



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ulrika Lundgren

Gruppundantagsförordning nr 772/2004 för avtal
om tekniköverföring

– en diskussion om förordningens syften avseende en effektiv konkurrens,
en tillräcklig rättssäkerhet och ett lättlämpat regelverk.

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Henrik Norinder

Konkurrensrätt

HT 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	8
2 GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNINGEN FÖR AVTAL OM TEKNIKÖVERFÖRING	9
2.1 Inledning	9
2.2 Utvecklingen på området	11
2.3 Nyheter i 2004 års gruppundantagsförordning	12
2.4 Behovet av en gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring	13
2.5 Varför licensieras teknik mellan företag?	14
2.6 Gruppundantagsförordningens syften	16
2.7 Förordningens struktur	17
2.8 Riktlinjernas struktur	19
2.9 Avtal om tekniköverföring	21
2.10 Den amerikanska regleringen	21

3	UTVÄRDERING AV 2004 ÅRS GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNING	25
3.1	Inledning	25
3.2	Avsaknad av rättspraxis	26
3.3	Marknadsandelar	26
3.3.1	Översikt av systemet med marknadsandelar	26
3.3.2	Definition av <i>relevant teknikmarknad</i>	28
3.3.3	Tillförlitlig data	29
3.3.4	Kontinuerlig översyn	30
3.3.5	Risk för att innovation motverkas	30
3.3.6	Små och medelstora företag	31
3.3.7	Förordningens artikel 8.2	31
3.3.8	Tröskelvärdenas nivå	32
3.3.9	Alternativ säker hamn	32
3.4	Förslag till förändring	32
3.4.1	Översikt	32
3.4.2	Relevant produktmarknad	33
3.4.3	Höjning av tillåtna tröskelvärden	33
3.4.4	Avskaffa systemet med tröskelvärden	34
3.5	Förordningens uppdelning mellan konkurrenter och icke-konkurrenter	35
3.5.1	Definition av begreppen	35
3.5.2	Alltför bred definition av konkurrerande företag	35
3.5.3	Hög bevisbörda	36
3.5.4	Förändringar under licensavtalets gång	37
3.6	Förslag till förändring	38
3.6.1	Översikt	38
3.6.2	Begreppet <i>potentiell konkurrent</i>	38
3.6.3	Begreppet <i>inom rimlig tid</i>	39
3.6.4	Regleringen gällande icke-konkurrenter	39
3.6.5	Hög bevisbörda	39
3.7	Förordningens artikel 4 och artikel 5	40
3.7.1	Artiklarnas innehåll	40
3.7.2	Svårt att ge rådgivning	42
3.7.3	Komplicerad utformning	42
3.7.4	Problematiskt med alltför omfattande definitioner	43
3.7.5	Godkända restriktioner	43
3.7.6	Förordningen bör vara mer tillåtande	44
3.7.7	Grant back-klausuler	45
3.7.8	Icke-konkurrenter	45
3.8	Sammanfattning av påtalade svårigheter	46
4	DISKUSSION	47

4.1	Förordningens syften	47
4.2	Effektiv konkurrens	47
4.2.1	Begreppets innebörd	47
4.2.2	Tröskelvärden för marknadsandelar	48
4.2.3	Artikel 4 och artikel 5	48
4.2.4	Uppfyller förordningen kravet på att garantera en effektiv konkurrens?	49
4.3	Tillräcklig rättssäkerhet	50
4.3.1	Begreppets omfattning	50
4.3.2	Tröskelvärden för marknadsandelar	50
4.3.3	Licensiering av ny teknik	50
4.3.4	Avskaffa systemet med tröskelvärden	51
4.3.5	Avskaffa systemet med tröskelvärden delvis	52
4.3.6	Relevant teknikmarknad	52
4.3.7	Beräkning av marknadsandelar	53
4.3.8	Konkurrent och icke-konkurrent	54
4.3.9	Artikel 4	55
4.3.10	Uppfylls kravet på tillräcklig rättssäkerhet?	56
4.4	Förenklad bedömning	57
4.5	Avslutande reflektioner	57
	BILAGA	60
	KÄLLFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Summary

Competition Law and Intellectual Property Law are sometimes considered as areas of law which protect conflicting interests. One of the regulations striving to facilitate the relationship between these two areas is Regulation 772/2004, on the application of article 101.1 TFEU to categories of technology transfer agreements. The objectives of this Regulation are to ensure effective competition and to offer companies an adequate legal security.

Technology transfer is often considered as promoting competition. Since anti-competitive effects also have occurred through technology transfer it is useful that the area has not been left completely unregulated. For example, undertakings can transfer technology in order to conceal the existence of a cartel or withhold technology from certain others. The first time the Commission declared that competition can be negatively affected through technology transfer was in 1962. The first Regulation on the area entered into force in 1984. Since then, the area has evolved and changed. The application of the current Regulation is determined by the contracting parties' market shares, whether the parties are considered as being competitors or not and whether the agreement contains any hard-core restrictions. The current Regulation has in many aspects been influenced by its U.S. counterpart.

