden i artiklarna 1.1.4–1.1.6.

[25] Under slutdiskussionerna i kommissionen fördes det fram förslag om att marknadsandelsresonemanget skulle kombineras med ett krav på viss omsättning. Detta skulle vara i överensstämmelse med t.ex. »Specialiseringsförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 417/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av specialiseringsavtal, EGT 1985 L53/1 vars artikel 3b anger att förordningen bara är tillämplig om samarbetsprodukterna har en marknadsandel som inte överstiger 20% och parternas samlade omsättning inte överstiger en miljard ecu. Omsättningssiffror på ca 500 miljoner ecu nämndes som rimliga för Teknikförordningen. Förvisso skulle en sådan lösning ha inneburit 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.

11.2.3 Teknikförordningens reglering av marknadsandelsfrågor

Kommissionen kan återkalla förordningens tillämplighet i det aktuella fallet med stöd av artikel 7.1 om

> *– – – avtalet har till resultat att förhindra att de licensierade produkterna inom licensområdet utsätts för effektiv konkurrens från varor eller tjänster som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, pris eller tilltänkta användning betraktas som utbytbara eller substituerbara av konsumenterna, vilket i synnerhet skulle kunna vara fallet då licenstagaren har en marknadsandel på över 40% – – –.*

Stadgandet överensstämmer med ingressens punkt 26 och innebär i praktiken att även om licenstagarens marknadsandel[26] överstiger 40% kan avtalet dra nytta av gruppundantaget. Kommissionen kan dock ingripa i efterhand och genom särskilt beslut undanröja Teknikförordningens tillämplighet i det enskilda fallet. Parterna tvingas, från den tidpunkt kommissionen återkallat gruppundantagets tillämplighet, att endera avbryta samarbetet eller genom en särskild anmälan begära individuellt undantag från förbudet.

Sett med industrins ögon har den valda konstruktionen fördelen att företagen inte behöver oroa sig för sin marknadsposition om inblandade parter fortfarande ligger under den gräns där dominans uppstår.[27] Kommissionen får finna sig i att försöka följa utvecklingen – utan att få in anmälningar från avtalens parter – och gripa in där skadliga effekter kan konstateras. Det är en övervakande uppgift för konkurrensmyndigheten som är välbekant från den tid miss-

[26] I artikel 10.9 har begreppet »Licenstagarens marknadsandel» definierats till att avse den andel av marknaden som de licensierade produkterna och de andra varor eller tjänster, som licenstagaren tillhandahåller och som av konsumenterna betraktas som utbytbara eller substituerbara med de licensierade produkterna till följd av sina egenskaper, sitt pris eller sin användning, utgör av den totala marknaden för de licensierade produkterna och alla andra utbytbara eller substituerbara varor eller tjänster inom den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Det är oklart varför bestämmelsen upprepar den definierade formuleringen med näraliggande ordval. Även om ordalydelsen i artikel 7 avviker från definitionen är det inte troligt att kommissionen velat uttrycka någon avvikelse. Det förefaller snarare som om en del upprepningar i förordningen hade kunnat undvikas med lite större noggrannhet.

[27] Efter *Tetra Pak I*, se not 29 nedan, hade det varit lämpligt att på lämpligt ställe i ingressen eller i anslutning till artikel 5 eller artikel 7 påminna om att förordningen inte ger ett skydd för företag med en marknadsdominerande ställning.

bruksprincipen var den förhärskande vägen att kontrollera konkurrensbegränsningars skadliga verkningar, och som ju i allt väsentligt övergivits genom antagandet av förbudsprincipen i Romfördragets bestämmelser. Med hänsyn till konkurrensdirektoratets begränsade resurser är det väl sannolikt att ingrepp först och främst aktualiseras vid klagomål från berörd tredje man.

Det är en tveksam seger industrin vunnit i slaget om marknadsandelstestet. Osäkerheten har visserligen begränsats på fyrtioprocentsnivån, men ersatts med en ökad osäkerhet om var gränsen går mellan stark och dominerande ställning. Det leder till samma problem för företagen, vilket diskuteras i avsnitt 11.3 nedan.

Kommissionen avslutar Teknikförordningens ingress med att fastslå att avtal som uppfyller villkoren i artiklarna 1 och 2 och som varken har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen i något annat avseende inte längre behöver anmälas. Företag har dock fortfarande rätt att i det enskilda fallet ansöka om icke-ingripandebesked eller begära undantag enligt artikel 85.3. »De får, i synnerhet, anmäla de avtal som innehåller en skyldighet för licensgivaren att inte ge fler licenser inom licensområdet då licenstagarens marknadsandel är större eller riskerar att bli större än 40%.» Denna anmärkning kan det vara värt att ta fasta på för de företag som står i begrepp att ingå ett licensavtal och som är beroende av att avtalet inte under några villkor ifrågasätts.[28] Det kan t.ex. vara lämpligt att själv ta initiativet om det finns anledning att räkna med att förfördelade konkurrenter kan anmäla samarbetet.

11.3 Dominerande ställning

Om gemenskapen betraktar samverkan mellan konkurrerande företag och mellan företag som har en stark marknadsposition med misstänksamhet, är det självfallet att problemen accentueras när dominerande företags verksamhet berörs. Risken att marknaden skall påverkas ökar i förhållande till parternas ökade inflytande. Gräns-

[28] Den uppfattningen delas dock inte av Robertson, A., Technology Transfer Agreements: An Overview of how Regulation 240/96 Changes the Law, European Competition Law Review, 1996, s. 158: »The Commission is still out of touch with reality if it thinks that firms will willingly invite assessments of whether they are dominant by the Commission.»

dragningsproblemen är dock besvärliga. När har företag en stark marknadsposition och när övergår denna till att bli dominerande och vad är konsekvenserna i patentlicenssammanhang av att hamna i den ena eller andra kategorin?

Frågan är om dominerande företag kan tillägna sig exklusiva licenser och om de har skyldighet att licensiera ut på begäran av intressent.

11.3.1 Dominerande företag som licenstagare

I EU har frågan om dominerande företags förvärv av exklusiv licens blivit föremål för prövning i EG:s förstainstansdomstols viktiga avgörande i *Tetra Pak I*.[29] Tetra Pak förvärvade det amerikanska företaget Novus Corp., som tidigare erhållit en exklusiv licens från det brittiska utvecklingsföretaget British National Research and Development Council. Licensavtalet, som gällde en viss typ av patenterad förpackningsmaskin för livsmedel, hade ingåtts inom de ramar som föreskrevs av 1984 års Patentförordning och gruppundantaget kunde med fog anses tillämpligt. Efter att kommissionen inlett förfarande mot Tetra Pak, som sannolikt skulle leda till återkallande av förordningen, meddelade företaget att det avsade sig den exklusiva licensen. Kommissionen fann sig trots Tetra Paks åtagande föranlåten att genom beslut fastslå att Tetra Paks inlicensiering var liktydigt med missbruk av en dominerande marknadsställning. Med hänsyn till att beslutet var det första i sitt slag utdömdes dock inte böter.

Tetra Pak förde talan om beslutets ogiltighet på tre principiella grunder: (i) artikel 86 förbjuder inte det som undantagits enligt artikel 85.3, (ii) åsidosättande av rättssäkerhet och (iii) omöjliggörande av enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten. Vid en bedömning av om dominerande företag kan utnyttja Patentförordningen är framför allt den första grunden av betydelse.

Förstainstansdomstolen, för vilken *Tetra Pak I* var det första må-

[29] EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89 (*Tetra Pak I*), Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334, punkt [24] »Similarly, the applicant's argument that there must be a supplementary element, external to the agreement, cannot be accepted – – – The additional element lies in the very context of the case – in the fact that Tetra Pak's acquisition of the exclusive licence had the practical effect of precluding all competition in the relevant market.»

let, ogillade Tetra Paks talan i alla delar. Domstolens resonemang kan närmast sammanfattas med att artiklarna 85 och 86 skall ses som kompletterande bestämmelser, vilket dock inte utesluter att de var för sig uppfyller självständiga syften och täcker olika situationer.

Det faktum att ett dominerande företag exklusivt inlicensierar en ny teknik innebär inte att företaget därmed missbrukar sin dominerande ställning. Härtill måste ytterligare omständigheter föreligga som inte behöver vara relaterade till avtalets tillämpning utan lika väl kan avse dess effekter på marknaden. Domstolen lutade sig härvid mot EG-domstolens avgörande i *Hoffman-La Roche*-målet[30] där missbruk ansågs vara ett objektivt begrepp relaterat till ett dominerande företags agerande, vilket påverkade marknadsstrukturen. Företaget kan tillgripa åtgärder som inte är möjliga vid full konkurrens och som leder till att existerande konkurrens hindras eller sätts ur spel, eller som omöjliggör att nya konkurrensförhållanden uppstår.

Slutsatsen är närmast den att ett dominerande företag sällan exklusivt kan licensiera in ny teknik, utan att risk föreligger för att marknadsstrukturen och därmed konkurrensen påverkas. Generaladvokaten menade i sitt utlåtande att ett sådant agerande strider mot »proportionalitetsprincipen»: Denna hänvisning till proportionalitetsprincipen återfinns dock inte i förstainstansdomstolens domsmotiv, även om slutresultatet är detsamma.

Tetra Pak hävdade att licensavtalet föll under Patentförordningen. Även ett dominerande företag borde kunna förlita sig på gruppundantagets tillämplighet – i vart fall till dess att kommissionen i överensstämmelse med förordningens egna regler återkallat dess tillämplighet. Företaget hade ett tämligen utbrett stöd för det rimliga i en sådan uppfattning.[31] Kommissionen skulle inte direkt kunna tillämpa artikel 86.

Även på denna punkt gick domstolen på kommissionens linje. Allmänna rättssäkerhetskrav innebar att företagen skulle kunna förlita sig på gruppundantagens tillförlitlighet. Det dominerande företaget skulle dock samtidigt iaktta reglerna i artikel 86. Domstolen konstaterade att artikel 86 inte möjliggör undantag från ett miss-

[30] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, not 4 ovan, punkt [91].

[31] Se Wiedermann, G., Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Köln 1989 s. 218. »Nach der hier vertretenen Ansicht kann in solchen Fällen Art. 86 EWGV erst angewendet werden, wenn die Kommission dem betroffenen Unternehmen den Vorteil der Gruppenfreistellung enzogen hat.»

brukligt agerande och ansåg att det inte var möjligt för ett dominerande företag att utnyttja bakvägen via artikel 85.3 och de gruppundantag som utfärdats i anslutning till denna bestämmelse, för att skapa ett indirekt undantag för ett missbrukligt agerande.[32]

Domstolen framhöll dock att om kommissionen efter individuell prövning av ett avtal funnit detta fritaget enligt artikel 85.3, skulle kommissionen också vara bunden av detta ställningstagande i förhållande till artikel 86.[33] Denna uppfattning överensstämmer med att kommissionen genom icke-ingripandebesked[34] kan klargöra att ett patentlicensavtal inte faller under förbudet i artikel 86. Avgörande för förstainstansdomstolen är att avtalet prövats individuellt – och inte generellt genom det standardiserade gruppundantaget.

11.3.2 Dominerande företag som licensgivare

Om ett dominerande företag ger en exklusiv licens till ett annat dominerande företag, uppstår i princip samma problem som i *Tetra*

[32] Mål T-51/89, *Tetra Pak I*, not 29 ovan, punkt [25] »In these circumstances, this Court holds that in the scheme for the protection of competition established by the Treaty the grant of exemption, whether individual or block exemption, under Article 85(3) cannot be such as to render inapplicable the prohibition set out in Article 86. – – – Article 86 on the other hand, by reason of its very subject-matter (abuse), precludes any possible exception to the prohibition it lays down. If the Commission were required in every case to take a decision withdrawing exemption before applying Article 86, this would be tantamount, in view of the non-retroactive nature of the withdrawal of exemption, to accepting that an exemption under Article 85(3) operates in reality as a concurrent exemption from the prohibition of an abuse of a dominant position – – – Moreover, in view of the principles governing the hierarchial relationship of legal rules, grant of an exemption under secondary legislation, could not, in the absence of any enabling provision in the Treaty, derogate from the provisions of the Treaty, in this case Article 86.»

[33] Mål T-51/89, *Tetra Pak I*, not 29 ovan, punkt [28]: »The grant of an individual exemption presupposes that the Commission has found that the agreement in question complies with the conditions set out in Article 85(3). So, where an individual exemption decision has been taken, characteristics of the agreement which would also be relevant in applying Article 86 may be taken to have been established. Consequently, in applying Article 86, the Commission must take account, unless the factual and legal circumstances have altered, of the earlier findings made when exemption was granted under Article 85(3).» Punkt [29]: »– – – The agreement itself is not subject to any positive assessment with regard to the conditions set out in Article 85(3). So a block exemption cannot, generally speaking, be construed as having effects similar to negative clearance in relation to Article 86 – – –.»

[34] »Förordning 17/62», Rådets förordning 17/62 av den 6 februari 1962. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 EGT 21.2.62 nr 204/62, artikel 2.

Pak I. Däremot är det svårt att se att utlicensiering till ett icke dominerande företag skulle föranleda andra problem än dem som hanteras i Teknikförordningen. Denna borde därför vara fullt ut tillämplig på dessa situationer. Som framgick av kommissionens utkast och förslag till kontroll av marknadsstyrka var detta inriktat på förhållanden som berörde licenstagaren vid tiden för licensen. Licensgivarens position måste däremot i allmänhet vara av underordnad betydelse, om inte licensen ingår i en mer övergripande plan av missbruklig karaktär. Strukturen på marknaden och konkurrensen förändras rimligen inte av att ett dominerande företag släpper sin monopolrätt till ett företag som inte har ett sådant inflytande.

Licensvägran. Situationen blir mer delikat när det dominerande företaget vägrar att ge licens till annan part. Grundprincipen är att rättsinnehavaren har frihet att själv bestämma hur rättigheter skall utnyttjas och häri ligger bl.a. rätten att själv exploatera eller licensiera.[35] Bortsett från de i immaterialrättslagstiftningen behandlade situationerna när tvångslicens kan aktualiseras, anses efter

[35] Pehrson, L., EG och immaterialrätten, Juridiska Fakulteten i Stockholm; Skriftserien, Stockholm 1985 s. 118: »Normalt är det inte heller möjligt att tillämpa förbudet mot missbruk av marknadsdominerande ställning. En anledning härtill är att innehavet av en immaterialrätt inte i sig ger upphov till en marknadsdominerande ställning. Om trots det sagda en immaterialrättsinnehavare skulle inta en marknadsdominerande ställning kan det ändå knappast komma ifråga att ge artikel 86 en tolkning som skulle tvinga innehavaren att vidta åtgärder som står i strid med ifrågavarande rättighets »specific subject-matter». Utrymmet för att ålägga någon att upplåta en varumärkeslicens torde därför vara obefintligt. Rimligen kan det heller inte komma i fråga att ge artikel 86 en tolkning som skulle stå i strid med Paris- och Bernkonventionerna. Å andra sidan måste det konstateras att artikel 86 inte innehåller något rekvisit som direkt utesluter att en vägran att upplåta licens skulle kunna stå i strid med artikel 86.» Sedan Pehrsons bestämda ställningstagande har mycket förändrats med bl.a. domsluten i *Volvo-Veng*, *Tetra Pak I* och *Magill* och den avslutande reservationen har visat sig mer än befogad.

Volvo mot Veng[36] en vägran att meddela licens *i princip* inte vara ett missbruk av en dominerande ställning.

Liksom i flera andra situationer när immaterialrätten berörs, är den principiella begränsningen dock inte avgörande när principerna konfronteras med konkurrensrättens krav. Detta framgick redan av *Volvo mot Veng* och förtydligades i det viktiga *Magill*-avgörandet, som vandrat genom samtliga gemenskapsinstanser.

Fakta i målet kan i korthet sammanfattas så att tre televisionskanaler, som täckte den Irländska Republiken men vars sändningar också kunde ses i vissa delar av Nordirland, sammanställde sina program och upplät rätt för dagstidningar att i begränsad utsträckning publicera programmen någon eller ett par dagar före sändningen. Själva publicerade de sina egna program i separata veckoöversikter. Magill TV-guide, som är ett från alla televisionskanaler fristående förlag, gjorde en veckosammanställning över hela det tillgängliga programutbudet med olika kommentarer – en typ av veckotidning som visade sig fylla ett behov.

Magills agerande överskred den begränsade licens som TV-bolagen givit och en irländsk domstol fastslog att agerandet stred mot den upphovsrätt som tillkom bolagen till deras programinformation. I de anglosaxiska länderna ansågs att denna enkla form av programinformation kunde upphovsrättsskyddas, vilket knappast

[36] EG-domstolen, mål 237/87 (*Volvo mot Veng*), Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd, 5 oktober 1988: [1988] REG 6211, [1989] 4 CMLR 122, punkt [8]: »It must also be emphasized that the right of the proprietor of a protected design to prevent third parties from manufacturing and selling or importing, without its consent, products incorporating the design constitutes the very subject matter of his exclusive right. It follows that an obligation imposed upon the proprietor of a protected design to grant to third parties, even in return for a reasonable royalty, a licence for the supply of products incorporating the design would lead to the proprietor thereof being deprived of the substance of his exclusive right, and that a refusal to grant such a licence cannot in itself constitute an abuse of a dominant position.» Se även Mål C-241/91 and C-242/91 (*Magill TV Guide*), not 42 nedan, punkt [49]: »– – – the exclusive right of reproduction forms part of the author's rights, so that refusal to grant a license, even if it is the act of an undertaking holding a dominant position, cannot in itself constitute abuse of a dominant position.» Jfr Joliet, R., Geistiges Eigentum und freier Warenverkehr, GRUR Int. 1989 Heft 3, s. 177–185, särskilt s. 184: »Der Erwerb eines Monopols durch Inanspruchnahme eines gesetzlich geschaffenen Ausschliesslichkeitsrechts kann nicht als Erfüllung des Verbots der Monopolisierung angesehen werden.»

var möjligt i andra medlemsländer.[37] Magill klagade till kommissionen[38] som slog fast att TV-kanalernas agerande var i strid med artikel 86, vilket sedermera bekräftades av förstainstansrätten.[39] Ärendet överklagades till EG-domstolen, vars viktiga dom kom under 1995.[40]

Kärandeparterna hävdade med stöd av rättspraxis att immaterialrätten inte i sig gav dem en dominerande ställning och att det inte heller förelåg någon utredning som visade att TV-kanalerna annars hade en sådan position på marknaden. Domstolen instämde i linje med tidigare rättspraxis[41] i att immaterialrätten inte skapade en dominerande ställning. Däremot konstaterade EG-domstolen att TV-kanalerna *de facto* på grund av omständigheterna i fallet hade monopol – och därmed en dominerande ställning – över den information som användes för att lista TV-programmen.[42]

Beträffande frågan om parterna missbrukat denna ställning hävdade TV-bolagen att utövandet av en upphovsrätt aldrig kunde vara ett missbruk. Domstolen delade dock inte denna uppfattning. Det var förvisso sant att i brist på harmonisering av den nationella immaterialrätten fastställdes gränserna för dess utövning nationellt. Dessutom var det, med stöd av EG-domstolens utslag i *Volvo mot*

[37] Storbritannien har nyligen inskränkt omfattningen av det upphovsrättliga skyddet så att det inte anses omfatta TV-program.

[38] EG-kommissionen, 89/205/EEC, Magill TV Guide Ltd mot Independant Television Publication Ltd, British Broadcasting Corporation and Radio Telefis Eireann, 21 december 1988: EGT 1989 L78/43, [1989] 4 CMLR 757.

[39] EG:s förstainstansrätt, mål T-69/89, Radio Telefis Eireann mot kommissionen, 10 juli 1991: [1991] II REG 485, [1991] 4 CMLR 586; mål T-76/89, Independent Television Publication Ltd mot kommissionen, 10 juli 1991: [1991] II REG 575, [1991] 4 CMLR 745.

[40] EG-domstolen, mål C-241/91 and C-242/91 (*Magill*), Radio Telefis Eireann och Independent Television Publication Ltd mot kommissionen, 6 april 1995: [1995] REG I 743, [1995] 4 CMLR 718.

[41] EG-domstolen, mål 40/70, Sirena SRL mot Eda SRL, 18 februari 1971: [1971] REG 69, [1971] CMLR 260; mål 78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, 8 juni 1971: [1971] REG 487, [1971] CMLR 631.

[42] Mål C-241/91 och C-242/91, *Magill*, not 40 ovan, punkt [46]: »So far as dominant position is concerned, it is to be remembered at the outset that mere ownership of an intellectual property right cannot confer such a position.» punkt [47]: »– – – By force of circumstance, RTE and ITP, as the agent of ITV, enjoy along with the BBC, a de facto monopoly over the information – – – The appellants are thus in a position to prevent effective competition on the market in weekly television magazines. The Court of First Instance was therefore right in confirming the Commissions assessment that the appellant occupied a dominant position.»

Veng,[43] riktigt att rättsinnehavaren hade ensamrätt att mångfaldiga sitt verk och att en vägran att upplåta licens därmed inte kunde betraktas som ett missbruk.[44]

Emellertid kan utövandet av den exklusiva rätten – i överensstämmelse med den reservation som gjordes i *Volvo mot Veng*[45] – under exceptionella omständigheter innefatta ett missbruk.[46] Detta korta konstaterande är *Magills* kärnpunkt. Det har i andra sammanhang konstaterats att immaterialrättigheter måste vika i förhållande till fria varurörelser och i dessa domar klargörs att samma kan gälla i förhållande till konkurrensrätten. Orden »in exceptional circumstances» begränsar, men det framgår inte hur mycket. I *Volvo mot Veng* preciserade domstolen situationerna till tre: 1) godtycklig leveransvägran av reservdelar, 2) oskälig prissättning och 3) upphörande med tillverkning av reservdelar som fortfarande efterfrågas. I *Magill* är EG-domstolen inte exakt, vilket lämnar stort utrymme att i framtida rättspraxis bedöma var situation för sig. Det skall härvid observeras att bedömningen inte rör den traditionella frågan om existens och utövande, där domstolen slagit ner på ett utövande, som går utanför den rätt som anses ligga i immaterialrättsskyddet. Här gäller det ett utövande som ligger inom själva skydds-

[43] Mål 237/87, *Volvo mot Veng*, not 36 ovan, punkt [8]: »It must also be emphasized that the right of the proprietor of a protected design to prevent third parties from manufacturing and selling or importing, without its consent, products incorporating the design constitutes the very subject matter of his exclusive right. It follows that an obligation imposed upon the proprietor of a protected design to grant to third parties, even in return for a reasonable royalty, a licence for the supply of products incorporating the design would lead to the proprietor thereof being deprived of the substance of his exclusive right, and that a refusal to grant such a licence cannot in itself constitute an abuse of a dominant position.»

[44] Mål C-241/91 och C-242/91, *Magill*, not 40 ovan, punkt [49]: »– – – the exclusive right of reproduction forms part of the author's rights, so that refusal to grant a license, even if it is the act of an undertaking holding a dominant position, cannot in itself constitute abuse of a dominant position.»

[45] Mål 237/87, *Volvo mot Veng*, not 36 ovan, punkt 9: »It must however be noted that the exercise of an exclusive right by the proprietor of a registered design in respect of car body panels may be prohibited by article 86 if it involves, on the part of an undertaking holding a dominant position, certain abusive conduct such as the arbitrary refusal to supply spare parts to independent repairers, the fixing of prices for spare parts at an unfair level or a decision no longer to produce spare parts for a particular model – – – provided that such conduct is liable to affect trade between Member-States.»

[46] Mål C-241/91 och C-242/91, *Magill*, not 40 ovan, punkt [50]: »however, it is also clear from that judgment that the exercise of an exclusive right by the proprietor may, in exceptional circumstances, involve abusive conduct.»

rätten, men som ändå anses få vika för konkurrensreglernas krav.

Följdriktigt konstaterade EG-domstolen att i det aktuella fallet kunde vägran att meddela Magill licens betraktas som ett missbruk av den dominerande ställningen. Det fanns en efterfrågan på veckoöversikter av TV-programmen och genom att med stöd av den nationella upphovsrätten vägra Magill licens till den underliggande informationen förhindrades tillkomsten av en ny produkt. Denna vägran hade inget samband med TV-verksamheten eller med publiceringen av TV-program. Genom sina åtgärder förbehöll sig TV-bolagen den sekundära (»down-stream») marknaden för veckoblad för TV-program.[47] Domen är ett uttryck för en »essential facilities»-doktrin, som ursprungligen härstammar från USA och där har utsatts för en betydande kritik.[48]

Domen skall däremot inte tolkas så att dominerande företag i varje läge är skyldiga att meddela en licens. Om ett företag tar fram en patenterad kemisk substans för läkemedelsanvändning och utvecklar substansen till en slutlig formulering, behöver det knappast räkna med att det är ett missbruk av en dominerande ställning att

[47] Mål C-241/91 och C-242/91, *Magill*, not 40 ovan, punkt [54]: »The appellant's refusal to provide basic information by relying on national copyright provisions thus prevented the appearance of a new product, a comprehensive weekly guide to television programmes, which the appellants did not offer and for which there was a potential consumer demand. Such refusal constitutes an abuse under heading (b) of the second paragraph of Article 86 of the Treaty.» Punkt [55]: »Second, there was no justification for such a refusal either in the activity of television broadcasting or in that of publishing television magazines – – –.» Punkt [56]: »Third, and finally, as the Court of First Instance also held, the appellants, by their conduct, reserved to themselves the secondary market of weekly television guides by excluding all competition on that market since they denied access to the basic information which is the raw material indispensable for the compilation of such a guide.»

[48] Subiotto, R., The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law: A small Contribution to a Necessary Debate, (1992), ECLR Vol. 13 s. 234–244, särskilt s. 242.

vägra licensiera patentet till en intresserad konkurrent.[49] Däremot måste ett dominerande företag, som en gång börjat handla med tredje man, räkna med att det inte kan avbryta sina tidigare förbindelser bara för att det ändrar sin affärsstrategi.[50]

[49] Se kommissionens bedömning av klagan från Lederle-Praxis Biologicals över Pasteur Mérieux JV-samverkan med Merck & Co. Inc beträffande serum och vacciner och det faktum att denna dominerande konstellation inte var beredd att meddela licens för sitt Hep B vaccin. Kommissionen sammanfattade sitt beslut att lägga klagan till handlingarna utan åtgärd med »at the current stage of EC competition law it is highly doubtful whether one could impose an obligation upon a dominant firm – – – to share its intellectual property rights with third parties, to allow them to develop, produce and market the same products which the alleged dominant firm was also seeking to develop, produce and market – – – Even a simple refusal to supply could not be considered as an abuse as Lederle was not an existing customer that had found itself in a situation of factual dependence for supply of Hep B. The companies did not break off an ongoing relationship with Lederle.» EG-kommissionen, Comfort Letter, Lederle-Praxis Biologicals, 1994 års konkurrensrapport, punkt 353.

[50] EG-domstolen, mål 6 & 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corp. mot kommissionen, 6 mars 1974: [1974] REG 223, [1974] 1 CMLR 309; mål 311/84, Centre Belge d'Etude de Marché-Télémarketing mot CLT & IPB, 3 oktober 1985: [1985] REG 3261, [1986] 2 CMLR 558; kommissionens beslut 92/213/EEG, British Midland Airways Ltd mot Aer Lingus plc, 10 april 1992: EGT 1992 L96/34, [1993] 4 CMLR 596 gällde visserligen en existerande relation, men motiven för beslutet kan uppfattas som en argumentering för att det dominerande företaget även i andra sammanhang och mot sina egna intressen kan vara skyldigt att ingå avtal med konkurrent. Punkt [26]: »Both a refusal to grant new interline facilities and the withdrawal of existing interline facilities may, depending on the circumstances, hinder the maintenance or development of competition. Whether a duty to interline arises depends on the effects of competition of the refusal to interline; it would exist in particular when the refusal or withdrawal of interline facilities by a dominant airline is objectively likely to have a significant impact on the other airline's ability to start a new service or sustain an existing service – – – when the dominant airline cannot give any objective commercial reason for its refusal (such as concerns for creditworthiness) other than its wish to avoid helping this particular competitor – – –.» Se också Subiotto, not 48, ovan.

11.3.3 Tvångslicensiering – ett sätt att nå dominerande företag?

Magill visar att i vissa speciella situationer kan inte det dominerande företaget vägra en intressent tillgång till det skyddade objektet. Det har också framhållits att kommissionen, som är berättigad att koppla sina beslut med föreläggande för part, skulle kunna tänkas beordra licensiering.[51] Kommissionen får dock i sådana fall hålla sig inom de strikta ramar som EG-domstolen har dragit upp.

Åtgärderna och deras effekter ligger nära tvångslicensiering även om denna typ av ingripanden grundas direkt på den immaterialrättsliga lagstiftningen och inte konkurrensrätten.[52] Tvångslicensiering berörs inte av Teknikförordningen, men har en indirekt betydelse för licensiering och konkurrensfrågor. EG-domstolen har haft anledning att bedöma tvångslicensfrågor framför allt för att balansera den speciella lagstiftning som gällt i Storbritannien. Här kunde licens bl.a. begäras om ett patent inte utövades genom produktion i landet inom tre år, och exklusiviteten kunde förlängas under vissa förhållanden om andra företag samtidigt fick rätt att tillverka den skyddade produkten mot en rimlig royalty.

I *Pharmon mot Hoechst*[53] slog EG-domstolen fast att även om tvångslicens meddelats i en medlemsstat, kunde rättsinnehavaren med stöd av sin patenträtt i ett annat land förhindra parallellimport av en produkt som tillverkats under tvångslicensen. Den rätten var

[51] Pehrson, not 35 ovan, s. 119: »Någon tvekan om att kommissionen har befogenhet att ålägga ett företag att vidta en positiv åtgärd, t.ex. att upplåta en licens, finns inte.»

[52] Se van der Wal, G., Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing, Analysis Section: [1944] 4 ECLR 230. Jfr Tillberg, J., Upphovsrättens utveckling i EG-domstolens praxis – från Deutsche Grammophon till Magill, SvJT 1995 s. 653: Tillberg konstaterar att EG-domstolen avvisar tillämpning av Bernkonventionen och dess förbud mot tvångslicenser i upphovsrättsliga sammanhang på tekniska grunder. »Rådet har dock utfärdat en resolution där alla medlemmar skulle åta sig att ratificera Bernkonventionen före den 1 januari 1995 – – – Det skall bli intressant att se hur Domstolen kommer att angripa fall i framtiden när parter åberopar Bernkonventionen.»

[53] EG-domstolen, mål 19/84, Pharmon BV mot Hoechst, 19 juli 1985: [1985] REG 2281, [1985] 3 CMLR 775, punkt [25]: »where – – – the competent authorities of a Member-State grant a third party a compulsory licence which allows him to carry out manufacturing and marketing operations which the patentee would normally have the right to prevent, the patentee cannot be deemed to have consented to the operations of that third party. Such a measure deprives the patent proprietor of his right to determine freely the conditions under which he markets his products.»

en del av själva patentskyddet. I *Allen & Hanburys*[54] var situationen annorlunda på det sättet att Generics enligt de engelska reglerna var berättigad att sälja en produkt tillverkad i England mot betalning av en royalty till Hanburys. Däremot fick företaget inte enligt de engelska reglerna importera produkten från annat land. EG-domstolen klargjorde dock att Generics parallellimport inte kunde stoppas om företaget var berett att betala den föreskrivna ersättningen, eftersom det skulle strida mot kravet på fria varurörelser att förhindra import när tillverkning i landet tillåts.

Den engelska lagstiftningen bedömdes i en tvist mellan kommissionen och Storbritannien[55] diskriminerande eftersom den inte i första hand syftade till att skydda den industriella och kommersiella äganderätten, utan mer till att skapa arbetstillfällen i landet. Domstolen fick manövrera i samma vatten i *SK&F mot Generics*[56] rörande SK&F:s produkt Targamet. Enligt EG-domstolen fick inte den nationella myndigheten vägra respektive acceptera den parallella importen beroende på var SK&F själv producerade produkten. Däremot var det möjligt att vägra en parallell import från Spanien och Portugal, eftersom dessa länders anslutningsavtal till EU föreskrev

[54] EG-domstolen, mål 434/85 (*Allen & Hanburys*), Allen & Hanburys Ltd mot Generics (U.K.) Ltd, 3 mars 1988: [1988] REG 1245, [1988] 1 CMLR 701, punkt [14]: »– – – the power of the national courts to prohibit the importation of the product in question may be justified under the provisions of Article 36 on the protection of industrial and commercial property only if that prohibition is necessary in order to ensure that the proprietor of such a patent has, *vis-a-vis* importers, the same right as he enjoys as against producers who manufacture the product in the national territory, that is to say the right to a fair return from his patents.» Se kommentar Joliet, not 36 ovan, s. 184.

[55] EG-domstolen, mål C-30/90 (*Compulsory Patent Licences*), Kommissionen mot Storbritannien, 18 februari 1992: [1992] 1 REG 777, [1992] 2 CMLR 709, punkt [29]: »Such discrimination is in fact motivated not by the specific requirements of industrial and commercial property but, as the defendant State moreover recognises, by the national legislature's concern to encourage domestic production.»

[56] EG-domstolen, mål C-191/90, Generics (UK) Ltd mot Smith Kline and French Laboratories Ltd, 27 oktober 1992: [1992] I REG 5335, [1993]1 CMLR 89, punkt [28]: Articles 30 and 36 ECT »must be interpreted as precluding the authorities of Member-States competent to settle, in the absence of agreement, the terms of licence of right from relying upon provisions of national legislation in order to refuse the licensee of rights the authorization to import the patented product from non-member countries where the proprietor of the patent manufactures the product within the national territory, and in order to grant such authorization where the proprietor of the patent works his patent by importing the product from other Member-States of the Community.»

undantag för parallellimport av läkemedelsprodukter i upp till tre år efter att patentskydd för läkemedel införts.[57]

Den engelska lagstiftningen med »licence of rights» har varit tämligen unik i Europa och lär nu vara helt avvecklad. Risken för att motsvarande konflikter skall uppstå i andra länder är begränsad och tvångslicensiering baserat på immaterialrättsliga överväganden lär inte bli ett verksamt medel att bemöta missbruk av en dominerande ställning.

[57] Patentskydd infördes i början på 90-talet och parallellimport av läkemedel kan nu ske från Spanien och Portugal. Flera ledande läkemedelsföretag har emellertid överklagat kommissionens besked att parallellimporten är fri och det är påtagligt att den forskande läkemedelsindustrin försöker att få parallellimportreglerna omprövade. I EG-domstolen, mål C-267/95 & C-268/95, Merck & Co. Inc. mot Primecrown Ltd och Beecham Group plc mot Europharm of Worthing Ltd yttrade sig generaladvokaten den 6 juni 1996, Proceedings of the Court nr 15/96 s. 30 f. Generaladvokaten konstaterar att det spanska anslutningsavtalet inte längre utgör ett hinder för parallellhandel med läkemedel. Däremot menar han att domstolen skall reversera sin tidigare dom i mål 187/80, Merck & Co. Inc. mot Stephar B.V. & Petrus Stephanus Exler, 14 juli 1981: [1981] REG 2063, [1981] 3 CMLR 463 och tillåta att patent åberopas vid fall av parallellimport från land där produkten inte är skyddad även om den frivilligt marknadsförts i detta land av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke. Möjligen signalerar generaladvokatens yttrande ett nytt stämningsläge. Tillsammans med förstainstansrättens interimsbeslut i mål T-41/96, Bayer AG mot kommissionen den 3 juni 1996, Proceedings of the Court nr 15/96 s. 26 f. talar tecknen för en mer nyanserad inställning till parallellhandel när de fria varurörelserna ställs mot andra gemenskapsvärden.

Del V. Procedurfrågor

12. Procedurbestämmelser

Inledning 329
12.1 Invändningsförfarandet 329
Artikel 4.1 333
12.1.1 Konkurrensbegränsande skyldigheter 333
Delta Chemie 334
12.1.2 Kopplingsförbehåll och icke- angrepps-klausuler 335
12.1.3 Anmälan 336
12.1.4 Handläggningen 337
12.1.5 Invändningsförfarandet i framtiden 338
12.2 Återkallande av gruppundantag 339
Tetra Pak 339
12.2.1 »Missbruksprincip» i ny tappning 340
Artikel 7 340
Langnese 341
Schöller 341
12.2.2 Stark marknadsställning 342
Artikel 7.1 342
12.2.3 Absolut områdesskydd 344
12.2.4 Andra missbrukssituationer 345
Artikel 7.4 345
12.3 Individuell anmälan 346
Delimitis 347
12.3.1 Licensavtal är anmälningsbefriade 348
12.3.2 Anmälan enligt invändningsförfarandet 348
12.3.3 Individuell anmälan enligt Förordning 17/62 349

12.3.4 Comfort letters 352
12.3.5 Praktisk slutsats 354
12.4 Nationell prövning av gemenskapens licensregler 355
12.4.1 Teknikförordningens tillämplighet i medlemsstaterna 356
Walt Wilhelm 357
12.4.2 Nationell tolkning av Teknikförordningen 359
12.4.3 Samverkan mellan kommissionen och nationella domstolar 361
12.4.4 Möjlighet till skadeståndstalan på nationell nivå 364
Francovich 365
Brasserie du Pêcheur 366

Inledning

Teknikförordningen ger ökad säkerhet utan administrativt krångel. Samtidigt rationaliseras kommissionens eget arbete och kan koncentreras på beslut i ärenden som har politisk, legal eller ekonomisk betydelse för gemenskapen.[1] Bestämmelser om det administrativa förfarandet får därmed en mindre framträdande roll och följer företagen bara anvisningarna erfordras ingen anmälan eller ytterligare åtgärd.

Procedurreglerna kan dock inte helt förbigås. I första hand innehåller förordningen ett »quick look»-förfarande, som skall möjliggöra en enkel och snabb bedömning av ett avtal som inte direkt strider mot förordningen, men som inte heller är helt anpassat. Denna oppositionsprocedur behandlas i avsnitt 12.1. Avsnitt 12.2 handlar om kommissionens rätt att återkalla undantaget för ett avtal som formellt uppfyller Teknikförordningens bestämmelser om det har en konkurrensbegränsande verkan.

Att ett licensavtal inte uppfyller Teknikförordningens regler innebär inte att det nödvändigtvis är i strid med artikel 85.1 eller att det inte kan erhålla undantag enligt artikel 85.3 i Romfördraget.[2] För att en individuell prövning skall kunna ske erfordras dock en särskild anmälan till kommissionen, vilket utvecklas i avsnitt 12.3. I kapitlets sista del (avsnitt 12.4) berörs formella frågor i förhållande till nationella domstolar inkluderande några anmärkningar om nya tendenser till nationell skadeståndstalan vid konkurrensbrott.

12.1 Invändningsförfarandet

Teknikförordningen definierar de avtalsklausuler som kan ingå i ett licensavtal och svartlistar de bestämmelser som gör att avtalet inte

[1] »Samverkanstillkännagivandet», kommissionens tillkännagivande om samverkan mellan kommissionen och nationella domstolar vid tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT 1993 C39/6, [1993] 5 CMLR 95. Anmälningar som inte faller under gruppundantagen kommer i första hand att avgöras genom comfort letters.

[2] EG-domstolen, mål *56/65* (*STM-MBU*), La Société Téchnique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH, 30 juni 1966: [1966] REG 235, [1966] CMLR 357, s. 248: »Article 85(1) is based on an assessment of the effects of an agreement from two angles of economic evaluation, it cannot be interpreted as introducing any kind of advanced judgment with regard to a category of agreements determined by their legal nature.»

faller under gruppundantaget. Härigenom ökar rättssäkerheten. Parter kan redan på förhandlingsstadiet utforma sina avtal så att de undviker framtida problem och inte minst den tidsödande procedur, som måste följas när ett företag i efterhand söker individuellt undantag i enlighet med bestämmelserna i Förordning 17/62[3].

Konkurrensbegränsande avtal, som utformats så att de inte passar in under gruppundantagets bestämmelser, måste anmälas till kommissionen med begäran om undantag enligt artikel 85.3. Det har antytts att om avtalet står i strid med förordningens svartlistade bestämmelser skulle sannolikheten för att få ett individuellt undantag vara liten.[4] Det finns egentligen inget skäl för en allmän presumtion av sådant slag. Vid den individuella prövningen vidgas kommissionens granskning från gruppundantagets generella behandling av vissa avtalstypiska klausuler till att bli en prövning av avtalets konkurrensbegränsande effekter från en samlad utgångspunkt. Den

[3] »Förordning 17/62», Rådets förordning 17/62 av den 6 februari 1962. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 EGT 21.2.62 nr 204/62.

[4] Ritter, L., Braun, W.D., & Rawlinson, F., EEC Competition Law – a practioner's guide. Kluwer 1991 s. 491 hävdar dock: »However, it is unlikely that the Commission would grant an individual exemption for any clauses included in the 'black list'.» Jfr kommissionens uttalande i anslutning till icke-angreppsklausul, konkurrensförbud, royaltybetalning på icke skyddad produkt och överlåtelse av nyutveckling i ett licensavtal med anknytning till upphovsrätt: »Such restrictions would normally be regarded as infringing Article 85.1 of the EEC Treaty and as being incapable of exemption under Article 85.3.» EG-kommissionen, Information, Neilson-Hordell/Richmark, 1982 års konkurrensrapport, punkt 88. Se även Pehrson, L., Exklusivitets- och områdesskyddsklausuler inom EU, EES och Sverige, Juridisk Tidskrift 1994 s. 75: »Som indirekt har framgått av avsnittet om återförsäljaravtal är det fullt möjligt för kommissionen att efter en individuell ansökan meddela undantag för områdesskyddsklausuler som går längre än vad som accepteras enligt art 1.1. Detta gäller även sådana klausuler som enligt artikel 3 uttryckligen utesluter gruppundantag. Sannolikheten för att kommissionen i ett enskilt fall skulle acceptera längre gående områdesskyddsklausuler än sådana som uttryckligen accepteras är dock mycket små.» Jfr dock Guttuso, S., Technology Transfer Agreements, Manuscript, Fordham October 1994, s. 12, fotnot 6, »– – – In the past the Commission has tended to treat blacklisted clauses as if they were *per se* restrictions, *i.e.* clauses that could never qualify for individual exemption. By the time the know-how block exemption was adopted in 1989, the Commission had modified its views and no longer excluded the exemptability of blacklisted provisions. Blacklisted clauses are thus similar to *per se* restrictions under US law in that they are viewed with suspicion. However, they differ from *per se* restrictions in that they may be exempted under Article 85(3). In this sense, it can be said that *per se* restrictions do not exist under EC law. However, as a practical matter, it is highly unlikely that the Commission would exempt certain restrictions like resale price maintenance or interference with parallel imports.»

klausul som i ett lösryckt sammanhang kan framstå som känslig, kan vid en totalbedömning vara befogad och därmed accepteras.[5] I den individuella bedömningen kan kommissionen tillåta sig en mer flexibel och generös inställning än som är möjlig i ett generellt undantag där avtalet aldrig blir prövat i sin helhet.

Det finns åtskilliga bestämmelser som är normala i licensavtal men som inte behandlas i förordningen. Begränsar de konkurrensen omfattas de inte av gruppundantaget och måste anmälas för att kunna tillämpas. Ofta behöver de dock inte innebära en allvarligare inskränkning än de som frilistas i förordningen och det finns goda skäl att anta att kommissionen antingen inte skulle ingripa alls mot dem eller meddela undantag vid en individuell prövning.

För att skapa ett smidigt sätt att hantera dessa »grå» klausuler inrättade kommissionen 1984 vid utfärdandet av Patentförordningen en oppositionsprocedur eller, som den kallas i svensk översättning, ett »invändningsförfarande».[6] I korthet innebär förfarandet att om kommissionen efter en summarisk granskning avstår från att

[5] I EG-kommissionens beslut 88/563/EEC (*Delta Chemie*), DDD Ltd & Delta Chemie, 2 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535, undantog kommissionen bl.a. ett »mjukt» konkurrensförbud, som innebar att licenstagaren bara fick arbeta med konkurrerande produkter efter licensgivarens godkännande. I beslut 90/186/EEC (*Moosehead/Whitbread*), Moosehead Breweries Ltd och Whitbread & Co. plc, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391 undantog kommissionen exklusivitet, konkurrensförbud och angreppsförbud mot varumärke (det senare i strid med uttalanden i *Windsurfing*) efter en ingående analys av avtalets konsekvenser.

[6] »Patentförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal, EGT 1984 L219/15 – artikel 4. Motsvarande bestämmelser infördes senare också i »Specialiseringsförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 417/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av specialiseringsavtal, EGT 1985 L53/1 – artikel 7; »FoU-förordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 418/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av avtal om forskning och utveckling, EGT 1985 L53/5 – artikel 7; »Franchiseförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av franchiseavtal, EGT 1988 L359/46 – artikel 6 och »Know-how förordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal, EGT 1989 L61/1 – artikel 4.

ingripa mot det anmälda avtalet anses det falla under gruppundantaget. Trots att Patentförordningen varit i kraft under många år har proceduren aldrig kommit till ordentlig användning.[7]

Följdriktigt föreslog kommissionen i 1994 års utkast till Teknikförordning[8] att proceduren skulle ersättas med ett system som innebar att om ett avtal innehöll bestämmelser som inte täcktes av artiklarna 1 till 3 i förordningen – dvs. varken var undantagna, godtagna eller förbjudna – var avtalet likväl undantaget. Undantaget skulle dock inte gälla den »grå» klausulen, på vilken artiklarna 85 och 86 fortfarande ägde tillämplighet.[9] Industrin var ändå tveksam. Risk förelåg för att avtal med harmlösa grå klausuler skulle behöva anmälas, annars skulle de behäftas med osäkerhet. Administrativt arbete och osäkerhet om gällande rättsregler vinner sällan gehör från industrin som söker förutsebara och klara besked. Slutresultatet blev att kommissionen övergav sin föreslagna nyordning utan

[7] Anmälningar enligt invändningsförfarandet redovisas fortlöpande i kommissionens konkurrensrapporter. 1985 rapporterades 14 oppositionsanmälningar varav 9 var ogiltiga för att de avsåg företag i samma ekonomiska enhet eller innehöll svartlistade klausuler. I ett fall var informationen otillräcklig och av övriga fyra motsatte sig kommissionen ett medan invändningsperioden inte löpt ut för kvarvarande tre. 1987 rapporterades sammanlagt 32 anmälningar. 1991 erhöll kommissionen åtta anmälningar. I inget fall kunde kommissionen godkänna att proceduren var tillämplig. En anmälan avsåg ett avtal som inte kunde kvalificeras som licensavtal. I ett annat fall var informationen ofullständig och i ett par fall föll avtalen redan under förordningarnas undantag och erfordrade ingen särskild bedömning. Slutligen innehöll tre av de anmälda avtalen svartlistade klausuler, vilket därmed uteslöt förordningens tillämplighet. Ett avtal, slutligen, var fortfarande under handläggning när kommissionens rapport färdigställdes, 1991 års konkurrensrapport s. 93 f. Kommissionen har inte i senare rapporter meddelat hur bestämmelsen hanterats.

[8] »Förslag 1994», 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, EGT 1994 C178/3.

[9] »Förslag 1994», not 8 ovan, 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 85.2 of the Treaty.»

att denna egentligen blev prövad fullt ut[10] och invändningsförfarandet återinfördes i Teknikförordningens artikel 4.1

> *Undantaget enligt denna förordning skall även gälla avtal som innehåller konkurrensbegränsande skyldigheter som inte omfattas av artiklarna 1 och 2 eller faller under tillämpningen av artikel 3, under förutsättning att avtalen i fråga anmäls till kommissionen enligt bestämmelserna i artikel 1–3 i förordning (EG) nr 3385/94 och att kommissionen inte gör någon invändning mot detta undantag inom en tidsfrist på fyra månader.*

Bestämmelser, som inte är uttryckligen undantagna av Teknikförordningens artikel 1 eller som inte anses konkurrensbegränsande enligt artikel 2 samtidigt som de inte svartlistats enligt artikel 3, kan således ingå i ett licensavtal om detta anmäls och kommissionen inte snabbt invänder mot avtalet.

12.1.1 Konkurrensbegränsande skyldigheter

Det går bra att jämföra ett avtal med Teknikförordningens preciserade regler och fastställa om det föreligger några avvikelser. Överensstämmelsen måste vara fullständig – även mindre avvikelser innebär att undantaget inte kan åberopas.[11] Kruxet är emellertid att avgöra vilka av de bestämmelser som *inte* behandlas i förordningen som kan anses innebära »konkurrensbegränsande skyldigheter».

Kommissionen ger mycket få ledtrådar för att hjälpa företagen att bedöma obehandlade avtalsklausuler som skapar konkurrensbegränsande skyldigheter. Ingressen klargör att den vita listan i artikel 2 inte är uttömmande. Det finns således klausuler i licensavtal som inte berörs av förordningen. Dessa skapar ingen anmälningsskyldig-

[10] I konkreta ärenden har företag fört ett likartat resonemang genom att hävda att kommissionen bara kunde återkalla det aktuella gruppundantaget så vitt avsåg förbjudna klausuler, men att avtalet i övrigt skulle äga tillämpning. Till stöd för uppfattningen åberopades proportionalitetsprincipen. EG:s förstainstansrätt (andra kammaren), mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen, 8 juni 1995: [1995] II REG 1533 och parallellfallet mål T-9/93, Schöller Lebensmittel mot kommissionen, 8 juni 1995: [1995] II REG 1611. EG-domstolens inställning till klausulers urskiljbarhet i *Consten/Grundig* hade möjligen kunnat vara ett ytterligare stöd för synsättet, vilket dock inte accepterades av EG:s förstainstansrätt.

[11] Mål C-234/89 *Delimitis*, not 35 nedan. Mindre avvikelser innebar att gruppundantaget för exklusiva leveransavtal inte ansågs tillämpligt.

het för ett avtal som i övrigt uppfyller gruppundantaget. Därav följer indirekt att begreppet »konkurrensbegränsande skyldigheter» har en verklig mening. I avsnitt 8.3.3 ovan listas ett antal icke behandlade bestämmelser som ofta förekommer i licensavtal. Möjligen skulle några av dessa kunna anses innehålla känsliga moment som borde föranleda anmälan enligt invändningsförfarandet:

- Samarbetet inleds med en initial distributionsperiod, då licenstagaren köper produkterna från licensgivaren. Bestämmelsen har funnits med i tidigare förordningsutkast och behandlades positivt i *Delta Chemie*.[12]
- Bruttoprissättning är svartlistat i Teknikförordningen. Bestämmelser saknas om cirkaprissättning. Inställningen är i allmänhet positiv, men en sådan bestämmelse kan möjligen ändå betraktas som en konkurrensbegränsande skyldighet.
- Informationsutbyte och instruktioner rörande marknadsaktiviteter, marknadsorganisation, reklamåtgärder, förpackningsutformning kan innebära konkurrensbegränsningar. En alltför nära samverkan eliminerar en potentiell konkurrens.
- Regler om avtalsbrott och villkor vid avtalets avbrytande kan innehålla åtskilliga bestämmelser som snedvrider konkurrensen mellan parterna.

Den enskilda klausulen ger dock sällan vägledning, utan det är först när den sätts in i sitt ekonomiska sammanhang som de ekonomiska och konkurrensbegränsande konsekvenserna blir mer påtagliga. Att Teknikförordningen behandlar från sitt sammanhang lösryckta bestämmelser skulle tala för möjligheten att skicka in en enskild bestämmelse och begära att kommissionen tar ställning till denna under invändningsförfarandet. Det är dock inte troligt att kommissionen skulle acceptera ett sådant agerande. Ingressen förutsätter att hela avtalet inges och icke behandlade klausuler kommer att bedömas i sitt sammanhang.

Vid prövning av avtal som anmäls enligt invändningsförfarandet kommer marknadsandelsprövningen i förgrunden. Av ingressens

[12] *Delta Chemie*, se not 5 ovan: para [41]: »The (initial) exclusive distributorship – – – enables DDD to obtain a view of the whole commercial situation of the market for stain removers in the licensed territory. DDD can thus better decide when to commence the production of the products and what level of production capacity is appropriate for that manufacture.»

punkt 25 framgår att kommissionens »quick look» fokuseras på *hela* avtalet, tillgänglig information om marknadens struktur och den marknadsandel som innehas av licenstagaren. I ingressens punkt 27 uppmanas speciellt företag med en betydande marknadsandel att notifiera sina avtal. Det kan därför på goda grunder antas att kommissionens granskning kommer att vara särskilt intensiv när marknadsandelen överstiger 40%.

12.1.2 Kopplingsförbehåll och icke-angreppsklausuler.[13]

Kommissionen lämnar ett par konkreta exempel som omfattas av invändningsförfarandet.

Artikel 4.2.a) ger som exempel att licenstagaren tvingas acceptera kvalitetsspecifikationer eller ytterligare licenser och att anskaffa varor och tjänster (kopplingsförbehåll), som

(a) inte är nödvändiga för att säkerställa ett tekniskt riktigt utnyttjande av licensen eller

(b) för att säkerställa att licenstagarens tillverkning överensstämmer med de kvalitetskrav som iakttas av licensgivaren och andra licenstagare.

Tidigare var denna typ av koppling inte accepterad, men bestämmelsen har i och med Teknikförordningen överförts till de grå klausulerna. Kommissionen har inte mött större problem med kopplingsförbehåll i sin tidigare praxis och är nu beredd att acceptera dem, under förutsättning att avtalen blir anmälda och att kommissionen får möjlighet att göra en snabbkontroll.

Vidare används avtalsförbud för att bestrida know-hows hemliga eller substantiella innehåll eller för att bestrida giltigheten av licensierade patent (»no-challenge» eller »angreppsförbud») som exempel i artikel 4.2.b) på grå klausuler. Även icke-angreppsklausulerna var tidigare svartlistade och har nu överförts till invändningsförfarandet trots att såväl kommissionens som EG-domstolens praxis har varit tämligen strikt mot denna typ av bestämmelser.

Ingressens punkt 23 anger härutöver att kunduppdelning mellan

[13] Beträffande kopplingsförbehåll, icke-angreppsklausuler och kunduppdelning hänvisas till den utförligare genomgång som gjorts i kapitlen 6 och 9 ovan.

konkurrerande företag är förbjuden enligt artikel 3, medan motsvarande överenskommelser mellan icke-konkurrerande företag i stället är föremål för invändningsförfarande enligt artikel 4. Det är ett effektivt sätt för kommissionen att utnyttja de tre färgnyanserna med klara anvisningar till industrin, men utan att dogmatiskt förhindra sådan samverkan. Detta exempel, som inte fått plats i artikel 4, understryker hur viktig marknadsanalysen är och att åtgärderna siktar på parter som före, eller till följd av, avtalet kan styra ett bestämt marknadssegment.

Slutligen har de s.k. »without prejudice»-klausulerna flyttats från svarta listan där de tidigare modifierade en förbudsbestämmelse. Konkurrensförbud var t.ex. inte accepterat, vilket dock inte uteslöt (»without prejudice») best effort-klausul. Dessa reservationer har nu flyttats till artikel 2 och därigenom införts bland de icke anmälningspliktiga avtalsklausulerna. Tidigare rådde viss osäkerhet om hur de anmälningsmässigt skulle hanteras.

12.1.3 Anmälan

Även när avtalet anmäls enligt invändningsförfarandet skall anmälan ske på det sätt Formulär A/B[14] bestämmer. Häri anges vem som är behörig att inge en ansökan och att skyldighet föreligger att informera den andra parten om denna inte är medsökande. Vidare föreskriver artikel 2 att ansökan skall inges i 17 exemplar med tre vidimerade kopior av alla bilagor. Anmälan kan göras på något av medlemsspråken – således även svenska – och det språk som använts i ansökan kommer därefter att styra förfarandet inför kommissionen och i ett domstolsförfarande om det skulle leda till ett överklagande.

Formulär A/B innehåller cirka 25 sidor detaljerade anvisningar rörande ansökans innehåll som skall följas och besvaras på ett såväl korrekt som komplett sätt. Med tanke på omfattningen av de begärda upplysningarna kan kommissionen ge dispens från vissa skyldigheter. I princip skall Formulär A/B användas för icke-ingripandebesked, undantagsansökan och anmälan enligt invändningsförfarandet. I ingressen till Teknikförordningen fastläggs att underlag för

[14] »Formulär A/B», Kommissionens förordning (EEG) nr 3385/94 av den 21 december 1994 om form, innehåll och övriga detaljer beträffande ansökningar och anmälningar som fastställs i Rådets förordning nr 17/62, EGT 1994 L377/28.

prövning av invändningsförfarandet är den information som företagen skall lämna enligt Förordning 3385/94. »Kommissionen får bevilja undantag från skyldigheten att lämna sådana särskilda uppgifter som krävs i Formulär A/B vilka inte förefaller nödvändiga. Kommissionen nöjer sig i allmänhet med hela licensavtalstexten och en bedömning som grundar sig på den information som direkt finns tillgänglig om marknadens struktur och den marknadsandel som innehas av licenstagaren.» [15]

Formuleringen i ingressen kan knappast tolkas som att kommissionen lämnat en generell dispens för att anmälningar enligt invändningsförfarandet kan begränsas till själva avtalet med några kompletterande uppgifter. Artikel 4.3 i Teknikförordningen stadgar att fyramånadersfristen löper från den dag anmälan träder i kraft i enlighet med bestämmelserna i Förordning 3385/94, vilket är den dag kommissionen mottog ansökan – under förutsättning att den är komplett. Anser kommissionen att material saknas, kommer detta att inkrävas och anmälan gäller från den tidpunkt kommissionen erhållit komplett underlag. Med hänsyn till att parterna säkert i stor utsträckning kommer att följa kommissionens anvisning och skicka in själva avtalet med specifika uppgifter om marknadsandelar, samtidigt som den formella skyldigheten går betydligt längre, öppnas ett inte oväsentligt utrymme för kommissionen att spela med tidsfristen. Skulle kommissionen sätta i system att begära in kompletterande information blir den till fyra månader förkortade tidsfristen inte den förbättring industrin hoppats på. Parter som är angelägna om en skyndsam behandling av sin ansökan har goda skäl att följa alla anvisningar i Formulär A/B för att undanröja risker för fördröjning. Därmed försvinner dock en viktig fördel med oppositionsproceduren – det förenklade administrativa förfarandet.

12.1.4 Handläggningen

Kommissionen har fyra månader på sig att invända mot ett anmält avtal. Det är en reducering av tiden från tidigare sex månader – helt i överensstämmelse med industrins önskemål.[16] Under denna frist

[15] »Teknikförordningen», Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EGT 1996 L31/2, [1996] 4 CMLR 405, ingressen punkt 25.

[16] Lidgard, H.H., EU-gruppundantag med förhinder, SvJT 1995 s. 814 f.

skall ärendet kommuniceras med medlemsstaterna som kan göra invändningar mot avtalet och i viss utsträckning styra kommissionens fortsatta agerande.

Saknar kommissionen anledning att ingripa, löper tidsfristen ut utan annat meddelande till anmälaren än att kommissionen skriftligen bekräftar att anmälan mottagits enligt artikel 3.4 i Förordning 3385/94. Därefter anses avtalet omfattat av gruppundantaget från den dag anmälan gjordes.

Gör kommissionen däremot invändning, kan denna leda till en förhandling och påföljande justering av avtalet. Justeringen skall anmärkningsvärt nog göras så att förutsättningarna i artikel 85.3 i Romfördraget – och således inte Teknikförordningen – uppfylls. Från den tidpunkt ändringarna har genomförts anses avtalet omfattat av gruppundantaget.

Vid allvarligare invändningar, som inte kan åtgärdas, får anmälan enligt Teknikförordningens artikel 4.9 de verkningar som föreskrivs i Förordning 17/62. Härmed måste rimligen förstås att avtalet anses anmält individuellt enligt artikel 4 och att kommissionen tar ställning till anmälan genom beslut enligt artikel 6. Förordning 17/62 ger till skillnad från Teknikförordningen ingen tidsgräns för kommissionens ställningstagande, utan stipulerar lakoniskt *»whenever the Commission takes a decision – – –»*. Eftersom kommissionen enligt Teknikförordningens artikel 4.7 och 4.8 redan bedömt avtalet mot bakgrund av de kriterier som stipuleras i artikel 85.3 får det antas att det föreligger en stark presumtion att ett avtal mot vilket invändningar kvarstår inte kan godkännas i sin anmälda form.

12.1.5 Invändningsförfarandet i framtiden

Arbetet hade underlättats om kommissionen lagt ner möda på att utveckla vilka bestämmelser som kan anses innehålla konkurrensbegränsande skyldigheter och preciserat dem i artikel 4. Risken med den nuvarande lösningen är att invändningsförfarandet undviks även i framtiden, trots att industrin egentligen är angelägen om en enkel procedur och att kommissionen också har mycket att vinna på en snabbgranskning.

Det är troligt att invändningsförfarandet kommer att utnyttjas som ett icke-ingripandebesked. Det vill säga att parter, som är osäk-

ra på om deras avtal faller under artikel 85.1 eller om det verkligen täcks av Teknikförordningen, kommer att anmäla detta enligt proceduren i förhoppningen att kommissionen förblir passiv under fyramånadersperioden. Genom kommissionens underlåtenhet att agera får parterna en direkt bekräftelse på att förordningen är tillämplig. En särskild fördel med invändningsförfarandet jämfört med ansökan om individuellt undantag är att gruppundantaget inte är tidsbegränsat till annat än själva förordningens fortlevnad.

Som framhållits i avsnitt 11.3 kan invändningsförfarandet visa sig särskilt användbart vid marknadsställning överstigande 40%, vilket marknadsdominerande företag har anledning att utnyttja. Har kommissionen inte riktat invändningar mot ett avtal som anmälts enligt invändningsförfarandet, bör företagen dels kunna förlita sig på att artikel 85 inte är tillämplig, men också på att kommissionen inte i efterhand kan hävda att artikel 86 skulle vara det.[17] Mot det anförda kan det hävdas att missbrukligt agerande är förbjudet i artikel 86, utan möjligheter till undantag. Domstolens argumentering talar dock för att invändningsförfarandet kan innebära ett alternativ. Naturligtvis står det kommissionen fritt att rikta invändningar mot en sådan anmälan, men förhåller den sig passiv bör företagen kunna förlita sig på att avtalet är undantaget.

12.2 Återkallande av gruppundantag

Kommissionens gruppundantag för avtal om tekniköverföring undantar egentligen inte något som EG-domstolen förklarat vara förbjudet enligt artikel 85 eller artikel 86. Likväl kan det finnas risk för att avtal som har allvarligt konkurrensbegränsande effekter kan komma att slinka in under förordningen. Svenska Tetra Paks inli-

[17] EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89 (*Tetra Pak I*), Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334, punkt [28]: »The way in which the question of exemption arises may in practice be different depending on whether an individual or block exemption is involved. The grant of an individual exemption presupposes that the Commission has found that the agreement in question complies with the conditions set out in Article 85(3). So, where an individual exemption decision has been taken, characteristics of the agreement which would also be relevant in applying Article 86 may be taken to have been established. Consequently, in applying Article 86, the Commission must take account, unless the factual and legal circumstances have altered, of the earlier findings made when exemption was granted under Article 85(3).»

censiering av en ny teknologi för mjölkförpackningar innehöll inte några allvarliga begränsningar, men till följd av företagets marknadsstyrka ansågs avtalet menligt inverka på konkurrensen. Överenskommelsen är därmed ett bra exempel på avtal som kommissionen egentligen inte avsett att frita i grupp. Även om dominerande företags licenssamverkan efter *Tetra Pak* styrs av artikel 86, kvarstår risker. Teknikförordningen förbehåller därför kommissionen rätten att förklara att formellt undantagna avtal likväl inte skall omfattas av förordningen.

12.2.1 »Missbruksprincip» i ny tappning

Enligt den tidigare förhärskande missbruksprincipen förbehöll sig myndigheten rätten att ingripa i det enskilda fallet om den konstaterar att ett förfarande var konkurrensskadligt. Denna tanke kan sägas komma tillbaka genom möjligheten till återkallande i artikel 7:

> *Kommissionen kan enligt artikel 7 i förordning nr 19/65/EEG besluta att denna förordning inte skall tillämpas om den i ett visst fall konstaterar att ett avtal som är undantaget enligt denna förordning ändå har vissa verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i fördragets artikel 85.3 – – –.*

Även om återkallandet funnits med i tidigare förordningar har det hittills inte använts på licensavtal. Sannolikt är det helt enkelt svårt för kommissionen att identifiera oanmälda avtal med skadlig effekt på konkurrensen. När det väl fastställs att ett visst marknadssegment inte är konkurrensutsatt kan det finnas många skäl för avsaknaden av konkurrens. Det mest påtagliga är att marknaden styrs av dominerande företag som missbrukar sin ställning. Ofta klagar förfördelade parter som inte kunnat få tillgång till den licensierade tekniken oavsett om det dominerande företaget är licensgivare[18] eller licenstagare[19] och kommissionen uppmärksammas därigenom på för-

[18] EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83 (*Windsurfing*), Windsurfing International Inc. mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489. I målet gjordes inte gällande att Windsurfing intog en dominerande ställning, vilket sannolikt varit fallet om den relevanta marknaden begränsats till surfingsegel. Ärendet aktualiserades av parter som inte kunde utnyttja Windsurfings uppfinning.

[19] Mål T-51/89, *Tetra Pak I*, not 17 ovan. Tetra Pak uteslöt i sin egenskap av exklusiv licenstagare att tekniken utnyttjades av konkurrent, som anmälde förhållandena till kommissionen.

hållandena. Däremot är det osannolikt att kommissionen annat än händelsevis – och då företrädesvis genom »skrytartiklar» i Financial Times och andra ledande tidningar – får kännedom om icke anmälda avtal, vilket kanske kan förklara det begränsade antalet återkallade avtal.

Paralleller med andra gruppundantag kan ge viss vägledning, eftersom de alla med stöd av rådets Förordning 19/65[20] innehåller samma möjlighet för kommissionen att återkalla gruppundantagen.

I de under 1995 avkunnade domarna *Langnese* och *Schöller*[21] hade tysk industri anmält ett exklusivt standardavtal för leverans av glass, som innehöll tvåårigt inköpsåtagande med vidhängande förbud för köparen att tillhandahålla konkurrerande glassorter. Kommissionen klargjorde sin positiva inställning till avtalet i ett comfort letter 1985. När Mars några år senare inledde sin hårda lansering av fransktillverkade glassprodukter på den tyska marknaden fungerade de tidigare godtagna inköpsavtalen som ett hinder, vilket Mars anmälde till kommissionen. Kommissionen reaktiverade det tidigare anmälningsärendet och fastslog genom beslut att Langneses och Schöllers avtal föll under artikel 85.1 och att undantag enligt artikel 85.3 inte kunde beviljas. Dessutom utnyttjade kommissionen sin befogenhet att föreskriva särskilda åtgärder enligt artikel 3 i Förordning 17/62 och ålade företagen att inom tre månader informera sina avtalsparter om beslutet. Som lök på laxen förbjöds Langnese och Schöller att ingå exklusiva inköpsavtal till den 31/12 1997.[22]

Langnese och Schöller överklagade jämlikt Romfördragets artikel 173 kommissionens beslut och anförde att återkallandet inte genomförts enligt gruppundantaget för exklusiva inköpsavtal[23] och också att ett återkallande inte kunde ske om förutsättningarna för individuellt undantag var uppfyllda.

EG:s förstainstansrätt konstaterade att flertalet av Langneses och

[20] »Förordning 19/65», Rådets förordning (EEG) nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, EGT 1965 nr 533/65.

[21] Mål T-7/93 *Langnese* och mål T-9/93 *Schöller*, not 10 ovan.

[22] EG-kommissionens beslut 93/406/EEC, Mars GmbH mot Langnese-IGLO GmbH & Co. KG, 23 december 1992: EGT 1993 L183/19, [1994] 4 CMLR 51 och beslut 93/405/EEC, Mars GmbH mot Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, 23 december 1992: EGT 1993 L183/1, [1994] 4 CMLR 51.

[23] »Inköpsförordningen», Kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal, EGT 1983 L173/5.

Schöllers leveransavtal inte föll under Inköpsförordningen eftersom de var tillsvidareavtal som uteslöts från gruppundantag av förordningens artikel 3.d).[24] Eventuella övriga avtal kunde återkallas av kommissionen om villkoren i artikel 85.3 i Romfördraget inte var uppfyllda. Huruvida återkallandet var genomfört i exakt överensstämmelse med artikel 14.a) och 14.b) i förordningen saknade relevans, eftersom dessa bara gav exempel.

12.2.2 Stark marknadsställning

Även om återkallandet enligt Teknikförordningen inte utnyttjats för licensavtal är möjligheten en nödvändig säkerhetsventil. Återigen utgör *Tetra Pak* ett bra åskådningsexempel där ett starkt dominerande företag tillskansat sig en exklusiv licens som utestängde konkurrenter från en betydelsefull nyutveckling. Kommissionen fullföljde, trots Tetra Paks avtalsjusteringar, det beslut som sedermera ledde till överklagande och förstainstansrättens välbekanta dom.

Fyrtio procent. I diskussionen inför den nya Teknikförordningen drog kommissionen långtgående slutsatser av *Tetra Pak* och åberopade dessa som skäl för att förordningen inte skulle tillämpas när parterna hade en stark marknadsställning.[25] Den slutliga lösningen blev att invändningen förpassades till artikel 7.1 som klargör att undantaget kan återkallas:

> *– – – särskilt om avtalet har till resultat att förhindra att de licensierade produkterna inom licensområdet utsätts för effektiv konkurrens från varor eller tjänster som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, pris eller tilltänkta användning betraktas som utbytbara eller substituerbara av konsumenterna, vilket i synnerhet skulle kunna vara fallet då licenstagaren har en marknadsandel på över 40 procent.*

Tillägget om 40% fungerar som en presumtion, men utesluter inte att även andra avtal kan komma under kommissionens behandling. I ingressen sägs att den bristande konkurrens i licensområdet[26] som

[24] Mål T-7/93 *Langnese*, not 10 ovan, punkt [138].

[25] Se Lidgard, not 16 ovan, s. 802 ff.

[26] Begreppet »licensområdet» definieras i artikel 10.11 till att avse »det område omfattande hela den gemensamma marknaden eller åtminstone en del av denna där licenstagaren har rätt att utnyttja den licensierade tekniken».

bestämmelsen tar sikte på kan uppkomma när licenstagaren har en stark ställning på marknaden. »I sin bedömning av konkurrensvillkoren kommer kommissionen att ta särskild hänsyn till de fall då licenstagarens marknadsandel överstiger ett tröskelvärde på 40% av den totala marknaden för de licensierade produkterna och av alla produkter eller tjänster som konsumenterna anser vara utbytbara eller substituerbara med hänsyn till deras egenskaper, deras pris och deras användning.»

Licenstagarens marknadsandel. Det är värt att notera att det är *licenstagarens* marknadsandel[27] för utbytbara produkter som lyfts fram. Licensgivarens marknadsandel är numera, på goda grunder, inte väsentlig. Däremot anger inte artikel 7 om det är situationen vid avtalstillfället eller vid ett senare tillfälle som avses. I tidigare förordningsutkast var tröskelvärdet kopplat till tiden för avtalets ingående.[28] Med den gällande formuleringen utesluts inte att bedömningen gäller vid en senare tidpunkt. Tidigare var det också klart att licenstagarens försäljning av licensprodukten inte omfattades av marknadsandelsberäkningen. Inte heller denna inskränkning framgår av gällande lydelse i artikel 7.

Utelämnandet av preciseringarna är inte förvånande. I tidigare förslag var det viktigt att veta hur gränsen mellan undantagna och inte undantagna avtal skulle dras. Även om avtalet föll under undantaget kunde det drabbas av ett senare återkallande med stöd av artikel 7, eftersom denna bestämmelse i samtliga versioner placerar avtalet i sitt totala ekonomiska sammanhang och bedömer de kon-

[27] Begreppet »licenstagarens marknadsandel» definieras i artikel 10.9. Definitionen klargör vad som förstås med utbytbara produkter och därmed är upprepningarna i ingressen och artikel 7.1 alldeles onödiga.

[28] »Förslag 1995», Règlement (CE) de la Commission concernant l'application de l'Article 85 paragraph 3 du Traité á des Catégories d'accords de transfer de téchnologie. Document C (95) 2353 av 21 september 1995 med odaterade tilläggsförslag. Ej officiellt. Artikel 1.6: »Where the parties are competing manufacturers, the exemption provided for in paragraph 1 shall apply to an agreement containing the obligation referred to in paragraph 1(4)–(6) only where the licensee which is protected by such obligations holds a market share of no more than 40 per cent at the time his agreement is concluded, if the licensed products are identifiable at such time or, if not, as soon as they are identifiable.»

kurrensbegränsande effekterna från en övergripande utgångspunkt.[29]

Förbud mot framtida avtal. En särskild aspekt i *Langnese* gällde kommissionens beslut att inte bara förbjuda existerande avtal, utan att också förhindra företagen att ingå exklusiva leveransavtal fram till slutet av 1997. Syftet med beslutet i denna del var att bryta Langneses och konkurrenten Schöllers dominerande ställning och ge övriga konkurrenter en möjlighet att hämta in de dominerande företagens försprång. Utan en sådan order – som kommissionen ansåg att det fanns stöd för i Förordning 17/62 – skulle företagen bara ersätta ogiltiga avtal med avtal som föll under gruppundantaget. Förstainstansrätten accepterade dock inte att kommissionen skulle ha rätt att förbjuda framtida avtal. Artikel 3 i Förordning 17/62[30] ger kommissionen endast rätt att förbjuda existerande avtal. Om gruppundantaget skulle uteslutas, måste det ske genom motiverat beslut i det enskilda fallet. Generella beslut om framtida avtal skulle strida mot kravet på likabehandling som är en av gemenskapsrättens grundläggande principer.[31]

12.2.3 Absolut områdesskydd

Vidare ger artikel 7.2 och 7.3, som behandlar avtalets marknadsuppdelande effekt, exempel på situationer där gruppundantaget kan

[29] Mål 56/65, *STM-MBU*, not 2 ovan, s. 250: »– – – Therefore, in order to decide whether an agreement containing a clause granting an exclusive right of sale is to be considered as prohibited by reason of its object or of its effect, it is appropriate to take into account in particular the nature and quantity, limited or otherwise, of the products covered by the agreement, the position and importance of the grantor and the concessionaire on the market for the products concerned, the isolated nature of the disputed agreement or, alternatively, its position in a series of agreements, the severity of the clauses intended to protect the exclusive dealership or, alternatively, the alternatives allowed for other commercial competitors in the same products by way of parallel re-exportation or importation.»

[30] Artikel 3 i Förordning 17/62, not 3 ovan, har följande svenska lydelse, punkt 1: »Konstaterar kommissionen, efter ansökan eller på eget initiativ, en överträdelse av bestämmelserna i fördragets artikel 85 eller artikel 86, kan den ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen.» I den engelska versionen sägs: »– – – it may by decision require the undertakings or associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end.»

[31] Mål T-7/93 *Langnese*, not 10 ovan, punkt [208] f.

återkallas.[32] Det första exemplet gäller när licenstagaren inte tillgodoser efterfrågan från andra licenstagares områden, medan det andra exemplet möjliggör återkallande av gruppundantaget när parterna inom sina respektive områden vägrar att sälja till köpare som avser att exportera produkten. Bestämmelserna sammanfaller med kommissionens tidigare beskrivna restriktiva inställning till begreppet »absolut områdesskydd». Det tredje fallet som berörs i artikel 7 avser situationer där parterna åberopar nationella rättigheter snarare än avtalsåtaganden för att förhindra att tredje man får tillgång till produkterna.

Samtliga dessa bestämmelser är i fokus för kommissionens ambition att upprätthålla fria varurörelser. Att de utgör skäl för gruppundantagets återkallande är en påminnelse om att kommissionen fortsatt intar en hård inställning till marknadsuppdelande aktiviteter – även om det kan hävdas att EG-domstolen i sin tolkning av artikel 85 inte gått lika långt som kommissionen.[33]

Det kan dock ifrågasättas om bestämmelserna i artikel 7 fyller annat än en pedagogisk funktion. Artikel 7.2 behandlar passiv försäljning utöver den i artikel 1 undantagna femårsperioden. Eftersom gruppundantaget i artikel 1 bara medger passiv försäljning under en femårsperiod, är en konsekvens att därefter gäller förbud. Något behov av att återkalla gruppundantaget föreligger således inte. Ett likartat resonemang kan föras beträffande artikel 7.3 eftersom de i denna bestämmelse angivna avtalskonstruktionerna överhuvudtaget inte erhållit undantag, utan tvärtom uttryckligen förbjuds i förordningens artikel 3. Att i artikel 7 förklara att gruppundantaget kan återkallas för icke undantagna eller uttryckligen förbjudna bestämmelser framstår som en överloppsgärning.

12.2.4 Andra »missbrukssituationer»

Artikel 7.4 är ett komplement till konkurrensförbudet i artikel 3 genom att möjliggöra återkallande om

> *parterna var konkurrenter den dag då licensen meddelades och de skyldigheter för licenstagaren att tillverka en minimikvantitet eller att på bästa sätt utnyttja den licensierade tekni-*

[32] Det faktum att det rör sig om exempel har diskuterats ovan under avsnitt 12.1.1.
[33] Se kapitel 4 om exklusiva licensavtal.

ken som avses i respektiv artikel 2.1.9 och artikel 2.1.17 medför att licenstagaren förhindras att använda konkurrerande teknik.

Bestämmelsen kan nog bäst ses som ett exempel – och uppräkningen är inte heller i detta sammanhang avsedd att vara uttömmande – på att även om parterna byggt sitt avtal i överensstämmelse med förordningen, kan det få konkurrensbegänsande effekter som kan föranleda ett återkallande.[34]

Slutsatsen av det anförda resonemanget är att medan den grå listan i artikel 4 behöver förtydligas med precisa bestämmelser om vad som skall förbjudas, gäller egentligen motsatsen för återkallandet av gruppundantaget. De exempel kommissionen använt för att illustrera sina möjligheter är egentligen föga upplysande och delvis direkt missvisande. Detta faktum förtar dock inte behovet för kommissionen att kunna pröva avtal som formellt uppfyller gruppundantagets detaljerade bestämmelser – men med utgångspunkt från en allmän bedömning av avtalets effekter utifrån artikel 85.1 och 85.3 – möjligen med det tillägget att kommissionen är särskilt intresserad av betydande marknadsandelar.

Oavsett hur bestämmelsen är formulerad är det på detta sätt den kommer att tillämpas i praktiken. Det spelar sannolikt ingen roll att kommissionen lämnat ett par till intet förpliktande exempel.

12.3 Individuell anmälan

Minsta avtalsavvikelse, som kan anses innehålla konkurrensbegränsande skyldigheter, öppnar möjlighet att ifrågasätta Teknik-

[34] Mål T-7/93 *Langnese*, not 10 ovan. Företaget hävdade att kommissionen när den avsåg att återkalla gruppundantaget bara fick göra det om och till den del avtalen stred mot artikel 85.1 och inte kunde erhålla undantag. Om således avtalstidens längd var problemet med Langneses avtal skulle denna klausul ogiltigförklaras, men avtalet i övrigt bestå. Tanken var att giltiga delar i ett avtal lever vidare om de kan separeras ur avtalet utan att det därigenom blir meningslöst. Langnese hänvisade till Delimitis-avgörandet och proportionalitetsprincipen, som innebär att gemenskapens institutioner inte skall gå längre än vad som krävs för att nå det aktuella syftet. Domstolen konstaterade att käranden hade att bevisa att avtal som kommissionen menade inte uppfyllde förutsättningarna i artikel 85.3 gjorde det och att företaget inte uppfyllt detta bevisbördekrav.

förordningens tillämplighet. I det betydelsefulla *Delimitis*-avgörandet,[35] som berör ett exklusivt leveransavtal från bryggeriet Henniger Bräu till kaféinnehavaren Delimitis, aktualiseras bl.a. detta problem. Delimitis, som hyrt sin utskänkningslokal av bryggeriet, hade åtagit sig att köpa öl och andra läskedrycker från Henniger Bräu. Huvudfrågan gällde avtalets giltighet med hänvisning till att det innehöll bestämmelser som stred mot det specifika gruppundantaget för ölleveransavtal.[36]

Domstolen behandlar i domen gruppundantagens ställning i förhållande till artikel 85.1 och de nationella domstolarnas möjligheter att agera. Enligt den arbetsfördelning som gäller enligt artikel 9 i Förordning 17/62 i konkurrensärenden har kommissionen ensamkompetens att utforma och tillämpa undantag med förbehåll för EG-domstolens granskningsmöjlighet. Detta gäller även rätten att utfärda gruppundantag.[37] I ölleveransavtalet saknades ett i gruppundantaget stipulerat »mest-gynnat-pris», vilket var tillräckligt för att gruppundantaget inte var tillämpligt.[38] Enda möjligheten att gardera sig mot att små avvikelser får omfattande konsekvenser är att göra en individuell anmälan av avtalet.

[35] EG-domstolen, mål C-234/89, Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, 28 februari 1991: [1991] I REG 935, [1992] 5 CMLR 210.

[36] Inköpsförordningen, not 23 ovan, Title II.

[37] EG-domstolen, mål 63/75, Fonderies Roubaix, 3 februari 1978: [1976] REG 111, [1976] 1 CMLR 538.

[38] Mål C-234/89, *Delimitis*, not 35 ovan, para [40]: »However, the fact that a beer supply agreement does not satisfy the conditions for block exemption does not necessarily mean that the whole of the contract is void under Article 85(2) of the Treaty. It is only those aspects of the agreement which are prohibited by Article 85(1) that are void. The agreement as a whole is void only if those parts of the agreement are not severable from the agreement itself.» Jfr EG-domstolen, mål 56 & 58/64, Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418 och mål 56/65, *STM – MBU*, not 2 ovan. Wiedermann, G., Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Köln 1989, s. 215: »Nach der hier vertretenen Ansicht erstrecken sich die Sanktionen der EWG-Rechts nur auf den 'übershiessenden' Teil der Wettbewerbsbeschränkungen; die Vereinbarung bleibt in ihrem Kern gruppenfreigestellt und daher wirksam.»

12.3.1 Licensavtal är anmälningsbefriade

Med stöd av Förordning 17/62[39] kan det hävdas att licensavtal mellan två parter överhuvudtaget inte är anmälningspliktiga. Denna särbehandling är en kvarleva från den tid kommissionen i linje med sitt tillkännagivande 1962 (»julbudskapet»)[40] intog en frikostigare inställning till licenssamverkan. Medan julbudskapet återkallades redan i mitten på 1980-talet kvarstår Förordning 17/62 oförändrad och licensavtal är alltjämt befriade från anmälan. Anmälningsbefrielsen innebär dock inte ett godkännande av avtalet. Det kan visserligen tillämpas utan risk för böter – däremot kan kommissionen vid varje tillfälle besluta att förbjuda detsamma. Vidare måste parterna vara helt övertygade om att avtalet verkligen faller under förordningen och inte innehåller begränsningar som går utöver ramen för »immaterialrättighetens speciella föremål».[41] Härigenom blir räckvidden av anmälningsundantaget i artikel 4.2.2 b) mycket begränsad och parter som vill undvika risker tvingas till individuell anmälan.

12.3.2 Anmälan enligt invändningsförfarandet

Anmälan av avtal som varken innehåller bestämmelser som är direkt tillåtna eller direkt förbjudna skall ske enligt invändningsförfa-

[39] »Förordning 17/62», se not 3 ovan, artikel 4.2.2.b): »Punkt 1 gäller inte avtal, beslut och samordnade förfaranden om – – – 2) högst två företag är parter och avtalen endast innebär – – – b) att den som förvärvar eller utnyttjar rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd – särskilt patent, bruksmönster, mönster eller varumärken – eller den som enligt avtal om överlåtelse eller upplåtelse har rätt att använda en tillverkningsmetod eller kunskaper om användning och tillämpning av industriella processer åläggs begränsningar i utnyttjandet av dessa rättigheter – – –.»

[40] »Julbudskapet», kommissionens officiella tillkännagivande om patentlicensavtal, EGT 1962 nr 139/2922 av den 24 december 1962.

[41] Mål 193/83, *Windsurfing*, not 18 ovan, punkt [100]: »As regards the applicability in this case of Article 4.2.2.b) of Regulation No 17, it must be stated that the restriction laid down in the clauses at issue exceed the scope of the rights conferred by the patent because they also encompass the board, which is not covered by the patent, and because they include an obligation not to challenge Windsurfing International's trade-marks and patent.» Se också EG-kommissionen, beslut 74/494/EEC (*Kabelmetal*), Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40. Punkt [48]: »– – – did not fall within subparagraph 2.b of Article 4.2 of the regulation since its effect is not simply to impose restrictions on the exercise of the rights of the user of industrial property rights.»

randet. Anmälan är individuell men innebär inte en ansökan om ett individuellt undantag enligt Förordning 17/62, utan sker i förhoppningen att kommissionen inte anser sig ha invändningar mot avtalet. Efter utgången av fyramånadersfristen anses avtalet omfattat av gruppundantaget. Skulle däremot kommissionen ha invändningar, behandlas anmälan enligt Förordning 17/62 och behöver sannolikt kompletteras för att klara en fullständig granskning från kommissionens sida.

12.3.3 Individuell anmälan enligt Förordning 17/62

Avtal som eventuellt faller under förbudet i artikel 85.1 och som inte med säkerhet kan fogas in under Teknikförordningen kan vara förbjudna och därmed också ogiltiga. Enda utvägen enligt artikel 85 i Romfördraget är att kommissionen meddelar undantag från förbudet enligt artikel 85.3, om kriterierna i denna bestämmelse uppfyllts.

Ett villkor för att undantag skall kunna beviljas är att parterna riktar framställan till kommissionen. Reglerna om hur denna ansökan skall genomföras återfinns i Förordning 17/62, som fastslår att berörda företag har två möjligheter:

Artikel 2: parter kan begära icke-ingripandebesked, eller

Artikel 4: parter kan anmäla avtalet med begäran om individuellt undantag.

Icke-ingripandebeskedet behandlas i artikel 2 i Förordning 17/62 och innebär en förklaring från kommissionen att den på grundval av de förutsättningar som angivits i anmälan inte anser att avtalet faller under förbudet i artikel 85.1. Icke-ingripandebeskedets status är omtvistad. Å ena sidan stadgar artikel 2 i Förordning 17/62 att kommissionen »may certify», vilket inte tyder på ett bindande beslut. Å andra sidan framgår det av tillägget till Formulär A/B[42] punkt II att icke-ingripandebeskedet sker genom formenligt beslut, vilket tyder på en mer långtgående räckvidd. Kommissionen har

[42] »Formulär A/B», Kommissionens förordning (EEG) nr 3385/94 av den 21 december 1994 om form, innehåll och övriga detaljer beträffande ansökningar och anmälningar som fastställs i Rådets förordning nr 17, EGT 1994 L377/28.

dock klargjort att beskedet inte kan anses ha någon bindande verkan för t.ex. medlemsstaternas domstolar.[43] Beslutet kan dock enligt kommissionen ha ett bevisvärde rörande tolkningen av de gemenskapsrättsliga reglerna.[44]

En fördel med icke-ingripandebeskedet är att det också kan täcka ett dominerande företags åtgärder, som skulle ha förbjudits enligt artikel 86 om de vore ett missbruk av den dominerande ställningen. Artikel 86 innehåller däremot inte någon möjlighet att undanta ett missbrukligt agerande från förbudet och detta bekräftas av Förordning 17/62.

En anmälan för erhållande av undantag eliminerar risken för böter, vilket inte är fallet med icke-ingripandebeskedet. Lösningen är att parten samtidigt ansöker om icke-ingripandebesked och, för det fall sådant inte skulle beviljas, undantag. Därmed erhålles immunitet fram till den tidpunkt kommissionen upphäver densamma. Ytterligare en fördel med att begära undantag är att ett sådant kan ges retroaktiv verkan från dagen för anmälan och att beslutet, förutom att frita från framtida bötesrisk, också har en civilrättslig verkan, eftersom avtalet inte längre kan förklaras civilrättsligt ogiltigt av nationella domstolar med stöd av artikel 85.2.

Ett individuellt undantag är ett bindande beslut från kommissionen, som innebär att avtalet anses falla under artikel 85.1 men kan tillåtas under en begränsad tidsperiod därför att det anses uppfylla villkoren för undantag i artikel 85.3. Anmälan skall utformas i överensstämmelse med föreskrifterna i Formulär A/B[45] och skall i allt väsentligt innehålla samma uppgifter oavsett om det är ett icke-ingripandebesked eller ett undantag som efterfrågas. De formella kraven preciseras i det detaljerade frågeformulär som följer med Formulär A/B som måste besvaras korrekt och fullständigt. Denna punkt förtjänar att understrykas: I gemenskapen råder, till skillnad från vissa enskilda länder, ingen anmälningsplikt för kon-

[43] Svar på parlamentsfråga 1508/81, EGT 1982 C85/6.

[44] Se Ritter m.fl., not 4 ovan, s. 716 f. och »Samverkanstillkännagivandet», not 1 ovan.

[45] Formulär A/B, se not 42 ovan.

kurrensbegränsande avtal.[46] Väljer däremot part att frivilligt anmäla sitt avtal i syfte att nå de fördelar som är kopplade med en notifiering, krävs att uppgifterna är kompletta och fullt vederhäftiga, vilket påföljdssanktionerats i artikel 15 i Förordning 17/62.

När kommissionen erhåller en anmälan bekräftar den omgående mottagandet av dokumentet. Därefter råder inga tidsgränser för det fortsatta förfarandet, utan kommissionen kan själv välja sin prioritetsordning. Över åren märks det att kommissionen »betar av» olika områden och att licensavgöranden således hanterats i nära anslutning till varandra och ofta förebådande en generell rättsakt. Kommissionen använder de inkomna ansökningarna för att utveckla en policy som därefter kan generaliseras. Det betyder att vissa ärenden kan föras till beslut inom en tolvmånadersperiod medan andra får ligga på is under decennier. En normal handläggningstid torde vara ett par år. Som framgår av kommissionens årliga rapporter, är det ett försvinnande litet antal ärenden som leder till formenligt beslut, flertalet avvecklas genom att kommissionen utfärdar ett comfort letter.[47] Besluten används främst för att hantera ekonomiskt eller policymässigt viktiga ärenden, medan övriga löses genom en informell hantering där kommissionen tvingar fram nödvändiga justeringar under hot om formellt ingripande.

Om kommissionen avser att fatta beslut med anledning av en anmälan, föregås detta av konsultationer med sökanden. Dessa följs av publicering av intentioner och ett formellt invändningsunderlag från kommissionen (»statement of objections») samt samråd med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor innan det slutliga beslutet publiceras. Själva publiceringen fördröjs inte sällan av förhandlingar mellan kommissionen och berörd part om vilken information som omfattas av sekretess och således inte får publiceras.

[46] Mål *56/65*, *STM-MBU*, not 2 ovan, s. 248: »– – – the fact that an agreement is not notified to the Commission, as provided for in those regulations, cannot make an agreement automatically void. It can only have an effect as regards exemption under Article 85.3.»

[47] Under 1994 öppnades 392 nya ärenden och kommissionen hade sammanlagt 1052 ärenden att hantera vid utgången av året. Sammanlagt 552 ärenden avslutades varav 33 ledde till ett formenligt beslut - därav 2 icke-ingripandebesked och 17 individuella undantag. Samtidigt sände kommissionen ut 197 comfort letters och avslutade 316 ärenden utan vidare åtgärd enligt 1994 års konkurrensrapport s. 629 f.

12.3.4 Comfort letters

Comfort letters är en administrativ praxis som inte ursprungligen förutsågs i Förordning 17/62, utan har utvecklats under senare år för att förenkla kommissionens handläggning.[48] När parterna gör sin individuella anmälan skall de avslutningsvis, enligt Formulär A/B, ange om ett comfort letter räcker för att avsluta ärendet efter kommissionens granskning. Comfort letter är, till skillnad från ett icke-ingripandebesked eller beslut om undantag enligt artikel 85.3, inte ett formenligt beslut enligt Romfördragets artikel 189, utan snarare ett icke bindande yttrande. Det ger den sökande besked om att kommissionen inte ser någon anledning att ingripa, vilket ju är den sökandes primära målsättning med sin anmälan. Huruvida detta besked lämnas genom ett formellt beslut eller i ett informellt meddelande saknar intresse för den sökande. Kan ett comfort letter leda till en snabbare positiv handläggning har företagen i allmänhet ingen invändning.

Efter ett klargörande av att det anmälda förfarandet inte ger anledning till konkurrensrättsliga invändningar och att kommissionen inte ser anledning att ingripa, tillägger kommissionen i sitt meddelande att den likväl förbehåller sig rätten att på nytt öppna proceduren om betydande legala eller faktiska förändringar skulle tillstöta. I vissa fall går kommissionen ett steg längre och publicerar sin avsikt att fatta beslut eller utfärda comfort letter och inviterar intresserade att inkomma med synpunkter. Publiceringen ger comfort letters en större pålitlighet än när ställningstagandet sker i brevväxling mellan kommissionen och den sökande.

I *Langnese*[49] anförde företaget som en av fem grunder att kommissionens avvikelse från 1985 års comfort letter innebar ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen under åberopande av en serie avgöranden från EG-domstolen.[50]

---

[48] Wahl, N., Konkurrensförhållanden; Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, Ak. avh., Stockholm, 1994, s. 196 ff. med utförligare genomgång av comfort letter.

[49] Mål T-7/93, *Langnese*, not 10 ovan.

[50] Rättssäkerhetsprincipen (»the principle of the protection of legitimate expectations») har av EG-domstolen behandlats i mål 112/80 Firma A. Dürbeck mot Hauptzollamt Frankfurt am Main – Flughafen, 5 maj 1981: [1981] REG 1095, och mål 31/80 L'Oréal, 11 december 1980: [1980] REG 3775, [1981] 2 CMLR 235.

EG:s förstainstansrätt konstaterade dock i *Langnese* att comfort letters inte utgör något hinder för att granska Mars klagomål.[51] Comfort letters är ett sätt att lägga en fråga till handlingarna (»shelve») utan beslut.[52] Dessutom hade vissa betydelsefulla förändringar ägt rum genom Mars inträde på marknaden, vilket motiverade kommissionens agerande. Inte nog med det – kommissionen var skyldig att behandla klagomål enligt artikel 3 i Förordning 17/62 och artikel 6 i Förordning 99/63,[53] vilket kunde föranleda att ett tidigare comfort letter fick åsidosättas.

Den demonstrerade inställningen till comfort letter innebär att dessa har begränsad tillförlitlighet och det är en avvägning om företaget skall nöja sig med en sådan förenklad lösning. Valet av beslutsform borde egentligen inte vara kommissionens, utan kräver företaget ett formenligt bindande beslut vore det ett underlåtenhetsbrott från kommissionens sida om endast comfort letter utfärdades. Enligt Förordning 17/62 är kommissionen dock inte skyldig att fatta något beslut och ställningstagandet är därför ytterst kommissionens. Comfort letter befriar visserligen från bötesrisk och ger en viss presumtion om att avtalet inte är förbjudet, som kan vara användbar i ett nationellt förfarande.[54] Det ger emellertid inte samma verkan som ett bindande undantagsbeslut. Redan en anmälan av ett avtal ger ungefär samma status som ett comfort letter

Från industriell utgångspunkt är det beklagligt att bestämda, bindande besked inte kan krävas rörande avtalets giltighet. Ett mer lo-

[51] Mål T-7/93, *Langnese*, not 10 ovan, punkt [36]: »It is settled law that a comfort letter of the kind sent to the applicant following the notification of its supply agreements in 1985 constitutes neither a decision granting negative clearance nor a decision applying Article 85.3 of the Treaty within the meaning of Articles 2 and 6 of Regulation No 17, the comfort letter not having been adopted in accordance with the provisions of that regulation – – –.»

[52] Jfr EG-domstolens behandling av comfort letters i mål 253/78, 1 & 3/79 Guerlain, 10 juli 1980: [1980] REG 2327, [1981] 2 CMLR 99; mål 99/79 Lancôme, 10 juli 1980: [1980] REG 2511, [1981] 2 CMLR 164; mål 37/79 Marty, 10 juli 1980: [1980] REG 2481, [1981] 2 CMLR 143; mål 31/80 L'Oréal, not 50 ovan, och mål 170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact de Dott. Ing. Mario Andreoli & C.S.A.S., 12 juli 1984: [1984] REG 2999, [1985] 3 CMLR 224.

[53] Commission Regulation No 99/63/EEC of 25 July 1963 on the hearings provided for in Article 19.1 and 19.2 of Council Regulation No 17. OJ, Special Edition 1963–64.