The Regulation entered into force on 1 May 2004 and will expire on 30 April 2014. In December 2011 the Commission began to ask users of the Regulation for comments. Which parts have been satisfactorily operated? What has worked less successfully? Does the Commission need to change some parts of the Regulation? This thesis contains user-comments regarding three parts of the Regulation. The chosen parts are the market share cap, the division between competitors and non-competitors, and contract terms that are considered restraining for competition. All three parts are of great importance for the application of this Regulation. The user-comments will thereafter be discussed on the basis of the Regulation's objectives. Does the Regulation meet the objectives? If not, what changes can be carried out in order to meet the objections more efficiently?

Sammanfattning

Konkurrensrätt och immaterialrätt har länge betraktats vara rättsområden som skyddar motstående intressen. En av de regleringar som finns för att underlätta förhållandet mellan de två rättsområdena är kommissionens förordning nr 772/2004 för grupper av avtal om tekniköverföring. Genom denna förordning önskar kommissionen garantera en effektiv konkurrens på marknaden samt erbjuda företag som ingår tekniklicensieringsavtal en tillräcklig rättssäkerhet.

Tekniklicensiering anses många gånger främja konkurrensen på en relevant marknad. Då det emellertid visat sig att även konkurrenshämmande effekter kan uppkomma då teknik licensieras, företag kan exempelvis använda sig av licensiering för att dölja förekomsten av en kartell eller för att undanhålla teknik för vissa utvalda företag, är det bra att området inte har lämnats helt oreglerat. Redan år 1962 uttalade sig kommissionen om att konkurrensen kan komma att påverkas negativt av tekniklicensiering. Den första förordningen på området trädde i kraft år 1984. Regleringen har sedan dess utvecklats och förändrats. Nuvarande förordning, nr 772/2004, bygger på ett tillämpningsområde som avgörs av avtalsparternas marknadsandelar, huruvida de som ingår licensieringsavtalet är konkurrenter eller icke-konkurrenter samt om avtalet ifråga innehåller något villkor som betraktas vara särskilt allvarligt begränsande. Vid utformningen av den nuvarande förordningen hämtades mycket influenser från den amerikanska motsvarigheten.

Gruppundantagsförordning 772/2004 trädde ikraft den 1 maj 2004 och har en giltighetsperiod om tio år. Detta innebär att förordningens giltighetstid snart löper ut, närmare bestämt den 30 april 2014. Kommissionen började redan i december 2011 att begära in kommentarer från de aktörer som använt sig av förordningen i fråga. Vilka delar av förordningen har fungerat bra? Vad har fungerat mindre bra? Finns det några delar av förordningen som bör förändras? I denna uppsats har kommentarer beträffande tre av förordningens delar sammanställts. De valda områdena är systemet med tröskelvärden för marknadsandelar, uppdelningen mellan konkurrenter och icke-konkurrenter samt avtalsvillkor som anses kunna utgöra konkurrensrättsliga begränsningar. Samtliga delar är betydelsefulla för förordningens tillämpning. Efter det att användarnas åsikter har redovisats diskuteras dessa utifrån de krav som inledningsvis ställdes på förordningen. Lyckas förordningen att uppfylla de ställda kraven? Om detta inte fullt ut visar sig vara fallet, vilka förändringar skulle kommissionen kunna genomföra för att förordningens syften på ett effektivare sätt ska kunna uppfyllas?

Förord

För hjälp med författandet av denna uppsats vill jag först och främst tacka min handledare på universitetet, Henrik Norinder, för nyttiga tips och stöd. Jag vill även tacka konkurrensrättsgruppen på advokatbyrån Hannes Snellman i Stockholm för värdefulla samtal under skrivandets gång. Tips på uppsatsämne fick jag efter en diskussion med min föreläsare i Competition Law vid Edinburgh University, Robert Lane, ett stort tack riktas därför även till honom.

Min pappa som fick det stora nöjet att korrekturläsa uppsatsen förtjänar också ett stort tack.

Då denna uppsats avslutar både min tid i Lund och vid Lunds universitet vill jag även passa på att tacka alla som bidragit till mina roliga, lärorika och på annat sätt väldigt minnesvärda studieår i Lund. Tack!

Stockholm, december 2012

Ulrika Lundgren

Förkortningar

EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska Gemenskapens officiella Tidning
EU	Europeiska Unionen
EUT	Europeiska Unionens officiella Tidning
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
SMF	Små och Medelstora Företag
TFEU	the Treaty on the Functioning of the European Union

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt har under många år varit omdebatterat.¹ Den exklusivitet som följer med beviljandet av immateriella rättigheter kan ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, beroende på hur den relevanta marknaden definieras, innebära ett innehav av omfattande marknadsandelar. I vissa fall kan immateriella rättigheter även skapa monopol.² Poängteras bör dock att det i sig inte behöver vara något problematiskt med vare sig ett innehav av betydande marknadsandelar eller en monopolistisk ställning. Problem uppkommer istället i de fall aktörerna ifråga agerar på ett sätt som äventyrar, eller som riskerar att äventyra, konkurrensen på den relevanta marknaden. Kritiker menar därför att konkurrensrätten urholkar det skydd immateriella rättigheter skapar.³ I tidigare rättsfall, där de båda rättsområdena har ställts mot varandra, har vid vissa tillfällen konkurrensrätten erhållit företräde, vid andra immaterialrätten.⁴

Fråga är dock om rättsläget i praktiken är så komplicerat som det i teorin ibland vill göras gällande.⁵ Möjligt är att man istället ska se på förhållandet på det sätt att immateriella rättigheter utgör en viktig del i arbetet med att förhindra att konkurrensen på vissa marknader snedvrids. I grund och botten kan både immaterialrätten och konkurrensrätten sägas verka för samma grundläggande intressen; konsumenternas välfärd samt att så effektivt som möjligt sträva efter att föredela befintliga resurser på den relevanta marknaden.⁶ Det är snarare i sättet de båda rättsområdena verkar för att uppnå dessa mål som motsättningarna återfinns. Konkurrensrätten strävar efter öppna marknader.⁷ Immaterialrätten tilldelar istället aktörer ensamrättigheter. En avsaknad av immateriella rättigheter skulle dock kunna komma att medföra risk att företag kom av sig i sin strävan efter utveckling och innovation och istället utnyttjade de produkter som konkurrenter verksamma inom samma område redan introducerat på marknaden.⁸ I förlängningen riskerar möjligen konsumenterna även att drabbas, i det fall utbudet genom detta minskar. Innovation anses därför vara en viktig del i förekomsten av konkurrenskraftiga marknader.⁹

¹ Nguyen T., *Competition Law in Technology Transfer under the TRIPS Agreement*, s. 60.

² Whish R., *Competition Law*, s. 758.

³ Nguyen T., s. 60.

⁴ Magill TV Guide mot ITP, BBC och RTE, Microsoft Corpn mot Kommissionen, IMS Health GmbH & Co mot Kommissionen, Oscar Bronner mot Mediaprint.

⁵ Faull J. m.fl., *The EC Law of Competition*, s. 1246.

⁶ Glader M., *Innovation Markets and Competition Analysis EU Competition Law and US Antitrust*, s. 91.

⁷ Faull J. m.fl., s. 1246.

⁸ Turner J., *Intellectual Property and EU Competition Law*, s. 3.

⁹ Glader M., s. 91.

Enligt artikel 345 FEUF¹⁰ är det upp till varje medlemsstat att bestämma vad som ska erhålla immateriellt skydd. EU-rätten kan således inte avgöra vilka intressen som är skyddsvärda i sig, utan endast hur de immateriella rättigheterna får och kan utövas. Detta fastslogs för första gången av EU-domstolen i *Consten och Grundig*-målet.¹¹ Denna distinktion kan sägas vara ett sätt att uppnå någon typ av balans mellan artikel 345 FEUF, de europeiska konkurrensrättsbestämmelserna samt den Europeiska unionens grundläggande princip om fri rörlighet, se artikel 26 FEUF.

Gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring¹² och dess tillhörande riktlinjer¹³ är en av de regleringar som tillkommit på området i ett försök att uppnå balans mellan de olika intressena. Gruppundantagsförordningen trädde i kraft år 2004 och har en giltighetsperiod om 10 år.¹⁴ Detta betyder således att det nu är tid för att se över nuvarande förordning. Kommissionen har därför börjat undersöka om användare anser att förordningen utgör ett välfungerande system eller om det finns delar som bör förändras i en framtida förordning när nuvarande förordnings giltighetstid löper ut 2014?

1.2 Syfte

Mot bakgrund av nuvarande gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverförings utgång den sista april 2014 finns anledning att undersöka hur denna reglering har fungerat.

Det övergripande syftet med denna uppsats är således att diskutera huruvida nuvarande gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring utgör ett välfungerande system. Finns det några delar av förordningen som har orsakat tillämpningsproblematik? Lyckas förordningen att uppfylla de krav som ställs i dess preambel? I det fall vissa delar visar sig ha orsakat svårigheter för användarna görs även ett försök till diskussion kring hur dessa delar skulle kunna ändras för att förordningen på ett bättre sätt ska kunna möta de ställda kraven. Bland förordningens användare återfinns bland annat företag, branschorganisationer, myndigheter, advokatbyråer samt akademiska institutioner.

¹⁰ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

¹¹ *Établissements Consten S.A.R.L. & Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen*.

¹² Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring, nedan i fotnoterna kallad "Förordningen".

¹³ Riktlinjer för tillämpning av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring, nedan i fotnoterna kallade "Riktlinjerna".

¹⁴ Förordningen artikel 11.

1.3 Avgränsning

Inledningsvis kan här poängteras att uppsatsen inte syftar till att ge en övergripande bild av den Europeiska unionens konkurrensrättsreglering. Endast de delar av konkurrensrätten som är av betydelse för uppsatsens huvudämne kommer att redovisas. I övrigt förutsätts att läsaren har viss grundläggande kunskap inom det europeiska konkurrensrättsområdet.