[54] Se kommissionens och EG:s förstainstansrätts beslut i mål T-7/93 *Langnese*, not 10 och 24 ovan, samt mål 170/83, *Hydrotherm*, not 52 ovan, punkt [8]: »Although the findings and assessments of the Commission were not binding on the national court – – – it could none the less take account of the facts found in the clearance.»

giskt synsätt hade varit att en anmälan innebar att bötesrisken elimi-nerades. Comfort letter borde gå ett steg längre genom att binda kommissionen och vara vägledande för de nationella myndigheterna. Avser kommissionen att reaktivera ett comfort letter-ärende borde detta i vart fall ske med någon inbyggd fördröjningseffekt så att berört företag får en övergångstid för justeringar. Slutligen borde icke-ingripandebesked och beviljande av undantag, som faktiskt är formenliga beslut, vara bindande för medlemsstaternas myndigheter såvitt avser tolkningen av gemenskapsrätten. Däremot skulle inget hindra att nationell rätt intog en striktare inställning och förbjöd nationellt vad kommissionen tillåtit på gemenskapsplanet. För närvarande är denna logik dock inte accepterad, även om inget utesluter att den kan bli föremål för framtida tolkning av EG-domstolen.

12.3.5 Praktisk slutsats

Det är, som framgått, goda skäl som talar för en individuell anmälan för parter som önskar uppnå en rimlig säkerhet om att deras avtal inte är konkurrensbegränsande. Teknikförordningens ingress[55] uttrycker att även avtal som faller under förordningen, och därigenom normalt inte är anmälningspliktiga, kan anmälas med begäran om icke-ingripandebesked eller undantag enligt artikel 85.3 med stöd av Förordning 17/62. Som motargument mot den individuella anmälan brukar anföras att själva anmälningsarbetet är betungande. Anmälan skall utformas enligt Formulär A/B och besvara alla de frågor som preciseras i detta. Inte sällan innebär en sådan anmälningsprocedur ett lika stort arbete som själva avtalsförhandlingen.

Härutöver invänds också att det kan vara tveksamt att förse kommissionen med detaljerad information i oträngt läge. Trots alla sekretessförpliktelser kan företaget inte vara säkert på att materialet inte används på ett för företaget ofördelaktigt sätt, även om risken för informationsläckor är liten. Problem uppstår när information från ett ärende används i ett annat och genom att myndigheterna aktivt strävar efter ett ökat informationsutbyte.[56] Till exempel skall kommissionen vidarebefordra alla individuella anmälningar till

[55] Teknikförordningen, ingressens punkt 27.

[56] Samverkanstillkännagivandet, not 1 ovan. Notera det ökande informationsutbytet mellan kommissionen och Justice Department enligt det nyligen träffade samarbetsavtalet mellan myndigheterna. Se 1993 års konkurrensrapport s. 64 f.

medlemsstaterna för deras granskning och eventuella kommentar. Det är numera klarlagt att medlemsstaterna inte kan använda underlaget från kommissionen till att initiera ett eget agerande.[57] Å andra sidan är det lika klart att medlemsstaternas myndigheter kan inspireras av EU-informationen till att starta en egen undersökning.

Sett i det ljuset väljer många företag att justera avtalen så att de sannolikt faller under förordningen och att leva med den begränsade risk som kan finns för framtida ingripanden. Företagande är trots allt som att äta ostron – ett kalkylerat risktagande.

12.4 Nationell prövning av gemenskapens licensregler

Sedan 1962 har artiklarna 85 och 86 preciserats genom en omfattande rättspraxis. Vägledning har också vuxit fram för relationerna mellan gemenskapsrätt och nationell rätt. Olösta problem uppkommer dock när gemenskapen i tider av subsidiaritet skjuter över delar av ansvaret för tillämpning av konkurrensreglerna till medlemsstaternas myndigheter:

- Kan de nationella ingreppen vara mer omfattande än gemenskapsåtgärderna?
- Vad händer ett avtal som undantagits enligt gemenskapsrätten – kan det förbjudas av nationella regler?
- I vilken utsträckning kan gemenskapsreglerna åberopas för att grunda skadeståndsskyldighet?

Rättsutvecklingen kommer i framtiden att söka rimliga lösningar på dessa frågor. Inte minst för en ny medlemsstat som Sverige kommer det att kräva ett nytänkande i advokatkår och domstolar. Det vore emellertid att ge sig utanför ramen för detta arbete att mer djupgå-

[57] EG-domstolen, mål C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia mot Asociación Española de Banca Privada AEB, 16 juli 1992: 1992 I REG 4785.

ende penetrera dessa relationsfrågor.[58] Här skall därför bara göras några noteringar med anknytning till licensförhållanden.

12.4.1 Teknikförordningens tillämplighet i medlemsstaterna[59]

Gruppundantaget är utfärdat i förordningsform och är som sådant bindande och direkt tillämpligt i medlemsstaterna. Det faktum att förordningen utfärdats av kommissionen saknar betydelse eftersom det skett på delegation av rådet enligt Förordning 19/65.[60] I den utsträckning förordningens bestämmelser är tillräckligt klara och entydiga skapar de rättigheter och skyldigheter som de nationella domstolarna skall iaktta.

Frågan är vad som händer vid konflikt mellan Teknikförordningen och nationell konkurrensrätt. Kan de nationella reglerna modifiera gemenskapsreglerna? Kommissionen förefaller att förfäkta idén att ett undantag – oavsett om det tillkommit individuellt eller i grupp – är en positiv gemenskapshandling som enligt principen om företräde för gemenskapsrätten skall respekteras av medlemsstaterna.[61] Den inställningen är dock inte utan invändningar – inte minst eftersom den skapar allvarliga effekter för de nationella konkurrensreglerna. Till exempel förutsätter de svenska gruppundantagen genomgående lägre omsättningstal för befrielse, vilket är helt naturligt då den svenska marknaden är betydligt mindre än gemenskapens. Det kan betyda att ett avtal som har sina effekter både mellan medlemsstaterna och i Sverige kan vara undantaget i gemenskapen men förbjudet i Sverige.

---

[58] I detta avsnitt hänvisas framför allt till Nils Wahls doktorsavhandling Konkurrensförhållanden, not 48 ovan, som har relationerna mellan gemenskapsrätt och nationell rätt som huvudtema. Kapitel 8 innehåller en detaljerad genomgång av de i detta avsnitt berörda frågorna. Författaren har tidigare behandlat relationerna mellan europeisk rättsordning och svensk rätt: Lidgard, H.H., Sverige, EEC och konkurrensen, Lund 1977, s. 24 ff. och De nordiska EEC-avtalens förhållande till intern rätt, TfR 1977, s. 133.

[59] Fejø, J., EF-konkurrenceret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993 s. 155 ff.

[60] Förordning 19/65, not 22 ovan.

[61] Se Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, London 1993 (4th ed.), s. 675.

Att de svenska reglerna rimligen inte kan anses vara i strid med gemenskapsåtagandet följer av att gemenskapsrätten i andra sammanhang klart uttalat anses vara minimiåtaganden och att medlemsstaterna kan gå längre i sin interna lagstiftning.[62] Så länge lagstiftningen söker tillgodose samma mål som EG-lagstiftningen, men till och med är striktare och går längre, bör inte invändningar på gemenskapsgrund riktas mot den nationella lagstiftningen. Stöd för en sådan uppfattning kan delvis också hämtas från det klassiska *Walt Wilhelm*,[63] som gällde kommissionens ingrepp mot en internationell färgämneskartell,[64] och Bundeskartellamts samtidiga ingrepp mot dess tyska medlemmar. Bägge instanserna utdömde böter och det tyska ärendet överklagades till nationell domstol som i sin tur hänsköt tolkningsfrågan till EG-domstolen.

Problemet gällde om ett och samma förfarande kunde leda till parallella ingrepp från myndigheternas sida. Domstolen konstaterade att de gemensamma och de nationella rättsreglerna kan existera sida vid sida och att de behandlar avtal från olika utgångspunkter. Inget hindrar nationella myndigheter att agera med stöd av sin interna lagstiftning, även om ett parallellt förfarande initierats på gemenskapsplanet:

> – – – subject however to the condition that application of national law may not prejudice the full and uniform application of Community law or the effects of measures taken to implement it.[65]

[62] För svenskt vidkommande var detta en viktig punkt under medlemskapsförhandlingarna med EU – inte minst i relation till Sveriges hårdare miljöregler. Se t.ex. EU-avtalet, informationsskrift utgiven av Utrikesdepartementets handelsavdelning, Lidköping 1994, s. 10.

[63] EG-domstolen, mål 14/68, (*Walt Wilhelm*) Wilhelm mot Bundeskartellamt, 13 februari 1969: [1969] REG 1, [1969] CMLR 100. Se för analys av Walt Wilhelm, Wahl, not 48 ovan, s. 305 ff.; Bernitz, U., Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer. Ak. avh. Stockholm 1969, s. 365 och Stenberg, H., Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet, Ak. avh. Nyköping 1974, s. 279.

[64] EG-domstolens dom kom i mål 48/69 (*ICI*), Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen, 14 juli 1972: [1972] REG 619, [1972] CMLR 557.

[65] Mål 14/68, *Walt Wilhelm*, not 63 ovan, para 9.

I överensstämmelse med domen i *Costa Enel*-målet[66] fastslog EG-domstolen också för konkurrensrättens del att principen om gemenskapsrättens företräde skulle respekteras och att den nationella myndigheten måste anpassa sina åtgärder.[67]

Walt Wilhelm-målet ger stöd för slutsatsen att nationella åtgärder inte kan upphäva effekten av ett negativt gemenskapsbeslut. Därför kan inte en nationell åtgärd tillåta vad som förbjudits av gemenskapsrätten. Huruvida samma slutsats också, på det sätt kommissionen hävdar, gäller när gemenskapen tillåter men den nationella rättsordningen vill förbjuda är, som framgår av inledningen, mer tveksamt. I *Guerlain*-domen[68] ansågs franska myndigheter ha rätt att agera trots att kommissionen utfärdat ett comfort letter som innebar att kommissionen inte fann anledning att ingripa mot det aktuella avtalet. EG-domstolen nöjde sig med att konstatera att ett comfort letter inte var bindande och behövde inte ta ställning till hur ett individuellt undantag eller gruppundantag skulle hanteras nationellt.

Nils Wahl är den svenske rättsanalytiker som behandlat problematiken mest utförligt. I sin avhandling från 1994 visar han att doktrinen genom åren varit utomordentligt splittrad i denna centrala fråga, men kommer själv till slutsatsen att utrymme för tillämpning av nationell rätt måste finnas under vissa bestämda förutsättningar. Wahl gör härvid en distinktion mellan ett enskilt beslut och en gruppundantagsförordning. Något förvånande, med hänsyn till rättsakternas inbördes hierarki, leder Wahls resonemang till att följsamheten mot det individuella beslutet måste vara större än överensstämmelsen med det i förordningsform utfärdade gruppundantaget. Någon anledning att invända mot logiken i Wahls resonemang är dock svår att se, utan det stämmer väl med den i detta arbete förespråkade uppfattningen att så länge en nationell rättsakt eller åtgärd inte sätter kärnan i den gemenskapsrättsliga lagstiftningen ur spel finns det få invändningar mot den. Det skall t.ex. vara fullt möjligt att i de nationella gruppundantagen fastställa lägre tröskelvärden än de som gäller på gemenskapsplanet utan att den nationel-

[66] EG-domstolen, mål 6/64, Costa mot ENEL, 6 april 1962: [1964] REG 585, [1964] CMLR 425.

[67] Mål 14/68, *Walt Wilhelm*, not 63 ovan, para 6–8.

[68] Mål 253/78 and 1 & 3/79 *Guerlain*, not 52 ovan. Se Wahl, N., not 48 ovan s. 269 med en utförlig analys av domstolens domar.

la lagstiftningen därmed kan anses strida mot en enhetlig tillämpning av den gemensamma lagstiftningen.[69]

I överensstämmelse med det tidigare refererade minimitänkandet borde det ligga inom de nationella myndigheternas kompetens att förbjuda det som godtagits på gemenskapsplanet. Av *Walt Wilhelm*-målet framgår det att hårdare regler i en del av gemenskapen inte är liktydigt med diskriminering, om det drabbar alla företag i det aktuella territoriet utan hänsyn till nationellt ursprung. Detta talar för att den nationella rätten kan vara olikartad och att den kan få avvika så länge den inte slår undan benen på gemenskapens övergripande mål. Det måste hållas i minnet att syftet med reglerna är att skapa en effektiv konkurrensordning. Om den inte diskriminerar bör den tillåtas variera.

12.4.2 Nationell tolkning av Teknikförordningen

Den nationella domstolen kan ställas inför intrikata tolkningsproblem beträffande ett licensavtal. En inte ovanlig situation är att en avtalspart som är missnöjd med samarbetsförhållandet – ofta därför att betydande betalningsåtaganden föreligger samtidigt som försäljningen av produkten inte utvecklas på det sätt som parterna ursprungligen förutsett – hävdar att avtalet är förbjudet enligt Romfördragets artikel 85.1 och därför ogiltigt enligt artikel 85.2. Domstolen måste då i allmänhet ta ställning till en serie frågor:

- Faller avtalet överhuvudtaget under förbudet i artikel 85.1? Vägledande skall härvid vara en samlad bedömning utifrån den sparsamma praxis som redovisats i föregående kapitel. Redan denna första fråga kan föranleda begäran om tolkningsförklaring enligt Fördragets artikel 177.
- Om slutsatsen är att avtalet är konkurrensbegränsande blir nästa fråga sannolikt att bedöma om det fritas av Teknikförordningen.

[69] Wahl, N., not 58 ovan, s. 305 ff. Jfr även Stenberg, not 63 ovan s. 279, som sammanfattade att »Avgörandet säkrar visserligen i första hand de EEC-rättsliga intressena men det lamslår inte t.ex. BKA:s omfattande verksamhet och hindrar inte den franska regeringen att driva en i viss mån särpräglad konkurrensbegränsningsrättslig politik.»

Som tidigare påpekats skall förordningen härvid tolkas restriktivt enligt *Delimitis*.

- Finner domstolen att avtalet inte kan anses omfattat av gruppundantaget aktualiseras frågan om det kan erhålla individuellt undantag. Eftersom ett sådant förutsätter anmälan till kommissionen borde domstolen i vart fall kunna ta ställning retroaktivt, om ansökan inte skett på föreskrivet sätt. För licensavtalet ställer sig saken delvis i ett annat läge genom hänvisningen till Förordning 17/62 och det faktum att licensavtal är fritagna från anmälningsplikt.[70] Även denna bestämmelse skall, som tidigare framgått, behandlas restriktivt.

I alla händelser gäller att den nationella domstolen inte själv kan utfärda undantag från förbudet. Den måste inskränka sig till en kvalificerad bedömning av hur kommissionen skulle agera. Domstolarna kan endast fatta beslut i situationer i vilka avtal antingen är klart tillåtna eller klart förbjudna enligt artikel 85.1.[71] Uppfattar den nationella domstolen avtalet som förbjudet, men anser att förutsättningar för ett individuellt undantag skulle kunna föreligga, måste ärendet hänskjutas till kommissionen för beslut enligt de procedurregler som den nationella rättsordningen möjliggör. Domstolarna är inte behöriga att modifiera gruppundantagens innehåll till att täcka avtal som inte egentligen omfattas.

I dessa osäkra situationer får den nationella domstolen antingen hänskjuta en tolkningsfråga eller vilandeförklara förhandlingarna i avvaktan på att en part begär undantag. I viss utsträckning kan de nationella domstolarnas verksamhet underlättas av Samverkanstillkännagivandet, som behandlas i avsnitt 12.4.3 nedan.

[70] Artikel 4.2.2 b), se avsnitt 12.4.1 ovan.

[71] Mål C-234/89, *Delimitis*, not 35 ovan, punkt [50]: »If the conditions for the application of Article 85(1) are clearly not satisfied and there is, consequently, scarcely any risk of the Commission taking a different decision, that national court may continue the proceedings and rule on the agreement in issue. It may do the same if the agreement's incompatibility with Article 85(1) is beyond doubt and, regard being had to the exemption regulations and the Commission's previous decisions, the agreement may on no account be the subject of an exemption decision under Article 85(3).»

12.4.3 Samverkan mellan kommissionen och nationella domstolar

Artiklarna 85 och 86 äger direkt effekt och binder således även medlemsstaternas domstolar. Artikel 87 stadgar att rådet skall anta tillämpningsbestämmelser rörande bl.a. beviljandet av undantag enligt artikel 85.3 och relationerna till nationell lagstiftning. Medlemsstaterna var behöriga att agera enligt artiklarna 85 och 86 till dess annat bestämdes.

Tillämpningsbestämmelser utfärdades genom Förordning 17/62,[72] som klargör att kommissionen har exklusiv kompetens att undanta förbjudna överenskommelser individuellt eller i grupp i överensstämmelse med artikel 85.3. Förordningen klargör i övrigt att nationella myndigheter kan agera med stöd av fördragets konkurrensregler fram till den tidpunkt kommissionen initierar ett förfarande.[73]

Flera medlemsstater har under senare år precis som Sverige infört nationell lagstiftning som transformerar gemenskapens konkurrensregler till nationell rätt med erforderliga justeringar. Reglerna ersätter inte gemenskapsreglerna utan kompletterar dessa. Likväl innebär åtgärderna att behovet av att i enskilda ärenden tillämpa artiklarna 85 och 86 minskat.

Denna utveckling stämmer med en medveten strävan att decentralisera beslutsfattandet i konkurrensbegränsningsärenden, vilket ytterligare bekräftats av att subsidiaritetsprincipen antagits genom Maastrichtfördragets artikel 3b. Kommissionen diskuterar arbetsfördelning med de nationella konkurrensmyndigheterna,[74] samtidigt

[72] Artikel 9 i Förordning 17/62, not 31 ovan.

[73] Begreppet »initiera ett förfarande» innebär att kommissionen själv har förklarat att den öppnar ett ärende. En anmälan till kommissionen eller kommissionens bekräftelse på att anmälan mottagits är inte ett initierande. Under 1993 inledde Bundeskartellamt ett förfarande mot RWE Energie AG rörande en förmodad överträdelse av artikel 85 eftersom såväl tysk som holländsk energimarknad påverkades. Under behandlingen anmälde berörda företag avtalen till kommissionen med begäran om icke-ingripandebesked eller individuellt undantag varvid Bundeskartellamts behörighet att fatta beslut i sitt eget förfarande bröts. Se 1993 års konkurrensrapport, s. 565.

[74] Ehlermann, C.-D., Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities, European Competition Law Review 1996 s. 88. Ehlermann, som varit generaldirektör på kommissionens konkurrensdirektorat, behandlar relationerna mellan kommissionen och de nationella myndigheterna med särskild tonvikt på hur ärendefördelning skall kunna genomföras och hur undantagsfrågor skall hanteras i framtiden.

som de nationella domstolarna skall ansvara för hanteringen av civila tvistemål.

Det är naturligt att det komplexa systemet leder till regelbundet återkommande tolkningsproblem och EG-domstolen har gång efter annan fått räta ut frågetecknen. Under 1993 sammanställde kommissionen sin syn på vilket värde nationella domstolar skall tillmäta olika gemenskapsakter och hur kommissionen i framtiden kan bistå nationella domstolar vid deras uttolkning av gemenskapens konkurrensbegränsningsregler. Detta Samverkanstillkännagivande[75] utgår ifrån uppfattningen att kommissionen skall koncentrera sig på policyfrågor och viktigare enskilda ärenden, men att det i övrigt är en fördel om konkurrensfrågor i större utsträckning kan handläggas av nationella myndigheter.

De nationella domstolarna är framför allt lämpade att ta hand om ärenden rörande avtals civilrättsliga ogiltighet, men kommissionen drar också en lans för att nationella domstolar skall vara beredda att tillåta skadeståndstalan från tredje man vid konkurrensbrott. De allmänna domstolarna sägs ha en rad fördelar framför ett administrativt förfarande i gemenskapen. De möjliggör just skadeståndstalan, snabba interimistiska beslut, yrkanden baserade på såväl gemenskapsrätt som nationell rätt och kan dessutom besluta om ersättning för rättegångskostnader.

I *Delimitis*[76] klargjorde EG-domstolen att myndigheter enligt artikel 5 i Romfördraget har skyldighet att lojalt bistå varandra. Kommissionens bidrag enligt Samverkanstillkännagivandet kan bestå av följande konkreta åtgärder:

- Konkret information om ett ärende är anmält till kommissionen samt fattade beslut eller uppgift om när ett avgörande kan förväntas. Kommissionen kommer i sitt eget arbete att prioritera ärenden som är föremål för nationell handläggning.

- Konsultationer rörande rättsliga frågor. Samverkanstillkännagivandet antyder att bedömningen av samhandelskriteriet och konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 85 i Romfördraget kan vara särskilt svår och erfordra hjälp med uttolkningen – även om

[75] »Samverkanstillkännagivandet», not 1 ovan.
[76] Mål C-234/89, *Delimitis*, not 38 ovan.

kommissionen försiktigtvis vill hålla sina svar på det generella planet.[77]

- Interimistiska synpunkter på om ett avtal kan komma att erhålla ett individuellt undantag. Hur kommissionen skall klara denna uppgift och ändå besvara ställda frågor på ett generellt sätt framgår inte av tillkännagivandet.
- Konkret saklig information för att underlätta ett beslut. Förutsättningen för sådan information är att kommissionen har den tillgänglig och att det inte rör sig om konfidentiell information. Dessutom gäller att kommissionen bara lämnar information om det är en domstol som direkt eller indirekt begär den. Parterna kan således inte ägna sig åt allmänt informationsfiske i kommissionens arkiv.

Lämnad information och vägledning är inte bindande för de nationella domstolarna, utan de väljer vilket värde de vill ge uppgifter från kommissionen. Tillkännagivandet avslutas med besked om att kommissionen fortlöpande i sina årliga rapporter skall informera om hur samverkan med nationella domstolar utvecklas. En genomgång av rapporterna från 1993 och 1994 leder till ett par konstateranden:

- Från att ha publicerats i senare delen av 1993 års rapport har informationen om nationella aktiviteter lyfts fram till inledningen i 1994 års rapport, vilket pekar på att de nationella aktiviteterna får en ökande betydelse.
- Ingen av de nationella rapporterna behandlar svar som lämnats av kommissionen, utan handlar i stället om alla nationella aktiviteter i anslutning till artiklarna 85 och artikel 86. Detta tyder på att domstolarna – trots Samverkanstillkännagivandet – klarar sig själva och inte söker kommissionens assistans.

[77] Kommissionen måste vara försiktig i sitt agerande så att konkurrensreglerna inte kan missbrukas. I ärendet Kalwar/Plast Control mot Kabel-Metal, berört i 1982 års konkurrensrapport, punkt 87, hade käranden väckt intrångstalan. Svaranden förde i sin tur talan mot patentets ogiltighet och begärde samtidigt att kommissionen skulle förklara att exklusivitetsskyddet i licensrelationen stred mot artikel 85. Kommissionen avvisade anmälan och hänvisade svaranden till den civilrättsliga processen »since proceedings under Article 85 cannot ordinarily provide grounds for defence against patent infringement proceedings – – –.»

- Antalet rapporterade ärenden ökade kraftigt mellan 1993 och 1994, vilket möjligen tyder på en större nationell aktivitet, men också på att rapporten är ett sätt att mäta olika konkurrensvårdande myndigheter mot varandra och att dessa är angelägna om att presentera ett ambitiöst material.
- EG-domstolens principer för förhållandet mellan gemenskapsmyndigheter och nationella domstolar förefaller att leda till efterrättelse, även om Portugal 1993 rapporterar att man ansett ett förbjudet förfarande undantagsberättigat.

Antalet nationella ärenden kommer säkert att öka i framtiden. Såväl advokatkår som domstolar börjar få upp ögonen för sina möjligheter och skyldigheter. Hittills torde många mål bygga på att endera parten önskar krypa ur ett avtalsförhållande och utnyttjar möjligheten att åberopa ogiltighetsgrunden. Ytterligare ett viktigt steg kommer om och när skadeståndstalan blir mer allmänt förekommande.

12.4.4 Möjlighet till skadeståndstalan på nationell nivå

Som framgått av föregående avsnitt ser kommissionen i sitt Samverkanstillkännagivande två typer av civilrättsliga processer till följd av en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler – den traditionella ogiltighetstalan och en mer oprövad skadeståndstalan.

Romfördraget ger inte uttryckligen enskilda parter möjlighet att rikta skadeståndsanspråk mot annan enskild till följd av överträdelse av konkurrensreglerna. Den enda sanktion som föreskrivs är möjligheten till böter enligt artikel 15 i Förordning 17/62. Även om bötesbeloppen kan vara betydande kompenserar de aldrig förfördelad part.

Artikel 4.3 i Förordning 19/65[78] ger en antydan – om än vag – att skadeståndstalan kan aktualiseras vid brott mot konkurrensreglerna. Förordningen klargör att ett gruppundantag kan ges retroaktiv verkan för existerande avtal: »The benefit – – – may [not be] relied on as grounds for claims for damages against third parties.» Stad-

[78] Förordning 19/65, not 20 ovan, artikel 4.3: »Bestämmelser som meddelas enligt punkt 1 kan inte åberopas i rättsliga förfaranden som redan har inletts när en förordning enligt artikel 1 har trätt i kraft. De kan inte heller åberopas som grund för skadeståndsanspråk mot tredje man.»

gandet återkommer sedermera i Patent- och Know-howförordningarna,[79] men upprepas inte i Teknikförordningen. Om förändringarna inte ger möjlighet till en retroaktiv skadeståndstalan borde det motsatsvis innebära att inget hindrar ett framtida skadeståndsanspråk.

Det kan diskuteras om EG-domstolens domar i anslutning till skadeståndstalan till följd av medlemsstaternas överträdelser av fördragsförpliktelser kan överföras till att också täcka enskilda anspråk i anledning av annat företags överträdelse av konkurrensbegränsningsreglerna. I *Francovich*-domen ansågs medlemsstaterna kunna ådra sig ett skadeståndsansvar om de inte implementerade direktiv på ett fördragsenligt sätt, om detta ledde till skada för enskild.[80]

Under 1996 har EG-domstolen i flera ärenden som tidigare varit föremål för domstolens prövning haft anledning att på ett utförligt och klargörande sätt precisera sin inställning till medlemsstaternas skadeståndsansvar. Det ena ärendet gällde Brasserie du Pêcheurs skadeståndsanspråk på den tyska staten för att denna i strid med fördragets regler om fria varurörelser förhindrat företaget att under ett antal år sälja franskt öl på den tyska marknaden. I det andra fallet gällde det Factortame Ltds krav på den brittiska staten för att denna vägrat att registrera bolagets fartyg och därmed undanhållit företaget rätt att fiska på engelskt vatten.

I tidigare domar hade de båda ländernas fördragsbrott fastställts och 1996 års dom öppnar vägen för de drabbade att framställa skadeståndsanspråk. I målet hävdar den tyska staten att skadeståndstalan mot en medlemsstat skall begränsas till de situationer där staten underlåtit att uppfylla en fördragsförpliktelse. När däremot en bestämmelse har direkt effekt finns det inget behov av ett kompletterande skadeståndsskydd. Domstolen delade dock inte alls den uppfattningen, utan ansåg att skadeståndet fyllde en särskilt stark funktion när medlemsstaten bröt mot en förpliktelse som medborgarna hade rätt att förlita sig på. Med domstolens resonemang skall skade-

[79] Se respektive ingress punkterna 26 och 21.

[80] EG-domstolen, mål C-6 & 9/90, Andrea Francovich mot Italienska republiken, 19 november 1991: [1991] I REG 5357, [1993] 2 CMLR 66, punkt [33]: »– – – the full effectiveness of Community law would be undermined and the protection of the rights derived from it would be weakened if individuals were unable to obtain reparation when their rights were infringed by a violation of EEC law imputable to a Member-State.»

ståndsansvaret bedömas enligt gemenskapsrättsliga grunder, medan ersättningsformerna snarare är beroende av nationell praxis. Domstolen går i domen på ett detaljerat sätt igenom förutsättningarna för skadestånd och tar även ställning till en serie detaljfrågor av betydelse långt över de aktuella fallen. I princip skall den överträdda gemenskapsbestämmelsen ge rättigheter till enskilda (direkt effekt), överträdelsen skall vara allvarlig och kausalsamband skall föreligga mellan statens fördragsbrott och den lidna skadan. Domstolen sammanfattar:

> – – – where a breach of Community law by a Member-State is attributable to the national legislature acting in a field in which it has a wide discretion to make legislative choices, individuals suffering loss or injury thereby are entitled to reparation where the rule of Community law breached is intended to confer rights upon them, the breach is sufficiently serious and there is a direct casual link between the breach and the damage sustained by the individuals. Subject to that reservation, the State must make good the consequences of the loss or damage caused by the breach of Community law attributable to it, in accordance with its national law on liability. However, the conditions laid down by the applicable national laws must not be less favourable than those relating to similar domestic claims or framed in such a way as in practice to make it impossible or excessively difficult to obtain reparation.[81]

Det är i dag ingen tvekan om att, på samma sätt som gemenskapen redan med stöd av artikel 215 i Romfördraget har ett utomobligatoriskt ansvar för sina gärningar, samma regler gäller för medlemsstaterna när deras myndighetsutövning kommer i kontakt med de gemensamma reglerna. Ansvaret gäller såväl vid underlåtenhet att vid-

[81] EG-domstolen, mål C-46/93 och C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA mot Tyskland och The Queen mot Secretary of State for Transport (ex parte: Factortame Ltd), 5 mars 1996: Ej rapporterat i REG, [1996] 1 CMLR 889. Citat från domsmotiven, punkt 74. Jfr EG-domstolen, mål C-5/94, The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd, 23 maj 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 14/96. Se Stenberg, H., EG-domstolens avgörande Factortame III och Brasserie du Pêcheur. Frågor om det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten. Advokaten, Tidskrift för Sveriges advokatsamfund nr 5/96 s. 8 och Quitzow, C.M., »Private enforcement» i EG-rätten – en studie av medlemsstaternas skadeståndsansvar i samband med överträdelse av gemenskapsregler. Manuskript för publicering i SvJT under hösten 1996. Stenberg visar på risker för bristande överensstämmelse mellan svensk rätt och den senaste gemenskapsutvecklingen.

ta åtgärder som ett agerande i strid med direkt tillämpliga bestämmelser. I ytterligare ett rättsfall från våren 1996 rörande British Telecommunication plc[82] konstaterade domstolen att även om regeringen implementerat ett direktiv felaktigt var detta ursäktligt och kunde inte jämställas med ett allvarligt avtalsbrott av den typ domstolen utvecklat i *Brasserie du Pêcheur*. Av ärendet kan man utläsa att det finns gränser för den utstakade nationella skadeståndsskyldigheten.

I den utvecklingskedja som den utomobligatoriska skadeståndsrätten genomgått i Europeiska unionen förefaller det uppenbart att turen nu har kommit till frågan huruvida enskilds överträdelse av skyldigheter i Romfördraget kan grunda skadeståndsskyldighet. Nils Wahl framhåller i ett välgrundat avsnitt redan före den senaste utvecklingen att konsekvensen av att artikel 85 har en direkt effekt är att bestämmelsen kan grunda skadeståndsskyldighet för enskilda. Wahl förefaller instämma med generaladvokat van Gervens yttrande i *Banks*,[83] som tog ställning för sådant ansvar.

Brasserie du Pêcheur och *Factortame III* motsäger inte van Gervens slutsatser. Tvärtom, domarna innehåller god vägledning som förefaller användbar vid bedömning av enskilds skadeståndsansvar vid överträdelse av Romfördragets konkurrensregler. När rätten till skadestånd i dessa situationer väl slagits fast förefaller det inte uteslutet att kärandepart kommer att välja lämpligt forum med stor omsorg i syfte att nå bästa möjliga resultat. På sikt kommer denna utveckling att tvinga fram en samordning av europeisk skadeståndsrätt.

Det är dock långt dit. Med 1993 års Samverkanstillkännagivande väcker kommissionen på allvar tanken på nationell skadeståndstalan till liv. Kommissionen refererar till domstolens uttalande i *REWE*[84] och summerar i punkt 11 att

[82] EG-domstolen, mål C-329/93, The Queen mot H.M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc, 26 mars 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 10/96.

[83] EG-domstolen, mål C-128/92, Banks mot British Coal, 13 april 1994: [1994] I REG 1209 [1994]. Se Wahl, N., not 48 ovan, s. 393 ff.

[84] Mål 158/80, Rewe-Handelsgesellschaft Nord GmbH mot Hauptzollamt Kiel, 7 juli 1981: [1981] REG 1805, [1982] 1 CMLR 449, punkt [44]: »- - - it must be possible for every type of action provided for by national law to be available for the purpose of ensuring observance of Community provisions having direct effect, on the same conditions concerning the admissibility and procedure as would apply were it is a question of ensuring observance of national law.»

> Consequently, it is the right of parties subject to Community law that – – – compensation should be awarded for the damage suffered as a result of infringements, where such remedies are available in proceedings relating to similar national law.

Uttalandet utgår inte från att gemenskapsrätten i sig grundar möjlighet att framställa skadeståndsanspråk. Finns däremot sådan möjlighet i likartade nationella förfaranden skall den utsträckas till att även omfatta konkurrensärenden. Det är just denna möjlighet till skadeståndstalan som bör göra det nationella förfarandet mer attraktivt för enskild part.

Kommissionen är naturligtvis medveten om att den civilrättsliga talan i amerikanska konkurrensärenden utvecklats till ett effektivt instrument för att säkra att konkurrensbegränsande förfaranden bekämpas varhelst de dyker upp. En utveckling i denna riktning vore inte ovälkommen för en tidvis överbelastad myndighet.

Till dess att gemenskapspraxis utvecklats ytterligare är ett bifall till en skadeståndstalan således beroende av den nationella rättsordningen. I engelsk rätt förefaller det fullt möjligt att enskilda anspråk kan komma att tillgodoses:

> A breach of the duty imposed by article 86 not to abuse a dominant position in the Common Market or in a substantial part of it, can thus be categorized in English law as a breach of statutory duty that is imposed not only for the purpose of promoting the general economic prosperity of the Common Market but also for the benefit of private individuals to whom loss or damage is caused by a breach of that duty. – – – I, for my own part, find it difficult to see how it can ultimately be successfully argued – – – that a contravention of article 86 which causes damage to an individual citizen does not give rise to a cause of action in English law – – –.[85]

I det aktuella ärendet var det emellertid inte skadestånd utan ett åläggande att återuppta avbrutna leveranser som yrkades. Något ärende där skadestånd faktiskt utdömts lär ännu inte finnas.

Kommissionens konkurrensrapport från 1993 pekar på att en motsvarande möjlighet skulle finnas enligt irländsk rätt. Här avvisades dock den aktuella talan eftersom nationell lagstiftning inte

[85] Lord Diplock i House of Lords dom i Garden Cottage Foods mot Milk Marketing Board, [1984] AC 130. Se Bellamy & Child, not 61 ovan, s. 660 f.

tillät en aktieägare att föra skadeståndstalan mot det egna bolaget för en överträdelse som inte direkt berörde honom.[86]

1994 års Konkurrensrapport hänvisar till ett ärende i Spanien där ett antal fiskare förde skadeståndstalan mot ett företag (Campusa) för att detta skulle ha missbrukat sin dominerande ställning genom ett för högt pris på drivolja.[87] Högsta Domstolen accepterade att gemenskapens konkurrensregler äger direkt effekt i Spanien och kunde tillämpas av såväl konkurrensmyndigheter som allmänna domstolar – men de senare endast i en begränsad »accessorisk» utsträckning. Domstolen fastställde att den spanska marknadsdomstolen (Tribunal de Defensa de la Competencia) måste förklara att en konkurrensbegränsande överträdelse i strid med gemenskapsrätten förelåg innan en civil domstol kunde utdöma skadestånd. Konkurrensrapporten, som i övrigt presenterar nationell praxis utan kommentarer, kunde i detta ärende inte avhålla sig från att smyga in »a much discussed judgment».

Sverige, slutligen, är ett särfall. Oavsett om skadeståndsskyldighet följer av gemenskapsrätten eller inte, innehåller 1993 års svenska konkurrenslag ett tydligt stadgande:

> Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19§, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.
>
> Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom fem år från det att skadan uppkom. Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.[88]

Hänvisningen till Stockholms tingsrätt innebär inte att domstolen är exklusivt behörig för skadeståndstalan, utan sådan kan väckas vid allmän domstol i landet med anlitande av traditionella forumregler.[89] Det faktum att de svenska domstolarna är behöriga att bedö-

[86] 1993 års konkurrensrapport, s. 572 med hänvisning till O'Neill mot Ryan and others, [1993] ILRM 557.

[87] 1994 års konkurrensrapport, s. 69, med hänvisning till mål No 1262/94. Den spanska domstolens resonemang företer likheter med EG-domtolens syn på artikel 65 i Parisfördraget enligt det resonemang som utvecklats i mål C-128/92, Banks mot British Coal, not 83 ovan.

[88] Konkurrenslagen SFS 1993:20, § 33. För en allmän kommentar, se Carlsson, K., Schuer, L., Söderlind, E., Konkurrenslagen (2 uppl.), Publica 1995, s. 432 ff.

[89] Regeringens proposition 1992/93:56, Ny Konkurrenslagstiftning, s. 37.

ma skadeståndsfrågor enligt den svenska lagen innebär rimligen, med stöd av Samverkanstillkännagivandet[90] och bakomliggande rättspraxis, att de också måste vara behöriga att behandla skadeståndsanspråk i anslutning till överträdelser av gemenskapsrätten.[91]

Det kan delvis påstås att svenska företag utsätts för en större risk än motsvarande utländska företag. Ett svenskt företag kan instämmas till svensk domstol enligt svenska regler. Skulle företaget ha fällts för konkurrensbrott i gemenskapen, kunde man tänka sig att skadelidande utnyttjade de klarare svenska reglerna till att framföra sina anspråk i svensk domstol. Motsvarande möjligheter finns inte alltid i andra länder för svenska rättssubjekt mot utländskt företag. Huruvida Brysselkonventionens regler kan utnyttjas för att välja lämpligt forum och underlätta verkställighet av skadestånd i konkurrensärenden är osäkert, men förefaller inte uteslutet.[92]

Beträffande skadeståndet i Sverige är det är fråga om ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden och motsvarar skadestånd vid immaterialrättsintrång. Reglerna kräver, i motsats till förhållandena i Spanien, inte någon medverkan från Konkurrensverket. Skadeståndet skall både ha en reparativ och preventiv funktion.[93] Det lär dock bli en stor skillnad mellan det svenska synsättet på skadestånd i konkurrensärenden och den praxis med »class actions» och »treble damages» som utvecklats i USA.

Även om det således sedan ett par år tillbaka finns en skadeståndsregel i svensk konkurrenslagstiftning har denna – liksom i andra medlemsstater – ännu inte aktualiserats. Det finns dock goda skäl att förmoda att vi bara står vid början av en helt ny rättsutveck-

[90] Samverkanstillkännagivandet, not 1 ovan.

[91] Se Bernitz, U., Den svenska konkurrenslagen, Juristförlaget 1996, s 83 f. Bernitz behandlar skadeståndsregeln i den svenska konkurrenslagen och konstaterar: »I den mån överträdelser av EG:s konkurrensrätt har sådan anknytning till Sverige, att frågan om skadeståndsansvar blir att bedöma enligt svensk rätt, torde dylika överträdelser vara skadeståndsgrundande. I och för sig saknas visserligen lagstöd, men den likartade situationen synes göra det berättigat att tillämpa konkurrenslagen analogiskt – – –.»

[92] Se Pålsson, L., Bryssel- och Luganokonventionerna, Stockholm 1995, s. 90 där Pålsson utan att fördjupa sig i frågan pekar på att skadeståndsanspråk till följd av brott mot konkurrensrättsliga regler faller under forum delicti i Bryssel- och Luganokonventionernas artikel 5.3 – dvs. talan kan föras såväl där skadevållaren har sitt säte enligt huvudregeln i artikel 2 som där skadan inträffade enligt artikel 5.3. Se även Wahl, N., ovan not 48, s. 397 ff.

[93] Prop. 1992/93:56, not 89 ovan, s. 33.

ling och att skadeståndstalan kommer att bryta igenom på bred front i Europeiska unionen inom en nära framtid.

Huruvida denna utveckling kommer att få någon betydelse för licenssamverkansavtal är däremot mer tveksamt. Det förefaller mindre troligt att företag som inte fått tillgång till ny teknik därför att det licensierats till annan part skall kunna föra skadeståndstalan. Det exklusiva samarbetsavtalet är ju i allmänhet undantaget genom Teknikförordningen. Endast undantagsvis – och i anslutning till missbruk av dominerande marknadsställning – lär förbud aktualiseras. Om detta kan öppna möjlighet till skadeståndstalan återstår att se.

13. Kritiska punkter – slutkommentar

Inledning 375
13.1 Teknikförordningen ur gemenskapsperspektiv 375
13.1.1 Mål för gemenskapsarbetet 376
13.1.2 Gemenskapsprinciper 378
13.1.3 Detaljanmärkningar 380
13.2 Praktiska konsekvenser för licensavtalets utformning 383
13.2.1 Licensavtalets kritiska punkter 384
13.2.2 Anmälan eller inte 387
13.3 Revision av inställningen till vertikala avtal 389

Inledning

De förändringar som har skett genom tillkomsten av Teknikförordningen är att

- lagstiftning som täcker såväl patent- som know-howsamverkan har bakats samman i en gemensam reglering,
- den grundläggande inställningen till tekniksamverkan framställs positivt, även om detaljutfallet inte alltid motsvarar den positiva tonen, samt att
- antalet svartlistade klausuler har bantats genom omgrupperingar.

Även om kritik har framförts skall denna inte skymma det faktum att Teknikförordningen är en förbättring i förhållande till tidigare ordning med separata och illa synkroniserade regler för näraliggande avtalsformer.

I denna slutkommentar behandlas först sammanfattande de nya riktlinjerna förhållande till övergripande mål och principer för gemenskapsarbetet. Dessutom sammanställs anmärkningar som utkristalliserats i den tidigare genomgången.

Det finns olika tecken på att licenssamverkan har tappat i popularitet i gemenskapen under senare årtionden. Hur skall företagen reagera på Teknikförordningen? Är licensiering ånyo ett fullgott handlingsalternativ? Vilka är de kritiska punkterna i licensavtalet och hur skall företagen förhålla sig till myndighetskontakter? Några entydiga svar finns inte, men försök till konklusioner görs i avsnitt 13.2.

Avslutningsvis (avsnitt 13.3) redovisas några tankar rörande lagstiftningens framtid inför den förestående diskussionen om vertikala avtal.

13.1 Teknikförordningen ur gemenskapsperspektiv

Det är lätt att ställa Teknikförordningen mot tidigare gällande regler och komma till slutsatsen att förordningen på flera punkter är bättre och därför en välkommen utveckling. Bristen med en sådan

enkel slutsats är att den inte tar hänsyn till de betydande ofullständigheter som de äldre förordningarna var behäftade med, och inte heller de förändringar som den dynamiska konkurrensrätten ständigt genomgår.

Teknikförordningen bör i stället sättas in i sitt gemenskapssammanhang för att det skall gå att fastställa om den uppfyller dagens mål och om den överensstämmer med de värderingar som successivt mejslas ut för EU-samarbetet.

13.1.1 Mål för gemenskapsarbetet

Ökat välstånd. Ett grundläggande mål för samarbetet i Europeiska unionen är att befrämja välståndet bland dess medborgare. Kommissionen har under senare år ägnat betydande kraft åt att pröva hur industri och företagande skall kunna utvecklas för att möta en ökande internationell konkurrens. En viktig faktor, som påverkar levnadsstandard och arbetstillgång, är att den europeiska industrin är och förblir innovativ och konkurrenskraftig.

Teknikförordningen fyller sin givna roll mot detta allmänna välståndsmål genom att den enligt sin ingress (punkt 3) skall »uppmuntra spridningen av tekniskt kunnande inom gemenskapen och främja framställningen av tekniskt förbättrade produkter». Förordningen är också (punkt 12) avsedd att ge ett »incitament till innehavarna av patent och know-how att meddela licenser och licenstagarna att investera i tillverkning, användning och marknadsföring av nya produkter eller att använda nya tillverkningsmetoder».

Under förutsättning att de operativa bestämmelserna ger den effekt som förordningen enligt sin ingress syftar till, fyller Teknikförordningen sin roll. Som diskuterats är det tveksamt om så alltid är fallet. De äldre gruppundantagen för patent- och know-howlicenser har inte lett till ett samarbetsvänligt klimat i gemenskapen på teknikområdet och det återstår att se om Teknikförordningen kan vända denna negativa trend.

Fria varurörelser. Av fundamental betydelse för det europeiska samarbetet är inrättandet av en enhetlig marknad, vilket bl.a. inbegriper fria varuflöden. I ett enskilt medlemsland är detta en självklarhet som sällan behöver övervakas speciellt, men i det europeiska samarbetsprojektet skall 15 kulturer, lagstiftningskomplex, traditioner,

erfarenheter och en mängd språkområden förenas och då kräver målet ständig uppmärksamhet.

Från det grundläggande kravet om fria varurörelser i Romfördraget görs undantag för bl.a. regler som styr äganderätt och däri inbegripes industriell och kommersiell äganderätt. Sådan nationell rätt, som t.ex. patent och varumärken, skall fortleva utan att inskränkas av gemenskapssamarbetet. Förutsättningen är att den inte utnyttjas som en förtäckt begränsning av handeln mellan de olika medlemsstaterna.

Utan att det framgår av Romfördraget har kommissionen integrerat detta mål, som egentligen hör hemma i ett annat avsnitt i fördragstexten, som en central del av konkurrenspolitiken i gemenskapen. Teknikförordningen passar in i detta mönster och fokuserar på kravet på fria varurörelser. De licensbestämmelser som Teknikförordningen undantar är i allt väsentligt relaterade till just en enhetlig marknad och fria varurörelser på denna.

Även om förordningen stämmer med målet om fria varurörelser kan det diskuteras om den inte går för långt i detta avseende. Kommissionen accepterar den nationella immaterialrättens existens, men utövandet av immaterialrätten får inte leda till ett absolut områdesskydd som utesluter att produkter kan cirkulera på den gemensamma marknaden när de väl marknadsförts i ett land. Enligt Teknikförordningen föreligger ett absolut områdesskydd redan när en avtalspart vägrar att sälja till någon som i sin tur avser att föra produkten till ett annat område. Det är tveksamt om denna uppfattning har stöd i EG-domstolens praxis. Effekten är att en exklusiv licenstagare riskerar att utsättas för konkurrens från företag som köper direkt från annan tillverkare och därmed bara bär en produkt- och transportkostnad från ett område till ett annat. Den risken leder med säkerhet till att en potentiell licenstagare, som förstår innebörden av risken, tvekar inför produktions- och marknadssatsningar.

EG-domstolens domar kan tolkas så att parterna i ett licensförhållande kan avstå ifrån att handla direkt med parallellhandlare. Det absoluta områdesskyddet uppkommer först när parterna förhindrar parallellhandlare som köpt fritt marknadsförd vara och som därefter för den från ett land till ett annat. I detta fall har licenstagaren fördelen av att en parallellimporterad produkt har passerat genom ytterligare ett försäljningsled och dessutom belastats med transportkostnader innan den kan inleda konkurrens med licensta-

garens produkter. Med tanke på de värden som står på spel förefaller det inte alls orimligt att licenstagaren skall ha en sådan fördel gentemot parallellhandlare. Investeringar kan motiveras ekonomiskt, samtidigt som det inte innebär att marknader isoleras från varandra.

Om den senare slutsatsen är riktig innebär det att Teknikförordningen på ett allvarligt sätt överdriver kravet på fria varurörelser till skada för teknisk samverkan. Det framstår då till och med som angeläget att positionerna i Teknikförordningen korrigeras på denna punkt.

Fri och obunden konkurrens. Inom Europeiska unionen skall fri konkurrens råda. Teknikförordningen syftar till att precisera de villkor som gäller för licenssamverkan. På det sättet är den i överensstämmelse med ett grundläggande fördragssyfte. Som framhållits ovan fokuserar förordningens undantagsbestämmelser på situationer som gäller fri rörlighet, medan de rent konkurrensrättsliga övervägandena katalogiseras i vita eller svarta listan.