Uppsatsens tredje kapitel, det vill säga det avsnitt som redogör för de kommentarer användare av gruppundantagsförordningen har lämnat på nuvarande reglering, har avgränsats till att behandla endast tre större områden. Områdena som uppmärksammas är förordningens system med tröskelvärden för marknadsandelar, förordningens uppdelning mellan konkurrenter och icke-konkurrenter samt förordningens artiklar 4 och 5. Avgränsningen har gjorts då de valda områdena har uppmärksammas av i stort sett samtliga aktörer.

Då denna uppsats behandlar just gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring uppmärksammas inte eventuella överlappande tillämpningsområden mellan denna förordning och andra gruppundantagsförordningar. Detta innebär vidare att någon diskussion kring möjligheten att utöka förordningens tillämpningsområde till att även gälla licensieringsavtal som ingås mellan fler än två parter heller inte förs.

1.4 Metod och material

I denna uppsats diskuteras huruvida nuvarande gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring utgör ett välfungerande system. Vid uppsatsens författande har en traditionell juridisk metod tillämpats, även kallad rättsdogmatisk metod. Ämnesvalet har dock inneburit att doktrin har används i större utsträckning än de annars tyngre vägande rättskällorna lag och praxis. Praxis på området har vidare funnits vara väldigt begränsad.

Uppsatsens ämne behandlas på unionsrättslig nivå. Detta gör att den EU-rättsliga rättskälleläran även bör uppmärksammas då den skiljer sig något från den svenska motsvarigheten. Inom EU-rätten tillmäts praxis och allmänna rättsprinciper högre rang än doktrin och förarbeten.¹⁵

För att författa denna uppsats har jag främst använt mig av EU-rättsliga förordningar och dess tillhörande riktlinjer samt doktrin. Uppsatsen bygger även till mycket stor del på de kommentarer användare av förordningen har inkommit med till Europeiska kommissionen (kommissionen).

¹⁵ Hettne J. m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 23 f.

I övrigt kan nämnas att flertalet källor jag har använt mig av har varit skrivna på engelska. Då uppsatsens språk är svenska har jag i vissa fall, då detta har varit att föredra, valt att behålla vissa citat på ursprungsspråket.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort generell redogörelse för artikel 101 FEUF och systemet med gruppundantagsförordningar. Därefter följer ett avsnitt som behandlar utvecklingen av en gruppundantagsförordning för just avtal om tekniköverföring. Detta efterföljs av redogörelser för vilka nyheter 2004 års förordning innehåller i jämförelse med tidigare förordningar, varför teknik licensieras överhuvudtaget samt definitionen av ett avtal om tekniköverföring. Syftet med 2004 års gruppundantagsförordning redovisas även särskilt. Varje artikel i förordningen presenteras, liksom en genomgång av innehållet i förordningens riktlinjer. Detta krävs för att skapa en grundläggande förståelse i ämnet och något att bygga vidare på då en mer ingående diskussion senare förs. Den amerikanska regleringen på området redovisas även. Här uppmärksammas både likheter och skillnader mellan den europeiska och den amerikanska regleringen.

I uppsatsens nästföljande del, kapitel 3, identifieras tre av de områden användare av gruppundantagsförordningen inte ansett ha fungerat optimalt. Detta kapitel bygger på en genomgång av de kommentarer användare har inkommit med till kommissionen. Här uppmärksammas systemet med tröskelvärden för marknadsandelar, den uppdelning förordningen gör mellan konkurrenter och icke-konkurrenter samt förordningens artiklar 4 och 5. Aktörernas förslag till förbättring av dessa olika områden presenteras även kort.

Uppsatsen avslutas med en mer ingående diskussion kring de delar av förordningen aktörerna på marknaden identifierat som mindre väl fungerande. Ett försök till diskussion kring hur dessa delar kan förbättras förs även.

2 Gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring

2.1 Inledning

Den europeiska regleringen på konkurrensrättsområdet utgörs i stort av tre stycken områden: förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete företag emellan, artikel 101 FEUF, förbudet mot missbruk av dominerande ställning, artikel 102 FEUF samt den omfattande regleringen som berör företagskoncentrationer. Bestämmelserna som rör företagskoncentrationer återfinns i den så kallade koncentrationsförordningen¹⁶.

Då denna uppsats behandlar gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring är det därför artikel 101 FEUF och dess förbud mot konkurrensbegränsande samarbete företag emellan som är aktuell att undersöka närmare. Artikeln är uppbyggd av tre delar där den första delen, 101.1 FEUF, fastställer just själva förbudet. Förbudet omfattar avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte, eller som resulterar i, att konkurrensen på den inre marknaden hindras, begränsas eller snedvrids. Beteenden som bestämmelsen särskilt avser att förhindra exemplifieras. Här omnämns bland annat fastställandet av inköps- och försäljningspriser, kontroll av produktion samt uppdelning av marknader och inköpskällor.