Verkligheten är dock betydligt mer komplicerad. Avgörande för om ett licensavtal begränsar konkurrensen är snarare parternas marknadsstyrka, avtalets inverkan på prissättningen, huruvida konkurrenter utestängs och inställningen till de företag som vill åka snålskjuts – s.k. »free riders». Teknikförordningen täcker bara i mycket begränsad utsträckning dessa aspekter och framhåller i stället detaljer som ibland kan vara adekvata, men lika ofta leda fel.

13.1.2 Gemenskapsprinciper

Hur förhåller sig Teknikförordningen till några av de centrala principer som i andra sammanhang vägleder den rättsliga regleringen i gemenskapen?

Legalitetsprincipen. Teknikförordningen har sin legala bas i en kedja delegationer. Någon formell anmärkning kan inte riktas mot denna. Det kan däremot ifrågasättas om det är riktigt att delegera ansvaret för gruppundantag till kommissionen. Dessa regler griper djupt in i samhandel och industriellt samarbete och behöver beredas i sedvanlig ordning. Nu sker alltför mycket bakom lyckta dörrar. Dessutom förefaller kommissionen att gå utöver sitt uppdrag och

sin delegation genom att inte bara ange förbjudna och undantagna bestämmelser.

Rättssäkerhetsprincipen. Den samlade konkurrenslagstiftningen har nu blivit så komplex att den bara riktar sig till experter och inte kan överblickas och förstås av dem som i sitt dagliga arbete har att leva med bestämmelserna – vilket onekligen är en mycket allvarlig invändning mot systemet och rättssäkerheten i EU.

Dessutom skapar regelsystemet ett osäkert klimat för industriell verksamhet. Även med de allra bästa avsikter kan ingen vara helt säker på att ett licensavtal verkligen uppfyller Teknikförordningens intentioner och krav. Osäkerheten används som förhandlingsverktyg av en part som önskar krypa ur en i övrigt bindande överenskommelse som av ett eller annat skäl blivit obekväm.

Det kan inte ligga i ett övergripande gemenskapsintresse att medverka till uppluckring av gamla regler om att ingångna avtal skall hållas. Kommissionen har uttryckt att allmänintresset är viktigare än de prioriterade relationerna mellan parterna. Möjligen kan tesen vara gångbar i ett enskilt ärende, men om företagens förtroende för ingångna avtal rubbas, rivs ett samhällsfundament långt viktigare än det kommissionen är satt att övervaka. Det måste vara mycket starka skäl för att parternas överenskommelser skall frångås och detta får inte leda till en allmän osäkerhet som kanske i sin tur förstärker intresset att driva rättsliga processer.

Proportionalitetsprincipen. Bestämmelserna har utfärdats i förordningsform fastän allmänna riktlinjer, tillkännagivanden eller guidelines hade varit ändamålsenliga. Det kan också vara tveksamt om det är riktigt att svartlista bestämmelser som kommissionen i sin individuella praxis hanterat på ett mer flexibelt sätt. Även om möjligheterna till individuella undantag finns kvar, har förordningen en styrande effekt som kan leda till att företag inte alltid väljer den effektivaste lösningen av oro för konkurrensmyndigheternas ingrepp.

Subsidiaritetsprincipen. Gruppundantaget är uttryck för att licensavtal blir bäst hanterade på gemenskapsnivå. I sitt allmänna konkurrensagerande styr kommissionen annars mot ökade nationella aktiviteter. Det är möjligt att gränsvärden relaterade till parternas omsättning skulle leda till en bättre fördelning mellan vad som skall hanteras på de olika nivåerna. Även om subsidiaritetsöverväganden

numera skall genomsyra all gemenskapslagstiftning har det inte kommit till uttryck i Teknikförordningen.

Diskrimineringsprincipen är inte direkt relevant vid diskussionen om licenssamverkan. Ett allmänt intryck är dock att behandlingen av licensavtal är strängare än den som gäller andra »moderna» avtalsformer som franchising och joint venture. Något bra skäl för denna särbehandling finns dock inte.

13.1.3 Detaljanmärkningar

Det finns således principiell kritik att rikta mot Teknikförordningen. Även en detaljanalys pekar på ett antal kritiska punkter:

1. Regleringen av exklusiva licenser är alltför snäv.
2. Möjligheterna att reglera passiv försäljning är alltför begränsade.
3. Avtalstiden för know-howlicenser är orealistiskt kort.
4. Möjligheten att förlänga avtalet genom nyutveckling är otydlig.
5. Gränsdragning mellan kund- och områdesuppdelning är oklar.
6. Hanteringen av konkurrensklausuler är inte tillräckligt flexibel.
7. Grå listan är inte tillräckligt preciserad.
8. Marknadsanalysen får inte tillräcklig genomslagskraft.
9. Återkallandeexemplen är vilseledande.

Är kommissionens inställning försvarbar? Den allvarligaste kritiken riktar sig mot kommissionens syn på områdesindelning. Till stöd för kommissionens uppfattning måste det först och främst fastslås att EG-domstolen ingalunda uttryckt sin inställning på ett klart och generellt sätt. Domstolens uppfattning i licensrelaterade ärenden maskeras av omständigheterna i det speciella fallet och också av möjligheten att den presenterade uppfattningen bara gäller för den i målet behandlade skyddsrätten (företrädesvis växtförädlingsrätten), men inte för andra.

Vidare finns det anledning att understryka att Teknikförordningen är ett generellt undantag, men att ett enskilt avtals verkliga effekter aldrig kan täckas av en generell lagstiftning, utan måste analyse-

ras i det specifika fallet mot bakgrund av relevanta marknadsförhållanden. Även från en sådan utgångspunkt är det förståeligt att kommissionen är återhållsam med att precisera undantaget och inte ger det alltför vidsträckt omfattning.

Ser man tillbaka på kommissionens beslutsfattande under de gångna 30 åren kan man konstatera att cirka 50 licensärenden varit föremål för kommissionens rapportering. Av dessa ärenden har kommissionen bara i ett fåtal fall avslagit begäran om undantag. Avtalen har då företrädesvis kommit till kommissionens kännedom genom att förfördelade parter klagat eller att avtalets parter varit indragna i en rättslig dispyt om avtalets civilrättsliga giltighet och därvid använt konkurrensreglerna och kommissionen som tillhygge för att vinna stöd för sin talan.

Den tidigare genomgången av de olika besluten tyder på att kommissionen i sin praxis i enskilda beslutsärenden intar ett betydligt öppnare synsätt till licenssamverkan än det som kommer till uttryck i Teknikförordningen. Till detta skall läggas att de publicerade besluten bara är toppen på det isberg av opublicerade, positiva comfort letter-avgöranden, vilka också rör licensförhållanden och därmed förstärker intrycket av att kommissionen i handläggningen av enskilda ärenden är flexibel och pragmatisk.

I brist på klara anvisningar i Romfördraget, bindande sekundär lagstiftning från rådet eller glasklara uttalanden från EG-domstolen går det inte att hävda att kommissionens inställning i Teknikförordningen skulle vara ett uttryck för »détournement de pouvoir» sådant det kommit till uttryck i gemenskapsrätten.

Är inställningen lämplig? Den relevanta frågan är således inte om kommissionens inställning är försvarbar, utan kanske snarare om den är lämplig?

Den senare frågan leder in på de olika avvägningar EG-domstolen tvingas till när den får anledning att fördjupa sig i hur licensavtalet skall hanteras. Det kan finnas anledning att understryka två aspekter:

Europeisk tekniksamverkan angelägen. Kommissionen – och då inte bara DG IV utan kommissionen som helhet – är angelägen om att förbättra förutsättningarna för teknisk utveckling i gemenskapen och ser det som en förutsättning för att Europa inte skall förlora i konkurrenskraft till världen i övrigt. Totalt sett är det betydande in-

satser som kommissionen gör för att stärka förutsättningarna för forsknings- och utvecklingsarbete i Europa. De övriga kommissionärerna var lyhörda för industrins krav på att regelsystemen inte får motverka en sådan utveckling och tvingade fram betydande justeringar i Teknikförordningen innan den släpptes igenom. Denna strävan att främja det teknologiska samarbetet har också uttryckts i förordningens preambel och är en viktig parameter för att fastställa vilka mål som skall uppnås.

Trots de gjorda förändringarna, som framför allt avsåg de av industrin hårt kritiserade tröskelvärdena i utkasten till förordningsförslag, tillgodoser inte Teknikförordningen målet att främja teknisk utveckling. Kommissionen uppfattar det begränsade antalet anmälningar av licensärenden som ett uttryck för att förordningen fungerar på ett bra sätt. DG IV oroar sig till och med för att alldeles för många licensavtal faller under förordningen och att man inte ser de riktiga konkurrensbegränsningarna.

Problemet är att kommissionen inte har tagit sig tid att undersöka de verkliga förhållandena. Risk finns att licenssamarbete undviks för att slippa lagstiftarens tvångströja. Tecken tyder på att företagen undviker licenssamverkan och strävar efter egenetablering, joint ventures, förvärv och koncentration som alternativ till det tidigare traditionella samarbetet. På sikt underlättar inte en sådan utveckling tekniksamverkan i Europa och är inte till fördel för en fri och obunden konkurrens.

De verkliga marknadseffekterna. Teknikförordningen innehåller ingen mekanism som möjliggör för kommissionen att ta hänsyn till avtalets verkliga effekter på marknaden. Det är när »de stora elefanterna» slår ihop sin verksamhet som avarter kan uppkomma.

Kommissionen föreslog förvisso att Teknikförordningen inte skulle omfatta avtal där parterna hade en betydande marknadsställning och ville i slutvarvet ställa de avtal utanför, där licenstagaren redan innan avtalet ingicks hade en betydande marknadsandel. Felet med förslaget var att det lades ovanpå det svårgenomträngliga regelverk som nu antagits. Det var svårt att se hur dessa aktiviteter tillsammans skulle leda till en reglering som underlättade för industrin och för teknisk samverkan och trycket från omvärlden blev alltför stort för kommissionen.

Det är inte uteslutet att EG-domstolen kan komma fram till ett annat synsätt än det kommissionen presenterar i Teknikförordning-

en. Domstolen skulle mycket väl ånyo kunna understryka att det exklusiva licensavtalet inte faller under artikel 85 och därför inte behöver vara föremål för gruppundantagsbehandling. Om EG-domstolen dessutom uttalar att förbud mot passiv försäljning är förenligt med gemenskapsreglerna – det absoluta områdesskyddet uppstår först när företag försöker att stoppa fristående parallellhandlare med stöd av nationella regler – faller grunden för gruppundantaget.

Inte heller är det uteslutet att EG-domstolen skulle kunna hävda att de av Teknikförordningen svartlistade bestämmelserna inte nödvändigtvis skall betraktas som förbjudna, utan att deras effekt måste bedömas i en total ekonomisk och konkurrensinriktad analys. Då tvingar domstolen på ett värdefullt sätt fram ett nytänkande som vore helt i linje med Romfördragets regler och som sannolikt skulle gagna konkurrensförhållandena i Europa.

Slutintrycket blir därför att Teknikförordningen inte alltid uppfyller grundläggande förutsättningar, är diskutabel när den ställs mot accepterade gemenskapsprinciper och även blivit otillfredsställande utformad i sina detaljer. Teknikförordningen silar myggen noga men sväljer ofta kameler utan förbehåll.

13.2 Praktiska konsekvenser för licensavtalets utformning

Det är inte helt enkelt att dra praktiska slutsatser av Teknikförordningens utformning och den kritik som sammanfattats ovan och ge rekommendationer om lämpligheten av att ingå licensavtal och hur dessa skall utformas.

I grunden är licenssamverkan en effektiv samarbetsform som inte minst ger små och medelstora företag en möjlighet att tillsammans lösa problem som de var för sig inte klarar. Som alternativ till egenetablering och företagsackvisition leder licenssamverkan till mångfald och ökad konkurrens. Något skäl för att utesluta licensiering som en arbetsform i den framtida strategin finns därför inte. Gemenskapsmyndigheterna har i grunden en positiv inställning, även om synsättet inte i alla delar omsatts till föreskrifter i Teknikförordningen. Detta är delvis en följd av att kommissionen behöver gå för-

siktigt fram med de generella reglerna samtidigt som man kan vara betydligt djärvare i den individuella bedömningen.

En genomgående tendens i det behandlade materialet förefaller vara att det rena avtalet behandlas hårdare än det mer komplexa. Ett rent patentlicensavtal är begränsat till patenttidens längd och svårt att förlänga och ett rent know-howlicensavtal får bestå i maximalt tio år. När rättigheterna kombineras ökar möjligheterna för parterna att forma sin överenskommelse så att den passar deras önskemål. Än positivare förefaller inställningen att vara till franchisingsamverkan och licensiering i joint venture-förhållanden. Eftersom parterna styr över det slutliga upplägget och har möjligheter att lägga till och dra ifrån utan att det menligt inverkar på deras samverkan, kan de förbättra sin legala ställning med tekniska åtgärder. Det finns ingen anledning att inte utnyttja de möjligheter som erbjuds.

13.2.1 Licensavtalets kritiska punkter

En viktig parameter är att parternas strävan att samverka kan ske utan risk för konflikt med konkurrensbegränsningsreglerna. Teknikförordningen tjänar som en mall för säkra gränser, som gör att om parterna uppfyller dessa kan deras avtal tillämpas utan risk för framtida ingrepp från myndigheter eller ogiltigförklaring i en nationell domstol. I det följande sammanfattas tio kritiska punkter i licensavtalet mot bakgrund av den tidigare genomgången med förslag till hur dessa kan hanteras i den konkreta situationen.

1. Exklusivitet/konkurrerande produkter. Parterna kan träffa överenskommelse om ömsesidig exklusivitet, men däremot inte förbjudas att arbeta med konkurrerande produkter. Ju smalare produktområdet definieras, desto större är risken för konkurrerande verksamhet från licensgivaren. Licenstagaren får inte förbjudas att arbeta med konkurrerande produkter, men kan däremot åläggas best effort och ges minimiåtaganden på ett sådant sätt att möjligheten att arbeta med konkurrerande produkter i praktiken blir mycket liten. Dessutom kan licensgivaren förbehålla sig rätten att säga upp exklusiviteten om licenstagaren inleder konkurrerande arbete. I de fall detta inte räcker utan en konkurrensklausul måste införas i avtalet, måste det anmälas individuellt. Om parterna har goda skäl för klausulen är det inte uteslutet att den accepteras av kommissionen.

2. Områdesbegränsningar. Exklusiviteten kan uttryckas för ett bestämt land. Stor försiktighet måste iakttas med områdesbegränsningar utanför de snäva ramar som Teknikförordningen fastställer. Parterna kan förbindas att inte vara direkt aktiva i varandras territorier, medan förbudet att leverera till parallellhandlare bara kan gälla leverans till medkontrahentens territorium och under en mycket begränsad period. Önskar parterna gå längre och förbjuda alla affärer med parallellhandlare måste avtalet anmälas individuellt och det är sannolikt att kommissionen intar en restriktiv inställning. Det vore onekligen intressant om ett negativt besked från kommissionen på denna punkt blev föremål för prövning i gemenskapsdomstolarna.

3. Avtalstiden. Avtalet kan i blandade patentlicensavtal utsträckas till att gälla patenttiden eller tio år från första licens i gemenskapen. Tioårsperioden kan visa sig mycket kort för ett avtal som kommer sent i licenskedjan. Stor försiktighet skall också iakttas vid förlängningar. Flera bestämmelser tyder på att exklusiviteten inte kan förlängas utöver den inledande perioden. Å andra sidan förefaller det vara möjligt att förlänga en överenskommelse om licenstagaren har rätt att tacka nej till förbättringar och bägge parter kan säga upp samarbetet minst vart tredje år. Att låta ett blandat avtal löpa i minimum tio år med möjligheter till successiv förlängning i treårsperioder om det inte sägs upp verkar därför försvarligt. Lösningen täcks dock inte av gruppundantagets formuleringar och den försiktige bör därför anmäla sin överenskommelse.

4. Områdesuppdelning/kundbegränsningar. Parterna kan komma överens om att dela upp en rättighets användningsområden och bara tillåta licenstagaren att arbeta inom ett av dem. Däremot får konkurrerande parter inte komma överens om att kategorisera kunder och fördela dem mellan sig utan ett individuellt undantag. Är de inte konkurrenter erfordras en anmälan enligt invändningsförfarandet. I avtalet kan parterna ofta dölja kunduppdelningen bakom en användningsuppdelning. Avgörande torde vara begränsningens horisontala respektive vertikala karaktär. Har begränsningen karaktär av en uppdelning mellan konkurrenter av avsättningsmarknaden är den känslig och anmälan erfordras, men har den mer karaktär av effektiv arbetsfördelning mellan icke-konkurrenter saknas skäl för anmälan.

5. **Kvalitetskrav/kopplingsförbehåll.** Det finns mycket få hinder för att en licensgivare i avtalet säkrar att licensprodukten kommer att tillverkas till samma höga standard som han själv och andra licenstagare håller. Det känsliga förhållandet uppkommer när kvalitetskraven döljer ytterligare affärer i form av krav på att köpa delkomponenter från licensgivaren. Dessa kopplingsförbehåll – oavsett om de uttrycks som ett kvalitetskrav eller en direkt inköpsförpliktelse – skall vara objektivt nödvändiga och inte ett medel att utestänga konkurrenterna. Krav som inte är nödvändiga måste anmälas till kommissionen enligt invändningsförfarandet för att kunna tillämpas.

6. **Förbättringar.** Bägge parter är intresserade av att få del av förbättringar som görs. Krav från licensgivaren är mer känsliga än från licenstagaren. Licensgivaren får t.ex. inte begära att nyutvecklingen skall överlåtas till honom. Däremot kan han begära en icke-exklusiv licens utanför territoriet. Önskar han en exklusiv licens täcks inte detta av gruppundantaget, utan avtalet måste anmälas enligt invändningsförfarandet. Någon sådan begränsning föreligger inte om licenstagaren får tillgång till nyutveckling.

7. **Royalty/priser.** Parterna har en betydande frihet att förhandla fram royalty och betalningsvillkor och det är bara när royaltyformen indirekt leder till andra konkurrensbegränsningar som överenskommelsen kan komma att ifrågasättas. En sådan indirekt situation kan vara när minimiroyalty sätts i relation till slutpriset och därmed påverkar detta. Det är klart att licensgivaren inte får ägna sig åt bruttoprissättning, dvs. fastställa pris på färdig vara till licenstagarens kunder. Möjligen kan rekommenderade priser passera – även om det kan finnas anledning att se även en sådan klausul som en »konkurrensbegränsande förpliktelse» som kräver anmälan enligt invändningsförfarandet.

8. **Marknadsstyrning.** Licensgivaren har ett betydande intresse av att ha insyn i och styra licenstagarens marknadsaktiviteter. I huvudsak är sådana bestämmelser inte behandlade i Teknikförordningen och innebär i allmänhet inte konkurrensproblem. Om licensgivaren kräver alltför stor insyn i licenstagarens marknadsaktiviteter kan det påverka möjligheterna till konkurrerande aktiviteter och därmed bli känsligt. Sådana förpliktelser bör anmälas enligt invändningsförfarandet om absolut säkerhet om deras tillåtlighet önskas.

9. **Skydd för tekniken.** Inget hindrar att avtalet innehåller traditionella sekretessförpliktelser, förbud mot underlicensiering och gemensamma åtgärder för att beivra eller bemöta ett intrång. Däremot är förbud för licenstagaren att angripa underliggande patent och know-how känsligare. Den tidigare svartlistade bestämmelsen har nu förts till den grå listan och kräver således anmälan enligt invändningsförfarandet. I praktiken torde det dock inte vara nödvändigt att införa direkta förbud mot att angripa tekniken. Teknikförordningen tillåter att licensgivaren reserverar sig för att han kan komma att säga upp avtalet om licenstagaren angriper den underliggande rätten i någon form och det räcker ofta. Däremot är det tillåtet att stipulera särskilt förbud att använda know-how efter att avtalet löpt ut.

10. **Marknadsdominans.** Avtal är inte uteslutna från gruppundantag för att parterna, och då speciellt licenstagaren, har stark marknadsställning. Kommissionen antyder att en rätt att anmäla avtalet föreligger, men framför allt att gruppundantaget kan komma att återkallas i det enskilda fallet. Särskilt känsligt är det när avtalet kan komma att betraktas som missbruk av en dominerande ställning. Då behöver kommissionen inte återkalla undantaget utan kan tillämpa artikel 86 direkt. En anmälan kan undanröja denna risk.

Övriga i licensavtal vanliga avslutande bestämmelser skapar i allmänhet inte konkurrensproblem. Parterna kan fördela ansvar för tredjemansskada, intrångshantering, force majeure, tillämplig lag och forumbestämmelser utan att snegla på konkurrensreglerna.

13.2.2 Anmälan eller inte

Skall avtal anmälas eller inte? Det finns lika många uppfattningar om detta som meningarna är delade om skiljeförfarande är bättre än process i allmän domstol.

För anmälan talar säkerheten och möjligheten att forma sitt avtal på det sätt parterna önskar. Mot anmälan talar arbetsinsatsen, osäkerheten, tidsutdräkten och oviljan att informera kommissionen i onödan.

Icke-anmälan innebär dock inte att parterna skall tillämpa konkurrensbegränsningar och hoppas att dessa inte upptäcks. Sannolikheten för ett myndighetsingripande till följd av egen aktivitet är vis-

serligen begränsad men däremot föreligger alltid risk för att förfarandet anmäls till kommissionen eller att en kontrahent åberopar en ogiltighetsgrund för att komma ifrån ett oönskat avtal eller en oönskad förpliktelse, vilket är en god anledning att se till att avtalet i vart fall inte strider mot direkta förbud i Teknikförordningen.

Den enklaste rekommendationen är att parterna i första hand skall anstränga sig att forma sitt avtal så att det följer Teknikförordningens bestämmelser. Därmed erhålles en önskvärd säkerhet och ett avtal som kan tillämpas utan andra tidsbegränsningar än de som följer av förordningen och dess giltighet.

I den utsträckning parterna inte kan undvika grålistade klausuler eller klausuler som inte behandlas i förordningen men innehåller konkurrensbegränsande skyldigheter skall anmälan ske enligt Teknikförordningens invändningsförfarande i artikel 4. Det är ett summariskt förfarande och parterna kan inskränka sig till att ge in avtalet med viss begränsad information. Kommissionen kan begära kompletterande information och avvisa ansökan, vilket i allmänhet innebär att den förs till en full prövning enligt det individuella förfarandet. Invändningsförfarandet har en större potential än vad statistiken hittills utvisar. Kommissionen har anledning att överväga sin hittillsvarande inställning och tillåta proceduren som ett alternativ till ansökan om icke-ingripandebesked.

Innan ett ärende anmäls till individuell prövning bör parterna förvissa sig om att avtalet inte kan fungera utan de begränsande klausulerna. Utgångspunkten bör dels vara att det krävs goda argument för begränsningen och dels att kommissionens prövning inte bara kommer att gälla den aktuella bestämmelsen utan att avtalet kommer att värderas i sitt totala ekonomiska sammanhang.

13.3 Revision av inställningen till vertikala avtal

Kommissionen har sedan en viss tid aviserat ett diskussionsunderlag för den konkurrensrättsliga hanteringen av vertikala samarbetsavtal, ett s.k. »green paper». Diskussionen skall tjäna som underlag inför 1997 års revision av Distributions- och Inköpsförordningarna som löper ut detta år. Budskapet är tydligt: de två förordningarna kommer att bakas samman till en, vilket förefaller klokt.

En bredare diskussion om hur återförsäljarsamarbete skall hanteras i framtiden föranleder dock i princip samma resonemang som för licensavtal. Är det lämpligt med snäva regler för vertikala samarbetsförhållanden som sedan kompletteras av en mer generös individuell praxis, eller finns det tunga skäl som talar mot en sådan lösning därför att de hämmar tillväxt och utveckling? Borde kommissionen inte snarare frikostigt tillåta samverkan mellan små och medelstora företag och nypa till där konkurrensen i Europa verkligen kan vara i farozonen?

Det förannonserade diskussionsunderlaget skulle ursprungligen ha presenterats under hösten 1995 för att möjliggöra dialogen och säkra att revidering kunde ske när de gällande gruppundantagen löper ut. Fortfarande under sommaren 1996 fanns det inga besked om när något underlag är att vänta. I bästa fall kan dröjsmålet tolkas som att en verklig omprövning pågår inom kommissionen och att man behöver tid på sig för att formera styrkorna och säkra stöd från vitala grupper. Det som talar emot är att inget sipprar ut om arbetet, vilket tyder på att tankar inte ventileras i några bredare kretsar. Det är dessutom känt att olika falanger inom kommissionen har olika uppfattning om hur frågorna skall hanteras.

En ny lagstiftning måste sträva efter att förenkla, verklighetsanpassa och fokusera på de verkliga problemen och konkurrensbegränsningarna. Detta kan ske genom att kommissionen undanröjer samtliga gruppundantag för vertikala samarbetsavtal, således även den alldeles nya Teknikförordningen, och i stället utfärdar ett nytt gruppundantag eller kommer med klara riktlinjer som generellt täcker vertikalt samarbete mellan företag.

Sådana riktlinjer bör till sin struktur formas efter hittills gällande undantagsförordningar.

1. **Undantag**
Undantaget skall täcka vertikala samarbetsavtal – oberoende av form – för en tid som motsvarar eventuella immaterialrättsliga skydd eller tio år från varje licenstagares första marknadsföring eller 15–20 år från första marknadsföring i gemenskapen beroende på vilket som är längst.

2. **Vita listan**
Det finns inte något behov av en vit lista som räknar upp alla bestämmelser som inte faller under förbudet i artikel 85(1) – en sådan lista blir i alla händelser aldrig komplett.

3. **Svarta listan**
De typer av konkurrensbegränsningar som inte bör undantas, utan kräva individuellt undantag för sin tillämpning, är

- regler om bruttoprissättning,
- konkurrensförbud som sträcker sig över avtalsperioden och en kortare tid därefter,
- klausuler som leder till ett »absolut områdesskydd», dvs. klausuler enligt vilka parterna i en eller annan form samverkar för att förhindra att fristående företag idkar parallellhandel med marknadsförd produkt.

4. **Grå listan**
Invändningsförfarandet kan levandegöras genom ett konstaterande att

- avtal mellan företag med en sammanlagd omsättning överstigande 500–1 000 miljoner ecu *och* (kumulativt) med en relevant marknadsandel som överstiger 40% innan samarbetet inleds,
- avtal som företag med marknadsledande ställning (40%) ingår med ett nätverk av mindre samarbetspartner med stöd av standardkontrakt, samt
- avtal som avser pooling m.m. av immaterialrättigheter

måste anmälas enligt Formulär A/B till kommissionen, och först om denna inte ingriper inom en månad betraktas avtalet som icke konkurrensbegränsande.

5. Återkallandet

Med den ökande frihetsgrad som ett generellt gruppundantag riktat mot vertikala avtal innebär, måste kommissionens rätt att återkalla undantaget i fall av konstaterad konkurrensskadlighet förbli opåverkad.

Det finns ingen anledning att detaljerat precisera grunderna för återkallandet. Romfördragets artikel 85 och anknytande praxis ger tillräckliga riktlinjer.

Fördelarna med det föreslagna tillvägagångssättet är flerfaldiga och påtagliga, nämligen att

- förbudsbestämmelserna koncentreras på ett begränsat antal åtgärder som normalt anses vara icke acceptabla inskränkningar av konkurrensen; de får inte bli fler än att varje genomsnittsbegåvad företagare kan komma ihåg dem och undvika dem i sitt dagliga arbete,
- inget hindrar företag att anmäla förbjuden klausul med begäran om individuellt undantag; utgångspunkten är dock en stark presumption att undantag enligt artikel 85(3) inte kan beviljas, och
- massan av konkurrensregler minskar i ett slag på ett radikalt sätt.

Kommissionen kan genom den föreslagna förändringen fokusera sina överansträngda resurser på de verkliga konkurrensbegränsningarna som först och främst följer av konkurrensbegränsande horisontella förfaranden, men som också kan uppstå i vertikala förhållanden när de inblandade företagen har en betydande marknadsstyrka. Sådana avtal kommer under kommissionens kontroll genom att de anmäls enligt oppositionsproceduren.

Slutligen är möjligheten till återkallande en reserv, som kan utnyttjas när missförhållanden uppdagas – ofta till följd av anmälningar från konkurrent.

Ses gemenskapssystemet i sammanhang med nationella åtgärder, kan de senare komplettera med att granska samverkan mellan något mindre företag, marknadsandelstalen bör dock inte förändras även om den relevanta marknaden ändras.

Förändringar av angivet slag kräver ett radikalt nytänkande och frågan är om kommissionen mäktar med det för egen maskin. Många av tjänstemännen har varit med om att utforma och försvara

den existerande lagstiftningen och deras positioner är av den anledningen fastlåsta.

Det har tidigare ifrågasatts i detta arbete om kommissionen är den rätta lagstiftande instansen för detta betydelsefulla område för tekniksamverkan och handelns framtida utveckling i Europa. Egentligen är det nu rätta tillfället för rådet att återkalla den delegation som meddelats kommissionen genom Förordning 19/65 och se till att det vidare lagstiftningsarbetet, som visserligen skall initieras av kommissionen, slutföres i de former som normalt gäller gemenskapslagstiftning.

Bilagor

Teknikförordningen

KOMMISSIONENS FÖRORDNING (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring

(Text av betydelse för EES)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT DENNA FÖRORDNING

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen,

med beaktande av rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 853 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden[1], senast ändrad genom Anslutningsakten för Österrike, Finland och Sverige, särskilt artikel 1 i denna,

efter att ha offentliggjort ett utkast till denna förordning[2],

efter att ha samrått med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, och

med beaktande av följande:

(1) Enligt förordning nr 19/65/EEG har kommissionen befogenhet att genom förordning tillämpa fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 85.1 och som innehåller begränsningar i fråga om förvärv eller utnyttjande av rättigheter som åtnjuter industriellt rättskydd – särskilt patent, bruksmönster, mönster och modeller eller varumärken – eller ifråga om rättigheter som följer av avtal om överlåtelse eller upplåtelse av rätten att

[1] EGT nr 36, 6.3.1965, s. 533/65.
[2] EGT nr C 178, 30.6.1994, s. 3.

använda en tillverkningsmetod eller kunskaper om användning eller tillämpning av industriella processer.

(2) Kommissionen har i enlighet med denna befogenhet utfärdat förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal[3], senast ändrad genom förordning (EG) nr 2131/95[4], och förordning (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-how licensavtal[5], ändrad genom Anslutningsakten för Österrike, Finland och Sverige.

(3) Dessa två gruppundantag bör förenas i en gemensam förordning för avtal om tekniköverföring, och bestämmelserna för patentlicensavtal och know-how-licensavtal bör harmoniseras och förenklas så långt som möjligt i syfte att uppmuntra spridningen av tekniskt kunnande inom gemenskapen och främja framställningen av tekniskt förbättrade produkter. Under dessa omständigheter bör förordning (EEG) nr 556/89 upphävas.

(4) Denna förordning bör gälla licenser för nationella patent i medlemsstaterna, gemenskapspatent[6] och europeiska patent[7] (rena patentlicensavtal). Den bör också gälla för avtal om licensiering av tekniskt kunnande som inte är patentskyddat (t.ex. beskrivningar av tillverkningsmetoder, recept, formler, modeller eller mönster), vanligen benämnt »know-how» (rena know-how-licensavtal), liksom på blandade patent och know-how-licensavtal (blandade avtal), vilka spelar en allt viktigare roll när det gäller tekniköverföring. Artikel 10 innehåller definitioner av begrepp som används i denna förordning.

(5) Med patent- eller know-how-licensavtal avses avtal enligt vilka ett företag som innehar ett patent eller ett know-how (licensgivaren) tillåter ett annat företag (licenstagaren) att utnyttja det patent som upplåtes, respektive meddelar sitt know-how till företaget med sikte särskilt på tillverkning, användning eller marknadsföring. Mot bakgrund av de erfarenheter som hittills har vunnits går det att definiera en grupp av licensavtal med räckvidd över hela eller viss del av den gemensamma marknaden som kan omfattas av artikel 85.1 men som i regel kan anses uppfylla villkoren i artikel 85.3 om patenten är nödvändiga för att uppnå målet med den genom ett blandat avtal licensierade tekniken eller om det know-how som meddelas – vare sig detta är knutet till ett patent eller fristående från detta – är hemligt, substantiellt och identifierat i lämplig form. Dessa definitioner syftar endast till att säkerställa

[3] EGT nr L 219, 16.8.1984, s. 15.
[4] EGT nr L 214, 8.9.1995, s. 6.
[5] EGT nr L 61, 4.3.1989, s. 1.
[6] Konventionen om det europeiska patentet för den gemensamma marknaden (Gemenskapens patentkonvention) av den 15 december 1975 (EGT nr L 17, 26.1.1976, s. 1).
[7] Konvention om meddelandet av europeiska patent av den 5 oktober 1973.

att licensieringen av ett know-how eller beviljandet av en patentlicens berättigar till ett gruppundantag för konkurrensbegränsande skyldigheter. Detta påverkar inte parternas rätt att ta in bestämmelser om andra kontraktsskyldigheter, såsom skyldigheten att betala licensavgifter, även om gruppundantaget inte längre är tillämpligt.

(6) Denna förordning bör även gälla rena eller blandade avtal som också omfattar en licens avseende andra immateriella rättigheter än patent (särskilt varumärken, rättigheter avseende mönster och modeller och upphovsrätt – t.ex. i fråga om datorprogram), förutsatt att den kompletterande licensen bidrar till att uppnå syftet med den licensierade tekniken och endast innehåller anknutna bestämmelser.

(7) Om sådana rena eller blandade licensavtal innehåller skyldigheter inte endast avseende områden inom den gemensamma marknaden utan även avseende tredje land skall detta förhållande inte hindra att förordningen tillämpas på de skyldigheter som avser områden inom den gemensamma marknaden. Om emellertid licensavtal avseende tredje land eller områden som sträcker sig utanför gemenskapens gränser har verkningar på den gemensamma marknaden som kan omfattas av artikel 85.1, bör dessa avtal omfattas av denna förordning i samma utsträckning som avtal avseende områden inom den gemensamma marknaden.

(8) I enlighet med målen för tekniskspridning och förbättring av tillverkningsprocesser bör denna förordning endast vara tillämplig i de fall licenstagaren själv tillverkar eller för sin räkning låter tillverka produkten, eller om den licensierade produkten är en tjänst, licenstagaren själv tillhandahåller tjänsten eller för sin räkning låter tillhandahålla den, oavsett om licenstagaren också har rätt att använda konfidentiell information från licensgivaren för att göra reklam för och sälja den produkt som omfattas av licensen. Denna förordning bör alltså inte tillämpas för avtal som endast avser försäljning. Denna förordning bör inte heller tillämpas på avtal avseende marknadsförings-knowhow inom ramen för franchise-avtal, vissa licensavtal som träffas i anslutning till avtal om bildandet av gemensamma företag eller patentpooler eller andra avtal enligt vilka licens meddelas i utbyte mot andra licenser som inte avser förbättringar av eller nya användningsområden för den överlåtna teknologin, eftersom sådana avtal uppvisar skilda problem som för närvarande inte kan behandlas i en enda förordning (artikel 5).

(9) Med hänsyn till de likheter som finns mellan försäljning och exklusiva licensavtal och risken att kraven i förordningen kan kringgås genom att konkurrensbegränsande exklusiva licensavtal ges sken av överlåtelser, bör denna förordning tillämpas också på avtal om överlåtelse och förvärv av patent eller know-how i den mån risken som är förknippad med att utnyttja dem ekonomiskt kvarblir hos överlåtaren. Den bör också tillämpas på licensavtal i vilka licensgivaren inte är den som

innehar patentet eller ett visst know-how men har fått fullmakt av innehavaren att meddela licensen, vilket är fallet t.ex. när det gäller underlicenser, och vidare för licensavtal i vilka de avtalsslutande parternas rättigheter och skyldigheter har övertagits av företag som är förbundna med dem (artikel 6).

(10) Exklusiva licensavtal, dvs. avtal enligt vilka licensgivaren förbinder sig att inte själv utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet och att inte meddela ytterligare licenser där, är inte i och för sig oförenliga med artikel 85.1 om de gäller införande av och skydd för en ny teknik inom licensområdet på grund av omfattningen av företagens forskningsinsats, den ökade konkurrens, särskilt mellan varumärken, och den förbättrade konkurrenskraft för de berörda företagen som spridningen av innovationen i gemenskapen för med sig. I den mån exklusiva licensavtal omfattas av artikel 85.1 bör de inbegripas i artikel 1 så att de också kan omfattas av undantaget.

(11) Undantag från de förbud att exportera som åläggs patentlicensgivaren och dennes licenstagare föregriper inte den senare utvecklingen av EG-domstolens praxis när det gäller artiklarna 30–36 samt artikel 85.1, vad gäller dessa förbud och särskilt förbud för en licenstagare att inom andra licenstagares licensområde marknadsföra den licensierade produkten (passiv konkurrens).

(12) De skyldigheter som avses i artikel i bidrar i allmänhet till att förbättra produktionen och främja den tekniska utvecklingen. De ger ett incitament till innehavarna av patent och know-how att meddela licenser och till licenstagarna att investera i tillverkning, användning och marknadsföring av nya produkter eller att använda nya tillverkningsmetoder. Dessa skyldigheter kan tillåtas inom ramen för denna förordning avseende områden där den licensierade produkten skyddas av patent så länge dessa patent gäller.

(13) Eftersom det kan vara svårt att bestämma när ett know-how upphör att vara hemligt är det lämpligt att, i fråga om områden där den licensierade tekniken endast omfattar know-how, tidsbegränsa giltigheten för sådana skyldigheter. För att tillräckliga skyddsperioder skall kunna erbjudas parterna i know-how-avtal är det dessutom lämpligt att låta sådana perioder börja den dag då en licenstagare för första gången börjar marknadsföra produkten på gemenskapsrnarknaden.

(14) Undantag enligt artikel 85.3 för längre perioder för områdesskydd ifråga om know-how-avtal, särskilt för att skydda kostnadskrävande och riskbetonade investeringar eller om parterna inte var konkurrenter den dag då licensen meddelades, kan meddelas endast genom individuellt beslut. Däremot har parterna rätt att förlänga avtalstiden för att utnyttja efterföljande förbättringar och möjliggöra betalning av ytterligare licensavgifter. I sådana fall kan emellertid områdesskydd under ytterligare en period räknad från dagen när licens gavs inom gemenskapen för de hemliga förbättringarna dock medges endast genom

ett individuellt beslut. Om forskning efter förbättringar leder till innovationer som är särskilda från den licensierade tekniken, kan parterna sluta ett nytt avtal som omfattas av undantag enligt denna förordning.

(15) Undantag bör slutligen ges för licenstagarens skyldighet att inte marknadsföra den licensierade produkten inom andra licenstagares områden under ett begränsat antal år räknat från dagen när den licensierade produkten för första gången började marknadsföras inom gemenskapen av en licenstagare (dvs. förbud inte bara mot aktiv konkurrens utan även passiv konkurrens) oavsett om den licensierade tekniken endast omfattar know-how, patent eller bådadera tillsammans i de områden som berörs.

(16) Undantaget för områdesskydd bör gälla hela den godkända perioden förutsatt att det nödvändiga patentet är i kraft eller know-how är hemligt och substantiellt. Parterna i ett blandat patentlicensoch know-how-licensavtal bör, i ett visst område kunna dra fördel av den längsta skyddsperiod som följer endera av ett patent eller av know-how.

(17) De skyldigheter som anges i artikel 1 uppfyller i allmänhet även de övriga villkoren för en tillämpning av artikel 85.3. I allmänhet får konsumenterna en skälig andel av de fördelar som uppnås genom det förbättrade utbudet av varor på marknaden. För att säkra denna verkan bör emellertid artikel 1 inte vara tillämplig i sådana fall där parterna träffar avtal om att vägra att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önsker återförsälja på export eller om att vidta andra åtgärder för att förhindra parallellimport. Härigenom säkerställs att ovan redovisade skyldigheter inte ålägger begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå ovannämnda mål.

(18) Det är önskvärt att förordningen anger ett visst antal skyldigheter som ofta förekommer i licensavtal men som i regel inte är konkurrensbegränsande och att den föreskriver att dessa, om de till följd av speciella ekonomiska eller rättsliga omständigheter skulle omfattas av artikel 85.1, också skall omfattas av undantaget. Uppräkningen i artikel 2 är inte uttömmande.

(19) I förordningen bör också anges vilka begränsningar eller bestämmelser som inte får förekomma i licensavtal om de skall omfattas av gruppundantaget. Dessa begränsningar, vilka räknas upp i artikel 3, kan omfattas av förbudet i artikel 85.1, men i dessa fall kan det inte generellt antas att, även om de har anknytning till tekniköverföringen, de kommer att få de positiva verkningar som krävs enligt artikel 85.3 och som är en förutsättning för att gruppundantag skall kunna medges. Sådana begränsningar kan endast undantas genom individuellt beslut, varvid hänsyn skall tas till de aktuella företagens ställning på marknaden och graden av koncentration på den relevanta marknaden.

(20) Skyldigheten för licenstagaren att inte använda den licensierade tekniken efter avtalets upphörande (»nyttjandeförbud efter avtalets upphörande») (artikel 2.1.3) och att ställa förbättringar till licensgivarens förfogande (»grant-back-klausuler») (artikel 2.1.4) är i allmänhet inte konkurrensbegränsande. Nyttjandeförbudet efter avtalets upphörande kan anses vara ett normalt inslag i licensgivningen eftersom licensgivaren annars skulle vara tvungen att meddela sitt know-how eller upplåta sitt patent för all framtid. Skyldigheten för licenstagaren att till licensgivaren meddela en licens avseende förbättringar som tillförts det know-how och/eller patent som upplåtits är i allmänhet inte konkurrensbegränsande, förutsatt att licenstagaren enligt avtalet har rätt att ta del av licensgivarens framtida erfarenheter och uppfinningar. Däremot uppstår en konkurrensbegränsande verkan om ett avtal innehåller en skyldighet för licenstagaren att till licensgivaren överlåta sina rättigheter med avseende på de förbättringar av den ursprungliga licensierade tekniken som han själv tillfört (artikel 3.6).

(21) Uppräkningen av bestämmelser som inte hindrar undantag upptar även skyldigheten för licenstagaren att fortsätta att betala licensavgifter till slutet av avtalstiden oavsett om det know-how som överlåtits har blivit allmänt tillgängligt genom tredje mans åtgärd eller genom licenstagarens egna åtgärder (artikel 2.1.7). Dessutom bör parterna, för att underlätta licenstagarens betalningar, vara fria att sprida betalningarna av avgifterna för utnyttjande av den licensierade tekniken över en period som är längre än de licensierade patentens giltighetstid, framför allt genom att sätta lägre licensavgifter. I regel behöver parterna inte skyddas mot de förutsebara ekonomiska följderna av ett avtal som ingås frivilligt och därför bör inte deras val av ett ändamålsenligt sätt att finansiera tekniköverföringen eller att mellan sig fördela riskerna för utnyttjandet begränsas. Undantaget kan dock inte tillämpas på avtal där fastställandet av licensavgifterna har något av de begränsade syften som avses i artikel 3.

(22) Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sitt utnyttjande av den licensierade tekniken till ett eller flera tekniska tillämpningsområden (»användningsområden») eller till en eller flera produktmarknader omfattas inte heller av artikel 85.1, eftersom licensgivaren har rätt att överlåta teknologin endast för ett begränsat ändamål (artikel 2.1.8).

(23) Bestämmelser som innebär att parter som är konkurrenter avseende avtalsprodukterna delar upp kundkretsen inom samma tekniska användningsområde eller på samma produktmarknad antingen genom ett faktiskt förbud mot att leverera till vissa grupper av kunder eller genom en skyldighet med motsvarande verkan, medför också att avtalet inte är berättigat till gruppundantag (artikel 3.4). Begränsningar av detta slag mellan icke konkurrerande företag är föremål för invändningsförfarandet. Artikel 3 omfattar inte de fall då patentlicensen eller know-how-licensen meddelas för att ge en enskild kund tillgång till en andra inköpskälla. I sådana fall är ett förbud för den andre licenstaga-

ren att leverera till andra än kunden ifråga nödvändigt för att den andra licensen skall kunna meddelas, eftersom syftet med uppgörelsen inte är att skapa en fristående leverantör på marknaden. Detsamma gäller begränsningar i fråga om de kvantiteter som licenstagaren får leverera till kunden ifråga (artikel 2.1.13).

(24) Utöver de bestämmelser som redan nämnts omfattar uppräkningen av begränsningar som hindrar gruppundantag också begränsningar beträffande försäljningspriset för den licensierade produkten eller beträffande de kvantiteter som får tillverkas eller säljas, eftersom de allvarligt begränsar den omfattning i vilken licenstagaren kan utnyttja den licensierade tekniken och kvantitetsbegränsningar, i synnerhet, kan ha samma verkan som ett exportförbud (artikel 3.1 och 3.5). Detta gäller inte om en licens meddelas för användning av en viss teknik i speciella produktionsanläggningar och om licenstagaren samtidigt får rätt att utnyttja en viss teknik för uppförande, drift och underhåll av dessa anläggningar och får öka anläggningarnas kapacitet eller uppföra anläggningar för eget bruk på normala kommersiella villkor. Däremot får licenstagaren hindras från att utnyttja licensgivarens specifika teknik för att uppföra anläggningar för tredje man, eftersom syftet med avtalet inte är att tillåta licenstagaren att göra licensgivarens teknologi tillgänglig för andra tillverkare medan den ännu är hemlig eller patentskyddad (artikel 2.1.12).

(25) Avtal som inte automatiskt omfattas av undantaget därför att de innehåller bestämmelser som inte uttryckligen är undantagna enligt denna förordning och inte uttryckligen är uteslutna från undantag, däri inbegripet de som anges i artikel 4.2 kan ändå under särskilda omständigheter antas vara berättigade till tillämpning av gruppundantaget. Kommissionen kan snabbt konstatera om så är fallet på grundval av den information som företagen är förpliktade att lämna till den i enlighet med bestämmelserna i kommissionens förordning (EG) nr 3385/94[8]. Kommissionen får bevilja undantag från skyldigheten att lämna sådana särskilda uppgifter som krävs i formulär A/B vilka inte förefaller vara nödvändiga. Kommissionen nöjer sig i allmänhet med hela licensavtalstexten och en bedömning som grundar sig på den information som direkt finns tillgänglig om marknadens struktur och om den marknadsandel som innehas av licenstagaren. Därför bör sådana avtal omfattas av undantaget enligt denna förordning om de anmäls till kommissionen och kommissionen inte inom en viss tidsfrist gör invändning mot att undantaget tillämpas.

(26) Om avtal som är undantagna enligt denna förordning ändå har verkningar som är oförenliga med artikel 85.3, kan kommissionen bestämma att gruppundantaget inte skall tillämpas, särskilt då de licensierade produkterna inte är utsatta för effektiv konkurrens i licensområdet (artikel 7). Detta kan vara fallet få licenstagaren har en stark ställning

[8] EGT nr L 377, 31.12.1994, s. 28.

på marknaden. I sin bedömning av konkurrensvillkoren kommer kommissionen att ta hänsyn till de fall då licenstagarens marknadsandel överstiger ett tröskelvärde på 40 % av den totala marknaden för de licensierade produkterna och av alla produkter eller tjänster som konsumenterna anser vara utbytbara eller substituerbara med hänsyn till deras egenskaper, deras pris och deras användning.

27) Avtal som uppfyller villkoren i artiklarna 1 och 2 som varken har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen i något annat avseende behöver inte längre anmälas. Företag har dock fortfarande rätt att i enskilda fall ansöka om icke-ingripandebesked eller om undantag enligt artikel 85.3 på grundval av rådets förordning nr 17[9], senast ändrad genom Anslutningsakten för Österrike, Finland och Sverige. De får, i synnerhet, anmäla de avtal som innehåller en skyldighet för licensgivaren att inte ge fler licenser inom licensområdet då licenstagarens marknadsandel är större än eller riskerar att bli större än 40 %.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

1. Enligt fördragets artikel 85.3 förklaras, på de villkor som föreskrivs i det följande, att fördragets artikel 85.1 inte gäller rena patentlicensavtal eller know-how-licensavtal, blandade patent- och know-how-licensavtal och avtal som innehåller anknutna bestämmelser om andra immateriella rättigheter än patent, i vilka endast två företag är parter och som innehåller en eller flera av följande skyldigheter:

1) Skyldigheten för licensgivaren att inte tillåta andra företag att utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet.

2) Skyldigheten för licensgivaren att inte själv utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet.

3) Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja den licensierade tekniken i licensgivarens område inom den gemensamma marknaden.

4) Skyldigheten för licenstagaren att inte tillverka eller använda den licensierade produkten eller använda den licensierade metoden inom de områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare.

5) Skyldigheten för licenstagaren att inte aktivt marknadsföra den licensierade produkten inom de områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare och särskilt att inte bedriva reklamaktiviteter som är direkt riktad till dessa områden eller etablera en filial där eller hålla lager där för distribution av produkten.

6) Skyldigheten för licenstagaren att inte marknadsföra den licensierade produkten inom de områden inom den gemensamma marknaden som

[9] EGT nr 13, 21.2.1962, s. 204/62.

tilldelats andra licenstagare när det är fråga om att tillgodose en spontan efterfrågan.

7) Skyldigheten för licenstagaren att under avtalstiden endast använda licensgivarens varumärke eller den utstyrsel som är föreskriven av denne för att särskilja den licensierade produkten, förutsatt att licenstagaren inte hindras från att ange sig själv som de licensierade produkternas tillverkare.

8) Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sin tillverkning av den licensierade produkten till de kvantiteter som han behöder för att tillverka sina egna produkter och att sälja den licensierade produkten endast som en integrerad del av eller reservdel till sina egna produkter eller i övrigt i samband med försäljningen av sina egna produkter, förutsatt att licenstagaren fritt får bestämma dessa kvantiteter.

2. I fråga om rena patentlicensavtal gäller undantaget för de skyldigheter som avses i punkt 1 endast i den mån och så länge som den licensierade produkten skyddas av parallella patent inom de områden som tilldelats licenstagaren (punkterna 1, 2, 7 och 8), licensgivaren (punkt 3) respektive övriga licenstagare (punkt 4 och 5). Undantaget för den skyldighet som avses i punkt 1.6 gäller för en period på högst fem år räknat från dagen när den licensierade produkten börjar marknadsföras inom den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna och endast så länge som denna produkt skyddas av parallella patent inom dessa områden.

3. I fråga om rena know-how-licensavtal gäller undantaget för de skyldigheter som avses i punkt 1.1–1.5 för en period på högst tio år räknat från dagen när den licensierade produkten börjar marknadsföras inom den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna.

Undantaget för den skyldighet som avses i punkt 1.6 gäller för en period på högst fem år räknat från dagen när den licensierade produkten börjar marknadsföras på den gemensamma marknaden av någon av licenstagarna.

Undantag för de skyldigheter som avses i punkt 1.7 och 1.8 gäller för avtalets hela giltighetstid sålänge det knowhow som omfattas förblir hemligt och substantiellt.

Undantaget enligt punkt 1 gäller dock endast om parterna i någon lämplig form har identifierat det know-how som ursprungligen meddelades samt de eventuella förbättringar av detta som blir tillgängliga för den ena parten och som meddelas den andra parten i enlighet med avtalsvillkoren och för dess syfte och endast så länge som detta know-how förblir hemligt och substantiellt.

4. I fråga om blandade patent- och know-how-licensavtal gäller undantaget för de skyldigheter som avses i punkt 1.1–1.5 för de medlemsstater i vilka den licensierade tekniken skyddas av nödvändiga patent så länge som den licensierade produkten är patentskyddad där, om detta skydds giltighetstid överstiger de perioder som anges i punkt 3.

Det undantag som avses i punkt 1.6 får inte gälla längre än den femårsperiod som avses i punkterna 2 och 3.

Även för dessa avtal gäller emellertid att de kan omfattas av det undantag som avses i punkt 1 endast så länge som patentet är i kraft eller det know-how som omfattas har identifierats och förblir hemligt och substantiellt, beroende på vilken period som är längst.

5. Undantaget enligt punkt 1 gäller även om parterna i ett visst avtal åtar sig sådana skyldigheter som avses där med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt samma punkt.

Artikel 2

1. Artikel 1 gäller utan hinder av att någon av följande skyldigheter, som i regel inte är konkurrensbegränsande, föreligger:

1) Skyldigheten för licenstagaren att inte avslöja det know-how som har meddelats av licensgivaren; licenstagaren kan vara bunden av denna skyldighet även efter avtalets upphörande.

2) Skyldigheten för licenstagaren att inte meddela underlicenser eller överlåta licensen.

3) Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja det know-how eller det patent som avses i licensen efter avtalets upphörande i den mån och så länge som detta know-how förblir hemligt eller patentet fortfarande gäller.

4) Skyldigheten för licenstagaren att meddela licensgivaren en licens på förbättringar av eller nya tillämpningar för den licensierade tekniken som han själv tillfört, förutsatt att

   - ifråga om förbättringar som kan skiljas från den licensierade tekniken, en sådan licens inte är exklusiv så att licenstagaren äger använda de förbättringar som han själv tillfört eller att meddela licens på dessa till tredje man, om det know-how som meddelats av licensgivaren och fortfarande är hemligt inte avslöjas genom en sådan licens, och

   - licensgivaren har förbundit sig att meddela licenstagaren en licens avseende sina förbättringar, oavsett om detta åtagande är exklusivt eller inte.

5) Skyldigheten för licenstagaren att uppfylla minimikrav, inbegripet tekniska krav, beträffande den licensierade produktens kvalitet, eller att anskaffa varor eller tjänster från licensgivaren eller från ett företag som anvisas av denne, i den mån sådana kvalitetsspecifikationer, produkter eller tjänster är nödvändiga

   a) för ett tekniskt riktigt utnyttjande av den licensierade tekniken, eller

b) för att säkerställa att licenstagarens produkt uppfyller de minimikrav som är tillämpliga på licensgivaren och andra licenstagare,

och att tillåta licensgivaren att utföra kontroller som har samband härmed.

6) Skyldigheten

a) att underrätta licensgivaren om obehörigt tillägnande av ifrågavarande know-how eller intrång i de licensierade patenten, eller

b) att vidta eller biträda licensgivaren med att vidta rättsliga åtgärder mot sådant obehörigt tillägnande eller intrång.

7) Skyldigheten för licenstagaren att fortsätta betala licensavgifter

a) tills avtalet har upphört och till de belopp, för de tidsperioder och enligt de metoder som fritt har bestämts av parterna om ifrågavarande know-how blir allmänt tillgängligt på annat sätt än genom licensgivarens åtgärd, utan att detta är till hinder för betalning av ytterligare skadeersättning i händelse av att detta know-how blir allmänt tillgängligt till följd av en åtgärd från licenstagarens sida som utgör avtalsbrott,

b) också efter det att giltighetstiden för den patent som överlåtits löpt ut för att underlätta betalningen.

8) Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sitt utnyttjande av den licensierade tekniken till ett eller flera tekniska användningsområden som omfattas av den licensierade tekniken eller till en eller flera produktmarknader.

9) Skyldigheten för licenstagaren att betala en lägsta licensavgift eller tillverka en minimikvantitet av den licensierade produkten eller vidta ett minsta antal åtgärder för att utnyttja den licensierade tekniken.

10) Skyldigheten för licensgivaren att bevilja licenstagaren de fördelaktigare villkor som licensgivaren kan komma att bevilja ett annat företag efter det att avtalet har träffats.

11) Skyldigheten för licenstagaren att märka den licensierade produkten med licensgivarens namn eller med numret på det licensierade patentet.

12) Skyldigheten för licenstagaren att inte använda licensgivarens teknik för att uppföra anläggningar för tredje mans räkning; detta påverkar inte licenstagarens rätt att öka kapaciteten i sina anläggningar eller för eget bruk uppföra nya anläggningar på normala kommersiella villkor, innefattande betalning av ytterligare licensavgifter.

13) Skyldigheten för licenstagaren att inte leverera mer än en begränsad kvantitet av den licensierade produkten till en viss kund om licensen har meddelats med sikte på att ge kunden en andra leveranskälla inom det licensierade området. Denna bestämmelse är också tillämplig om

kunden är licenstagare och det i en licens som meddelats med sikte på att tillhandahålla en andra leveranskälla föreskrivs att kunden skall tillverka eller genom entreprenör låta tillverka de licensierade produkterna.

14) Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt för honom att använda sig av sina rättigheter enligt ett patent för att hindra sig att den licensierade tekniken används av licenstagaren utanför det licensierade området.

15) Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt att häva avtalet om licenstagaren bestrider hemligheten med eller substansen i det know-how som avses i licensen eller giltigheten inom den gemensamma marknaden av licensierade patent som tillhör licensgivaren eller företag med anknytning till denne.

16) Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt att upphäva ett antal om en patentlicens om licenstagaren hävdar att ett sådant patent inte är nödvändigt.

17) Skyldigheten för licenstagaren att tillverka och marknadsföra den licensierade produkten efter bästa förmåga.

18) Ett förbehåll från licensgivarens sida om rätt att häva licenstagarens ensamrätt och upphöra med att licensiera förbättringar till licenstagaren om denne in låter sig på konkurrens inom den gemensamma marknaden med licensgivaren, med företag som har en anknytning till denne eller med andra företag ifråga om forskning och utveckling, tillverkning, användning eller försäljning av konkurrerande produkter, och om rätt att kräva att licenstagaren bevisar att det know-how som licensierats inte används för att tillverka andra produkter eller utföra andra tjänster än de som omfattas av licensen.

2. För den händelse att de skyldigheter som avses i punkt 1 på grund av särskilda omständigheter omfattas av artikel 85.1 undantas de också, även om avtalet inte i övrigt innehåller sådana skyldigheter som är undantagna enligt artikel 1.

3. Undantaget enligt punkt 2 gäller även om i ett avtal parterna åtar sig sådana skyldigheter som avses i punkt 1 men med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt den punkten.

Artikel 3

Artiklarna 1 och 2.2 gäller inte i följande fall:

1) Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att bestämma pris, delar i priset eller rabatter beträffande de licensierade produkterna.

2) Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att inom den gemensamma marknaden konkurrera med den andra parten, med företag med anknytning till den andra parten eller med andra företag

ifråga om forskning och utveckling, tillverkning, användning eller försäljning av konkurrerande produkter, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 2.1 punkterna 17 och 18.

3) Om parterna eller en av dem är förpliktad, utan saklig grund,

a) att vägra att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden,

b) att göra det svårt för konsumenter eller återförsäljare att får tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknaden, särskilt då de utnyttjar immateriella rättigheter eller vidtar åtgärder för att hindra att konsumenter eller återförsäljare utanför licensområdet får tillgång till eller inom licensområdet marknadsför varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknaden av licensgivaren eller med dennes samtycke,

eller gör detta till följd av ett samordnat förfarande mellan dem.

4) Om parterna redan innan licensen meddelades var konkurrerande tillverkare och den ena parten åläggs, inom ett och samma tekniska tillämpningsområde eller på en och samma produktmarknad, begränsningar beträffande den kundkrets som han får betjäna, särskilt förbud mot att leverera till vissa grupper av kunder, att använda vissa distributionsmetoder, i syfte att dela upp kundkretsen, eller att använda vissa sorters förpackningar för produkterna, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1.7 och 2.1.13.

5) Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller den mängd licensierade produkter som han får tillverka eller sälja eller det antal åtgärder som han får vidta för att utnyttja den licensierade tekniken, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1.8 och 2.1.13.

6) Om licenstagaren är skyldig att till licensgivaren helt eller delvis överlåta sina rättigheter avseende förbättringar av eller nya användningsområden för den licensierade tekniken.

7) Om licensgivaren är förpliktad, oavsett om detta fastställs i särskilda avtal eller genom automatisk förlängning av den ursprungliga avtalstiden i och med att nya förbättringar inbegripits, att under en period som är längre än den som är tillåten enligt artikel 1.2 och 1.3 inte meddela licenser till andra företag för utnyttjande av den licensierade tekniken inom licensområdet, eller en av parterna åläggs skyldighet att under en period som är längre än vad som är tillåtet enligt artikel 1.2 och 1.3 eller artikel 1.4 inte utnyttja den licensierade tekniken inom den andra partens eller andra licenstagares områden.

Artikel 4

1. Undantaget enligt denna förordning skall även gälla avtal som innehåller konkurrensbegränsande skyldigheter som inte omfattas av artiklarna 1 och

2 eller faller under tillämpningen av artikel 3, under förutsättning att avtalen ifråga anmäls till kommissionen enligt bestämmelserna i artikel 1–3 i förordning (EG) nr 3385/94 och att kommissionen inte gör någon invändning mot detta undantag inom en tidsfrist på fyra månader.

2. Punkt 1 gäller särskilt

a) om licenstagaren vid tidpunkten för avtalets ingående tvingas acceptera kvalitetsspecifikationer eller ytterligare licenser eller att anskaffa varor eller tjänster som inte är nödvändiga för att säkerställa ett tekniskt riktigt utnyttjande av den licensierade tekniken eller för att säkerställa att licenstagarens tillverkning överensstämmer med de kvalitetskrav som iakttas av licensgivaren och andra licenstagare,

b) om licenstagaren åläggs förbud mot att bestrida hemligheten med eller substansen i det know-how som avses i licensen eller att bestrida giltigheten av inom den gemensamma marknaden licensierade patent som tillhör licensgivaren eller företag med anknytning till denne.

3. Tidsfristen på fyra månader som anges i punkt 1 skall löpa från den dag då anmälan träder i kraft i enlighet med bestämmelserna i artikel 4 i förordning (EG) nr 3385/94.

4. Punkterna 1 och 2 kan åberopas i fråga om avtal som anmälts innan denna förordning träder i kraft genom ett meddelande till kommissionen med uttrycklig hänvisning till denna artikel och till anmälan. Bestämmelserna i punkt 3 gäller i tillämpliga delar.

5. Kommissionen kan göra invändning mot ett undantag inom en tidsfrist på fyra månader. Den skall göra invändning om den mottar en begäran om detta från en medlemsstat inom två månader efter det att en anmälan enligt punkt 1 eller ett meddelande enligt punkt 4 har skickats till medlemsstaten. Denna begäran skall vara motiverad med hänsyn till fördragets konkurrensregler.

6. Kommissionen kan när som helst ta tillbaka sin invändning mot ett undantag. Om invändningen gjordes på begäran av en medlemsstat och denna begäran vidhålls, kan den dock tas tillbaka endast efter samråd med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor.

7. Om invändningen tas tillbaka därför att de berörda företagen har visat att villkoren i artikel 85.3 är uppfyllda, gäller undantaget från och med anmälningsdagen.

8. Om invändningen tas tillbaka därför att de berörda företagen har ändrat avtalet så att villkoren i artikel 85.3 är uppfyllda, gäller undantaget från och med den tidpunkt när ändringarna träder i kraft.

9. Om kommissionen gör invändning mot undantaget och invändningen inte tas tillbaka, får anmälan de verkningar som föreskrivs i förordning nr 17.

Artikel 5

1. Denna förordning gäller inte

1) avtal mellan medlemmarna i en patent- eller know-how-pool som avser den teknik som ingår i poolen,

2) licensavtal mellan konkurrerande företag som har intressen i ett gemensamt företag eller mellan ett av dessa och det gemensamma företaget, om licensavtalen berör det gemensamma företagets verksamhet,

3) avtal enligt vilka den ena parten meddelar den andra parten en patentlicens och/eller know-how-licens och den andra parten i gengäld, oavsett om det sker i särskilda avtal eller genom anknutna företag, meddelar den första parten en patent-, varumärkes- eller know-how-licens eller exklusiva försäljningsrättigheter, om parterna är konkurrenter när det gäller de produkter som omfattas av dessa avtal,

4) licensavtal som innehåller icke anknutna bestämmelser om andra immateriella rättigheter än patent,

5) avtal som slutits enbart för försäljning.

2. Denna förordning skall dock tillämpas på

1) avtal som avses i punkt 1.2 och enligt vilka ett moderföretag meddelar det gemensamma företaget en patentlicens eller know-how-licens, under förutsättning att de varor som omfattas av licensen och de deltagande företagens övriga varor och tjänster, som på grund av sina egenskaper, sitt pris och sin tilltänkta användningar av konsumenterna betraktas som utbytbara eller substituerbara, inte svarar för mer än nedan angivna procentandelar av marknaden för de licensierade produkterna och alla utbytbara eller substituerbara produkter och tjänster inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna:

   - 20 %, om licensen endast omfattar tillverkning,
   - 10 %, om licensen omfattar både tillverkning och distribution,

2) avtal som avses i punkt 1.1 och ömsesidiga licenser enligt punkt 1.3, förutsatt att parterna inte är ålagda några områdesbegränsningar inom den gemensamma marknaden vad gäller tillverkning, användning eller marknadsföring av de produkter som omfattas av dessa avtal eller vad gäller användning av teknologi som licensierats eller sammanförts i en gemensam pool.

3. Denna förordning skall fortsätta att tillämpas om de marknadsandelar som anges i punkt 2.1 under två på varandra följande räkenskapsår överskrids med högst en tiondel. Överskrids också denna gräns, skall denna förordning fortsätta att tillämpas under en tid av sex månader efter utgången av det räkenskapsår under vilket gränsen överskreds.

Artikel 6

Denna förordning gäller även

1) avtal där licensgivaren inte innehar ifrågavarande know-how eller patent men av innehavaren av detta know-how eller patent har fått tillåtelse att meddela licenser,

2) avtal om överlåtelse av know-how, patent eller både och, om den risk som är förenad med utnyttjandet kvarstår hos överlåtaren, särskilt om det pris som skall betalas som ersättning för överlåtelsen är beroende av hur stor omsättning förvärvaren uppnår av de produkter som tillverkas med utnyttjande av ifrågavarande know-how eller patent, av tillverkade kvantiteter eller av det antal åtgärder som verkställs med hjälp av ifrågavarande know-how eller patent,

3) licensavtal där licensgivarens eller licenstagarens rättigheter eller skyldigheter övertas av företag som är anknutna till dem.

Artikel 7

Kommissionen kan enligt artikel 7 i förordning nr 19/65/ EEG besluta att denna förordning inte skall tillämpas om den i ett visst fall konstaterar att ett avtal som är undantaget enligt denna förordning ändå har vissa verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i fördragets artikel 85.3, särskilt om

1) avtalet har till resultat att förhindra att de licensierade produkterna inom licensområdet utsätts för effektiv konkurrens från varor eller tjänster som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, sitt pris eller sin tilltänkta användning betraktas som utbytbara eller substituerbara av konsumenterna, vilket i synnerhet skulle kunna vara fallet då licenstagaren har en marknadsandel på över 40 %,

2) utan att det påverkar tillämpningen av artikel 1.1.6, licenstagaren utan saklig grund vägrar att tillgodose spontan efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare inom andra licenstagares områden,

3) parterna

   a) utan saklig grund vägrar att inom sina respektive områdentillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden, eller

   b) begränsar möjligheten för konsumenter eller återförsäljare att få tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknaden, särskilt om de utnyttjar rättigheter som åtnjuter immaterialrättsligt skydd eller vidtar åtgärder för att hindra konsumenter eller återförsäljare från att utanför licensområdet få tillgång till eller inom licensområdet marknadsföra varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknaden av licensgivaren eller med dennes samtycke,

4) parterna var konkurrenter den dag då licensen meddelades och de skyldigheter för licenstagaren att tillverka en minimikvantitet eller att på bästa sätt utnyttja den licensierade tekniken som avses i respektive artikel 2.19 och artikel 2.1.17 medför att licenstagaren förhindras att använda konkurrerande teknik.

Artikel 8

1. Vid tillämpningen av denna förordning skall följande anses som patent:

a) patentansökningar,
b) bruksmönster,
c) ansökningar om registrering av bruksmönster,
d) kretsmönster i halvledarprodukter,
e) »certificats d'utilité» och »certificats d'addition» enligt fransk lag,
f) ansökningar om certificats d'utilité» och »certificats d'addition» enligt fransk lag,
g) tilläggsskydd för läkemedel och varje annan produkt för vilken sådant skydd kan erhållas
h) växtförädlarcertifikat.

2. Denna förordning gäller även avtal om utnyttjande av en uppfinning, om en sådan ansökan som avses i punkt 1 inlämnas beträffande uppfinningen för licensområdet i fråga senast ett år efter avtalets ingående.

3. Denna förordning gäller även rena patentlicensavtal eller know-how-licensavtal eller blandade avtal vars ursprungliga giltighetstid automatiskt förlängs genom att nya förbättringar, patenterade eller ej, som meddelas av licensgivaren inkluderas i avtalet, förutsatt att licenstagaren har rätt att avvisa sådana förbättringar eller vardera parten äger rätt att säga upp avtalet vid utgången av den ursprungliga avtalstiden och minst vart tredje år därefter.

Artikel 9

1. Uppgifter som mottagits enligt artikel 4 skall endast användas för förordningens syften.

2. Kommissionen och medlemsstaternas myndigheter eller deras tjänstemän och övriga anställda skall inte avslöja sådana uppgifter som de mottagit i enlighet med denna förordning och som omfattas av kravet på tystnadsplikt.

3. Bestämmelserna i punkterna 1 och 2 skall inte hindra att allmänna uppgifter eller undersökningar som inte innehåller information om enskilda företag eller företagssammanslutningar offentliggörs.

Artikel 10

I denna förordning används följande begrepp med de betydelser som här anges:

1) *Know-how:* en viss mängd teknisk information som är hemlig, substantiell och identifierad i någon lämplig form.

2) *Hemlig:* att ifrågavarande know-how i sin helhet eller beträffande den exakta utformningen och sammansättningen av dess delar inte är allmänt känt eller tillgängligt, så att en del av dess värde består i den ledtid som licenstagaren sparar när det meddelas honom; detta skall inte tolkas i den inskränkta betydelsen att varje enskild beståndsdel av detta know-how är fullständigt okänd eller oåtkomlig utanför licensgivarens verksamhet.

3) *Substantiell:* att ifrågavarande know-how omfattar information som skall vara nyttig, dvs. det kan vid tidpunkten för avtalets ingående rimligen förväntas att den skall göra det möjligt att förbättra licenstagarens konkurrensläge, t.ex. genom att hjälpa honom att inträda på en ny marknad eller ge honom en konkurrensfördel i förhållande till andra producenter av varor eller tjänster som inte har tillgång till det hemliga know-how som avses i licensen eller till annat jämförbart hemligt know-how.

4) *Identifierad:* att ifrågavarande know-how är beskrivet eller antecknat på ett sätt som gör det möjligt att kontrollera att det uppfyller kriterierna för hemlighet och substans och att säkerställa att licenstagaren inte är ålagd onödiga begränsningar vid utnyttjandet av sin egen teknik. För att vara identifierat kan ifrågavarande know-how antingen vara beskrivet i licensavtalet eller i ett särskilt dokument eller antecknat i någon annan lämplig form, senast när ifrågavarande know-how meddelas eller kort därefter, förutsatt att det särskilda dokumentet eller annan anteckning kan skaffas fram vid behov.

5) *Nödvändiga patent:* patent för vilka licens måste meddelas för att en licensierad teknik skall kunna utnyttjas, såtillvida att ett genomförande av tekniken i avsaknad av sådan licens inte skulle vara möjligt annat än i mindre omfattning eller under svårare eller mera kostnadskrävande omständigheter. Ett sådant patent bör alltså vara av tekniskt, juridiskt eller ekonomiskt intresse för licenstagaren.

6) *Avtal om licensiering:* rena patentlicensavtal eller rena know-how-licensavtal, liksom blandade patent- och know-how-licensavtal.

7) *Den licensierade tekniken:* det ursprungliga tillverknings-know-how och/eller de nödvändiga produkt- och processpatent som finns när det första licenskontraktet ingås samt de förbättringar som senare tillförs detta know-how eller patent, oberoende av om eller i vilken utsträckning dessa utnyttjas av parterna eller andra licenstagare.

8) *De licensierade produkterna:* varor eller tjänster för vars tillverkning eller tillhandahållande den licensierade tekniken är nödvändig.

9) *Licenstagarens marknadsandel:* den andel av marknaden som de licensierade produkterna och de andra varor eller tjänster, som licenstagaren tillhandahåller och som av konsumenterna betraktas som utbytbara eller substituerbara med de licensierade produkterna till följd av sina egenskaper, sitt pris eller sin användning, utgör av den totala

marknaden för de licensierade produkterna och alla andra utbytbara eller substituerbara varor eller tjänster inom den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna.

10) *Utnyttjande:* varje användning av den licensierade tekniken, särskilt för tillverkning och aktiv eller passiv försäljning inom ett visst område, även om försäljningen inte sker i anslutning till tillverkning inom samma område, samt leasing av de produkter som omfattas av licensen.

11) *Licensområdet:* det område omfattande hela den gemensamma marknaden eller åtminstone en del av denna där licenstagaren har rätt att utnyttja den licensierade tekniken.

12) *Licensgivarens område:* det område för vilket licensgivaren inte har meddelat någon licens för patent eller know-how som omfattas av licensavtalet.

13) *Parallella patent:* patent som, trots de skillnader som består på grund av att nationella regler om industriell äganderätt inte är enhetliga, skyddar samma uppfinning i flera medlemsstater.

14) *Anknutna företag:*
   a) företag i vilka en avtalspart direkt eller indirekt
      - innehar mer än hälften av det egna kapitalet eller rörelsekapitalet, eller
      - kan utöva mer än hälften av rösträttigheterna, eller
      - kan utse mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, direktionen eller organ som rättsligt företräder företaget där, eller
      - har rätt att leda företagets verksamhet,
   b) företag som direkt eller indirekt gentemot en avtalspart har de rättigheter eller befogenheter som anges i a,
   c) företag i vilka ett företag som avses i b direkt eller indirekt har de rättigheter eller befogenheter som anges i a,
   d) företag i vilka avtalsparterna eller företag med anknytning till dem gemensamt har de rättigheter eller befogenheter som anges i a; sådana gemensamt kontrollerade företag skall anses ha anknytning till var och en av avtalsparterna.

15) *Anknutna bestämmelser:* bestämmelser om utnyttjandet av andra immateriella rättigheter än patent, vilka inte innehåller några andra konkurrensbegränsande skyldigheter än de som åtföljer patenten eller knowhow och för vilka undantag beviljats enligt denna förordning.

16) *Skyldighet:* både en avtalsenlig skyldighet och ett samordnat förfarande.

17) *Konkurrerande tillverkare* eller tillverkare av konkurrerande produkter: tillverkare som säljer produkter som till följd av sina egenskaper, sitt pris eller sin användning av konsumenterna betraktas som utbytbara eller substituerbara med de licensierade produkterna.

Artikel 11

1. Förordning (EEG) nr 556/89 upphör att gälla med verkan från den 1 april 1996.

2. Bestämmelserna i förordning (EEG) nr 2349/84 skall tillämpas till och med den 31 mars 1996.

3. Det förbud som anges i artikel 85.1 i fördraget skall inte tillämpas på avtal som är i kraft den 31 mars 1996 och som uppfyller villkoren för undantag i enlighet med förordning (EEG) nr 2349/84 eller förordning (EEG) nr 556/89.

Artikel 12

1. Kommissionen skall regelbundet utvärdera tillämpningen av denna förordning, framför allt vad gäller förfarandet för invändningar i artikel 4.

2. Kommissionen skall utarbeta en rapport om hur denna förordning fungerar före utgången av det fjärde året efter det att förordningen trätt i kraft och skall på grundval av detta bedöma om det är lämpligt att göra ändringar i förordningen.

Artikel 13

Denna förordning träder i kraft den 1 april 1996.

Den skall tillämpas till och med den 31 mars 2006.

Bestämmelsen i artikel 11.2 skall dock tillämpas från och med den 1 januari 1996.

Denna förordning är till alla delar bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater.

Utfärdad i Bryssel den 31 januari 1996.

På kommissionens vägnar
Karel VAN MIERT
Ledamot av kommissionen

Patentförordningen

KOMMISSIONENS FÖRORDNING (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT DENNA FÖRORDNING

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen,

med beaktande av rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden[1], senast ändrad genom Anslutningsakten för Grekland, särskilt artikel 1 i denna,

efter att ha offentliggjort ett utkast till denna förordning[2],

efter samråd med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, och

med beaktande av följande:

1) Enligt förordning nr 19/65/EEG har kommissionen befogenhet att genom förordning tillämpa fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 85.1, i vilka endast två företag är parter och som innehåller begränsningar i fråga om förvärv eller utnyttjande av rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd, särskilt patent, bruksmönster, mönster eller varumärken eller i fråga om rättigheter som följer av avtal om överlåtelse eller upplåtelse av rätten att använda en tillverkningsmetod eller kunskaper om användning eller tillämpning av industriella processer.

2) Med patentlicensavtal avses avtal enligt vilka ett företag, patenthavaren (licensgivaren), tillåter ett annat företag (licenstagaren) att utnyttja den patentskyddade uppfinningen på ett eller flera av de sätt som medges enligt patenträtten, särskilt tillverkning, användning eller försäljning.

3) Mot bakgrund av de erfarenheter som hittills har vunnits är det möjligt att bestämma en grupp av patentlicensavtal som kan omfattas av artikel 85.1, men som i regel kan anses uppfylla villkoren i artikel 85.3. I den mån patentlicensavtal i vilka endast företag från en medlemsstat är parter och som endast avser ett eller flera patent från denna medlemsstat kan påverka handeln mellan medlemsstater, bör avtalen ingå i den undantagna gruppen.

---

[1] EGT nr 36, 6.3.1965, s. 533/65.
[2] EGT nr C 58, 3.3.1979, s. 12.

4) Denna förordning gäller licenser för nationella patent i medlemsstaterna, gemenskapspatent[3] eller europeiska patent[4] som har meddelats för medlemsstater, licenser för bruksmönster eller »certificats d'utilité» i medlemsstaterna samt licenser beträffande uppfinningar för vilka en patentansökan inlämnas inom ett år. Om sådana patentlicensavtal innehåller skyldigheter som inte endast avser områden inom den gemensamma marknaden utan även skyldigheter som berör länder som inte är medlemmar, skall detta förhållande inte hindra att denna förordning tillämpas på de skyldigheter som avser områden inom den gemensamma marknaden.

5) Om licensavtal avseende länder som inte är medlemmar eller områden som sträcker sig utanför gemenskapens gränser inom den gemensamma marknaden har verkningar som kan omfattas av artikel 85.1, bör denna förordning gälla sådana avtal på samma sätt som om det rörde sig om avtal avseende områden inom den gemensamma marknaden.

6) Denna förordning bör även gälla avtal om överlåtelse och förvärv av de rättigheter som avses i punkt 4 ovan, om risken som är förenad med utnyttjandet kvarstår hos överlåtaren, patentlicensavtal där licensgivaren inte är patenthavaren men är bemyndigad av patenthavaren att meddela licensen (t.ex. vid underlicenser) och patentlicensavtal där parternas rättigheter eller skyldigheter övertas av företag som de har anknytning till.

7) Denna förordning gäller inte renodlade försäljningsavtal, som regleras av bestämmelserna i kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tilllämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal[5].

8) Eftersom den hittills vunna erfarenheten är otillräcklig bör denna förordning inte omfatta patentpooler, licensavtal som har träffats i samband med gemensamma företag, ömsesidiga licensavtal eller licensavtal om växtförädlares rättigheter. Förordningen bör dock gälla ömsesidiga avtal som inte medför några områdesbegränsningar inom den gemensamma marknaden.

9) Däremot bör förordningen även omfatta patentlicensavtal som också innehåller bestämmelser om överlåtelse eller upplåtelse av rätten att använda tekniskt kunnande som inte är patentskyddat, eftersom sådana blandade avtal ofta träffas för att göra det möjligt att överföra komplicerad teknik där både patentskyddade och icke-patentskyddade moment ingår. Sådana avtal kan enligt denna förordning endast anses uppfylla villkoren i artikel 85.3 om det tekniska kunnande som

[3] Konventionen om det europeiska patentet för den gemensamma marknaden (Gemenskapens patentkonvention) av den 15 december 1975 (EGT nr L 17, 26.1.1976, s. 1).

[4] Konvention om meddelandet av europeiska patent av den 5 oktober 1973.

[5] EGT nr L 173, 30.6. 1983, s. 1.

meddelas är hemligt och möjliggör ett bättre utnyttjande av de patent som meddelas i licensen (know-how). Bestämmelser om know-how omfattas av denna förordning endast i den mån som de patent som meddelas i licensen behövs för att uppnå målen med den överförda tekniken och så länge åtminstone ett av dessa patent fortfarande gäller.

10) Förordningen bör även omfatta patentlicensavtal som innehåller bestämmelser om varumärken, under förutsättning att det tillses att varumärkeslicensen inte utnyttjas för att utsträcka patentlicensens verkningar utöver patentets giltighetstid. För detta ändamål bör licenstagaren ha rätt att inom »licensområdet», dvs. det område omfattande hela den gemensamma marknaden eller en del av den där licensgivaren innehar patent som licenstagaren har rätt att utnyttja såsom tillverkaren av »den licensierade produkten», dvs. den produkt som det licensierade patentet avser eller som är ett direkt resultat av den metod som detta patent avser, för att undvika att licenstagaren skall bli tvungen att träffa ett nytt varumärkesavtal med licensgivaren när patentets giltighetstid löper ut för att inte mista den goodwill som är knuten till den licensierade produkten.

11) Exklusiva licensavtal, dvs. avtal enligt vilka licensgivaren förbinder sig att inte själv utnyttja »den licensierade uppfinningen» – den patenterade uppfinning som meddelas i licensen – och eventuellt know-how som meddelas licenstagaren, inom licensområdet och att inte meddela ytterligare licenser där, är inte i och för sig oförenliga med artikel 85.1, om de gäller införande och skydd av en ny teknik inom licensområdet, på grund av den betydande forskningsinsats och den risk som är förenad med tillverkning och marknadsföring av en produkt som vid den tidpunkt när avtalet träffas ännu är okänd för konsumenterna i licensområdet. Detta kan även vara fallet om avtalen gäller införande och skydd av en ny metod för tillverkning av en produkt som redan är känd. I den mån sådana avtal i andra fall kan omfattas av artikel 85.1 bör de av hänsyn till rättssäkerheten tas med i artikel 1 så att även de omfattas av undantaget. Ett sådant undantag för exklusiva licensavtal och för vissa exportförbud som åläggs licensgivaren och hans licenstagare föregriper dock inte den senare utvecklingen av domstolens praxis beträffande sådana avtals ställning enligt artikel 85.1.

12) De skyldigheter som räknas upp i artikel 1 bidrar i allmänhet till att förbättra produktionen av varor och främja den tekniska utvecklingen. De gör patenthavarna villigare att meddela licenser och licenstagarna mer benägna att göra de investeringar som behövs för att tillverka, använda och marknadsföra en ny produkt eller använda en ny metod, så att andra företag än patenthavaren får möjlighet att tillverka sina produkter med hjälp av den senaste tekniken och att vidareutveckla denna teknik. Detta medför en ökning av antalet produktionsanläggningar samt en ökning av kvantiteten och en höjning av kvalite-

ten på de varor som produceras inom den gemensamma marknaden. Detta gäller särskilt licensgivarens och licenstagarens skyldighet att inte utnyttja den licensierade uppfinningen inom licensområdet, och i synnerhet att inte exportera den licensierade produkten till, när det gäller licensgivaren, licensområdet och, när det gäller licenstagaren, de områden som är förbehållna licensgivaren, dvs. de områden inom den gemensamma marknaden där licensgivaren har patentskydd och inte har meddelat några licenser. Detta gäller även såväl licenstagarens skyldighet att inte under en period som kan vara lika med licensens giltighetstid aktivt marknadsföra produkten inom andra licenstagares områden (dvs. ett förbud mot aktiv konkurrens som avses i artikel 1.1.5) som licenstagarens skyldighet att inte inom andra licenstagares områden föra den licensierade produkten under en period som är begränsad till några få år (dvs. ett förbud inte endast mot aktiv konkurrens utan även mot »passiv konkurrens», som består i att licenstagaren inom ett område tar emot beställningar som han inte har efterfrågat från kunder eller återförsäljare i andra licenstagares områden – artikel 1.1.6). Sådana skyldigheter kan dock tillåtas enligt denna förordning endast i fråga om områden där den licensierade produkten är skyddad av »parallella patent», dvs. patent som enligt domstolens rättspraxis hänför sig till samma uppfinning, och så länge som patenten gäller.

13) Som regel får konsumenterna en skälig andel av de fördelar som uppnås genom denna förbättring av utbudet av varor på marknaden. För att säkra denna verkan bör emellertid artikel 1 inte vara tillämplig i sådana fall där parterna träffar avtal om att vägra att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar återförsälja på export eller att vidta andra åtgärder för att förhindra parallellimport, eller där licenstagaren åläggs skyldigheten att vägra att ta emot beställningar som han inte har efterfrågat från andra licenstagares områden (passiv försäljning). Detsamma gäller när ett sådant beteende beror på ett samordnat förfarande mellan licensgivaren och licenstagaren.

14) Härigenom säkerställs att de ovan redovisade skyldigheterna inte ålägger begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå ovannämnda mål.

15) Konkurrensen i distributionsledet upprätthålls genom möjligheten till parallellimport och passiv försäljning. De exklusivitetsskyldigheter som omfattas av denna förordning medför därför i regel inte någon möjlighet att sätta konkurrensen ur spel beträffande en betydande del av varorna i fråga. Detta gäller även avtal enligt vilka exklusiva licenser meddelas för ett område som täcker hela den gemensamma marknaden.

16) I den mån parterna i sina avtal åtar sig sådana skyldigheter som avses i artiklarna 1 och 2, men som har mindre räckvidd och därför mindre

konkurrensbegränsande verkan än som är tillåtet enligt dessa artiklar, bör även dessa skyldigheter medges undantag enligt denna förordning.

17) Om det i ett visst fall konstateras att ett avtal som omfattas av denna förordning har verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i fördragets artikel 85.3, kan kommissionen enligt artikel 7 i förordning nr 19/65/EEG bestämma att gruppundantaget inte skall tillämpas på de deltagande företagen.

18) Det är inte nödvändigt att från den i förordningen angivna gruppen uttryckligen utesluta sådana avtal som inte uppfyller villkoren i artikel 85.1. Det är emellertid önskvärt med hänsyn till de berörda företagens rättssäkerhet att i artikel 2 räkna upp sådana skyldigheter som inte i regel är konkurrensbegränsande, så att även dessa kan omfattas av undantaget för den händelse att de på grund av särskilda ekonomiska eller rättsliga omständigheter i undantagsfall skulle omfattas av artikel 85.1. Uppräkningen av dessa skyldigheter i artikel 2 är inte uttömmande.

19) Det skall också anges i förordningen vilka begränsningar eller villkor som inte får förekomma i patentlicensavtal om dessa skall omfattas av gruppundantaget. De begränsningar som anges i artikel 3 kan omfattas av förbudet i artikel 85.1. I dessa fall kan det inte antas generellt att de kommer att ha de positiva verkningar som krävs enligt artikel 85.3 och som är en förutsättning för gruppundantaget.

20) Till dessa begränsningar hör villkor som fråntar licenstagaren den rätt som tillkommer varje tredje man att bestrida ett patents giltighet eller som automatiskt förlänger avtalet med giltighetstiden för varje nytt patent som meddelas under giltighetstiden för de licensierade patent som föreligger när avtalet träffas. Parterna kan dock, oavsett de ursprungliga patentens och eventuella nya licensierade patents giltighetstid, utvidga sitt kontraktsförhållande genom att träffa nya avtal om sådana nya patent eller avtala om betalning av licensavgifter så länge som licenstagaren använder know-how som har meddelats av licensgivaren och som ännu inte har blivit allmänt tillgängligt.

21) Sådana begränsningar inkluderar även villkor som begränsar den ena partens frihet att konkurrera med den andra och särskilt att intressera sig för annan teknik än den som är föremål för licensen, eftersom sådana begränsningar hämmar den tekniska och ekonomiska utvecklingen. Förbudet mot sådana begränsningar bör emellertid sammanjämkas med licensgivarens berättigade intresse av att hans patenterade uppfinning utnyttjas till fullo och att i det syftet kräva att licenstagaren tillverkar och marknadsför den licensierade produkten efter bästa förmåga.

22) Till sådana begränsningar hör vidare skyldigheten för licenstagaren att fortsätta att betala licensavgifter sedan alla de patent som har meddelats i licensen har upphört att gälla och det know-how som har medde-

lats har blivit allmänt tillgängligt, eftersom en sådan skyldighet försätter licenstagaren i ett sämre läge än hans konkurrenter, såvida det inte framgår att denna skyldighet beror på en betalningsplan avseende tidigare utnyttjande av den uppfinning som är föremål för licensen.

23) Hit hör även begränsningar som åläggs parterna beträffande priser, kunder eller marknadsföring av de licensierade produkterna eller beträffande de mängder som skall tillverkas eller säljas, särskilt eftersom begränsningar av sistnämnda slag kan ha samma verkan som exportförbud.

24) Slutligen räknas hit begränsningar som accepteras av licenstagaren vid tidpunkten för avtalets ingående för att han vill få licensen men som ger licensgivaren en oskälig konkurrensfördel, t. ex. skyldigheten att till licensgivaren upplåta förbättringar av uppfinningen som licenstagaren åstadkommer eller att acceptera andra licenser eller varor och tjänster från licensgivaren som licenstagaren inte önskar.

25) Parter i patentlicensavtal som innehåller skyldigheter som inte omfattas av artiklarna 1 och 2 och som ändå inte har sådana konkurrensbegränsande verkningar som avses i artikel 3 bör erbjudas en förenklad procedur för att efter anmälan komma i åtnjutande av den rättssäkerhet som gruppundantaget innebär (artikel 4). Denna procedur bör samtidigt tillåta kommissionen att säkerställa en effektiv övervakning och förenkla den administrativa kontrollen beträffande avtalen.

26) Denna förordning bör med retroaktiv verkan gälla patentlicensavtal som föreligger när den träder i kraft, om sådana avtal redan uppfyller villkoren för tillämpningen av förordningen eller anpassas till dessa (artikel 6–8). Enligt artikel 4.3 i förordning nr 19/65/EEG kan inte dessa bestämmelser åberopas i rättsliga förfaranden som redan har inletts när denna förordning träder i kraft. Bestämmelserna kan inte heller åberopas som grund för skadeståndsanspråk mot tredje man.

27) Avtal som omfattas av artiklarna 1 och 2 och som varken har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen på något annat sätt behöver inte längre anmälas. Företag får dock fortfarande i enskilda fall ansöka om icke-ingripandebesked enligt artikel 2 i rådets förordning nr 17[6] eller om undantag enligt artikel 85.3.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

1. Enligt fördragets artikel 85.3 och på de villkor som föreskrivs i denna förordning förklaras att fördragets artikel 85.1 inte gäller patentlicensavtal och avtal omfattande både patentlicenser och meddelande av know-how i vilka endast två företag är parter och som innehåller en eller flera av följande skyldigheter:

[6] EGT nr 13, 21.2.1962, s. 204/62.

1. Skyldigheten för licensgivaren att inte tillåta andra företag att utnyttja den uppfinning som är föremål för licensen inom det område – omfattande hela den gemensamma marknaden eller en del av den – som har tilldelats licenstagaren (licensområdet), om och så länge som ett av de patent för vilka licensen har meddelats är i kraft.

2. Skyldigheten för licensgivaren att inte inom licensområdet själv utnyttja den uppfinning för vilken licensen har meddelats om och så länge som ett av de patent för vilka licensen har meddelats ännu är i kraft.

3. Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja den uppfinning för vilken licensen har meddelats inom områden inom den gemensamma marknaden som är förbehållna licensgivaren, om och så länge som den patenterade produkten skyddas inom dessa områden av parallella patent.

4. Skyldigheten för licenstagaren att inte tillverka eller använda den licensierade produkten eller använda den patenterade metoden eller meddelat know-how inom områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare, om och så länge som den licensierade produkten skyddas inom dessa områden av parallella patent.

5. Skyldigheten för licenstagaren att inte aktivt marknadsföra den licensierade produkten inom områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare, och framför allt att inte ägna sig åt reklam som direkt är riktad till dessa områden eller etablera en filial eller hålla lager för distribution där, om och så länge som den licensierade produkten skyddas inom dessa områden av parallella patent.

6. Skyldigheten för licenstagaren att under en period av högst fem år efter det att produkten först marknadsförs inom den gemensamma marknaden av licensgivaren eller någon av dennes licenstagare inte föra den licensierade produkten inom områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare, om och så länge som den licensierade produkten skyddas inom dessa områden av parallella patent.

7. Skyldigheten för licenstagaren att använda endast licensgivarens varumärke eller den utstyrsel som är föreskriven av denne för att särskilja den licensierade produkten, förutsatt att licenstagaren inte hindras från att ange sig själv som produktens tillverkare.

2. Det undantag för sådana begränsningar beträffande marknadsföringen av den licensierade produkten som följer av de skyldigheter som anges i punkt 1.2, 1.3, 1.5 och 1.6 gäller endast om licenstagaren själv tillverkar den licensierade produkten eller låter tillverka den av ett företag med anknytning till honom eller en underleverantör.

3. Undantaget enligt punkt 1 gäller även om i ett visst avtal parterna åtar sig sådana skyldigheter som avses där men med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt samma punkt.

Artikel 2

1. Artikel 1 gäller oavsett om någon av bl.a. följande skyldigheter, som i regel inte är konkurrensbegränsande, föreligger:

1. Skyldigheten för licenstagare att anskaffa varor eller tjänster från licensgivaren eller ett av licensgivaren angivet företag, förutsatt att dessa varor eller tjänster behövs för att säkerställa ett tekniskt godtagbart utnyttjande av den licensierade uppfinningen.

2. Skyldigheten för licenstagaren att betala en lägsta licensavgift eller tillverka en viss minimikvantitet av den licensierade produkten eller vidta ett visst minimiantal åtgärder för att utnyttja den licensierade uppfinningen.

3. Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sitt utnyttjande av den licensierade uppfinningen till ett eller flera av de tekniska användningsområden som omfattas av patentlicensen.

4. Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja patentet efter avtalets upphörande, såvida patentet fortfarande gäller.

5. Skyldigheten för licenstagaren att inte meddela underlicenser eller överlåta licensen.

6. Skyldigheten för licenstagaren att märka den licensierade produkten med uppgift om patenthavarens namn, det patent som omfattas av licensen eller patentlicensavtalet.

7. Skyldigheten för licenstagaren att inte avslöja det know-how som har meddelats av licensgivaren; denna skyldighet kan licenstagaren vara bunden av även efter avtalets upphörande.

8. Skyldigheten
   a) att underrätta licensgivaren om patentintrång,
   b) att vidta rättsliga åtgärder mot den som gör intrång i patentet,
   c) att biträda licensgivaren i rättsliga förfaranden mot den som gör intrång i patentet,

   förutsatt att dessa skyldigheter inte menligt inverkar på licenstagarens rätt att bestrida giltigheten av det patent som är föremål för licensen.

9. Skyldigheten för licenstagaren att uppfylla specifikationer om den licensierade produktens minimikvalitet, förutsatt att dessa specifikationer behövs för att säkerställa ett tekniskt godtagbart utnyttjande av den licensierade uppfinningen, och att tillåta licensgivaren att utföra kontroller för detta ändamål.

10. Skyldigheten för parterna att underrätta varandra om vunna erfarenheter vid utnyttjandet av den licensierade uppfinningen och att medde-

la varandra licens på uppfinningar som medför förbättringar av denna eller utvidgar dess användningsområde, förutsatt att dessa underrättelser eller licenser inte är exklusiva.

11. Skyldigheten för licensgivaren att bevilja licenstagaren de fördelaktigare villkor som licensgivaren kan komma att bevilja ett annat företag efter det att avtalet har träffats.

2. För den händelse att de skyldigheter som avses i punkt 1 på grund av särskilda omständigheter omfattas av artikel 85.1, undantas de också, även om patentlicensavtalet inte i övrigt innehåller sådana skyldigheter som är undantagna enligt artikel 1.

Undantaget enligt denna punkt gäller även om i ett visst avtal parterna åtar sig sådana skyldigheter som avses i punkt 1 men med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt den punkten.

Artikel 3

Artiklarna 1 och 2.2 gäller inte i följande fall:

1. Om licenstagaren åläggs förbud mot att bestrida giltigheten av de patent som är föremål för licensen eller andra rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller kommersiell äganderätt inom den gemensamma marknaden och som tillhör licensgivaren eller företag med anknytning till denne; licensgivarens rätt att säga upp licensavtalet i händelse av ett sådant bestridande berörs inte.