Av artikelns andra stycke, 101.2 FEUF, framgår att de avtal, beslut eller de samordnade förfarande som faller inom tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF är ogiltiga. Den tredje och sista delen av artikeln, 101.3 FEUF, öppnar dock upp för en möjlighet att från artikelns tillämpningsområde undanta vissa företeelser som inledningsvis ansetts vara ogiltiga. För att ett undantag ska aktualiseras krävs dock att samtliga rekvisit som återfinns i 101.3 FEUF är uppfyllda. Kraven som ställs är relativt omfattande. Avtalet, beslutet eller det samordnade förfarandet i fråga ska först och främst bidra till att förbättra produktion eller distribution av varor, alternativt främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Vid sidan av detta ska konsumenterna på den aktuella relevanta marknaden tillförsäkras en skälig andel av den vinst som uppnås genom nämnda förbättringar eller främjanden. De berörda företagen ska vidare inte åläggas begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå målen. Företagen får heller inte ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna ifråga.

¹⁶ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

Kraven för att ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande ska undantas från artikel 101.1 FEUF är således relativt omfattande. Bedömningen av huruvida ett undantag kan komma att aktualiseras är heller inte alltid helt enkel att göra. Sedan den 1 maj 2004 och ikraftträdandet av den s.k. moderniseringsförordningen 1/2003¹⁷ är det inte längre kommissionen som ensam har befogenhet att bevilja individuella undantag från bestämmelsen enligt artikel 101.3 FEUF, vilket tidigare var fallet. Istället är det upp till avtalsparterna själva att undersöka huruvida det föreligger risk att de kan komma att omfattas av förbudet i artikel 101 FEUF.

För att underlätta tillämpningen av artikel 101 FEUF har kommissionen, genom förordning nr 19/65/EEG¹⁸, givits befogenhet att anta förordningar som förklarar att artikel 85.1 EEG-fördraget¹⁹, dvs. nuvarande artikel 101.1 FEUF, inte gäller grupper av avtal till vilka endast två företag är parter och som uppfyller vissa andra krav specificerade i artikel 1 förordning 19/65. Avtal som uppfyller de krav som ställs i ett av kommissionen antaget gruppundantag anses automatiskt även uppfylla rekvisiten i artikel 101.3 FEUF. Avtalsparterna behöver således inte utföra någon egen undersökning under artikel 101.3 FEUF.²⁰ Det har dock visat sig att det heller inte alltid är helt enkelt att fastställa att ett avtal faller inom en gruppundantagsförordnings tillämpningsområde. Kraven som ställs i dessa kan många gånger uppfattas som svårapplicerade. Generellt bör emellertid kunna sägas att det är enklare att tillämpa en av de förordningar kommissionen har antagit avseende grupper av avtal än att genomföra den något mer komplexa analys som krävs under artikel 101.3 FEUF.²¹

Den 27 april 2004 antog kommissionen gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring.²² Ett par dagar senare, den 1 maj 2004, trädde förordningen ifråga i kraft.²³ Ikraftträdandet föregicks av en diskussion kring huruvida tillämpningen av dess föregångare, förordning nr 240/96²⁴ också den gällande gruppundantag för avtal om tekniköverföring, fyllt den funktion som avsetts eller om någon förändring var nödvändig att genomföras. En generell diskussion kring själva tillämpningen av artikel 101.1 FEUF samt artikel 101.3 FEUF fördes också vid tillfället.²⁵

¹⁷ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

¹⁸ Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpningen av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden.

¹⁹ Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen.

²⁰ Whish R., s. 164.

²¹ Turner J., s. 131.

²² Whish R., s. 771.

²³ Förordningen artikel 11.

²⁴ 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.

²⁵ Förordningen preambeln, p. 3.

2.2 Utvecklingen på området

Redan i december år 1962 uttalade sig kommissionen om att exklusiva patentlicensieringsavtal inte skulle omfattas av EEG-fördragets artikel 85 (nuvarande artikel 101 FEUF).²⁶ Det ansågs helt enkelt vara naturligt att konkurrensen på en relevant marknad kom att hämmas något till följd av ett licensieringsavtal. Sedermera utvecklade dock kommissionen ett något mer strikt synsätt där exklusiva licensavtal av patent och andra immateriella rättigheter i princip ansågs omfattas av EEG-fördragets artikel 85. Avtalen ifråga skulle dock kunna komma att undantas ifrån artikelns tillämpningsområde efter notifikation till kommissionen och ett uppfyllande av rekvisiten i artikel 85.3 (nuvarande artikel 101.3 FEUF).²⁷ Förändringen i sättet att se på licensieringsavtal kan spåras tillbaka till år 1966 och rättsfallet *Consten och Grundig*. Europeiska unionens domstol uttalade sig i detta rättsfall om att vertikala avtal kan komma att falla inom tillämpningsområdet för artikel 85.1 (nuvarande artikel 101.1 FEUF) och att användandet av immateriella rättigheter kan medverka till att hämma konkurrensen i de fall en distributör erhåller absolut territoriellt skydd i det tilldelade geografiska området. Denna uppfattning bekräftades av kommissionen i rättsfallet *Maize Seeds*²⁸ där en exklusiv licensiering av rättigheterna till en viss typ av växtförädling ansågs stå i strid med EEG-fördragets artikel 85.