2. Om licensavtalets giltighetstid automatiskt förlängs utöver giltighetstiden för de licensierade patent som förelåg när avtalet ingicks genom att nya patent som erhålls av licensgivaren inkluderas i avtalet, såvida inte avtalet innehåller en bestämmelse om att båda parter efter utgången av giltighetstiden för de licensierade patent som förelåg när avtalet ingicks har rätt att säga upp avtalet minst en gång om året; denna bestämmelse berör inte licensgivarens rätt att kräva licensavgifter för hela den period under vilken licenstagaren använder av licensgivaren meddelat know-how som ännu inte har blivit allmänt tillgängligt, även om denna period sträcker sig utöver patentens giltighetstid.

3. Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att konkurrera med den andra parten, med företag med anknytning till den andra parten eller med andra företag inom den gemensamma marknaden i fråga om forskning och utveckling, tillverkning, användning eller försäljning, utom i den utsträckning som föreskrivs i artikel 1; licenstagarens skyldighet att utnyttja den licensierade uppfinningen efter bästa förmåga berörs inte.

4. Om licenstagaren är ålagd att betala licensavgifter för produkter som inte helt eller delvis är patentskyddade eller tillverkade med användning av en patentskyddad metod eller för användning av know-how som har blivit allmänt tillgängligt, såvida inte licenstagaren eller ett företag med anknytning till denne är skuld till att detta know-how har

spridits; denna bestämmelse hindrar inte att det för att underlätta betalning vidtas åtgärder som innebär att licensavgifterna för utnyttjande av en licensierad uppfinning sprids över en period som sträcker sig utöver de licensierade patentens giltighetstid eller den tidpunkt när ifrågavarande know-how har blivit allmänt tillgängligt.

5. Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller den mängd licensierade produkter som han får tillverka eller sälja eller det antal åtgärder som han får vidta för att utnyttja den licensierade uppfinningen.

6. Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att bestämma pris, delar i priset eller rabatter beträffande de licensierade produkterna.

7. Om den ena parten åläggs begränsningar beträffande den kundkrets som han får betjäna, särskilt förbud mot att leverera till vissa grupper av kunder, att använda vissa distributionsmetoder eller att använda olika sorters förpackningar för produkterna för att dela upp kundkretsen, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1 och 1.7 samt 2.1 och 2.3.

8. Om licenstagaren är skyldig att till licensgivaren helt eller delvis överlåta rättigheter i eller till patent för förbättringar eller för nya användningsområden för de licensierade patenten.

9. Om licenstagaren vid tidpunkten för avtalets ingående förmås att acceptera ytterligare licenser som han inte önskar eller att använda patent, varor eller tjänster som han inte önskar, såvida inte dessa patent, varor eller tjänster behövs för att säkerställa ett tekniskt godtagbart utnyttjande av den licensierade uppfinningen.

10. Om, utan hinder av artikel 1.1.5, licenstagaren är förpliktad under en period som överstiger den som är tillåten enligt artikel 1.1.6, att inte föra den licensierade produkten inom områden som har tilldelats andra licenstagare inom den gemensamma marknaden, eller inte gör detta till följd av ett samordnat förfarande mellan parterna.

11. Om parterna eller en av dem är förpliktad
    a) att utan saklig grund vägra att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden,
    b) att göra det svårt för konsumenter eller återförsäljare att få tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknaden, särskilt att utnyttja rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller kommersiell äganderätt eller vidta åtgärder för att hindra konsumenter eller återförsäljare från att utanför licensområdet få tillgång till eller inom licensområdet marknadsföra varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknа-

den av patenthavaren eller med dennes samtycke, eller gör detta till följd av ett samordnat förfarande mellan dem.

Artikel 4

1. Undantaget enligt artiklarna 1 och 2 gäller även avtal som innehåller konkurrensbegränsande skyldigheter som varken omfattas av dessa artiklar eller av artikel 3, under förutsättning att avtalen i fråga anmäls till kommissionen enligt bestämmelserna i kommissionens förordning nr 27[7], senast ändrad genom förordning (EEG) nr 1699/75[8], och att kommissionen inte gör någon invändning mot detta undantag inom en tidsfrist på sex månader.

2. Sexmånadersfristen skall löpa från den dag när anmälan inkommer till kommissionen. Om anmälan skickas med rekommenderat brev, skall fristen dock löpa från den dag som framgår av avsändningsortens poststämpel.

3. Punkt 1 gäller endast om

a) denna artikel uttryckligen åberopas i anmälan eller ett meddelande som bifogas den, och
b) de uppgifter som lämnas genom anmälan är fullständiga och korrekta.

4. Bestämmelserna i punkt 1 kan åberopas i fråga om avtal som anmäls innan denna förordning träder i kraft genom ett meddelande till kommissionen med uttrycklig hänvisning till denna artikel och till anmälan. Punkterna 2 och 3 b skall också tillämpas.

5. Kommissionen kan göra invändning mot undantaget. Den skall invända mot undantaget om den mottar en begäran om detta från en medlemsstat inom tre månader efter det att en anmälan enligt punkt 1 eller ett meddelande enligt punkt 4 har skickats till medlemsstaten. Denna begäran skall vara motiverad med hänsyn till fördragets konkurrensregler.

6. Kommissionen kan när som helst ta tillbaka sin invändning mot undantaget. Om invändningen gjordes på begäran av en medlemsstat och denna begäran vidhålls, kan den dock tas tillbaka endast efter samråd med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor.

7. Om invändningen tas tillbaka därför att de berörda företagen har visat att villkoren i artikel 85.3 är uppfyllda, gäller undantaget från och med anmälningsdagen.

8. Om invändningen tas tillbaka därför att de berörda företagen har ändrat avtalet så att villkoren i artikel 85.3 är uppfyllda, gäller undantaget från och med den tidpunkt när ändringarna träder i kraft.

9. Om kommissionen gör invändning mot undantaget och invändningen inte tas tillbaka, får anmälan de verkningar som föreskrivs i förordning nr 17.

---

[7] EGT nr 35, 10.5.1962, s. 1118/62.
[8] EGT nr L 172, 3.7.1975, s. 11.

Artikel 5

1. Denna förordning gäller inte

1. avtal mellan medlemmarna i en patentpool, som omfattar patent som ingår i poolen,

2. patentlicensavtal mellan konkurrenter som har intressen i ett gemensamt företag, eller mellan en av dessa och det gemensamma företaget, om licensavtalet berör det gemensamma företagets verksamhet,

3. avtal enligt vilka den ena parten meddelar den andra parten en patentlicens och den andra parten, även om det sker i särskilda avtal eller genom anknutna företag, meddelar den första parten en patent- eller varumärkeslicens eller ömsesidiga försäljningsrättigheter till oskyddade produkter eller meddelar honom know-how, om parterna är konkurrenter när det gäller de produkter som omfattas av dessa avtal,

4. licensavtal rörande växtförädlares rättigheter.

2. Denna förordning skall dock tillämpas på

a) avtal på vilka punkt 1.2 är tillämplig och enligt vilka ett moderföretag medger det gemensamma företaget en patentlicens, under förutsättning att de varor som omfattas av avtalet och de deltagande företagens andra varor som på grund av sina egenskaper, sitt pris och sin tilltänkta användning av konsumenterna betraktas som likartade inte svarar för mer än nedan angivna procentandelar av marknaden för samtliga dessa varor inom den gemensamma marknaden eller en betydande del av den:
   - 20 %, om licensen endast omfattar produktion,
   - 10 %, om licensen omfattar såväl produktion som distribution.

b) sådana dubbelsidiga licenser som avses i punkt 1.3, förutsatt att parterna inte är underkastade några geografiska begränsningar inom den gemensamma marknaden vad gäller tillverkning, användning eller marknadsföring av de varor som omfattas av dessa avtal eller användning av de licensierade metoderna.

3. Denna förordning skall fortsätta att gälla om den marknadsandel som anges i punkt 2 a under två på varandra följande räkenskapsår överskrids med högst en tiondel.

Överskrids också denna gräns, skall denna förordning fortsätta att gälla under en tid av sex månader efter utgången av det räkenskapsår under vilket gränsen överskreds.

Artikel 6

1. Beträffande avtal som förelåg den 13 mars 1962 och som har anmälts före den 1 februari 1963 och avtal, oavsett om dessa har anmälts eller inte, som omfattas av artikel 4.2.2 b i förordning nr 17, skall förklaringen i den här förordningen om att fördragets artikel 85.1 inte skall tillämpas gälla med retroaktiv verkan från den tidpunkt när villkoren för tilllämpning av förordningen har uppfyllts.

2. Beträffande alla andra avtal som har anmälts före denna förordnings ikraftträdande skall förklaringen i förordningen om att fördragets artikel 85.1 inte skall tillämpas gälla med retroaktiv verkan från den tidpunkt när villkoren för tillämpning av denna förordning var uppfyllda, dock tidigast från och med anmälningsdagen.

Artikel 7

Om avtal som förelåg den 13 mars 1962 och som har anmälts före den 1 februari 1963 eller avtal som omfattas av artikel 4.2.2 b i förordning nr 17 och som har anmälts före den 1 januari 1967 ändras före den 1 april 1985 så att de uppfyller villkoren för tillämpning av den här förordningen, och om ändringen meddelas kommissionen före den 1 juli 1985, skall förbudet i fördragets artikel 85.1 inte gälla perioden före ändringen. Meddelandet gäller från och med den dag när det inkommer till kommissionen. Om meddelandet skickas med rekommenderat brev, gäller det från och med den dag som framgår av avsändningsortens poststämpel.

Artikel 8

1. Beträffande avtal som omfattas av fördragets artikel 85 till följd av Storbritanniens, Irlands och Danmarks anslutning gäller artiklarna 6 och 7, dock ersätts datumet den 13 mars 1962 av den 1 januari 1973 och den 1 februari 1963 respektive den 1 januari 1967 av den 1 juli 1973.

2. Beträffande avtal som omfattas av fördragets artikel 85 till följd av Greklands anslutning gäller artiklarna 6 och 7, dock ersätts datumet den 13 mars 1962 av den 1 januari 1981 och den 1 februari 1963 respektive den 1 januari 1967 av den 1 juli 1981.

Artikel 9

Kommissionen kan enligt artikel 7 i förordning nr 19/65/EEG bestämma att den här förordningen inte skall tillämpas, om den i ett visst fall konstaterar att ett avtal som är undantaget enligt den här förordningen ändå har vissa verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i fördragets artikel 85.3, särskilt om

1. dessa verkningar är resultatet av en skiljedom,

2. de licensierade produkterna eller de tjänster som tillhandahålls med användning av en licensierad metod inte inom licensområdet är utsatta för effektiv konkurrens från varor eller tjänster som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, pris och tilltänkta användning av konsumenterna betraktas som likartade,

3. licensgivaren inte har rätt att senast fem år efter avtalets ingående och minst en gång om året därefter häva den ensamrätt som har beviljats licenstagaren, om licenstagaren utan giltiga skäl underlåter att utnyttja patentet eller inte utnyttjar det i tillräcklig omfattning,

4. såvida inte annat följer av artikel 1.1.6, licenstagaren utan saklig grund vägrar att tillgodose oombedd efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare inom andra licenstagares områden,

5. parterna eller en av dem
   a) utan saklig grund vägrar att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden, eller
   b) gör det svårt för konsumenter eller återförsäljare att få tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknaden, särskilt om de utnyttjar rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller kommersiell äganderätt eller vidtar åtgärder för att hindra konsumenter eller återförsäljare från att utanför licensområdet få tillgång till eller inom licensområdet marknadsföra varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknaden av patenthavaren eller med dennes samtycke.

Artikel 10

1. Vid tillämpningen av denna förordning jämställs
a) patentansökningar,
b) bruksmönster,
c) ansökningar om registrering av bruksmönster,
d) »certificats d'utilité» och »certificats d'addition» enligt fransk lag, och
e) ansökningar om »certificats d'utilité» och »certificats d'addition» enligt fransk lag med patent.

2. Denna förordning gäller även avtal om utnyttjande av en uppfinning, om en sådan ansökan som avses i punkt 1 inlämnas beträffande uppfinningen för licensområdet i fråga senast ett år efter avtalets ingående.

Artikel 11

Denna förordning gäller även

1. patentlicensavtal där licensgivaren inte är innehavare av patentet men är bemyndigad av patenthavaren att meddela en licens eller en underlicens,

2. överlåtelser av patent eller patenträttigheter, om överlåtelsesummans storlek är beroende av den omsättning som förvärvaren uppnår beträffande de patenterade produkterna, den mängd sådana produkter som tillverkas eller det antal åtgärder som vidtas för att utnyttja den patenterade uppfinningen,

3. patentlicensavtal beträffande vilka licensgivarens eller licenstagarens rättigheter eller skyldigheter övertas av företag som har anknytning till dem.

Artikel 12

1. Med *anknutna företag* avses i denna förordning

a) företag i vilka en avtalspart direkt eller indirekt
   - äger mer än hälften av kapital- eller rörelsetillgångarna, eller
   - kan utöva mer än hälften av rösträttigheterna, eller
   - kan utse mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, direktionen eller organ som rättsligt företräder företaget, eller
   - har rätt att leda företagets verksamhet,

b) företag som direkt eller indirekt gentemot en avtalspart har de rättigheter eller befogenheter som anges i a,

c) företag i vilka ett företag som avses i b direkt eller indirekt har de rättigheter eller befogenheter som anges i a.

2. Företag i vilka avtalsparterna eller företag som har anknytning till dessa gemensamt har, direkt eller indirekt, de rättigheter eller befogenheter som anges i punkt 1 a skall anses ha anknytning till var och en av avtalsparterna.

Artikel 13

1. Upplysningar som har inhämtats med stöd av artikel 4 skall endast användas för de ändamål som anges i denna förordning.

2. Kommissionen och medlemsstaternas myndigheter samt deras tjänstemän och övriga anställda skall inte röja sådana upplysningar som de har inhämtat med stöd av denna förordning och som är av sådant slag att de omfattas av sekretess.

3. Bestämmelserna i punkterna 1 och 2 skall inte utgöra hinder för offentliggörande av allmän information eller undersökningar som inte innehåller uppgifter om enskilda företag eller företagssammanslutningar.

Artikel 14

Denna förordning träder i kraft den 1 januari 1985.

Den gäller till och med den 31 december 1995.

Denna förordning är till alla delar bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater.

Utfärdad i Bryssel den 23 juli 1984.

På kommissionens vägnar
Frans ANDRIESSEN
Ledamot av kommissionen

Know-howförordningen

KOMMISSIONENS FÖRORDNING (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT DENNA FÖRORDNING

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen,

med beaktande av rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden[1], i dess lydelse enligt Anslutningsakten för Spanien och Portugal, särskilt artikel 1 i denna,

efter att ha offentliggjort ett utkast till denna förordning[2],

efter att ha samrått med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, och

med beaktande av följande:

1) Enligt förordning nr 19/65/EEG har kommissionen befogenhet att genom förordning tillämpa fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av dubbelsidiga avtal och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 85.1 och som innehåller begränsningar i fråga om förvärv eller utnyttjande av rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd, särskilt patent, bruksmönster, mönster eller varumärken, eller i fråga om rättigheter som följer av avtal om överlåtelse eller upplåtelse av rätten att använda en tillverkningsmetod eller kunskaper om användning eller tillämpning av industriella processer.

   På grund av den växande ekonomiska betydelsen av icke-patentskyddat tekniskt kunnande (t.ex. beskrivningar av tillverkningsprocesser, recept, formler, mönster och ritningar), som vanligen kallas »know-how», det stora antal avtal som för närvarande träffas mellan företag, däri inbegripet offentliga forskningsinstitut, endast för utnyttjandet av sådan information (så kallade »rena» know-howlicensavtal) och det förhållandet att meddelandet av know-how i praktiken ofta är oåterkalleligt är det nödvändigt att skapa större rättssäkerhet när det gäller dessa avtals ställning enligt konkurrensreglerna och därigenom främja spridningen av tekniskt kunnande inom gemenskapen. Mot bakgrund av de erfarenheter som har vunnits hittills är det möjligt att bestämma en grupp av know-howlicensavtal, som täcker hela den gemensamma marknaden eller en del av den och som kan omfattas av artikel 85.1, men som i regel kan anses uppfylla villkoren i artikel 85.3, i vilka det

[1] EGT nr 36, 6.3.1965, s. 533/65.
[2] EGT nr C 214, 12.8.1987, s. 2.

rör sig om licensierat know-how som är hemligt, substantiellt och identifierat i någon lämplig form (know-how). Dessa definitionsmässiga krav syftar endast till att säkerställa att meddelandet av know-how utgör en saklig grund för tillämpningen av denna förordning, särskilt vad gäller undantag för konkurrensbegränsande skyldigheter.

Artikel 1 innehåller en lista över definitioner som används i denna förordning.

2) Vid sidan av rena know-howavtal får blandade know-how- och patentlicensavtal allt större betydelse för tekniköverföring. Därför bör denna förordning även omfatta sådana blandade avtal som inte är undantagna enligt kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 (artikel 1, 2 eller 4)[3], särskilt följande:

   - Blandade avtal enligt vilka de licensierade patenten inte är nödvändiga för att uppnå målen för den licensierade tekniken, som innehåller såväl patenterade som icke-patenterade moment; detta kan vara fallet om sådana patent inte ger något effektivt skydd mot tredje mans utnyttjande av tekniken.

   - Blandade avtal som, oavsett om de licensierade patenten är nödvändiga för att uppnå målen för den licensierade tekniken, innehåller skyldigheter som begränsar licensgivarens eller licenstagarens utnyttjande av tekniken inom medlemsstater där patentskydd saknas, i den mån och så länge som dessa skyldigheter helt eller delvis baseras på utnyttjandet av licensierat know-how samt uppfyller övriga villkor enligt denna förordning.

   Denna förordning bör även omfatta rena eller blandade avtal som innehåller underordnade bestämmelser om varumärken och andra immateriella rättigheter, förutsatt att dessa inte innebär andra konkurrensbegränsande skyldigheter än sådana som också har samband med ifrågavarande know-how och som är undantagna enligt denna förordning.

   Enligt denna förordning kan emellertid även sådana avtal anses uppfylla villkoren i artikel 85.3 endast om det licensierade tekniska kunnandet är hemligt, substantiellt och identifierat.

3) Bestämmelserna i denna förordning gäller inte avtal som omfattas av förordning (EEG) nr 2349/84 om patentlicensavtal.

4) Om sådana rena eller blandade know-howlicensavtal innehåller inte endast skyldigheter avseende områden inom den gemensamma marknaden utan även avseende länder som inte är medlemmar, hindrar inte förekomsten av sistnämnda skyldigheter att förordningen är tillämplig på skyldigheter avseende områden inom den gemensamma marknaden.

[3] EGT nr L 219, 16.8.1984, s. 15.

Om know-howlicensavtal för länder som inte är medlemmar eller för områden som sträcker sig utanför gemenskapens gränser inom den gemensamma marknaden har verkningar som kan omfattas av artikel 85.1, bör dock sådana avtal omfattas av förordningen i samma utsträckning som avtal för områden inom den gemensamma marknaden.

5) Förordningen bör inte omfatta avtal som endast avser försäljning, utom när licensgivaren förbinder sig att under en inledande period innan licenstagaren själv påbörjar produktion med användande av den licensierade tekniken leverera varor som omfattas av avtalet för försäljning genom licenstagaren. Förordningen omfattar inte heller avtal avseende marknadsföringsknow-how som har meddelats inom ramen för franchiseavtal[4] eller know-howavtal som har träffats i samband med t.ex. gemensamma företag eller patentpooler eller andra arrangemang enligt vilka licens meddelas för ifrågavarande know-how i utbyte mot andra licenser som inte avser förbättringar av eller nya användningsområden för detta know-how, eftersom sådana avtal uppvisar skilda problem som för närvarande inte kan behandlas i en enda förordning (artikel 5).

6) Exklusiva licensavtal, dvs. avtal enligt vilka licensgivaren förbinder sig att inte själv utnyttja den licensierade tekniken inom det område som omfattas av licensen eller meddela ytterligare licenser där, är med hänsyn till den betydande forskningsinsatsen och höjningen av konkurrensnivån, särskilt i fråga om mellanmärkeskonkurrensen, och ökningen i de berörda företagens konkurrenskraft som blir följden av spridningen av uppfinningar inom gemenskapen inte nödvändigtvis oförenliga med artikel 85.1, om de avser införande och skydd av en ny teknik inom området i fråga.

I den mån sådana avtal på grund av andra omständigheter faller under artikel 85.1 bör de omfattas av artikel 1 så att de också kan vara berättigade till undantaget.

7) Såväl dessa som övriga skyldigheter som uppräknas i artikel 1 stimulerar tekniköverföring och bidrar därigenom i allmänhet till att förbättra produktionen av varor och främja tekniskt framåtskridande genom att öka antalet produktionsanläggningar och höja kvaliteten på de varor som produceras inom den gemensamma marknaden samt utvidga möjligheterna för vidareutveckling av den licensierade tekniken. Detta gäller särskilt skyldigheten för licenstagaren att använda den licensierade produkten endast för tillverkning av sina egna varor, eftersom licensgivaren därigenom ges ett incitament att sprida tekniken till olika användningsområden samtidigt som han förbehåller sig själv eller andra licenstagare rätten att sälja den licensierade produkten. Det gäller

[4] Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal (EGT nr L359, 28.12.1988, s. 46).

också skyldigheten för licensgivaren och licenstagaren att, när det gäller licensgivaren, inom det område som omfattas av licensen och, när det gäller licenstagaren, inom de områden som är förbehållna licensgivaren eller andra licenstagare, avstå inte endast från aktiv utan också från passiv konkurrens. Användarna av tekniskt nya eller förbättrade produkter som kräver stora investeringar är ofta inte slutanvändare utan industrier i mellanliggande led som är välinformerade beträffande priser och alternativa inköpskällor för produkterna inom gemenskapen. Därför skulle ett skydd endast mot aktiv konkurrens inte ge parterna och andra licenstagare den nödvändiga säkerheten, särskilt under inledningsskedet av utnyttjandet av den licensierade tekniken när de investerar i verktygsutrustning och i att skapa en marknad för produkten och öka efterfrågan.

Med hänsyn till att det är svårt att bestämma när know-how inte längre kan anses vara hemligt och att det ofta meddelas licenser på ett kontinuerligt flöde av know-how, särskilt på områden där tekniken inom industrin utvecklas snabbt, bör giltighetstiden för områdesskydd för licensgivaren och licenstagaren gentemot varandra och för olika licenstagare inbördes som automatiskt omfattas av undantaget begränsas till ett visst antal år. Eftersom know-howlicensavtal i motsats till patentlicensavtal ofta träffas sedan de varor eller tjänster som bygger på den licensierade tekniken har visat sig framgångsrika på marknaden, bör utgångspunkten för den tid under vilken licensgivaren och licenstagaren får ges områdesskydd gentemot varandra för varje licensområde vara dagen när licensgivaren undertecknar det första licensavtal som träffas för området avseende samma teknik. Vad beträffar en licenstagares skydd gentemot andra licenstagares tillverkning, användning och aktiv eller passiv försäljning bör utgångspunkten vara dagen när licensgivaren undertecknar det första licensavtal som träffas inom Europeiska ekonomiska gemenskapen. Undantaget för områdesskyddet skall, så länge ifrågavarande know-how förblir hemligt och substantiellt, gälla för hela avtalstiden oavsett när medlemsstaterna i fråga inträdde i gemenskapen, förutsatt att varje licenstagare, såväl den som har ålagts begränsningar som den som är skyddad, själv tillverkar eller låter tillverka den licensierade produkten.

Undantag enligt artikel 85.3 för områdesskydd som gäller under längre perioder, särskilt för att skydda dyra och riskbetonade investeringar eller om parterna inte redan var konkurrenter innan licensen meddelades, kan medges endast genom ett särskilt beslut. Däremot har parterna rätt att förlänga avtalstiden för att utnyttja senare förbättringar och möjliggöra betalning av ytterligare licensavgifter. I sådana fall kan områdesskydd under ytterligare en period räknad från dagen när förbättringarna meddelas licens inom EG dock medges endast genom ett särskilt beslut, i synnerhet om förbättringarna av eller de nya användningsområdena för den licensierade tekniken är substantiella och hemliga och inte är av väsentligt mindre betydelse än den tidigare medde-

lade tekniken, eller om de kräver nya dyra och riskbetonade investeringar.

8) Om samma teknik är skyddad i några medlemsstater av sådana nödvändiga patent som avses i punkt 9 i ingressen till förordning (EEG) nr 2349/84, bör ett undantag enligt denna förordning för områdesskydd av licensgivaren och licenstagaren gentemot varandra och olika licenstagare inbördes mot tillverkning, användning och aktiv försäljning i varandras områden medges för hela den tid under vilken de patent som finns i dessa medlemsstater är giltiga.

9) De skyldigheter som uppräknas i artikel 1 uppfyller i regel även de andra villkoren för tillämpning av artikel 85.3. Konsumenterna får som regel en skälig andel av de fördelar som uppnås genom förbättringen av utbudet av varor på marknaden. Härigenom åläggs heller inte några begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå ovannämnda mål. Slutligen är konkurrensen i distributionsledet säkerställd genom möjligheten till parallellimport, som under inga omständigheter får förhindras av parterna. De exklusivitetsskyldigheter som omfattas av denna förordning medför således i regel inte någon möjlighet att sätta konkurrensen ur spel beträffande en betydande del av ifrågavarande varor. Detta gäller även avtal enligt vilka exklusiva licenser meddelas för ett område som täcker hela den gemensamma marknaden, förutsatt att det finns möjlighet till parallellimport från tredje land eller att det finns annan konkurrerande teknik på marknaden, eftersom den geografiska exklusiviteten i så fall kan leda till större integration av marknaden och främja mellanmärkeskonkurrensen inom hela gemenskapen.

10) Det är önskvärt att i förordningen räkna upp sådana skyldigheter som ofta förekommer i know-howlicensavtal men som i regel inte är konkurrensbegränsande och att föreskriva att om sådana avtal på grund av vissa ekonomiska eller rättsliga omständigheter skulle falla under artikel 85.1 skall också de omfattas av undantaget. Den uppräkning som görs i artikel 2 är inte uttömmande.

11) I förordningen skall också anges vilka begränsningar eller bestämmelser som inte får förekomma i know-howlicensavtal om de skall omfattas av gruppundantaget. Dessa begränsningar, vilka räknas upp i artikel 3, kan omfattas av förbudet i artikel 85.1, men i dessa fall kan det inte generellt antas att de kommer att få de positiva verkningar som krävs enligt artikel 85.3 och som är en förutsättning för att gruppundantag skall kunna medges. Följaktligen kan endast individuella undantag medges.

12) Avtal som inte automatiskt omfattas av undantaget därför att de innehåller bestämmelser som inte uttryckligen är undantagna enligt förordningen och inte uttryckligen är uteslutna från undantaget, däri inbegripet de som uppräknas i artikel 4.2 i förordningen, kan ändå i allmänhet antas vara berättigade till tillämpning av gruppundantaget.

Kommissionen kan snabbt konstatera om så är fallet för ett visst avtal. Det bör därför anses att sådana avtal omfattas av undantaget enligt denna förordning, om de anmäls till kommissionen och kommissionen inte inom en viss tidsfrist gör invändning mot att undantaget tillämpas.

13) Om individuella avtal som är undantagna enligt denna förordning ändå har verkningar som är oförenliga med artikel 85.3, kan kommissionen bestämma att gruppundantaget inte skall tillämpas på dem (artikel 7).

14) Uppräkningen i artikel 2 upptar bl.a. skyldigheterna för licenstagaren att inte använda det know-how som avses i licensen efter avtalets upphörande (förbud mot användning av know-how efter avtalets upphörande) (artikel 2.1.3) och att ställa förbättringar till licensgivarens förfogande (klausul om överlåtelse av förbättringar till licensgivaren) (artikel 2.1.4). Förbudet mot användning av know-how efter avtalets upphörande kan anses vara ett normalt inslag i licensiering av know-how, eftersom licensgivaren annars skulle vara tvungen att meddela sitt know-how för all framtid och detta skulle kunna hämma tekniköverföring. Åtaganden från licenstagarens sida att till licensgivaren meddela en licens för förbättringarna av det know-how och/eller de patent som avses i avtalet är inte i regel konkurrensbegänsande, förutsatt att licenstagaren enligt avtalet har rätt att ta del av licensgivarens framtida erfarenheter och uppfinningar och att licenstagaren behåller rätten att meddela tredje man vunna erfarenheter eller licenser, om detta kan ske utan att licensgivarens know-how avslöjas.

Däremot uppstår en konkurrensbegränsande verkan om avtalet innehåller såväl ett förbud mot användning av know-how efter avtalets upphörande och en skyldighet för licenstagaren att ställa förbättringar av ifrågavarande know-how till licensgivarens förfogande, även om det sker på icke-exklusiv och ömsesidig basis, och att tillåta licensgivaren att fortsätta att använda dessa även efter avtalets upphörande. I så fall har nämligen licenstagaren ingen möjlighet att förmå licensgivaren att efter avtalets upphörande låta honom fortsätta att utnyttja det know-how som licensen ursprungligen avsåg och följaktligen också använda sina egna förbättringar.

15) Uppräkningen i artikel 2 upptar även skyldigheten för licenstagaren att fortsätta att betala licensavgifter till slutet av avtalstiden oavsett om know-how som avses i avtalet har blivit allmänt tillgängligt genom tredje mans åtgärd (artikel 2.1.7). I regel behöver parterna inte skyddas mot de förutsebara ekonomiska följderna av ett avtal som ingås frivilligt och därför bör inte deras val av ett ändamålsenligt sätt att finansiera tekniköverföringen begränsas. Detta gäller särskilt i fråga om know-how, eftersom det i detta fall inte kan vara tal om missbruk av ett lagligt monopol och licenstagaren enligt medlemsstaternas rättssystem kan ha ett rättsmedel i en process enligt gällande nationell lag-

stiftnig. Dessutom är bestämmelser om betalning av licensavgifter som vederlag för överlåtelsen av ett helt teknikpaket under en avtalad, skälig tidsperiod, oavsett om ifrågavarande know-how har blivit allmänt tillgängligt, i regel i licenstagarens eget intresse, eftersom de hindrar licensgivaren från att kräva en hög förskottsbetalning för att kunna minska sitt ekonomiska risktagande för det fall att hans know-how avslöjas för tidigt. För att underlätta för licenstagaren att betala skall parterna ha rätt att sprida betalningen av avgifterna för användningen av den licensierade tekniken över en period som sträcker sig längre än den tidpunkt när ifrågavarande know-how har blivit allmänt tillgängligt. Dessutom bör kontinuerliga betalningar tillåtas under hela avtalstiden i sådana fall där båda parter är fullt medvetna om att detta know-how oundvikligen kommer att avslöjas i samband med att produkten säljs för första gången. Om det framgår av omständigheterna att licenstagaren skulle ha varit i stånd och beredd att själv utveckla detta know-how på kort tid, jämfört med vilken tiden för den fortsatta betalningen av licensavgifter är alltför lång, kan kommissionen ändå besluta att undantag enligt artikel 7 i förordningen inte skall medges.

Slutligen kan gruppundantaget inte tillämpas på avtal enligt vilka beräkningsmetoderna för licensavgifterna inte har något samband med utnyttjandet av den licensierade tekniken eller licensavgifterna debiteras för produkter som inte på något stadium tillverkas med användning av några av de licensierade patenten eller hemliga tekniska metoderna (artikel 3.5). Licenstagaren bör också befrias från skyldigheten att betala licensavgifter om det know-how som avses i avtalet blir allmänt tillgängligt till följd av licensgivarens åtgärder. Detta gäller dock inte för det fall att licensgivaren eller ett företag med anknytning till denne endast säljer produkten (artiklarna 2.1.7 och 3.5).

16) Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sitt utnyttjande av den licensierade tekniken till ett eller flera tekniska användningsområden (»användningsområden») eller till en eller flera produktmarknader omfattas inte heller av artikel 85.1 (artikel 2.1.8). Denna skyldighet är inte konkurrensbegränsande, eftersom licensgivaren kan anses ha rätt att överlåta ifrågavarande know-how endast för ett begränsat ändamål. En sådan begränsning får dock inte utgöra en förtäckt form av kunduppdelning.

17) Begränsningar som ger licensgivaren en oskälig konkurrensfördel, t.ex. skyldigheten för licenstagaren att acceptera kvalitetsspecifikationer, andra licenser eller varor och tjänster som licenstagaren inte önskar från licensgivaren, medför att gruppundantaget inte är tillämpligt. Detta gäller dock inte om det kan visas att licenstagaren själv önskade sådana specifikationer, licenser, varor eller tjänster (artikel 3.3).

18) Begränsningar som innebär att parterna delar upp kunder inom samma tekniska användningsområde eller produktmarknad, antingen genom ett faktiskt förbud mot att leverera till vissa grupper av kunder el-

ler till följd av en skyldighet med motsvarande verkan, medför också att avtalet inte är berättigat till gruppundantaget (artikel 3.6).

Detta gäller inte om know-howlicensen meddelas för att ge en kund tillgång till en andra inköpskälla. I sådana fall kan ett förbud för licenstagaren att leverera till andra personer än kunden i fråga vara nödvändigt för att en licens skall kunna meddelas den andra leverantören, eftersom syftet med transaktionen inte är att skapa en självständig leverantör på marknaden. Detsamma gäller begränsningar i fråga om de kvantiteter som licenstagaren får leverera till denna kund. Sådana begränsningar kan också rimligen väntas bidra till att förbättra produktionen av varor och främja tekniskt framåtskridande genom att medverka till spridningen av teknik. Mot bakgrund av kommissionens erfarenhet hittills när det gäller sådana bestämmelser, särskilt risken att de kan frånta den andra leverantören möjligheten att utveckla sin egen rörelse inom de områden som omfattas av avtalet, bör dock sådana bestämmelser vara föremål för invändningsförfarandet (artikel 4.2).

19) Utöver de bestämmelser som redan har nämnts omfattar uppräkningen i artikel 3 av begränsningar som utesluter tillämpning av gruppundantaget även begränsningar beträffande försäljningspriserna på den licensierade produkten eller beträffande de kvantiteter som skall tillverkas eller säljas, eftersom de begränsar den omfattning i vilken licenstagaren kan utnyttja den licensierade tekniken, särskilt eftersom kvantitetsbegränsningar kan ha samma verkan som exportförbud (artikel 3.7 och 8). Detta gäller inte om en licens har meddelats för användning av tekniken i speciella produktionsanläggningar och om ett specifikt know-how meddelas för uppförande, drift och underhåll av dessa anläggningar och licenstagaren får öka anläggningarnas kapacitet eller uppföra ytterligare anläggningar för eget bruk på normala kommersiella villkor. Däremot kan licenstagaren enligt lag hindras från att utnyttja licensgivarens specifika know-how för att uppföra anläggningar för tredje man, eftersom syftet med avtalet inte är att tillåta licenstagaren att göra licensgivarens know-how tillgängligt för andra tillverkare medan det ännu är hemligt (artikel 2.1.12).

20) För att skydda såväl licensgivaren som licenstagaren från att bli bundna av avtal vars giltighetstid genom ett kontinuerligt flöde av förbättringar meddelade av licensgivaren automatiskt kan förlängas utöver den ursprungliga löptid som fritt bestämdes av parterna bör avtal som innehåller en sådan bestämmelse inte omfattas av gruppundantaget (artikel 3.10). Parterna har dock rätt att när som helst utvidga sitt kontraktsförhållande genom att träffa nya avtal om nya förbättringar.

21) Denna förordning bör med retroaktiv verkan gälla know-howlicensavtal som föreligger när den träder i kraft, om sådana avtal redan uppfyller villkoren för tillämpning av förordningen eller anpassas till dessa (artikel 8–10). Enligt artikel 4.3 i förordning nr 19/65/EEG kan inte

dessa bestämmelser åberopas i rättsliga förfaranden som redan har inletts när denna förordning träder i kraft. Förordningen kan inte heller åberopas som grund för skadeståndsanspråk mot tredje man.

22) Avtal som uppfyller villkoren i artiklarna 1 och 2 och som varken har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen på något annat sätt behöver inte längre anmälas. Företag får dock fortfarande i enskilda fall ansöka om icke-ingripandebesked enligt artikel 2 i rådets förordning nr 17[5] eller om undantag enligt artikel 85.3.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

1) Enligt fördragets artikel 85.3 och på de villkor som föreskrivs i denna förordning förklaras att fördragets artikel 85.1 inte gäller rena know-howlicensavtal och blandade know-how- och patentlicensavtal som inte är undantagna enligt förordning (EEG) nr 2349/84, inklusive sådana avtal som innehåller underordnade bestämmelser om varumärken eller andra immateriella rättigheter, i vilka endast två företag är parter och som innehåller en eller flera av följande skyldigheter:

1. Skyldigheten för licensgivaren att inte tillåta andra företag att utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet.

2. Skyldigheten för licensgivaren att inte själv utnyttja den licensierade tekniken inom licensområdet.

3. Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja den licensierade tekniken inom områden inom den gemensamma marknaden som är förbehållna licensgivaren.

4. Skyldigheten för licenstagaren att inte tillverka eller använda den licensierade produkten eller använda den licensierade metoden inom områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare.

5. Skyldigheten för licenstagaren att inte aktivt marknadsföra den licensierade produkten inom de områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare, och särskilt att inte ägna sig åt reklam som direkt är riktad till dessa områden eller etablera en filial eller hålla lager för distribution där.

6. Skyldigheten för licenstagaren att inte marknadsföra den licensierade produkten inom de områden inom den gemensamma marknaden som har tilldelats andra licenstagare.

7. Skyldigheten för licenstagaren att under avtalstiden använda endast licensgivarens varumärke eller den utstyrsel som är föreskriven av denne för att särskilja den licensierade produkten, förutsatt att licenstaga-

[5] EGT nr 13, 21.2.1962, s. 204/62.

ren inte hindras från att ange sig själv som de licensierade produkternas tillverkare.

8. Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sin tillverkning av den licensierade produkten till de kvantiteter som han behöver för att tillverka sina egna produkter och att sälja den licensierade produkten endast som en integrerad del av eller reservdel till sina egna produkter eller i övrigt i samband med försäljningen av sina egna produkter, förutsatt att licenstagaren fritt får bestämma dessa kvantiteter.

2) Det undantag för sådana skyldigheter som avses i punkt 1.1, 1.2 och 1.3 gäller för en period som för varje licensområde inom EEG inte överskrider 10 år från dagen när licensgivaren undertecknar det första licensavtalet avseende samma teknik som träffas för området.

Det undantag för sådana skyldigheter som avses i punkt 1.4 och 1.5 gäller för en period som inte överskrider 10 år från dagen när licensgivaren undertecknar det första licensavtalet avseende samma teknik inom EEG.

Det undantag för den skyldighet som avses i punkt 1.6 gäller för en period som inte överskrider fem år från dagen när licensgivaren undertecknar det första licensavtalet avseende samma teknik inom EEG.

3) Undantaget enligt punkt 1 gäller endast om parterna i någon lämplig form har identifierat det know-how som ursprungligen meddelades samt alla senare förbättringar av detta som blir tillgängliga för parterna och som meddelas den andra parten i enlighet med avtalsvillkoren och för avtalets uppfyllelse och endast så länge som detta know-how förblir hemligt och substantiellt.

4) I den mån de skyldigheter som avses i punkt 1.1–1.5 berör områden som omfattar medlemsstater där samma teknik skyddas av nödvändiga patent, skall undantaget enligt punkt 1 gälla dessa medlemsstater så länge som den licensierade produkten eller metoden skyddas i dessa stater av sådana patent, om giltighetstiden för detta skydd är längre än de perioder som anges i punkt 2.

5) Undantaget för de begränsningar beträffande marknadsföring av den licensierade produkten som följer av de skyldigheter som avses i punkt 1.2, 1.3, 1.5 och 1.6 gäller endast om licenstagaren själv tillverkar eller avser att tillverka den licensierade produkten eller låter ett anknutet företag eller en underleverantör tillverka den.

6) Undantaget enligt punkt 1 gäller även om i ett visst avtal parterna åtar sig sådana skyldigheter som avses där men med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt samma punkt.

7) I denna förordning används följande begrepp med de betydelser som här anges:

1. *Know-how:* en viss mängd teknisk information som är hemlig, substantiell och identifierad i någon lämplig form.

2. *Hemlig:* att ifrågavarande know-how i sin helhet eller beträffande den exakta utformningen och sammansättningen av dess delar inte är allmänt känt eller tillgängligt, så att en del av dess värde består i den ledtid som licenstagaren sparar när det meddelas honom; detta skall inte tolkas i den inskränkta betydelsen att varje enskild beståndsdel av detta know-how är fullständigt okänd eller oåtkomlig utanför licensgivarens verksamhet.

3. *Substantiell:* att ifrågavarande know-how omfattar information som är av betydelse för hela eller en betydande del av (i) en tillverkningsprocess eller (ii) en produkt eller tjänst eller (iii) för utvecklingen av dessa och att information som är obetydlig utesluts. Sådant know-how skall således vara nyttigt, dvs. det kan vid tidpunkten för avtalets ingående rimligen förväntas att det skall göra det möjligt att förbättra licenstagarens konkurrensläge, t. ex. genom att hjälpa honom att inträda på en ny marknad eller ge honom en konkurrensfördel i förhållande till andra producenter av varor eller tjänster som inte har tillgång till det hemliga know-how som avses i licensen eller till annat jämförbart hemligt know-how.

4. *Identifierad:* att ifrågavarande know-how är beskrivet eller antecknat på ett sätt som gör det möjligt att kontrollera att det uppfyller kriterierna för hemlighet och substantialitet och att säkerställa att licenstagaren inte är ålagd onödiga begränsningar vid utnyttjandet av sin egen teknik. För att vara identifierat kan ifrågavarande know-how antingen vara beskrivet i licensavtalet eller i ett särskilt dokument eller antecknat i någon annan lämplig form, senast när ifrågavarande know-how meddelas eller kort därefter, förutsatt att det särskilda dokumentet eller annan anteckning kan skaffas fram vid behov.

5. *Rena know-howlicensavtal:* avtal enligt vilka ett företag, licensgivaren, meddelar know-how, med eller utan skyldighet att meddela senare förbättringar, till ett annat företag, licenstagaren, för utnyttjande i licensområdet.

6. *Blandade know-how- och patentlicensavtal:* avtal, som inte är undantagna enligt förordning (EEG) nr 2349/84, enligt vilka licens meddelas för en teknik som innehåller både icke-patenterade moment och moment som är patenterade i en eller flera medlemsstater.

7. *Licensierat know-how eller licensierad teknik:* det know-how som ursprungligen meddelades samt eventuellt senare know-how som direkt eller indirekt meddelas av licensgivaren till licenstagaren genom rena eller blandade know-how- och patentlicensavtal; när det gäller blandade know-how- och patentlicensavtal innefattar dock termen licensierad teknik även sådana patent för vilka en licens meddelas tillsammans med ifrågavarande know-how.

8. *Samma teknik:* den teknik för vilken licens har meddelats till den första licenstagaren utökad med eventuella senare förbättringar, oavsett

om och i vilken utsträckning sådana förbättringar utnyttjas av parterna eller de övriga licenstagarna och oavsett om tekniken skyddas av nödvändiga patent i några medlemsstater.

9. *De licensierade produkterna:* varor eller tjänster för vars tillverkning eller tillhandahållande den licensierade tekniken är nödvändig.

10. *Utnyttjande:* varje användning av den licensierade tekniken, särskilt för tillverkning eller aktiv eller passiv försäljning inom ett område, även om försäljningen inte är knuten till tillverkning inom området, eller leasing av de licensierade produkterna.

11. *Licensområdet:* det område som täcker hela den gemensamma marknaden eller åtminstone en del av den där licenstagaren har rätt att utnyttja den licensierade tekniken.

12. *Område som är förbehållet licensgivaren:* områden i vilka licensgivaren inte har meddelat några licenser och som han uttryckligen har förbehållit sig själv.

13. *Anknutna företag:*
    a) företag i vilka en avtalspart direkt eller indirekt
    - äger mer än hälften av kapital- eller rörelsetillgångarna,
    - kan utöva mer än hälften av rösträttigheterna,
    - kan utse mer än hälften av ledamöterna i styrelsen, direktionen eller organ som rättsligt företräder företaget, eller
    - har rätt att leda företagets verksamhet,

    b) företag som direkt eller indirekt gentemot en avtalspart har de rättigheter eller befogenheter som anges i a,
    c) företag i vilka ett företag som avses i b direkt eller indirekt har de rättigheter eller befogenheter som anges i a,
    d) företag i vilka avtalsparterna eller företag med anknytning till dem gemensamt har de rättigheter eller befogenheter som anges i a; sådana gemensamt kontrollerade företag skall anses ha anknytning till var och en av avtalsparterna.

Artikel 2

1) Artikel 1 gäller utan hinder av att någon av bl.a. följande skyldigheter, som i regel inte är konkurrensbegränsande, föreligger:

1. Skyldigheten för licenstagaren att inte avslöja det know-how som har meddelats av licensgivaren; denna skyldighet kan licenstagaren vara bunden av även efter avtalets upphörande.

2. Skyldigheten för licenstagaren att inte meddela underlicenser eller överlåta licensen.

3. Skyldigheten för licenstagaren att inte utnyttja det know-how som avses i licensen efter avtalets upphörande, i den mån och så länge som detta know-how fortfarande är hemligt.

4. Skyldigheten för licenstagaren att till licensgivaren meddela vunna erfarenheter vid utnyttjandet av den licensierade tekniken och att meddela honom en icke-exklusiv licens på förbättringar av eller nya användningsområden för denna teknik, förutsatt att
   a) licenstagaren inte under eller efter avtalstiden är förhindrad att fritt använda sina förbättringar, i den mån dessa kan skiljas från licensgivarens know-how, eller meddela licens på dessa till tredje man, om det av licensgivaren meddelade know-how som fortfarande är hemligt inte avslöjas genom en sådan licens; detta påverkar inte skyldigheten för licenstagaren att begära licensgivarens samtycke innan han meddelar en sådan licens, under förutsättning att sådant samtycke inte kan vägras utom när det föreligger sakliga skäl att anta att meddelandet av förbättringslicenser till tredje man kommer att avslöja licensgivarens know-how, och
   b) licensgivaren har förbundit sig, oavsett om detta åtagande är exklusivt eller inte, att meddela licenstagaren sina förbättringar och hans rätt att utnyttja de av licenstagaren gjorda förbättringar som inte kan skiljas från det know-how som avses i licensen inte sträcker sig längre än den tidpunkt när licenstagarens rätt att utnyttja licensgivarens know-how upphör, utom när avtalet upphör till följd av licenstagarens avtalsbrott; detta påverkar inte licenstagarens skyldighet att ge licensgivaren möjlighet att fortsätta att utnyttja förbättringarna efter den tidpunkten, om licensgivaren samtidigt häver förbudet mot användning av know-how efter avtalets upphörande eller om han efter att ha haft tillfälle att undersöka licenstagarens förbättringar samtycker till att betala skäliga licensavgifter för att använda dessa.

5. Skyldigheten för licenstagaren att uppfylla specifikationer beträffande den licensierade produktens minimikvalitet eller att anskaffa varor eller tjänster från licensgivaren eller från ett företag som anvisas av licensgivaren, i den mån sådana kvalitetsspecifikationer, varor eller tjänster behövs
   a) för ett tekniskt godtagbart utnyttjande av den licensierade tekniken, eller
   b) för att säkerställa att licenstagarens produktion uppfyller de kvalitetskrav som iakttas av licensgivaren och andra licenstagare,

   och att tillåta licensgivaren att utföra kontroller för detta ändamål.

6. Skyldigheten
   a) att underrätta licensgivaren om obehörigt tillägnande av ifrågavarande know-how eller intrång i de licensierade patenten, eller
   b) att vidta eller biträda licensgivaren med att vidta rättsliga åtgärder mot sådant tillägnande eller intrång,

   förutsatt att dessa skyldigheter inte menligt inverkar på licenstagarens rätt att bestrida giltigheten av de licensierade patenten eller hemligheten av det know-how som avses i licensen, utom om han själv på något sätt har bidragit till att det har avslöjats.

7. Skyldigheten för licenstagaren att om ifrågavarande know-how blir allmänt tillgängligt annat än genom licensgivarens åtgärd fortsätta att fram till avtalets upphörande betala licensavgifter till de belopp, för de tidsperioder och enligt de metoder som fritt har bestämts av parterna, utan att detta är till hinder för betalning av ytterligare skadeersättning i händelse av att detta know-how blir allmänt tillgängligt till följd av en åtgärd från licenstagarens sida som utgör avtalsbrott.

8. Skyldigheten för licenstagaren att begränsa sitt utnyttjande av den licensierade tekniken till ett eller flera tekniska användningsområden som omfattas av den licensierade tekniken eller till en eller flera produktmarknader.

9. Skyldigheten för licenstagaren att betala en lägsta licensavgift eller tillverka en minimikvantitet av den licensierade produkten eller vidta ett minimiantal åtgärder för att utnyttja den licensierade tekniken.

10. Skyldigheten för licensgivaren att bevilja licenstagaren de fördelaktigare villkor som licensgivaren kan komma att bevilja ett annat företag efter det att avtalet har träffats.

11. Skyldigheten för licenstagaren att märka den licensierade produkten med licensgivarens namn.

12. Skyldigheten för licenstagaren att inte använda licensgivarens know-how för att uppföra anläggningar för tredje mans räkning; detta påverkar inte licenstagarens rätt att öka kapaciteten i sina anläggningar eller för eget bruk uppföra nya anläggningar på normala kommersiella villkor, bl. a. mot betalning av ytterligare licensavgifter.

2) För den händelse att de skyldigheter som avses i punkt 1 på grund av särskilda omständigheter omfattas av artikel 85.1, undantas de också, även om avtalet inte i övrigt innehåller sådana skyldigheter som är undantagna enligt artikel 1.

3) Undantaget enligt punkt 2 gäller även om i ett avtal parterna åtar sig sådana skyldigheter som avses i punkt 1 men med mindre räckvidd än som är tillåtet enligt den punkten.

Artikel 3

Artiklarna 1 och 2.2 gäller inte i följande fall:

1. Om licenstagaren hindras från att efter avtalets upphörande fortsätta att utnyttja det know-how som avses i licensen när detta know-how under tiden har blivit allmänt tillgängligt, utom när detta har skett till följd av en åtgärd från licenstagarens sida som utgör avtalsbrott.

2. Om licenstagaren är skyldig antingen
   a) att till licensgivaren helt eller delvis överlåta rättigheter till förbättringar av eller nya användningsområden för den licensierade tekniken,

b) att meddela licensgivaren en exklusiv licens på förbättringar av eller nya användningsområden för den licensierade tekniken, som under avtalstiden och/eller därefter skulle hindra licenstagaren från att utnyttja sina egna förbättringar, i den mån dessa kan skiljas från licensgivarens know-how, eller från att meddela tredje man licens på dem, om en sådan licens inte skulle avslöja licensgivarens know-how som fortfarande är hemligt, eller

c) när det gäller ett avtal som också omfattar ett förbud mot användning av know-how efter avtalets upphörande, att meddela licensgivaren licenser avseende förbättringar som inte kan skiljas från licensgivarens know-how, även om det sker på icke-exklusiv och ömsesidig basis, om licensgivarens rätt att använda förbättringarna är av längre varaktighet än licenstagarens rätt att använda licensgivarens know-how, utom när avtalet upphör till följd av licenstagarens avtalsbrott.

3. Om licenstagaren vid tidpunkten för avtalets ingående förmås att acceptera kvalitetsspecifikationer eller ytterligare licenser eller att anskaffa varor eller tjänster som han inte önskar, såvida inte dessa licenser, kvalitetsspecifikationer, varor eller tjänster behövs för att säkerställa ett tekniskt godtagbart utnyttjande av den licensierade tekniken eller för att säkerställa att licenstagarens produktion uppfyller de kvalitetskrav som iakttas av licensgivaren och andra licenstagare.

4. Om licenstagaren åläggs förbud mot att bestrida hemligheten av det know-how som avses i licensen eller att inom den gemensamma marknaden bestrida giltigheten av licensierade patent som tillhör licensgivaren eller företag med anknytning till denne; licensgivarens rätt att säga upp licensavtalet i händelse av ett sådant bestridande berörs inte.

5. Om licenstagaren är skyldig att betala licensavgifter för varor eller tjänster som varken helt eller delvis är producerade med användning av den licensierade tekniken eller för användning av know-how som har blivit allmänt tillgängligt till följd av en åtgärd av licensgivaren eller ett företag med anknytning till denne.

6. Om den ena parten inom samma tekniska användningsområde eller inom samma produktmarknad åläggs begränsningar beträffande den kundkrets som han får betjäna, särskilt förbud mot att leverera till vissa grupper av kunder, att använda vissa distributionsmetoder eller, i syfte att dela upp kundkretsen, att använda vissa sorters förpackningar för produkterna, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1.7 och 4.2.

7. Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller den mängd licensierade produkter som han får tillverka eller sälja eller det antal åtgärder som han får vidta för att utnyttja den licensierade tekniken, utom i sådana fall som anges i artiklarna 1.1.8 och 4.2.

8. Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att bestämma pris, delar i priset eller rabatter beträffande de licensierade produkterna.

9. Om den ena parten åläggs begränsningar när det gäller att konkurrera med den andra parten, med företag med anknytning till den andra parten eller med andra företag inom den gemensamma marknaden i fråga om forskning och utveckling, tillverkning eller användning av konkurrerande produkter och försäljning av dem; detta påverkar dock inte licenstagarens skyldighet att efter bästa förmåga utnyttja den licensierade tekniken och licensgivarens rätt att i händelse av att licenstagaren inlåter sig på sådana konkurrerande aktiviteter upphäva den exklusiva licens som har meddelats licenstagaren och att upphöra med att meddela förbättringar och kräva att licenstagaren bevisar att det know-how som avses i licensen inte används för produktion av andra varor eller tjänster än de för vilka licensen har meddelats.

10. Om licensavtalets ursprungliga giltighetstid automatiskt förlängs genom att nya förbättringar som meddelas av licensgivaren inkluderas i avtalet, såvida inte licenstagaren har rätt att avvisa sådana förbättringar eller vardera parten har rätt att säga upp avtalet vid utgången av den ursprungliga avtalstiden och minst vart tredje år därefter.

11. Om licensgivaren är förpliktad, oavsett om detta fastställs i särskilda avtal, att under en period som är längre än den som är tillåten enligt artikel 1.2 inte till andra företag meddela licenser för utnyttjande av samma teknik inom licensområdet, eller den ena parten åläggs skyldighet att under en period som är längre än vad som är tillåtet enligt artikel 1.2 eller 1.4 inte utnyttja samma teknik inom den andra partens eller andra licenstagares områden.

12. Om parterna eller en av dem är förpliktad
    a) att utan saklig grund vägra att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden,
    b) att göra det svårt för konsumenter eller återförsäljare att få tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknaden, särskilt att utnyttja rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller vidta åtgärder för att hindra konsumenter eller återförsäljare från att utanför licensområdet få tillgång till eller inom licensområdet marknadsföra varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknaden av licensgivaren eller med dennes samtycke, eller gör detta till följd av ett samordnat förfarande mellan dem.

Artikel 4

1) Undantaget enligt artiklarna 1 och 2 gäller även avtal som innehåller konkurrensbegränsande skyldigheter som varken omfattas av dessa artiklar

eller av artikel 3, under förutsättning att avtalen i fråga anmäls till kommissionen enligt bestämmelserna i kommissionens förordning nr 27 och att kommissionen inte gör någon invändning mot detta undantag inom en tidsfrist på sex månader.

2) Punkt 1 gäller särskilt skyldigheten för licenstagaren att leverera endast en begränsad kvantitet av den licensierade produkten till en viss kund, om know-howlicensen meddelas på begäran av en sådan kund för att ge honom tillgång till en andra inköpskälla inom licensområdet.

Denna bestämmelse gäller även om kunden är licenstagaren och det föreskrivs i licensen, för att skapa en andra inköpskälla, att kunden får tillverka licensierade produkter eller låta dem tillverkas av en underleverantör.

3) Sexmånadersfristen skall löpa från den dag när anmälan inkommer till kommissionen. Om anmälan skickas med rekommenderat brev, skall fristen dock löpa från den dag som framgår av avsändningsortens poststämpel.

4) Punkterna 1 och 2 gäller endast om

a) denna artikel uttryckligen åberopas i anmälan eller ett meddelande som bifogas den, och
b) de uppgifter som lämnas genom anmälan är fullständiga och korrekta.

5) Punkterna 1 och 2 kan åberopas i fråga om avtal som anmäls innan denna förordning träder i kraft genom ett meddelande till kommissionen med uttrycklig hänvisning till denna artikel och till anmälan. Punkterna 3 och 4 b gäller med nödvändiga ändringar.

6) Kommissionen kan göra invändning mot undantaget. Den skall invända mot undantaget om den mottar en begäran om detta från en medlemsstat inom tre månader efter det att en anmälan enligt punkt 1 eller ett meddelande enligt punkt 5 har skickats till medlemsstaten. Denna begäran skall vara motiverad med hänsyn till fördragets konkurrensregler.

7) Kommissionen kan när som helst ta tillbaka sin invändning mot undantaget. Om invändningen gjordes på begäran av en medlemsstat och denna begäran vidhålls, kan den dock tas tillbaka endast efter samråd med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor.

8) Om invändningen tas tillbaka därför att de berörda företagen har visat att villkoren i artikel 85.3 är uppfyllda, gäller undantaget från och med anmälningsdagen.

9) Om invändningen tas tillbaka därför att de berörda företagen har ändrat avtalet så att villkoren i artikel 85.3 är uppfyllda, gäller undantaget från och med den tidpunkt när ändringarna träder i kraft.

10) Om kommissionen gör invändning mot undantaget och invändningen inte tas tillbaka, får anmälan de verkningar som föreskrivs i förordning nr 17.

Artikel 5

1) Denna förordning gäller inte

1. avtal mellan medlemmarna i en patent- eller know-howpool som avser den teknik som ingår i poolen,

2. know-howlicensavtal mellan konkurrerande företag som har intressen i ett gemensamt företag, eller mellan ett av dessa och det gemensamma företaget, om licensavtalen berör det gemensamma företagets verksamhet,

3. avtal enligt vilka den ena parten meddelar den andra parten en know-howlicens och den andra parten, oavsett om det sker i särskilda avtal eller genom anknutna företag, meddelar den första parten en patent-, varumärkes- eller know-howlicens eller exklusiva försäljningsrättigheter, om parterna är konkurrenter när det gäller de produkter som omfattas av dessa avtal,

4. avtal som omfattar meddelandet av licenser för andra rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd än patent (särskilt varumärken, upphovsrättigheter och mönsterrättigheter) eller licenser avseende programvara, utom när dessa rättigheter eller denna programvara bidrar till att uppnå målet för den licensierade tekniken och det inte föreligger några andra konkurrensbegränsningar än de som också har anknytning till det know-how som avses i licensen och som är undantagna enligt denna förordning.

2) Denna förordning skall dock tillämpas på

a) avtal på vilka punkt 1.2 är tillämplig och enligt vilka ett moderföretag medger det gemensamma företaget en know-howlicens, under förutsättning att de varor som omfattas av avtalet och de deltagande företagens andra varor som på grund av sina egenskaper, sitt pris och sin tilltänkta användning av konsumenterna betraktas som likartade inte svarar för mer än nedan angivna procentandelar av marknaden för samtliga dessa varor inom den gemensamma marknaden eller en betydande del av den:
   - 20 %, om licensen endast omfattar produktion,
   - 10 %, om licensen omfattar såväl produktion som distribution,

b) sådana dubbelsidiga licenser som avses i punkt 1.3, förutsatt att parterna inte är underkastade några geografiska begränsningar inom den gemensamma marknaden vad gäller tillverkning, användning eller marknadsföring av de varor som omfattas av dessa avtal eller användning av de licensierade metoderna.

3) Denna förordning skall fortsätta att gälla om den marknadsandel som anges i punkt 2 a under två på varandra följande räkenskapsår överskrids med högst en tiondel. Överskrids också denna gräns, skall denna förordning fortsätta att gälla under en tid av sex månader efter utgången av det räkenskapsår under vilket gränsen överskreds.

Artikel 6

Denna förordning gäller även

1. rena know-howavtal eller blandade avtal, om licensgivaren varken är den som har utvecklat ifrågavarande know-how eller patenthavare men är bemyndigad av upphovsmannen eller patenthavaren att meddela en licens eller en underlicens,

2. överlåtelser av know-how eller av know-how och patent, om risken som är förenad med utnyttjandet kvarstår hos överlåtaren, särskilt om överlåtelsesummans storlek är beroende av den omsättning som förvärvaren uppnår beträffande de produkter som tillverkas med användning av det know-how eller de patent som har meddelats, den mängd sådana produkter som tillverkas eller det antal åtgärder som vidtas med användning av detta know-how eller dessa patent,

3. rena know-howavtal eller blandade avtal enligt vilka licensgivarens eller licenstagarens rättigheter eller skyldigheter övertas av företag som har anknytning till dem.

Artikel 7

Kommissionen kan enligt artikel 7 i förordning nr 19/65/EEG bestämma att denna förordning inte skall tillämpas, om den i ett visst fall konstaterar att ett avtal som är undantaget enligt denna förordning ändå har vissa verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i fördragets artikel 85.3, särskilt om

1. dessa verkningar är resultatet av en skiljedom,

2. avtalet har till resultat att förhindra att de licensierade produkterna inom licensområdet utsätts för effektiv konkurrens från varor som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, pris och tilltänkta användning av konsumenterna betraktas som likartade,

3. licensgivaren inte har rätt att senast fem år efter avtalets ingående och minst en gång om året därefter häva den ensamrätt som har beviljats licenstagaren, för det fall att licenstagaren utan giltiga skäl underlåter att utnyttja den licensierade tekniken eller inte utnyttjar den i tillräcklig omfattning,

4. såvida inte annat följer av artikel 1.1.6, licenstagaren utan saklig grund vägrar att tillgodose oombedd efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare inom andra licenstagares områden,

5. parterna eller en av dem
   a) utan saklig grund vägrar att inom sina respektive områden tillgodose efterfrågan från konsumenter eller återförsäljare som önskar sälja varorna inom andra områden inom den gemensamma marknaden, eller
   b) gör det svårt för konsumenter eller återförsäljare att få tillgång till varorna från andra återförsäljare inom den gemensamma marknа-

den, särskilt om de utnyttjar rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller vidtar åtgärder för att hindra konsumenter eller återförsäljare från att utanför licensområdet få tillgång till eller inom licensområdet marknadsföra varor som lagligen har marknadsförts inom den gemensamma marknaden av licensgivaren eller med dennes samtycke,

6. tillämpningen av det förbud mot användning av know-how efter avtalets upphörande som avses i artikel 2.1.3 hindrar licenstagaren från att utnyttja ett utgånget patent som kan utnyttjas av alla andra tillverkare,

7. den tid som avses i artikel 2.1.7 under vilken licenstagaren är skyldig att fortsätta att betala licensavgifter efter det att ifrågavarande know-how har blivit allmänt tillgängligt till följd av tredje mans åtgärd är avsevärt längre än den tid som sparas genom försprånget i produktion och marknadsföring och denna skyldighet inverkar menligt på konkurrensen på marknaden,

8. parterna var konkurrenter redan innan licensen meddelades och skyldigheten för licenstagaren att tillverka en minimikvantitet eller ansträngа sig på allt sätt enligt vad som sägs i artiklarna 2.1.9 och 3.9 medför att licenstagaren hindras från att använda konkurrerande teknik.

Artikel 8

1) Beträffande avtal som förelåg den 13 mars 1962 och som har anmälts före den 1 februari 1963 och avtal, oavsett om dessa har anmälts eller inte, som omfattas av artikel 4.2.2 b i förordning nr 17, skall förklaringen i föreliggande förordning om att fördragets artikel 85.1 inte skall tillämpas gälla med retroaktiv verkan från den tidpunkt när villkoren för tilllämpning av denna förordning var uppfyllda.

2) Beträffande alla andra avtal som har anmälts före denna förordnings ikraftträdande skall förklaringen i förordningen om att fördragets artikel 85.1 inte skall tillämpas gälla med retroaktiv verkan från den tidpunkt när villkoren för tilllämpning av denna förordning var uppfyllda, dock tidigast från och med anmälningsdagen.

Artikel 9

Om avtal som förelåg den 13 mars 1962 och som har anmälts före den 1 februari 1963 eller avtal som omfattas av artikel 4.2.2 b i förordning nr 17 och som har anmälts före den 1 januari 1967 ändras före den 1 juli 1989 så att de uppfyller villkoren för tillämpning av föreliggande förordning, och om ändringen meddelas kommissionen före den 1 oktober 1989, skall förbudet i fördragets artikel 85.1 inte gälla perioden före ändringen. Meddelandet gäller från och med den dag när det inkommer till kommissionen. Om meddelandet skickas med rekommenderat brev, gäller det från och med den dag som framgår av avsändningsortens poststämpel.

Artikel 10

1) Beträffande avtal som omfattas av fördragets artikel 85 till följd av Storbritanniens, Irlands och Danmarks anslutning gäller artiklarna 8 och 9, dock ersätts datumet den 13 mars 1962 av den 1 januari 1973 och den 1 februari 1963 respektive den 1 januari 1967 av den 1 juli 1973.

2) Beträffande avtal som omfattas av fördragets artikel 85 till följd av Greklands anslutning gäller artiklarna 8 och 9, dock ersätts datumet den 13 mars 1962 av den 1 januari 1981 och den 1 februari 1963 respektive den 1 januari 1967 av den 1 juli 1981.

3) Beträffande avtal som omfattas av fördragets artikel 85 till följd av Spaniens och Portugals anslutning gäller artiklarna 8 och 9, dock ersätts datumet den 13 mars 1962 av den 1 januari 1986 och den 1 februari 1963 respektive den 1 januari 1967 av den 1 juli 1986.

Artikel 11

1) Upplysningar som har inhämtats med stöd av artikel 4 skall endast användas för de ändamål som anges i denna förordning.

2) Kommissionen och medlemsstaternas myndigheter samt deras tjänstemän och övriga anställda skall inte röja sådana upplysningar som de har inhämtat med stöd av denna förordning och som är av sådant slag att de omfattas av sekretess.

3) Bestämmelserna i punkterna 1 och 2 skall inte utgöra hinder för offentliggörande av allmän information eller undersökningar som inte innehåller uppgifter om enskilda företag eller företagssammanslutningar.

Artikel 12

Denna förordning träder i kraft den 1 april 1989.

Den gäller till och med den 31 december 1999.

Denna förordning är till alla delar bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater.

Utfärdad i Bryssel den 30 november 1988.

På kommissionens vägnar
Peter SUTHERLAND
Ledamot av kommissionen

Register

Rättsfallsregister, alfabetiskt

EG:s förstainstansrätt

Air France mot kommissionen, 19 maj 1994: [1994] II REG 323 *273*
Bayer AG mot kommissionen, 3 juni 1996: Proceedings of the Court of Justice No 15/96 s. 26 f. *130, 324*
Independent Television Publication Ltd. mot kommissionen, 10 juli 1991: [1991] II REG 575, [1991] 4 CMLR 745 *318*
Langnese-Iglo GmbH mot kommissionen, 8 juni 1995: [1995] II REG 1533, [1995] 4 CMLR 602 *86, 333, 341, 342, 344, 346, 352, 353*
Radio Telefis Eireann mot kommissionen, 10 juli 1991: [1991] II REG 485, [1991] 4 CMLR 586 *318*
Schöller Lebensmittel GmbH mot kommissionen, 8 juni 1995: [1995] II REG 1611, [1995] 4 CMLR 602 *333, 341*
Tetra Pak International S.A. mot kommissionen (*Tetra Pak II*), 6 oktober 1994: [1994] II REG 755 *297*
Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen (*Tetra Pak I*), 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334 *36, 68, 164, 311, 313, 315, 339, 340*

EG-domstolen

A. Ahlström OY mot kommissionen (*Wood Pulp I*), 27 september 1988: [1988] REG 5193, [1988] 4 CMLR 901 *90*
Allen & Hanburys Ltd. mot Generics (U.K.) Ltd, 3 mars 1988: [1988] REG 1245, [1988] 1 CMLR 701 *33, 197, 198, 322*
Banks & Co. Ltd mot British Coal Corp., 13 april 1994: [1994] I REG 1209, [1994] 5 CMLR 30 *367, 369*
Basset G. mot Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), 9 april 1987: [1987] REG 1747, [1987] 3 CMLR 173 *55, 228*

Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH mot Süllhöfer, 27 september 1988: [1988] REG 5249, [1990] 4 CMLR 182 *63, 259, 260*
Bayerische Motorenwerke AG mot ALD Auto-Leasing D GmbH, 24 oktober 1995: [1995] I REG 3439, [1996] 4 CMLR 479 *80, 115*
Beguelin Import Co. mot G.L. Import Export SA, 25 november 1971: [1971] REG 949, [1972] CMLR 81 *122*
Brasserie du Pêcheur SA mot Tyskland och The Queen mot Secretary of State for Transport (ex parte: Factortame Ltd), 5 mars 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen, [1996] 1 CMLR 889 *366*
Brasserie de Haecht SA mot Wilkin (*Haecht*), 12 december 1967: [1967] REG 407, [1968] CMLR 26 *86*
Bristol Mayer Squibb, Boeringer Ingelheim och Bayer AG mot Paranova A/S, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen – dansk text *128*
Centrafarm BV mot Wintrop BV, 31 oktober 1974: [1974] REG 1183, [1974] 2 CMLR 480 *34, 52*
Centrafarm BV mot Sterling Drug, 31 oktober 1974: [1974] REG 1147, [1974] 2 CMLR 480 *52, 111, 137*
Centrafarm BV mot American Home Products Corp., 10 oktober 1978: [1978] REG 1823, [1979] 1 CMLR 326 *55, 127*
Centre belge d'études de marché-Télémarketing (CBEM) SA mot CLT & IPB, 3 oktober 1985: [1985] REG 3261, [1986] 2 CMLR 558 321
CNL-Sucal mot Hag GF (*Hag II*), 17 oktober 1990: [1990] I REG 3711, [1990] 3 CMLR 571 *36, 53*
Coditel SA, Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision mot Ciné-Vog Films SA (*Coditel I*), 18 mars 1980: [1980] REG 881, [1981] 2 CMLR 362 *55*
Coditel SA, Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision mot Ciné-Vog Films SA (*Coditel II*), 6 oktober 1982: [1982] REG 3381, [1983] 1 CMLR 49 *41*
Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes mot kommissionen, 28 mars 1985: [1985] REG 1106, [1986] 1 CMLR 486 *55*
Compulsory Patent Licences: Kommissionen mot Storbritannien, 18 februari 1992: [1992] 1 REG 777, [1992] 2 CMLR 709 *40, 136, 323*
Consortio Italiano Della Componentistica Di Ricambio Autoveicoli & Maxicar mot Régie Nationale des Usines Renault (*Renault*), 5 oktober 1988: [1988] REG 6039, [1990] 4 CMLR 265 *64*
Costa mot ENEL, 6 april 1964: [1964] REG 585, [1964] CMLR 425 *50, 81, 358*
Deutsche Grammophon GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co KG, 8 juni 1971: [1971] REG 487, [1971] CMLR 631 *51, 318*
Dirección General de Defensa de la Competencia mot Asociación Española de Banca Privada (AEB), 16 juli 1992: [1992] I REG 4785 *355*
Dürbeck (Firma A.) mot Hauptzollamt Frankfurt-am-Main-Flughafen (*Dürbeck*), 5 maj 1981: [1981] REG 1095 *352*

EMI Electrola GmbH mot Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH, 24 januari 1989: [1989] REG 79, [1989] 2 CMLR 413 *54*

Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418 *49, 109, 122, 245, 333, 347*

Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH mot Beiersdorf AG, Boeringer Ingelheim och Farmitalia Carlo Erba, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen – dansk text *128*

Fonderies Roubaix-Watrelos mot Société nouvelle des Fonderies A. Roux, 3 februari 1976: [1976] REG 111, [1976] 1 CMLR 538 *347*

Francovich A. mot Italienska republiken, 19 november 1991: [1991] I REG 5357, [1993] 2 CMLR 66 *365*

Generics (UK) Ltd mot Smith Kline and French Laboratories Ltd, 27 oktober 1992: [1992] I REG 5335, [1993]1 CMLR 89 *40, 136, 323*

Grand Garage Albigeois mot Garage Massol SARL, 5 februari 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 5/96, [1996] 4 CMLR 778 *122*

Groupement des Fabricants de Papier Peints de Belgique mot kommissionen (*Papier Peint*), 26 november 1975: [1975] REG 1491, [1976] 1 CMLR 589 *239*

Hasselblad (GB) Ltd mot kommissionen, 7 maj 1982: [1982] ECR 1555, [1982] 2 CMLR 233 *128*

Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, 23 maj 1978: [1978] REG 1139, [1978] 3 CMLR 217 *34, 55, 127*

Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommissionen, 13 februari 1979: [1979] REG 461, [1979] 3 CMLR 345 *298, 314*

Hugin Kassaregister AB mot kommissionen, 31 maj 1979: [1979] REG 1869, [1979] 3 CMLR 345 *300*

Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact de Dott. Ing. Mario Andreoli & C.S.A.S., 12 juli 1984: [1984] REG 2999, [1985] 3 CMLR 224 *85, 353*

IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH (*Ideal Standard*), 22 juni 1994: [1994] I REG 857, [1994] 3 CMLR 857 *34, 36, 53, 105, 197*

Imperial Chemical Industries Ltd. mot kommissionen (*ICI*), 14 juli 1972: [1972] REG 619, [1972] CMLR 557 *357*

Istituto Chemioterapico Italiano & Commercial Solvents Corp. mot kommissionen, 6 mars 1974: [1974] REG 223, [1974] 1 CMLR 309 *85, 321*

Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV, 14 september 1982: [1982] REG 2853, [1983] 2 CMLR 47 *38, 54*

L'Oréal & SA L'Oréal mot PVBA De Nieuwe AMCK, 11 december 1980: [1980] REG 3775, [1981] 2 CMLR 235 *352, 353*

La Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH (*STM-MBU*), 30 juni 1966: [1966] REG 235, [1966] CMLR 357 *49, 329, 344, 347, 350*

Lancôme & Cosparfrance Nederland BV mot Etos BV & A.H. Supermart BV, 10 juli 1980: [1980] REG 2511, [1981] 2 CMLR 164 *353*

Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Co-opérative (*Erauw-Jacquéry*), 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR *576 86, 113, 114, 239*

Marty S.A. mot Estée Lauder S.A., 10 juli 1980: [1980] REG 2481, [1981] 2 CMLR 143 *353*

Merck & Co. Inc. mot Primecrown Ltd och Beecham Group plc mot Europharm of Worthing Ltd, GA:s yttrande 6 juni 1996: Proceedings of the Court of Justice No 15/96 s. 30 f. *324*

Merck & Co. Inc. mot Stephar B.V. och Petrus Stephanus Exler, 14 juli 1981: [1981] REG 2063, [1981] 3 CMLR 463 *54, 324*

Michelin (NV Nederlandsche Banden-Industrie) mot kommissionen, 9 november 1983: [1983] REG 3461, [1985] 1 CMLR 282 *297*

Ministère Public mot Jean Louis Tournier & Jean Verney (*Tournier*), 13 juli 1989: [1989] REG 2521, [1991] 4 CMLR 248 *55, 199, 200, 228*

MPA Pharma GmbH mot Rhône-Poulenc Pharma GmbH, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen – dansk text *128*

Musik-Vertrieb Membran GmbH mot Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte (*GEMA*), 20 januari 1981: [1981] REG 147, [1981] 2 CMLR 44 *54, 55*

Nissan France SA mot Jean-Luc Dupaquier, Garage Sport Auto, 15 februari 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 5/96 sid.12, [1996] 4 CMLR 778 *122*

Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278 *34, 60, 75, 111–112, 192, 289*

Ottung mot Klee & Weilbach A/S & Thomas Schmidt A/S, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915 *163, 150, 156, 164, 211, 220, 223, 224, 227, 253, 254*

Parke, Davis & Company mot Probel, 29 februari 1968: [1968] REG 55, [1968] CMLR 47 *50, 51*

Pharmon BV mot Hoechst, 19 juli 1985: [1985] REG 2281, [1985] 3 CMLR *775 55, 322*

Polydor Ltd & RSO Records Inc. mot Harlequin Record shops Ltd & Simons Records Ltd, 9 februari 1982: [1982] REG 329, [1982] 1 CMLR 677 *53*

Procureur du Roi mot B. och G. Dassonville (*Dassonville*), 11 juli 1974: [1974 REG 837, [1974] 2 CMLR 436 *123*

Procureur de la République mot B. Giry & Guerlain S.A. (*Guerlain*), 10 juli 1980: [1980] REG 2327, [1981] 2 CMLR 99 *353, 358*

Pronuptia de Paris GmbH mot Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, 28 januari 1986: [1986] REG 353, [1986] 1 CMLR 414 *115, 199, 232, 239, 250*

Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Ltd mot kommissionen (*Magill TV Guide*), 6 april 1995: [1995] I REG 743, [1995] 4 CMLR 718 *40, 68, 228, 317–320*

Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH mot Hauptzollamt Kiel, 7 juli 1981: [1981] REG 1805, [1982] 1 CMLR 449 *367*

Sirena SRL mot Eda SRL, 18 februari 1971: [1971] REG 69, [1971] CMLR 260 *36, 51, 318*
Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG (*Delimitis*), 28 februari 1991: [1991] I REG 935, [1992] 5 CMLR 210 *86, 182, 333, 346, 347, 360, 362*
The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd), 23 maj 1996: Ej rapporterat. Proccedings of the Court of Justice No 14/96 *366*
The Queen mot H.M. Treasury (ex parte: British Telecommunications plc.), 26 mars 1996: Ej rapporterat. Proccedings of the ECJ No 10/96, [1996] 1 CMLR 217 *367*
Thetford Corporation mot Fiamma Spa, 30 juni 1988: [1988] REG 3585, [1988] 3 CMLR 549 *40, 136*
United Brands Co. mot kommissionen, 14 februari 1978: [1978] REG 207, [1978] 1 CMLR 429 *229, 297*
Van Vliet Kwasten & Ladderfabriek mot Fratelli Dalle Crode, 1 oktober 1975: [1975] REG 1103, [1975] CMLR 549 *115*
Van Zuylen Frères mot Hag A.G. (*Hag I*), 3 juli 1974: [1974] REG 731, [1974] 2 CMLR 127 *36, 52*
Vereeniging van Cementhandeleren mot kommissionen, 17 oktober 1972: [1972] REG 977, [1973] CMLR 7 *239*
Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd, 5 oktober 1988: [1988] REG 6211, [1989] 4 CMLR 122 *34, 64, 317, 318*
Völk mot Ets Vervaecke Sprl, 9 juli 1969: [1969] REG 295, [1969] CMLR 273 *49, 305*
Warner Brothers Inc. & Metronome Video ApS mot Eric Viuff Christiansen, 17 maj 1988: [1988] REG 2605, [1990] 3 CMLR 684 *34, 54, 55*
Wilhelm mot Bundeskartellamt, 13 februari 1969: [1969] REG 1, [1969] CMLR 100 *50, 81, 357, 358*
Windsurfing International Inc. mot kommissionen, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489 *61, 104, 107, 179, 193, 194, 196, 200, 227, 258, 259, 304, 340, 348*

EG-kommissionens beslut

Alenia-Honeywell, 1993 års konkurrensrapport, punkt 216 *288*
Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard (*AOIP/Beyrard*), 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14 *57, 117, 154, 221, 222, 227, 253, 257, 285*
Association of Plant Breeders of the EEC (*Comasso*), 11 januari 1990: EGT 1990 C6/3, [1990] 4 CMLR 259 *114*
Baxter International Inc & Nestlé SA, 6 februari 1991: EGT 1991 C37, [1992] 5 CMLR M33 *276*
Bayer AG (Dental), 28 november 1990: EGT 1990 L351/46, [1992] 4 CMLR 61 *129*
BBC Brown Boveri & NGK Insulators Ltd, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68, [1989] 4 CMLR 610 *63, 148, 153, 223, 283*
Becton Dickinson/Cyclopore, 1993 års konkurrensrapport, punkt 160 *181*

Boussois SA and Interpane Entwicklungs- und BeratungsGmbH & Co. KG, 15 december 1986: [1987] EGT L50/30, [1988] 4 CMLR 124 *64, 118, 155, 219, 222, 251, 286*

British Midland Airways Limited mot Aer Lingus plc, 10 april 1992: EGT 1992 L96/34, [1993] 4 CMLR *596* *321*

***Bronbemaling*, Zuid Nederlandsche Bronbemaling en Grondboringen BV mot Heidemaatschappij Beheer NV**, 25 juli 1975: EGT 1975 L249/27, [1975] 2 CMLR D67 *292*

Burroughs AG & Geha-Werke GmbH, 22 december 1971: EGT 1972 L13/53, [1972] CMLR D72 *56, 186, 193*

Burroughs AG & Ets. Delplanque, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67 *56, 185, 193, 251*

Campari Milano SpA (*Campari*), 23 december 1977: EGT 1978 L70/69, [1978] 2 CMLR 397 *186, 192, 195, 199, 201, 251*

Concast/Mannesmann, 1981 års konkurrensrapport, punkt 67 *291*

Davidson Rubber Comp., 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52 *56, 101, 115, 186, 205, 251, 256, 305, 306*

DDD Ltd & Delta Chemie, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR *535* *67, 67, 77, 118, 128, 130, 148, 170, 172, 186, 204, 207, 212, 217, 231, 243, 251, 300, 331, 335*

De Laval/Stork, 22 december 1987: EGT 1988 L59/32, [1988] 4 CMLR 187 *281*

Decca Navigator System, 21 december 1988: EGT 1989 L43/27, [1990] 4 CMLR *627* *179*

Ericsson/Ascom, 8 juli 1992: EGT 1992 C201 *285*

Finaf SpA and Procter & Gamble (P&G/Finaf), 7 januari 1992: EGT1992 C3/2, [1992] 4 CMLR 486 309

Ford/Volkswagen, 23 december 1992: EGT 1993 L20/14, [1993] 5 CMLR 617 *281, 282*

French State/Suralmo (*Suralmo*), 1979 års konkurrensrapport, punkt 72 *186*

General Electric Company Ltd & The Weir Group Ltd, 23 november 1977: EGT 1977 L327/26, [1978] CMLR D 42 *232, 270*

IGR Stereo,1989 års konkurrensrapport punkt 94 och 1994 års konkurrensrapport punkt 92 *95*

IMA AG mot Windsurfing International Inc., 11 juli 1983: EGT 1983 L229/1, [1984] 1 CMLR 1 *62, 106, 227*

Jus-Rol Ltd & Rich Products Corp., 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR *527* *65, 77, 148, 172, 183, 195, 199, 205, 212, 250, 254*

Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40 *57, 116, 205, 219, 226, 251, 306, 348*

Kalwar/Plast Control mot Kabelmetal, 1982 års konkurrenrapport, punkt 87 *363*

KSB AG, Lowara SpA, Goulds Pumps Inc. & ITT Fluid Handling Division, 12 december 1990: EGT 1991 L 19/25, [1992] 5 CMLR *55* *280, 290, 309*

Lederle-Praxis Biologicals, 1994 års konkurrensrapport, punkt 353 *353*
Magill TV Guide Ltd mot Independant Television Publication Ltd, British Broadcasting Corp. & Radio Telefis Eireann, 21 december 1988: EGT 1989 L78/43, [1989] 4 CMLR 757 *318*
Maize Seed, Kurt Eisele & Institut National de Recherche Agronomique (INRA), 21 september 1978: EGT 1978 L286/23, [1978] 3 CMLR 434 *57, 58, 111, 129, 184*
Mars GmbH mot Langnese-Iglo GmbH & Co. KG, 23 december 1992: EGT 1993 L183/19, [1994] 4 CMLR 51 *341*
Mars GmbH mot Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, 23 december 1992: EGT 1993 L183/1, [1994] 4 CMLR 51 *341*
Merck & Co. Inc. och Pasteur-Merieux Sérums et Vaccins, 31 mars 1994: EGT 1994 C94/15, [1994] 5 CMLR 281 *270, 290, 291*
Michelin (Bandengroothandel Frieschbrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie), 7 oktober 1981: EGT 1981 L353/33, [1982]1 CMLR 643 *297*
Mitchell Cotts Air Filtration Ltd, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111 *63, 148, 155, 186, 232, 251, 269, 286–288*
Moosehead Breweries Ltd & Whitbread and Comp. plc, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391 *69, 93, 231, 251, 260, 331*
Neilson-Hordell/Richmark, 1982 års konkurrensrapport, punkt 88 *330*
Nodet-Gougis/Lamazou, 1980 års konkurrensrapport, punkt 127 *208*
Odin Development Ltd, 13 juli 1990: EGT 1990 L 209/15, [1991] 4 CMLR 832 *278–288*
Optical Fibres, 14 juli 1986: EGT 1986 L 236/30 *284, 287*
Penney's Trade Mark, 23 december 1977: EGT 1978 L60/19, [1978] 2 CMLR 100 *38, 257*
Philips-Thomson-Sagem, 1993 års konkurrensrapport, punkt 215 *269*
Procter & Gamble/VP Schickendanz (II), 21 juni 1994: EGT1994 L354/32 *309*
Raymond & Co. och Nagoya Rubber Co. Ltd, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45 *56, 89, 115, 206, 258*
René Royon mot Alain Meilland, 13 december 1985: EGT 1985 L369/9, [1988] 4 CMLR 193 *209, 257, 258*
Reuter/BASF, 1976 års konkurrensrapport, punkt 137 *231*
Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA, 13 juli 1987: EGT 1987 L222/28, [1989] 4 CMLR 628 *128*
SEDAME – PRECILEC, 1981 års konkurrensrapport, punkt 95 *231*
Societa Finanziaria Telefonica per azoioni (STET), Societa Italiana Telecomunicazione SpA (Italtel-Sit), American Telephone and Telegraph Comp. (AT&T) & AT&T Network Systems International BV (AT&T-NSI) (*Stet*), 17 december 1992: EGT 1992 C333/3, [1993] 4 CMLR 276 *291*
Solway et Cie SA (*Soda Ash*), 19 december 1990: EGT 1991 L151/21, [1994] 4 CMLR 645 *227*
Tetra Pak I (BTG-license), 26 juli 1988: EGT 1988 L272/27, [1990] 4 CMLR 47 *68*

Toltecs' and 'Dorcet' Trade Marks, 15 december 1982: EGT 1982 L379/19, [1983] 1 CMLR 412 (ej citerat)
UARCO, 1984 års konkurrensrapport, punkt 93 *245*
Velcro SA mot Aplix SA, 12 juli 1985: EGT 1985 L233/22, [1989] 4 CMLR 157 *117, 154, 201, 205, 208, 256*
Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba (*Vaessen/Moris*), 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511 *58, 200, 227, 258, 30*

Rättsfallsregister, kronologiskt

1962

EG-domstolen, mål 6/64, **Costa mot ENEL**, 6 april 1964: [1964] REG 585, [1964] CMLR 425 *50, 81, 358*

1966

EG-domstolen, mål 56/65, **La Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH** (*STM-MBU*), 30 juni 1966: [1966] REG 235, [1966] CMLR 357 *49, 329, 344, 347, 350*
EG-domstolen, mål 56 & 58/64, **Etablissement Consten S.A. & Grundig Verkaufs-GmbH mot kommissionen** (*Grundig/Consten*), 13 juli 1966: [1966] REG 299, [1966] CMLR 418 *49, 109–110, 122, 245, 333, 347*
EG-domstolen, mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen, 13 juli 1966: [1966] REG 389, [1969] CMLR 39 *49*

1967

EG-domstolen, mål 23/67, **Brasserie de Haecht SA mot Wilkin** (*Haecht*), 12 december 1967: [1967] REG 407, [1968] CMLR 26 *86*

1968

EG-domstolen, mål 24/67, **Parke, Davis & Company mot Probel**, 29 februari 1968: [1968] REG 55, [1968] CMLR 47 *50, 51*

1969

EG-domstolen, mål 14/68, **Wilhelm mot Bundeskartellamt**, 13 februari 1969: [1969] REG 1, [1969] CMLR 100 *50, 81, 357, 358*
EG-domstolen, mål 5/69, **Völk mot Ets Vervaecke Sprl**, 9 juli 1969: [1969] REG 295, [1969] CMLR 273 *49, 305*

1971

EG-domstolen, mål 40/70, **Sirena SRL mot Eda SRL**, 18 februari 1971: [1971] REG 69, [1971] CMLR 260 *36, 51, 318*

EG-domstolen, mål 78/70, **Deutsche Grammophon GmbH mot Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co KG**, 8 juni 1971: [1971] REG 487, [1971] CMLR 631 *51, 318*

EG-domstolen, mål 22/71, **Beguelin Import Co. mot G.L. Import Export SA**, 25 november 1971: [1971] REG 949, [1972] CMLR 81 *122*

EG-kommissionen, beslut 72/25/EEG, **Burroughs AG & Ets. Delplanque**, 22 december 1971: EGT 1972 L13/50, [1972] CMLR D67 *56, 185, 193, 251*

EG-kommissionen, beslut 72/26/EEG, **Burroughs AG & Geha-Werke GmbH**, 22 december 1971: EGT 1972 L13/53, [1972] CMLR D72 *56, 186, 193*

1972

EG-kommissionen, beslut 72/237/EEG, **Davidson Rubber Comp.**, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/31, [1972] CMLR D52 *56, 101, 115, 186, 205, 251, 256, 305, 306*

EG-kommissionen, beslut 73/238/EEG, **Raymond & Co och Nagoya Rubber Co. Ltd**, 9 juni 1972: EGT 1972 L143/39, [1972] CMLR D45 *56, 89, 115, 206, 258*

EG-domstolen, mål 48/69, **Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen** (*ICI*), 14 juli 1972: [1972] REG 619, [1972] CMLR 557 *357*

EG-domstolen, mål 8/72, **Vereeniging van Cementhandeleren mot kommissionen**, 17 oktober 1972: [1972] REG 977, [1973] CMLR 7 *239*

1974

EG-domstolen, mål 6 & 7/73, **Istituto Chemioterapico Italiano & Commercial Solvents Corp. mot kommissionen**, 6 mars 1974: [1974] REG 223, [1974] 1 CMLR 309 *85, 321*

EG-domstolen, mål 192/73, **Van Zuylen Frères mot Hag A.G.** (*Hag I*), 3 juli 1974: [1974] REG 731, [1974] 2 CMLR 127 *36, 52*

EG-domstolen, mål 8/74, **Procureur du Roi mot B. och G. Dassonville**, (*Dassonville*), 11 juli 1974: [1974 REG 837, [1974] 2 CMLR 436 *123*

EG-domstolen, mål 15/74, **Centrafarm BV mot Sterling Drug**, 31 oktober 1974: [1974] REG 1147, [1974] 2 CMLR 480 *52, 111, 137*

EG-domstolen, mål 16/74, **Centrafarm BV mot Wintrop BV**, 31 oktober 1974: [1974] REG 1183, [1974] 2 CMLR 480 *34, 52*

1975

EG-kommissionen, beslut 74/494/EEG, **Kabel- und Metallwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA**, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, [1975] 2 CMLR D40 *57, 116, 205, 219, 226, 251, 306, 348*

EG-kommissionen, beslut 75/570/EEG, **Zuid Nederlandsche Bronbemaling en Grondboringen BV mot Heidemaatschappij Beheer NV (*Bronbemaling*)**, 25 juli 1975: EGT 1975 L249/27, [1975] 2 CMLR D67 *292*

EG-domstolen, mål 25/75, **Van Vliet Kwasten & Ladderfabriek mot Fratelli Dalle Crode**, 1 oktober 1975: [1975] REG 1103, [1975] CMLR 549 *115*

EG-domstolen, mål 73/74, **Groupement des Fabricants de Papier Peints de Belgique mot kommissionen (*Papier Peint*)**, 26 november 1975: [1975] REG 1491, [1976] 1 CMLR 589 *239*

EG-kommissionen, beslut 76/29/EEG, **Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P.) mot Beyrard (*AOIP/Beyrard*)**, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8, [1976] 1 CMLR D14 *57, 117, 154, 221, 222, 227, 253, 257, 285*

1976

EG-domstolen, 63/75, **Fonderies Roubaix-Watrelos mot Société nouvelle des Fonderies A. Roux (*Roubaix-Watrelos*)**, 3 februari 1976: [1976] REG 111, [1976] 1 CMLR 538 *347*

EG-kommissionen, information, **Reuter/BASF**, 1976 års konkurrensrapport, punkt 137 *231*

1977

EG-kommissionen, beslut 77/781/EEG, **General Electric Co. Ltd & The Weir Group Ltd**, 23 november 1977: EGT 1977 L327/26, [1978] CMLR D 42 *232, 270*

EG-kommissionen, beslut 78/193/EEG, **Penney's Trade Mark**, 23 december 1977: EGT 1978 L60/19, [1978] 2 CMLR 100 *38, 257*

EG-kommissionen, **78/253/EEG, Davide Campari Milano SpA (*Campari*)**, 23 december 1977: EGT 1978 L70/69, [1978] 2 CMLR 397 *186, 192, 195, 199, 201, 251*

1978

EG-domstolen, mål 27/76, **United Brands Co. mot kommissionen**, 14 februari 1978: [1978] REG 207, [1978] 1 CMLR 429 *229, 297*

EG-domstolen, mål 102/77, **Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH**, 23 maj 1978: [1978] REG 1139, [1978] 3 CMLR 217 *34, 55, 127*

EG-kommissionen, beslut 78/823/EEG, **Kurt Eisele & Institut National de Recherche Agronomique (INRA)** (***Maize Seed***), 21 september 1978: EGT 1978 L286/23, [1978] 3 CMLR 434 *57–58, 111, 129, 184*

EG-domstolen, mål 3/78, **Centrafarm BV mot American Home Products Corp.**, 10 oktober 1978: [1978] REG 1823, [1979] 1 CMLR 326 *55, 127*

1979

EG-kommissionen, beslut 79/86/EEG, **H. Vaessen BV mot Moris & Alex Moris pvba** (***Vaessen/Moris***), 10 januari 1979: EGT 1979 L19/32, [1979] 1 CMLR 511 *58, 200, 227, 258, 306*

EG-domstolen, mål 85/76, **Hoffmann-LaRoche mot kommissionen**, 13 februari 1979: [1979] REG 461, [1979] 3 CMLR 211 *298, 314*

EG-domstolen, mål 22/78, **Hugin Kassaregister AB mot kommissionen**, 31 maj 1979: [1979] REG 1869, [1979] 3 CMLR 345 *300*

EG-kommissionen, information, **French State/Suralmo** (***Suralmo***), 1979 års konkurrensrapport, punkt 114 *186*

1980

EG-domstolen, mål 62/79, **SA Compagnie Générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, mot S.A. Ciné Vog Films** (***Coditel I***), 18 mars 1980: [1980] REG 881, [1981] 2 CMLR 362 *55*

EG-domstolen, 99/79, **Lancôme & Cosparfrance Nederland BV mot Etos BV & A.H. Supermart BV**, 10 juli 1980: [1980] REG 2511, [1981] 2 CMLR 164 *353*

EG-domstolen, mål 39/79, **Marty S.A. mot Estée Lauder S.A.**, 10 juli 1980: [1980] REG 2481, [1981] 2 CMLR 143 *353*

EG-domstolen, 253/78 och 1 & 3/79, **Procureur de la République mot B. Giry & Guerlain S.A.** (***Guerlain***), 10 juli 1980: [1980] REG 2327, [1981] 2 CMLR 99 *353, 358*

EG-domstolen, 31/80, **L'Oréal & SA L'Oréal mot PVBA De Nieuwe AMCK**, 11 december 1980: [1980] REG 3775, [1981] 2 CMLR 235 *352, 353*

EG-kommissionen, information, **Nodet-Gougis/Lamazou**, 1980 års konkurrensrapport, punkt 127 *208*

1981

EG-domstolen, mål 55 & 57/80, **Musik-Vertrieb Membran GmbH mot Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte** (***GEMA***), 20 januari 1981: [1981] REG 147, [1981] 2 CMLR 44 *54, 55*

EG-domstolen, 112/80, **Firma A. Dürbeck mot Hauptzollamt Frankfurt-am-Main-Flughafen** (***Dürbeck***), 5 maj 1981: [1981] REG 1095 *352*

EG-domstolen, 158/80, **Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH mot Hauptzollamt Kiel**, 7 juli 1981: [1981] REG 1805, [1982] 1 CMLR 449 *367*