Kommissionens bedömning i *Maize Seeds*-fallet upprätthölls emellertid endast delvis av Europeiska unionens domstol då de prövade målet. Domstolen valde att skilja den exklusiva licensieringen i sig, av domstolen kallad den *öppna licensieringen*, från de delar i parternas licensieringsavtal som var avsedda att förhindra parallellimport till det område licensieringen omfattade, det så kallade *absoluta skyddet*. En öppen licensiering kunde enligt domstolen i vissa fall komma att uppfylla kriterierna i artikel 85.3 EEG-fördraget, medan ett absolut skydd inte kunde anses vara förenligt med fördraget. Som stöd för ståndpunkten att den öppna licensieringen var förenlig med konkurrensbestämmelserna angav domstolen det faktum att den licensierade tekniken var ny och dittills okänd. De exklusiva delarna som återfanns i avtalet krävdes för att skydda de aktuella investeringarna.²⁹

Utgången i *Maize Seeds*-fallet ledde till att kommissionen antog en gruppundantagsförordning avsedd för avtal om patentlicensieringar, förordning 2349/84³⁰. Denna förordning bestod i huvudsak av tre skilda förteckningar. I förteckning nummer ett upptogs de avtalstermer som ansågs uppfylla rekvisiten ställda i artikel 85.3 EEG-fördraget och således inte skulle komma att drabbas av ogiltighet. Den andra förteckningen, den ”vita

²⁶ Kommissionens tillkännagivande om patentlicensiering, 24.12.1962.

²⁷ *Whish R.*, s. 762 f.

²⁸ *Nungesser mot Kommissionen*.

²⁹ *Whish R.*, s. 769.

³⁰ Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal.

listan”, angav vilka typer av avtalsvillkor som generellt sett ansågs falla helt utanför tillämpningsområdet i artikel 85.1 EEG-fördraget. Den tredje och sista förteckningen listade avtalstermer som generellt ansågs vara oförenliga med EEG-fördragets artikel 85.1, den så kallade ”svarta listan”. Dessa beteenden var således sådana som inte kunde komma att bli undantagna genom gruppundantagsförordningen.³¹

År 1989 kompletterade kommissionen den befintliga gruppundantagsförordningen gällande patentlicensieringar med en förordning avsedd för avtal om licensiering av know-how, förordning nr 556/89³². Denna gruppundantagsförordning följde i stort samma struktur som det redan befintliga gruppundantaget gällande patentlicensieringar.

Under år 1996 ersattes emellertid båda dessa gruppundantagsförordningar av en gemensam gruppundantagsförordning, förordning nr 240/96. Denna förordning var den första kombinerade gruppundantagsförordningen avseende tekniköverföringsavtal.³³ Strukturen på detta nya gruppundantag liknade dock fortsatt de äldre. Den s.k. svarta listan hade emellertid reducerats kraftigt och omfattade nu ett mindre antal företeelser. Fortsatt fanns även den vita listan med sin förteckning över tillåtna företeelser samt den grå listan med beteenden som generellt sett ansågs uppfylla rekvisiten i nuvarande artikel 101.3 FEUF.³⁴ Gruppundantagsförordningen ansågs dock vara alltför formalistisk och blev kritiserad.³⁵ Bland annat kommissionen menade att förordningen hade ett alltför smalt användningsområde och saknade en tillräcklig ekonomisk analys.³⁶ Den 1 maj 2004 ersattes den därför av en ny gruppundantagsförordning, förordning nr 772/2004. Denna förordning sades vara enklare, mer flexibel men också mer sträng än sin föregångare.³⁷

2.3 Nyheter i 2004 års gruppundantagsförordning

De främsta nyheterna i 2004 års gruppundantagsförordning utgörs av införandet av tröskelvärden för marknadsandelar samt borttagandet av den vita lista som tidigare redovisade för tillåtna avtalsvillkor.³⁸ Vidare omfattas nu även avtal om licensiering av mönsterrätt samt upphovsrätt till

³¹ Turner J., s. 129.

³² Kommissionens förordning (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-how-licensavtal.

³³ Turner J., s. 130.

³⁴ Glader M., s. 89.

³⁵ Commission Evaluation Report on the Transfer of Technology Block Exemption Regulation no 240/96, s. 21.

³⁶ Anderman S., m.fl., *Technology Transfer and the New EU Competition Rules – Intellectual Property Licensing after Modernisation*, s. 40.

³⁷ Venegas V., *Promoting Innovation – A legal and Economic Analysis of the Application of Article 101 FEUF to Patent Technology Transfer Agreements*, s. 315.

³⁸ Månsson M. m.fl., *Svårtillämpat nytt EG-gruppundantag för licensavtal*, JT 2004/05, häfte 3, s. 743.

programvara.³⁹ I tidigare gruppundantagsförordning gjordes heller inte någon åtskillnad mellan konkurrenter och icke-konkurrenter. Detta är nu fallet. Åtskillnaden som görs får betydelse både vad gäller tröskelvärden för marknadsandelar samt vad gäller företeelser som omfattas av den så kallade svarta listan i förordningens artikel 4. I dessa delar gäller nämligen en mer sträng reglering för avtal som ingåtts mellan konkurrenter.