EG-domstolen, mål 187/80, **Merck & Co. Inc. mot Stephar B.V. och Petrus Stephanus Exler**, 14 juli 1981: [1981] REG 2063, [1981] 3 CMLR 463 *54, 324*

EG-kommissionen, beslut 81/969/EEG, **Bandengroothandel Frieschbrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin**, 7 oktober 1981: EGT 1981 L353/33, [1982]1 CMLR 643 *297*

EG-kommissionen, information, **SEDAME – PRECILEC**, 1981 års konkurrensrapport, punkt 95 *231*

EG-kommissionen, information/81, **Concast/Mannesmann**, 1981 års konkurrensrapport, punkt 67 *291*

1982

EG-domstolen, mål 270/80, **Polydor Ltd & RSO Records Inc. mot Harlequin Record shops Ltd & Simons Records Ltd**, 9 februari 1982: [1982] REG 329, [1982] 1 CMLR 677 *53*

EG-domstolen, 86/82, **Hasselblad (GB) Ltd mot kommissionen**, 7 maj 1982: [1982] ECR 1555, [1982] 2 CMLR 233 *128*

EG-domstolen, mål 258/78, **Nungesser KG & Kurt Eisele mot kommissionen**, 8 juni 1982: [1982] REG 2015, [1983] 1 CMLR 278 *34, 60, 75, 111–112, 192, 287*

EG-domstolen, mål 144/81, **Keurkoop BV mot Nancy Kean Gifts BV**, 14 september 1982: [1982] REG 2853, [1983] 2 CMLR 47 *38, 54*

EG-domstolen, mål 262/81, **Coditel SA, Compagnie Générale pour la Diffusion de la Télévision mot Ciné-Vog Films SA (*Coditel II*)**, 6 oktober 1982: [1982] REG 3381, [1983] 1 CMLR 49 *41*

EG-kommissionen, beslut 82/987/EEG, **'Toltecs' and 'Dorcet' Trade Marks**, 15 december 1982: EGT 1982 L379/19, [1983] 1 CMLR 412 (ej citerat)

EG-kommissionen, information, **Kalwar/Plast Control mot Kabelmetal**, 1982 års konkurrenrapport, punkt 87 *363*

EG-kommissionen, information, **Neilson-Hordell/Richmark**, 1982 års konkurrensrapport, punkt 8 *330*

1983

EG-kommissionen, beslut 83/400/EEG, **IMA AG mot Windsurfing International Inc.**, 11 juli 1983: EGT 1983 L229/1, [1984] 1 CMLR 1 *62, 106, 227*

EG-domstolen, mål 322/81, **NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mot kommissionen**, 9 november 1983: [1983] REG 3461, [1985] 1 CMLR 282 *297*

1984

EG-domstolen, (fjärde kammaren), mål 170/83, **Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact de Dott. Ing. Mario Andreoli & C.S.A.S.**, 12 juli 1984: [1984] REG 2999, [1985] 3 CMLR 224 *85, 353*

EG-kommissionen, information, **UARCO**, 1984 års konkurrensrapport, punkt 93 *245*

1985

EG-domstolen, mål 298/83, **Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes mot kommissionen**, 28 mars 1985: [1985] REG 1106, [1986] 1 CMLR 486 *55*

EG-domstolen, mål 60 & 61/84, **Cinéthèque mot Fédération Nationale des Cinémas Français**, 11 juli 1985: [1985] REG 2605, [1986] CMLR 365 *55*

EG-kommissionen, beslut 85/410/EEG, **Velcro SA mot Aplix SA**, 12 juli 1985: EGT 1985 L233/22, [1989] 4 CMLR 157 *117, 154, 201, 205, 208, 256*

EG-domstolen, mål 19/84, **Pharmon BV mot Hoechst**, 19 juli 1985: [1985] REG 2281, [1985] 3 CMLR 775 *55, 322*

EG-domstolen, 311/84, **Centre belge d'études de marché-Télémarketing (CBEM) SA mot CLT & IPB**, 3 oktober 1985: [1985] REG 3261, [1986] 2 CMLR 558 *321*

EG-kommissionen, beslut 85/561/EEG, **René Royon mot Alain Meilland**, 13 december 1985: EGT 1985 L369/9, [1988] 4 CMLR 193 *209, 257, 258*

1986

EG-domstolen, mål 161/84, **Pronuptia de Paris GmbH mot Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis**, 28 januari 1986: [1986] REG 353, [1986] 1 CMLR 414 *115, 199, 232, 239, 250*

EG-domstolen (fjärde kammaren), mål 193/83, **Windsurfing International Inc. mot kommissionen**, 25 februari 1986: [1986] REG 611, [1986] 3 CMLR 489 *61–62, 104, 107, 179, 193, 194, 196, 200, 227, 258, 259, 304, 340, 348*

EG-kommissionen, beslut 86/405EEG, **Optical Fibres**, 14 juli 1986: EGT 1986 L236/30 *284, 287*

EG-kommissionen, beslut 87/123/EEG, **Boussois SA och Interpane GmbH & Co KG**, 15 december 1986: [1987] EGT L50/30, [1988] 4 CMLR 124 *64, 118, 155, 219, 222, 251, 286*

EG-kommissionen, beslut 87/100/EEG, **Mitchell Cotts Air Filtration Ltd**, 17 december 1986: EGT 1987 L41/31, [1988] 4 CMLR 111 *63, 148, 155, 186, 232, 251, 269, 286–288*

1987

EG-domstolen, mål 402/85, **G. Basset mot Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)**, 9 april 1987: [1987] REG 1747, [1987] 3 CMLR 173 *55, 228*

EG-kommissionen, beslut 87/409/EEG, **Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA**, 13 juli 1987: EGT 1987 L222/28, [1989] 4 CMLR 628 *128*

EG-kommissionen, beslut 88/143/EEG, **Jus-Rol Ltd & Rich Products Corp.**, 22 december 1987: EGT 1988 L69/21, [1988] 4 CMLR 527 *65, 77, 148, 172, 183, 195, 199, 205, 212, 250, 254*

EG-kommissionen, information 88/110/EEG, **De Laval/Stork**, 22 december 1987: EGT 1988 L59/32, [1988] 4 CMLR 187 *281*

1988

EG-domstolen, mål 434/85, **Allen & Hanburys Ltd mot Generics (U.K.) Ltd**, 3 mars 1988: [1988] REG 1245, [1988] 1 CMLR 701 *33, 197, 198, 322*

EG-domstolen (femte kammaren), mål 27/87, **Louis Erauw-Jacquéry Sprl mot La Hesbignonne Société Co-opérative (*Erauw-Jacquéry*)**, 19 april 1988: [1988] REG 1919, [1988] 4 CMLR 576 *86, 113–114, 239*

EG-domstolen, mål 158/86, **Warner Brothers Inc. & Metronome Video ApS mot Eric Viuff Christiansen**, 17 maj 1988: [1988] REG 2605, [1990] 3 CMLR 684 *34, 54, 55*

EG-domstolen, mål 35/87, **Thetford Corporation mot Fiamma Spa**, 30 juni 1988: [1988] REG 3585, [1988] 3 CMLR 549 *40, 136*

EG-kommissionen, beslut 88/501/EEG, **Tetra Pak I (BTG-license)**, 26 juli 1988: EGT 1988 L272/27, [1990] 4 CMLR 47 *68*

EG-domstolen, mål 89/85, 114/85, 116–117/85 & 125–129/85, **A. Ahlström OY mot kommissionen (*Wood Pulp I*)**, 27 september 1988: [1988] REG 5193, [1988] 4 CMLR 901 *90*

EG-domstolen, mål 65/86, **Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH mot Süllhöfer**, 27 september 1988: [1988] REG 5249, [1990] 4 CMLR 182 *63, 259, 260*

EG-domstolen, mål 237/87, **Volvo AB mot Erik Veng (U.K.) Ltd**, 5 oktober 1988: [1988] REG 6211, [1989] 4 CMLR 122 *34, 64, 317, 318*

EG-domstolen, mål 53/87, **Consortio Italiano Della Componentistica Di Ricambio Autoveicoli & Maxicar mot Régie Nationale des Usines Renault (*Renault*)**, 5 oktober 1988: [1988] REG 6039, [1990] 4 CMLR 265 *64*

EG-kommissionen, beslut 88/541/EEG, **BBC Brown Boveri & NGK Insulators Ltd**, 11 oktober 1988: EGT 1988 L301/68, [1989] 4 CMLR 610 *63, 148, 153, 223, 283*

EG-kommissionen, beslut 88/563/EEG, **DDD Ltd & Delta Chemie**, 13 oktober 1988: EGT 1988 L309/34, [1989] 4 CMLR 535 *65–67, 77, 118, 128, 130, 148, 170, 172, 186, 204, 207, 212, 217, 231, 243, 251, 300, 331, 335*

EG-kommissionen, beslut 89/205/EEG, **Magill TV Guide Ltd mot Independant Television Publication Ltd, British Broadcasting Co. & Radio Telefis Eireann**, 21 december 1988: EGT 1989 L78/43, [1989] 4 CMLR 757 *318*

EG-kommissionen, beslut 89/113/EEG, **Decca Navigator System**, 21 december 1988: EGT 1989 L43/27, [1990] 4 CMLR 627 *179*

1989

EG-domstolen, mål 341/87, **EMI Electrola GmbH mot Patricia Im- und Export Verwaltungs GmbH**, 24 januari 1989: [1989] REG 79, [1989] 2 CMLR 413 *54*

EG-domstolen (sjätte kammaren), mål 320/87, **Ottung mot Klee & Weilbach A/S & Thomas Schmidt A/S**, 12 maj 1989: [1989] REG 1177, [1990] 4 CMLR 915 *163, 150, 156, 164, 211, 220, 223, 224, 227, 253, 254*

EG-domstolen, mål 395/87, **Ministère Public mot Jean Louis Tournier & Jean Verney (*Tournier*)**, 13 juli 1989: [1989] REG 2521, [1991] 4 CMLR 248 *55, 199, 200, 228*

EG-kommissionen, beslut 90/38/EEC, **Bayer AG – »Bayo-n-ox»**, 13 december 1989: EGT 1990 L21/71, [1990] 4 CMLR 930 (ej citerat)

EG-kommissionen, information, **IGR Stereo**, 1989 års konkurrensrapport punkt 94 och 1994 års konkurrensrapport, punkt 92 *95*

1990

EG-kommissionen, information, **Association of Plant Breeders of the EEC (*Comasso*)**, 11 januari 1990: EGT 1990 C6/3, [1990] 4 CMLR 259 *114*

EG-kommissionen, beslut 90/186/EEG, **Moosehead Breweries Ltd & Whitbread and Company plc**, 23 mars 1990: EGT 1990 L100/32, [1991] 4 CMLR 391 *69, 93, 231, 251, 260, 331*

EG:s förstainstansrätt, mål T-51/89, **Tetra Pak Rausing SA mot kommissionen**, 10 juli 1990: [1990] II REG 309, [1991] 4 CMLR 334 *36, 68, 164, 311, 313, 315, 339, 340*

EG-kommissionen, beslut 90/410/EEG, **Odin Development Ltd**, 13 juli 1990: EGT 1990 L209/15, [1991] 4 CMLR 832 *278–288*

EG-domstolen, mål C-10/89, **CNL-Sucal mot Hag GF (*Hag II*)**, 17 oktober 1990: [1990] I REG 3711, [1990] 3 CMLR 571 *36, 53*

EG-kommissionen, beslut 90/645/EEG, **Bayer AG (Dental)**, 28 november 1990: EGT 1990 L351/46, [1992] 4 CMLR 61 *129*

EG-kommissionen, beslut 91/38/EEG, **KSB AG, Lowara SpA, Goulds Pumps Inc. & ITT Fluid Handling Division**, 12 december 1990: EGT 1991 L19/25, [1992] 5 CMLR 55 *280, 290, 309*

EG-kommissionen, beslut 90/299/EEG, **Gemenskapen mot Solway et Cie SA (*Soda Ash*)**, 19 december 1990: EGT 1991 L151/21, [1994] 4 CMLR 645 *227*

1991

EG-kommissionen, beslut IV/M.0058, **Baxter International Inc. & Nestle SA**, 6 februari 1991: EGT 1991 C37, [1992] 5 CMLR M33 *276*

EG-domstolen, mål C-234/89, **Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG** (***Delimitis***), 28 februari 1991: [1991] I REG 935, [1992] 5 CMLR 210 *86, 182, 333, 346, 347, 360, 362*

EG:s förstainstansrätt, mål T-69/89, **Radio Telefis Eireann mot kommissionen**, 10 juli 1991: [1991] II REG 485, [1991] 4 CMLR 586 *318*

EG:s förstainstansrätt, mål T-76/89, **Independent Television Publication Ltd mot kommissionen**, 10 juli 1991: [1991] II REG 575, [1991] 4 CMLR 745 *318*

EG-domstolen, mål C-6 & 9/90, **A. Francovich mot Italienska republiken**, 19 november 1991: [1991] I REG 5357, [1993] 2 CMLR 66 *365*

1992

EG-kommissionen, information, **Finaf SpA and Procter & Gamble** (***P&G/ Finaf***), 7 januari 1992: EGT 1992 C3/2, [1992] 4 CMLR 486 *309*

EG-domstolen, mål C-30/90, **Compulsory Patent Licences: Kommissionen mot Storbritannien**, 18 februari 1992: [1992] I REG 777, [1992] 2 CMLR 709 *40, 136, 323*

EG-kommissionen, beslut 92/213/EEG, **British Midland Airways Ltd mot Aer Lingus plc**, 10 april 1992: EGT 1992 L96/34, [1993] 4 CMLR 596 *321*

EG-kommissionen, beslut IV/M.0236, **Ericsson/Ascom**, 8 juli 1992: EGT 1992 C201 *285*

EG-domstolen, mål C-67/91, **Dirección General de Defensa de la Competencia mot Asociación Española de Banca Privada (AEB)**, 16 juli 1992: [1992] I REG 4785 *355*

EG-domstolen, mål C-191/90, **Generics (U.K.) Ltd mot Smith Kline and French Lab. Ltd**, 27 oktober 1992: [1992] I REG 5335, [1993]1 CMLR 89 *40, 136, 323*

EG-kommissionen, information, **Societa Finanziaria Telefonica per azoioni (STET), Societa Italiana Telecomunicazione SpA (Italtel-Sit), American Telephone and Telegraph Company (AT&T) & AT&T Network Systems International BV (AT&T-NSI)** (***Stet***), 17 december 1992: EGT 1992 C333/3, [1993] 4 CMLR 276 *291*

EG-kommissionen, beslut 93/405/EEG, **Mars GmbH mot Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG**, 23 december 1992: EGT 1993 L183/1, [1994] 4 CMLR 51 *341*

EG-kommissionen, beslut 93/406/EEG, **Mars GmbH mot Langnese-Iglo GmbH & Co. KG**, 23 december 1992: EGT 1993 L183/19, [1994] 4 CMLR 51 *341*

EG-kommissionen, beslut 93/49/EEG, **Ford/Volkswagen**, 23 december 1992: EGT 1993 L20/14, [1993] 5 CMLR 617 *281, 282*

1993

EG-kommissionen, information, **Becton Dickinson/Cyclopore**, 1993 års konkurrensrapport, punkt 160 *181*
EG-kommissionen, information – comfort letter, **Philips-Thomson-Sagem**, 1993 års konkurrensrapport, punkt 215 *269*
EG-kommissionen, information – comfort letter, **Alenia-Honeywell**, 1993 års konkurrensrapport, punkt 216 *288*

1994

EG:s förstainstansrätt, mål T-2/93, **Air France mot kommissionen**, 18 maj 1994: [1994] II REG 323 *273*
EG-kommissionen, information, **Merck & Co. Inc. och Pasteur-Merieux Sérums et Vaccins**, 31 mars 1994: EGT 1994 C94/15, [1994] 5 CMLR 281 *270, 290, 291*
EG-domstolen, mål C-128/92, **Banks & Co. Ltd mot British Coal Corp.**, 13 april 1994: [1994] I REG 1209, [1994] 5 CMLR 30 *367, 369*
EG-kommissionen, beslut 94/893/EEG, **Procter & Gamble/VP Schickendanz (II)**, 21 juni 1994: EGT1994 L354/32 *309*
EG-domstolen, mål 9/93, **IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH** (***Ideal Standard***), 22 juni 1994: [1994] I REG 2789, [1994] 3 CMLR 857 *34, 36, 53, 105, 197*
EG:s förstainstansrätt, mål T-83/91, **Tetra Pak International S.A. mot kommissionen** (***Tetra Pak II***), 6 oktober 1994: [1994] II REG 755 *297*
EG-kommissionen, information, **Lederle-Praxis Biologicals**, 1994 års konkurrensrapport, punkt 353 *353*

1995

EG-domstolen, mål C-241/91 & C-242/91, **Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Ltd mot kommissionen** (***Magill TV Guide***), 6 april 1995: [1995] I REG 743, [1995] 4 CMLR 718 *40, 68, 228, 317–320*
EG:s förstainstansrätt (andra kammaren), mål T-7/93, **Langnese-Iglo GmbH mot kommissionen**, 8 juni 1995: [1995] II REG 1533, [1995] 4 CMLR 602 *86, 333, 341, 342, 344, 346, 352, 353*
EG:s förstainstansrätt (andra kammaren), T-9/93, **Schöller Lebensmittel GmbH mot kommissionen**, 8 juni 1995: [1995] II REG 1611, [1995] 4 CMLR 602 *333, 341*
EG-domstolen, mål C-70/93, **Bayerische Motorenwerke AG mot ALD Auto-Leasing GmbH**, 24 oktober 1995: [1995] I REG 3439, [1996] 4 CMLR 479 *80, 115*

1996

EG-domstolen, mål C-309/94, **Nissan France SA mot Jean-Luc Dupaquier, Garage Sport Auto**, 15 februari 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 5/96 s. 12, [1996] 4 CMLR 778 *122*

EG-domstolen, mål C-226/94, **Grand Garage Albigeois mot Garage Massol SARL**, 15 februari 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 5/96, [1996] 4 CMLR 778 *122*

EG-domstolen, mål C-329/93, **The Queen mot H.M. Treasury (ex parte: British Telecom. plc)**, 26 mars 1996: Ej rapporterat. Proceedings of the Court of Justice No 10/96, [1996] 1 CMLR 217 *367*

EG-domstolen, mål C-46/93 och C-48/93, **Brasserie du Pêcheur SA mot Tyskland och The Queen mot Secretary of State for Transport (ex parte: Factortame Ltd)**, 5 mars 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen, [1996] 1 CMLR 889 *366*

EG-domstolen, mål C-5/94, **The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd)**, 23 maj 1996: Ej rapporterat. Proccedings of the Court of Justice No 14/96 *366*

EG-domstolen, mål C-267/95 & C-268/95, **Merck & Co. Inc. mot Primecrown Ltd och Beecham Group plc mot Europharm of Worthing Ltd**, Generaladvokatens yttrande 6 juni 1996: Proceedings of the Court of Justice No 15/96 s. 30 f. *324*

EG:s förstainstansrätt (order by the president), T-41/96, **Bayer AG mot kommissionen**, 3 juni 1996: Proceedings of the Court of Justice No 15/96 s. 26 f. *130, 324*

EG-domstolen, mål C-427/93, C-429/93 & C-436/93, **Bristol Mayer Squibb, Boeringer Ingelheim och Bayer AG mot Paranova A/S**, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen – dansk text *128*

EG-domstolen, mål C-232/94, **MPA Pharma GmbH mot Rhône-Poulenc Pharma GmbH**, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen – dansk text *128*

EG-domstolen, mål C-71/94, C-72/94 & C-73/94, **Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH mot Beiersdorf AG, Boeringer Ingelheim och Farmitalia Carlo Erba**, 11 juli 1996: Ej rapporterat. Prel. utskrift från EG-domstolen – dansk text *12*

Författarregister

Citerad litteratur anges med sidhänvisning. Övrig litteratur anges för allmän referens.

Adelman M.J., & Juenger, F.K., *Patent-Antitrust: Patent Dynamics and Field-of-Use Licensing*, 50 N.Y.U. L.Rev. 273 (1975) *171, 173, 176*

Alexander, W., *The Horizontal Effects of Licensing a Technology as Dealt with by the EEC Competition Law*, [1988] Fordham Corporate Law Institute Chapter 11

Allgårdh, O. och Norberg, S., *EU och EG-rätten*, Stockholm 1995 (2 uppl.) *82*

Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, (4th ed.), London 1993 *66, 104, 180, 254, 267, 356, 369*

Bernitz, U., *Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagtiftningens utveckling och huvudlinjer*, Ak. avh., Stockholm 1969 *357, 370*

Bernitz, U., *Internationell Marknadsrätt*, (2 uppl.), Stockholm 1990 *52*

Bernitz, U., *Den svenska konkurrenslagen*, Juristförlaget 1996 *217, 231*

Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., Sandgren, C., *Immaterialrätt*, (5 uppl.), Stockholm 1995 *33, 64*

Blok, P., *Patentrettens konsumtionsprincip*, Köpenhamn 1974 *52*

Carlsson, K., Schuer, L., Söderlund, E., *Konkurrenslagen*, Publica, 1995 (2 uppl.) *231, 268, 369*

Colley, R.B., *Importance of Termination Clauses*, Les Nouvelles, Vol. 25, No 4 *245*

Coyet, J., och Gustafsson, L., *Konkurrensrätten inom EU och EES*, Stockholm 1994 *64*

Cuziat, E., *La révision du règlement sur le contrôle des concentrationes, La proposition de la Commission*, Manuskript för publicering i Competition Newsletter hösten 1996 *272*

Davidow, J., *Antitrust and International Know-How licensing*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1981 s. 262

Demaret, P., *Patent- und Uhrheberrechtschutz, Zwangslizenzen und Freier Warenverkehr im Gemeinschaftrecht*, GRUR 1987. s. 1–14

Dyrkjaer-Hansen, *Know-How agreements; the logic of restrictions and the restriction of logic*, [1984] 2 EIPR 31

Ehlerman, C-D., Implementation of EC Competition Law by National Antitrust Authorities, [1996] ECLRev. s. 88 *81, 362*

Fejø, J., *EF-konkurrenceret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993 *82, 142, 356*

Ferry, J., *Patent Agreements; No-Challenge Causes*, (1989) 4 EIPR 138

Fogt, H., & Knable Gotts, I., *US Technology Licensing Arrangements: Do New Enforcement Guidelines in the United States Mirror Developments in the European Community?*, [1995] ECLRev 1995 s. 215 *68*

Fox, E., *Maize Seed: A Comparative Comment*, [1982] Fordham Corporate Law Institute 151

Green, N., *Article 85 in Perspective: Stretching Jurisdiction, Narrowing the Concept of a Restriction and Plugging a Few Gaps*, [1988] ECLRev 190

Guttuso, S., *Technology Transfer Agreements*, Manuscript, Fordham October 1994 *79, 178, 234, 293, 330*

Jeanrenaud, Y., *Exclusive Licenses of Patent Rights and Territorial Restriants in the EEC: Certainty vs Flexibility*, Swiss Review of International Competition Law. 1986, s. 21–48 *109*

Johannes, H., *Industrial Property and Coyright in European Community Law*, Sijthoff, 1976

Joliet, R., *Trademark Licensing Agreemens Under EEC Law of Competition*, 5 Northwestern Journal of International Law and Business (1983), 755

Joliet, R., *Geistiges Eigentum und freier Warenverkehr*, GRUR Int. 1989 s. 177 *317*

Joliet, R., Marenco, G., Banks K., *Intellectual Proprty and the Community Rules of Free Movement: Discrimination Unearted*, (1990) 15 ELRev 224

Kaplow, L., *The Patent-Antitrust Interface: A reappraisal*, 97 Harv. LRev. 1813 (1984)

Karnell, G., *Inledningen till den internationella licensrätten*, Stockholm 1995 *37*

Korah, V., *Technology Licensing and the Block exemption for technology Transfer – reflections on the future*, Manuscript to the 1995 IBC conference in Brussels *235*

Korah, V., *The Preliminary Draft of a New EC Group Exemption for Technology Licensing*, European Business Law Review, 1994 s. 167

Korah, V., *Know-How Licensing Agreements and the EEC Competition Rules: Regulation 556/89*, ESC Publishing, Oxford 1989 *74, 140, 141, 143, 175, 177, 188, 195, 292*

Korah, V., *Goodbye, Red Label: Condemnation of Dual Pricing by Distillers*, (1980) 3 ELRev. 62

Korah, V., *The judgment in Delimitis: A milestone towards a realistic assessment of the effects of an agreement – or a damp squib?*, (1992) EIPR 167

Korah, V., *EEC Competition Law and Practice*, ESC Publishing, 1990 (4th ed.) *82*

Lasok, K.P.E., *Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A comment on the Delimitis Case*, (1991) 5 ECLR 194

Lidgard, H.H., *Sverige, EEC och konkurrensen*, Ak. avh., Lund, 1977 *89, 356*

Lidgard, H.H., *EU-gruppundantag med förbinder*, SvJT 1995 s. 793–819 *91, 164, 337, 342*

Lidgard, H.H., *De nordiska EEC-avtalens förhållande till intern rätt*, TfR 1977 s. 133 *356*

Lipsky, *Current Antitust Division Views on Patent Licensing Practices*, 50 Antitrust L.J. 515 (1981) *59*

Luc G., *Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale under EEC Competition Law*, (1984) 21 CMLRev 647

Lutz, H., *Technologie-, Patent- und Know-how-Lizensvertäge im EG-Recht*, Recht der Internationlem Wirtschaft, 1996 s. 272 *155*

Meyers, T.C., *Field-of-Use Restrictions as Procompetitive Elements in Patent and Know-How Licensing Agreements in the United States and the European Communities*, Northwestern Journal of International Law & Business 1991. s. 364–389 *171, 174, 177*

Odle A. & Zeyen C., *The EC Block Exemption Regulation 556/89 on Know-How: Practical Difficulties and Legal Uncertainties*, (1991) 6 ECLR 231

Pålsson, L., *Bryssel- och Luganokonventionerna*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1995 *370*

Pehrson, L., *EG och immaterialrätten*, Juridiska Fakulteten i Stockholm; Skriftserien, Stockholm 1985 *56, 104, 113, 115, 180, 185, 255, 316, 322*

Pehrson, L., *Exklusivitets- och områdesskyddsklausuler inom EU, EES och Sverige*, Juridisk Tidskrift 1994 s. 56 *330*

Pickard, S., *The Commission Patent Regulation* – del I, *A History* – del II, *A Guide*, (1984) 5 ECLR 158 och (1984) 5 ECLR 384

Price, D.R. , *The Secret of the Know-How Block Exemption*, [1989] ECLRev. s. 273 *102, 140*

Quitzow, C.M., Fria varurörelser i den Europeiska Gemenskapen. En studie av gränsdragningen mellan gemenskapsangelägenheter och nationella angelägenheter, Ak. avh., Publica 1995 50, 52, 56, 123

Quitzow, C.M., *»Private enforcement» i EG-rätten – en studie av medlemsstaternas skadeståndsansvar i samband med överträdelse av gemenskapsregler*, Manuskript för publicering under hösten 1996 *366*

Ritter, L., Braun, W. D., Rawlinson, F., *EEC Competition Law – a practitiooner's guide*, Kluwer 1991 *267, 292, 330, 349*

Robertson, A., *Technology Transfer Agreements: An Overview of how Regulation 240/96 Changes the Law*, ECLRev. 1996 s. 158 *312*

Rothnie, W.A., *EC Competition Policy, the Commission and Trade Marks*, (1991) International Business Lawyer 495

Rothnie, W.A, *Parallel Imports*, Sweet & Maxwell, London 1993 *111, 128*

Rule, *The Administration's view: Analysis After the Nine No-No's*, *55* Antitrust L.J. 365 (1986) *68*

Sandgren, C., *Patentlicenser*, Ak. avh., Stockholm 1974 *261*

Schaub, S., *Zur EG-Kartellrechtlichen zulassigkeit von Nichtangriffsabreden uber gewerbliche Schutzrechte*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1987 s. 95–100

Siragusa, M., *Technology Transfers Under EEC Law, A Private View*, [1982] Fordham Corporate Law Institute

Stenberg, H., *Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet*, Ak. avh., Nyköping 1974 *50, 358, 359*

Stenberg, H., *EG-domstolens avgörande Factortame III och Brasserie du Pêcheur*, Advokaten nr 5/96 s. 8 *366*

Stone, *Some thoughts on the Windsurfing Judgment*, [1984] 2 EIPR 31 *61*

Subiotto, R., *Moosehead/Whitebread: Industrial Franchises and No-challenge Clauses Relating to licensed Trademarks under EEC Competition Law*, [1990] 6 EIPR 334

Subiotto, R., *The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law: A small Contribution to a Necessary Debate*, (1992) ECLRev. s. 234 *320, 321*

Subiotto, R., *The special responsibility of dominant undertakings not to impair genuine undistorted competition*, World Competition, March 1995, No. 3 s. 5 *297*

Tillberg, J., *Upphovsrättens utveckling i EG-domstolens praxis – från Deutsche Grammophon till Magill*, SvJT 1995 s. 643 *34, 40, 322*

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 11 August 1994, 59 Fed. Reg 41339. (Dokumentet tillgängligt via Internet) *68, 308*
van der Wal, G., *Article 86 EC, The Limits of Compulsory Licensing*, Analysis Section: [1944] 4 ECLR 230 *34, 322*
Van Bael, I. & Bellis, J-F, *Competition Law of the European Community*, CCH Editions Limited, (4th ed.), 1994 *128*
Veltrop, J.D., *Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law*, (1994) CMLRev 549
Venit, J.S., *The Commission's opposition procedure – between the Scylla of ultra vires and the Charybdis of perfume: legal consequences and tactical considerations*, (1985) CML Rev. 167
Venit, J.S., *EEC Patent Licensing Revisited: The Commission's Patent Regulation*, (1985) 30 Anti Trust Bulletin 457
Venit, J.S., *In the wake of Windsurfing: Patent licensing in the Common Market*, International Review of Industrial Property and Copyright Law. 1987, s. 1 *61, 179*
Villard, B., *Licensavgifter och skatter*, Svensk Skattetidning 1981 1–2 Årgång 48 p. 23–32
Wahl, N.,, *Konkurrensförhållanden; Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt*, Ak. avh., Stockholm 1994 *352, 356–359, 367*
Weatherhill, S. and Beaumont, P., *EC Law*, Penguin Books, 1993 *57, 82, 115*
Westring, L., *EC Competition Law and Licensing Agreements*, Institutet För Europeisk Rätt , Publ. No 23, Stockholm 1994 *231*
Whaite, R., *Licensing in Europe*, [1990] 3 EIPR 88
Whaite, R., *The Draft Technology Transfer Block Exemption*, [1994] 7 EIPR 259 *82, 314, 347*
Whish, R., *Competition Law*, Butterworth, 1989 (2nd ed.)
Wiedermann, G., *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, Köln 1989 *82, 314, 347*
Winn, D.B., *The Commission Know-How Regulation*, (1990) 11 ECLR 135
Wyatt D. and Dashwood, A, *European Community Law*, London 1993 (3rd ed.) *85*
Zanon, L., *Ties in patent licensing agreements*, [1980] 5 ELRev 391

Lagstiftningsregister

»Förordning 17/62»
Rådets förordning nr 17/62 av den 6 februari 1962. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, ändrad senast genom förordning (EEG) nr 2822/71
EGT 1971 L285/49 *48, 212, 315, 330, 344, 348, 361*

»*Förordning 27/62 alt. Formulär A/B*»
Kommissionens förordning nr 27/62 av den 3 maj 1962. Första förordningen om tillämpning av Förordning 17/62. (Form, innehåll och andra detaljer rörande ansökan och anmälan). Senast modifierad genom förordning (EEG) nr 3385/94 av den 21 december 1994
EGT 1994 L377/28 *336, 349, 350*

»*Julbudskapet*»
Kommissionens officiella tillkännagivande av den 24 december 1962 om patentlicensavtal
EGT 1962 nr 139/2922 *47, 91, 116, 348*

»*Förordning 99/63*»
Commission Regulation (EEC) No 99/63/EEC of 25 July 1963 on the hearings provided for in Article 19(1) and (2) of Council Regulation No 17
OJ, Special Edition 1963–64, p. 47

»*Förordning 19/65*»
Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden
EGT 1965 nr 533/65 *73, 139, 341, 356, 364*

»*Distributionsförordning 67/67*»
Commission Regulation 67/67/EEC on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements,
EGT 1967 57/849 *108, 231*

»*Samarbetstillkännagivandet*»
Commission Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises
EGT 1968 C75/3 korrigerat i EGT 1968 C84/14 *242*

»*Förslag 1979*»
Proposal for a Commission Regulation of 3 March 1979 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of patent-licensing agreements
EGT 1979 C58/12 *117*

»*Rapport 1979*»
Kommissionens rapport från hearing med berörda angående Förslag 1979 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal
Rapport DG IV/C-3 9–11 oktober 1979 *309*

»*Distributionsförordningen*»
Kommissionens förordning (EEC) nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal
EGT 1983 L173/1 *75*

»*Inköpsförordningen*»
Kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal
EGT 1983 L173/5 *75, 341, 347*

»*Distributionstillkännagivandet*»
Commission Notice concerning Commission Regulation (EEC) No 1983/83 and (EEC) 1984/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive distribution and exclusive purchasing agreements
EGT 1984 L101/2 *121*

»*Patentförordningen*»
Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal
EGT 1984 L219/15

»*Specialiseringsförordningen*»
Kommissionens förordning (EEG) nr 417/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av specialiseringsavtal
EGT 1985 L53/1 *75, 310, 331*

»*FoU-förordningen*»
Kommissionens förordning (EEG) nr 418/85 av den 19 december 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av avtal om forskning och utveckling
EGT 1985 L53/5 *75, 269, 280, 331*

»*Bagatelltillkännagivandet*»
Commission Notice on agreements of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Economic Community, senast ändrad den 23 december 1994
EGT 1994 C368/20 *297, 305*

»*Handelsagentdiriktivet*»
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
EGT 1986 L382/17 *231*

»*Franchiseförordningen*»
Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av franchiseavtal
EGT 1988 L359/46 *75, 331*

»*Know-Howförordningen*»
Kommissionens förordning (EEG) nr 559/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-howlicensavtal
EGT 1989 L61/1

»*Fusionsförordningen*»
Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (under revision)
EGT 1990 L257/14, [1990] 4 CMLR 859 *269, 285*

»*Tillkännagivande 1990 om anknutna begränsningar*»
Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations
EGT 1990 C203/5 *280, 288*

»*Tillkännagivande 1990 om distinktion kooperativa – koncentrativa JV*»
Commission notice of 25 July 1990 on the distinction between merger-type and cooperative operations (ersatt av tillkännagivande av 31december 1994)
EGT 1990 C203/10 [1990] 4 CMLR 721 *274*

»*Läkemedelscertifikat*»
Rådets förordning (EEG) nr 1768/92 av den 18 juni 1992 angående inrättandet av ett särskilt skyddscertifikat för läkemedelsprodukter
EGT 1992 L182/1 *137*

»*Samverkanstillkännagivandet*»
Commission Notice on cooperation between the Commission and national courts in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty
EGT 1993 C39/6 [1993] 5 CMLR 95 *81, 329, 349, 354, 362, 370*

»*Tillkännagivande 1993 om kooperativa JV*»
Commission Notice of 16 February 1993 concerning the assessment of cooperative joint ventures pursuant to Article 85 of the EEC Treaty
EGT 1993 C43/2 [1993] 5 CMLR 401 *268, 277, 278, 283, 285, 289*

»*Tillkännagivande 1994 om distinktion kooperativa – koncentrativa JV*»
Commission Notice on the distinction between concentrative and co-operative joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings. (Ersätter 1990 års tillkännagivande i samma ämne)
EGT 1994 C385/1, [1995] 4 CMLR 227 *275, 280, 285*

»*Tillkännagivande 1994 om begreppet koncentration*»
Commission Notice on the notion of a concentration under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings
EGT 1994 C385/5, [1995] 4 CMLR 235 *276*

»Tillkännagivande 1994 om begreppet företag»
Commission Notice on the notion of undertakings concerned under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings
EGT 1994 C385/12, [1995] 4 CMLR 247 *276*

»Förslag 1994»
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
EGT 1994 C178/3 *59, 74, 90, 100, 148, 178, 234, 243, 307, 332*

»Förslag 1995»
Règlement (CE) de la Commission concernant l'application de l'Article 85 paragraph 3 du Traité à des catégories d'accords de transfer de téchnologie.
Dokument C(95)2353 av den 21 september 1995 med odaterade tilläggsförslag (ej officiellt)
Ej publicerat *234, 310, 334*

»Kommunikation 1996»
Kommissionens Kommunikation av den 24 januari 1996 innehållande beslutsunderlag för antagande av Teknikförordningen
Doc C(96)201 *100*

»Teknikförordningen»
Kommissionens Förordning (EEG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring
EGT 1996 L31/2, [1996] 4 CMLR 405

»Green Paper on mergers»
Commission Green Paper on the operation of the merger Regulation
COM (96) 19 *272, 286*

Sakregister

absolut områdesskydd 60, 76, 124, 344, 377
accelererad procedur 272
agentavtal 36, 142
aktieägaravtal 278
aktiv marknadsföring 60, 107, 117, 192
aktivitet utanför licensområdet 255
aktuell konkurrens 271
aktuella eller potentiella konkurrenter 280
alternativa leveranskällor 188
angreppsförbud 256
anknuten bestämmelse 92, 193
anknuten förpliktelse 192, 284
anknuten restriktion 290
anknutet företag 237
anknutet know-how 60
anläggningsverksamhet 187
anmälan 312, 336, 349, 354, 360
anmälningsplikt 252, 350, 360
anslutningsavtal 323
användningsförbud 65, 66, 107, 253
användningsområde 170–174, 186, 267, 279, 303
applikationspatent 138
automatisk förlängning 153, 211
avtalsbrott 245
avtalskriteriet 41, 50, 85
avtalstid 385

back up 185
bagatellkarteller 297, 305
begränsad kvantitet 188
best effort 181, 225, 230, 232, 235, 236, 241
bestridande av hemlighet 252
betalningsskyldighet 223
bevisbörda 228, 237
blandade avtal 142, 149
bruksmönster 136
bruttopris 57, 225, 239, 334, 386
böter 59, 350, 364

cirkaprissättning 334
civilrättslig tvist 81
civilrättslig verkan 350
comfort letter 341, 351, 353, 381

delegation 378, 392
direkta aktiviteter 105
diskriminering 359, 380
distributionsmetoder 303
dominerande ställning 67, 228, 297, 312, 313, 315, 322, 340, 350
down-stream 320
due-diligence-studie 262
dörröppnarfilosofi 66, 254

effektiv konkurrens 311
efter avtalstiden 66, 221
egenetablering 170
eget behov 35, 182
ekonomisk enhet 85
ensamrätt 101
ersättningsnivå 225
europeiska patent 136
ever green-avtal 155
ex ante/ex post 141
exceptionella omständigheter 319
existens/utövande 56, 318, 319, 377
exklusiv kommissionskompetens 81
exklusiv rätt 58, 76, 103, 185, 209, 210, 223, 230, 236, 286
exklusiva »grant back»-licenser 208
exploatering av immaterialrätt 35
exportförbud 114, 177, 184

fast belopp 65
field of use 170–172, 303, 279
filmdistribution 55
force majeure 187, 244
foreclosing 283
forsknings- och utvecklingsarbete 233, 278
franchising 63, 93, 143, 250, 267, 384
free riders 180, 378
fri och obunden konkurrens 378
fria varurörelser 49, 50, 55, 83, 345, 376
friskrivning 244
fristående distributör 36
frivillig överlåtelse 53
förbehåll 252
förbudsprincipen 312
förbättringar 65, 67, 102, 155, 156, 191, 203, 205, 210, 211, 237, 386
fördragsförpliktelse 365
föreläggande 322
företagssammanslagning 271
företräde för gemenskapsrätten 356
förlikningsöverenskommelse 257
förlängning 153, 154
förmögenhetsskada 370
förpackning 303
förskottsbetalning 143
försäljningslicens 59, 107

garanti 244, 261
gemensamt ursprung 52
gemenskapspatent 136
gemenskapsrättens företräde 82
generellt undantag 380
geografiskt tillämpningsområde 89
giltighetstid 222
godtycklig leveransvägran 319
grant back 65, 205, 207, 209, 213
gratis licens 58
gruppbojkott 180
gruppundantagens tillförlitlighet 314
grå listan 390

handelsagent 36
hemligt know-how 105, 120, 140, 147, 199, 222, 249
horisontella avtal 49, 178, 183, 231, 391

icke-angreppsklausul 103, 252, 259, 260, 335
icke-exklusiv försäljningsrätt 185
icke-exklusiv returlicens 203
icke-ingripandebesked 185, 312, 315, 338, 349, 350, 354
icke självständig utveckling 205
illojal konkurrens 109
immaterialrätt 33, 50, 56, 68, 318, 377
indirekt aktivitet 108, 128
individuell anmälan 347
individuellt undantag 330, 360, 363
informationsteknologi 252
informationsutbyte 241, 334
inherency-doktrinen 172
inledande distributionsperiod 172, 243, 334
intrång 57, 251, 261, 387
invändningsförfarande 87, 178, 213, 227, 240, 260, 280, 331, 386, 388

joint venture 63, 65, 92, 119, 143, 282, 384

know-how 34, 65, 102, 118, 138, 146, 268
know-howavtal, löptid 146
know-howlicens 118, 139, 278, 286
kompetensfördelning 73
koncentration 274
koncentrativa joint ventures 274
konfidentiell information 186, 251, 363
konflikt 110, 356
konkurrensbegränsande effekt 276

konkurrensbegränsande skyldighet 73, 88, 93, 333, 346
konkurrensbeteende 242
konkurrensklausul 57, 65, 66, 78, 181, 230, 336, 237, 287
konkurrenskriterium 49, 362
konkurrensskadlig effekt 122, 305
konkurrenter 67, 178, 183, 280, 300
– utestängning av 283, 378
konkurrerande produkter 192, 229
konkurrerande tillverkare 299
konkurs 246
konsumtionsprincip 52
kooperativt joint venture 277, 280, 285
kopplingsförbehåll 57, 65, 179, 198, 201, 227, 335
kunduppdelning 170, 176, 179, 241, 242, 302, 304, 335
kvalitetskrav 106, 179, 194, 195, 199, 201, 335
kvantitativa begränsningar 128, 180, 183, 184, 187
kvantitet 180, 286
kvotaarrangemang 183
kännetecken 93
köpeskilling 143

legalitetsprincipen 378
legotillverkare 304
leveransvillkor 244
licensgivarens kännetecken 84
licensierad teknik 102, 139, 173, 207
licensiering 36, 68
licensvägran 63
likabehandlingsprincipen 344
lägre licensavgifter 223
lägsta kvantitet 181
lägsta pris 225
löptid 91, 135, 142, 144, 223

make-good-period 245
marknadsaktivitet 83, 87, 93, 240, 242, 334
marknadsandel 68, 74, 290, 298, 305–308, 310–312, 343, 346, 378, 382, 391
marknadsdominans 119, 318, 387
marknadspris 225
marknadsuppdelning 74, 84, 99, 385
mest-gynnad-klausul 226, 227
minimiåtagande 83, 113, 181, 221, 225, 230, 239, 357, 386
missbruk 63, 68
missbruksprincipen 311, 340
monopolställning 142
motiverade kvalitetskrav 304
musikaliska verk 55
märkningskrav 114, 186, 191, 193, 194, 240, 303
mönsterskydd 34, 137, 139

nationella patent 136
no-challenge 258, 335
ny teknik 66, 76, 101, 115
nyttjandeförbud 253
nyutveckling 186
nätverksarrangemang 85, 86, 89, 100, 123, 192, 283
nödvändig koppling 198, 253

objektiva kvalitetskrav 183
ogiltighetspresumtion 259
ogiltighetstalan 364
områdesuppdelning 74, 84, 99, 385
omvänd bevisbörda 237
opatenterad produkt 227
oppositionsprocedur 79, 87, 304, 329, 337, 339, 348
oskälig prissättning 228, 319

paketpris 228
parallell skyddsrätt 105, 120, 137, 144
parallella avtal 85
parallellhandel 52, 57, 102, 109, 196, 197, 241, 242, 324, 377
passiv försäljning 60, 80, 102, 112, 117, 145, 152, 345

patent 102, 136, 253
patentansökan 136
patentlicensavtal 144
patentpool 91, 267, 291
patentskydd 33, 104, 135
post term use ban 151, 253
priser 57, 128, 238, 286, 378
processpatent 138
produktansvarsfrågor 244
produktionslicenser 107
produktmarknad 172–175
proportionlitetsprincipen 314, 379

rabattsystem 240
re-export 116
re-import 89
recept 139
regressansvar 244
reklam 240, 241
rekommenderat pris 386
relevant marknad 282, 297
relevant produktmarknad 175, 309
ren försäljningslicens 93
ren tillverkningslicens 59
reservationsmöjlighet 104, 236, 252, 260, 261
reservproduktion 182, 188, 304
riktprissättning 239
royalty 58, 78, 143, 150, 153, 181, 220, 223, 241, 256, 262, 386
rättssäkerhetsprincipen 352, 379

saklig grund 121
samhandelskriteriet 41, 49, 362
samordnat förfarande 120
samriskbolag 268
samtycke 52, 53
second source 304
sekretessklausul 172, 249, 250, 354, 387
sekundär marknad 320
selektivt samarbetsavtal 183
severability 245
självständig förbättring 205
skadestånd 365
spill over-effekt 282
spontan efterfrågan 119
subsidiaritet 355, 361, 379
substantialitet 142, 147, 249
substituerbarhet 175, 299, 309, 343
svarta listan 390
säljaktivitet 240, 241

teknisk utveckling 47, 83, 149, 381
tekniskt användningsområde 172–174, 303
territoriell begränsning 74, 84, 99, 385
tidsgränser 251, 351
tie ins 191
tillsvidareavtal 342
tillverkningsförbud 107
tillverkningsmetod 139
tilläggsskydd för läkemedel 137
tvångslicens 55, 197, 322

undantag 312, 350, 390
under avtalstiden 220
underlicensiering 185
upphovsrätt 34, 51, 55, 199, 317
upphörande med tillverkning 319
uppsägning 224
utbytbarhet 299
utestängning av andra företag 282
utlösningsförfarande 279
utnyttjande 101
utomobligatoriskt ansvar 244

varumärkeslicens 64, 192, 242
varumärkesskydd 34, 51, 52, 69, 109, 193
vertikala avtal 49, 75, 109, 178, 183, 230, 389
vidareexport 128
vidarelicensiering 185
vita listan 390
vägran att licensiera 316, 321
väsentlighetsrekvisit 139
växtförädlingsrätt 34, 57, 114, 137

återförsäljaravtalet 143
återkallande av gruppundantag 81, 122, 240, 341, 343, 391

äganderätt 377
ändringar 54

öppna exklusiva licensavtal 111, 287
övergångslösning 91
överlåtelse 208

JURIDISKA INSTITUTIONEN
BIBLIOTEKET
2002 -09- 12

Hans Henrik Lidgard

Licensavtal i EU

I april 1996 trädde nya regler för licensiering av patent-, know-how- och anknutna rättigheter i kraft i den europeiska gemenskapen. Reglerna förväntas leda till ett uppsving för tekniksamverkan i Europa.

I detta arbete kommenteras Teknikförordningen mot bakgrund av en omfattande gemenskapspraxis. Konkreta avtalssituationer ställs mot regelsystemet. Parallellimportsproblematiken lyfts fram liksom de gränser Romfördragets förbud mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av en dominerande ställning sätter. I det särskilda avsnittet om procedurfrågor behandlas bl.a. möjligheterna till summarisk undantagsanmälan och privat skadeståndstalan. Boken inleds med en kronologisk och kategoriserad förteckning över viktiga rättsfall som har anknytning till licensiering, immaterialrätt eller fria varurörelser och som avslutning finns flera register för rättsfall, litteratur och lagstiftning.

Hans Henrik Lidgard har arbetat som affärsinriktad advokat och under senare år varit anställd inom läkemedelsindustrin. Han är nu verksam i Bryssel, men knuten till Lunds universitet.

ISBN 91-39-10028-6

PUBLICA

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDTJÄNST · BOX 6454 · 113 82 STOCKHOLM
FAX 08-690 90 30 · TEL 08-690 96 96 · VÄXEL 08-690 91 00