Vad gäller regleringen om tröskelvärden för marknadsandelar kan även nämnas kommissionens tillkännagivande om avtal om mindre betydelse⁴⁰ och den så kallade *de minimis*-principen. Enligt detta tillkännagivande faller inte ett avtal som ingåtts mellan två konkurrenter under tillämpningsområdet i artikel 101 FEUF i det fall avtalsparternas sammanlagda marknadsandelar inte överstiger 10 procent på någon av de relevanta marknaderna som omfattas av avtalet. I det fall avtalet istället har ingåtts mellan två icke-konkurrenter omfattas inte avtalet av artikel 101 FEUF i det fall avtalsparternas vardera marknadsandelar inte överstiger 15 procent på någon av de relevanta marknader som omfattas av avtalet. Kommissionen är av åsikten att dessa avtal inte märkbart riskerar att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Detta innebär således att ett licensieringsavtal som ingåtts mellan två parter kan vara förenligt med den europeiska konkurrensrätten utan att gruppundantagsförordningen har varit aktuell att tillämpa.

2.4 Behovet av en gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring

Licensiering av teknik anses många gånger öka den ekonomiska effektiviteten och därmed också gynna konkurrensen på den relevanta marknaden.⁴¹ Att en gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring har tillkommit är därför föga förvånande. Dessa avtal anses kunna minska både överlappande forskning och utveckling samtidigt som incitament för företag att bedriva dessa aktiviteter ökar. Vid sidan av detta anses även tekniköverföring främja innovation, underlätta spridning av olika tekniker samt skapa en ökad konkurrens på produktmarknaden.⁴² Samtidigt finns emellertid en risk för att företag licensierar teknik i syfte att begränsa konkurrensen. Exempel på situationer då detta kan ske är då två konkurrenter använder ett licensavtal för att dela upp marknaden mellan sig eller då en licensinnehavare undanhåller teknik från konkurrenter på marknaden.⁴³

³⁹ Månsson M. m.fl., s. 741.

⁴⁰ Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte påverkar konkurrensen enligt art 81.1 i EG-fördraget.

⁴¹ Förordningen preambeln, p. 5.

⁴² Förordningen preambeln, p. 5.

⁴³ Gölstam C., *Licensavtalet & konkurrensrätten*, s. 120 f.

Som framgått tidigare är det avtalsparterna själva som avgör om deras licensieringsavtal faller under gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Sedan den så kallade moderniseringsförordningen trädde i kraft har vissa användare ifrågasatt om det verkligen finns något fortsatt behov av förordningar för grupper av avtal. De menar att då det inte längre är upp till kommissionen att avgöra om ett avtal kan undantas enligt artikel 101.3 FEUF blir det oavsett om parterna väljer att använda sig av artikel 101.3 FEUF eller av en gruppundantagsförordning de själva som tvingas att genomföra bedömningen ifråga.⁴⁴ Som tidigare redovisats anses det emellertid vara enklare att genomföra en bedömning under en gruppundantagsförordning än under artikel 101.3 FEUF.

2.5 Varför licensieras teknik mellan företag?

Vilken är då anledningen till att ett företag väljer att licensiera ut teknik istället för att använda sig av den själv i egenskap av immaterialrättsinnehavare? I vissa fall överförs teknik helt enkelt för att immaterialrättsinnehavaren själv inte har någon nytta av den i sin organisation samtidigt som tekniken har visat sig vara användbar för aktörer verksamma inom andra områden. Det kan också vara fråga om ett företag som bedrivit forskning där tekniken tillkommit i form av en bieffekt. Denna biprodukt, eller så kallade spin-off, kanske inte immaterialrättsinnehavaren själv kan använda varför det istället kan löna sig för innehavaren att licensiera ut tekniken. Licensiering kan även ske av sådan teknik som för innehavaren inte längre är intressant, dvs. sådan som anses vara utdaterad, men som fortfarande kan komma att generera inkomster genom licensiering till andra aktörer. Handelsbarriärer kan även vara ett skäl till att man väljer licensiering framför att exportera färdiga produkter. Detta kan bland annat innebära att kostnader för varuimporter kan undvikas. Svårigheter i form av lansering av produkter på ett annat lands marknad försvinner också då licenstagaren har en nationell tillhörighet.⁴⁵

Företag som väljer att licensiera ut teknik kan också göra det av den anledningen att de själva inte har tillräckliga resurser att producera på egen hand. Det är således felaktigt att alltid ta för givet att det är licensgivaren som är den starka parten. Situationen kan ju lika gärna vara den omvända, att licensgivaren som litet företag väljer att licensiera ut sin teknik till ett större företag.⁴⁶

För en licenstagare kan det vara fördelaktigt att komma i besittning av ny teknik då det kan innebära att risken att blockeras av en immaterialrättsinnehavares patent kan kringgås. I de fall överenskommelse kan uppnås innebär därför en licensiering att aktörer som annars skulle vara förhindrade att använda sig av tekniken nu får tillgång till den. Genom tekniköverföring

⁴⁴ Edwards Wildman Palmer, s. 2.

⁴⁵ Gölstam C., s. 118 f.

⁴⁶ Whish R., s. 759 f.

ökar även den ekonomiska effektiviteten i samhället eftersom licenstagaren inte behöver odla tid på att uppnå de resultat som genom licensen nu finns tillgängliga på marknaden. Produktionskostnader kan genom detta också komma att minska. Licensiering bidrar även till att framstående teknik på marknaden sprids. En licenstagare minskar genom detta sina kostnader, vilket är fördelaktigt både för en licenstagare men även för samhällsekonomin i stort. På längre sikt kan överföring av teknik även innebära lägre priser för konsumenter samt en kvalitativ förbättring av teknikutbudet.⁴⁷

Tekniklicensiering kan också ske i form av ett *teknikutbyte*, det behöver således inte enbart utgöra en exploatering av immateriella rättigheter. Ett utbyte av teknik kan ta sig formen både som en korslicensiering eller en teknikpool. Vid en korslicensiering beviljar avtalsparterna varandra licenser medan en teknikpool avser en överlåtelse av rättigheter på en tredje part som i sin tur licensierar tekniken till de berörda parterna. Vidare kan ett licensavtal fungera som ett medel för förlikning. Parter som vill undvika en domstolstvist kan skriva ett förlikningsavtal där vissa rättigheter upplåts genom licens för att lösa tvisten dem emellan.⁴⁸

Av framställningen ovan framgår således att licensiering av teknik kan föra med sig många marknadsmässiga fördelar. Uppmärksammas bör dock att risk även finns att vissa konkurrensbegränsande effekter följer med ett licensieringsavtal. I fall då aktörer använder sig av licensavtal i syfte att begränsa konkurrensen på en relevant marknad kan detta medföra hämmande effekter liknande dem vid förekomsten av en kartell.⁴⁹ Området bör därför inte helt lämnas oreglerat. Man ska inte ta för givet att all tekniklicensiering är av godo för marknaden. Eftersom teknik är en insatsvara som kan vara integrerad dels i en produkt, dels i en produktionsprocess kan tekniklicensiering komma att påverka konkurrensen både på insatsvarumarknaderna och på produktionsmarknaderna.⁵⁰

Risk föreligger bland annat att en licensgivare väljer att licensiera teknik för att genom detta uppnå ökad kontroll på marknaden. En licensgivare kan även påverka den framtida marknadens sammansättning genom att selektivt välja vilka aktörer som beviljas licens. Detta för även med sig en möjlighet att välja framtida marknadskonkurrenter genom att endast licensiera viss teknik till dem. När flera etablerade företag finns på marknaden blir det mindre intressant för andra konkurrerande företag att försöka slå sig in. Ett försök att förlänga en immateriell rättighets giltighetstid genom att förbjuda en licenstagare att konkurrera efter det att giltighetstiden utgått kan ses som ett försök att begränsa konkurrensen. Samma effekt kan emellertid uppkomma i de situationer en licensgivare väljer att endast licensiera sin teknik till företag som anses vara svaga. Risk att den tekniska utvecklingen

⁴⁷ Gölstam C., s. 119.

⁴⁸ Gölstam C., s. 120.

⁴⁹ Gölstam C., s. 120.

⁵⁰ Riktlinjerna p. 20.

inom området kan komma att hämmas genom beviljande av licenser kan även föreligga. En konkurrent till licensgivaren kan istället för att utveckla en egen teknik av smidighets skull istället välja att motta en licensiering. Detta riskerar eventuellt att hämma investeringar i forskning och på sikt därmed också utvecklingen på området. En licenstagare kan också välja att motta en licens för att genom detta blockera marknaden för andra konkurrenter.⁵¹

2.6 Gruppundantagsförordningens syften

Generellt syftar förordningen från 2004 till att uppnå en så effektiv konkurrens som möjligt samt att erbjuda aktörer på marknaden en tillräckligt rättssäker reglering.⁵² Uppfyller parterna till ett licensavtal de krav som finns uppställda i förordningen ska de inte behöva oroa sig för att falla in under artikel 101.1 FEUF. Gruppundantagsförordningen strävar vidare efter att förenkla tillämpningen av Europeiska unionens konkurrensrättsbestämmelser vid licensiering av immateriella rättigheter. Man ville göra reglerna enklare, tydligare och mer samstämda.⁵³

Just begreppet *effektiv konkurrens* verkar inte härröra från någon speciell konkurrensrättslig teori. Begreppet ifråga används istället för att beteckna idén om att företag bör vara föremål för en rimlig grad av konkurrens, både från faktiska och potentiella konkurrenter men även från konsumenterna. Det är upp till de konkurrensrättsliga myndigheterna att se att detta faktiskt fungerar.⁵⁴

För att närmare förstå innebörden av begreppet kan de fördelar som förväntas uppnås genom en fungerande effektiv konkurrens redovisas. Först och främst bör en fungerande effektiv konkurrens innebära att både en effektiv fördelning och en effektiv produktion främjas. Detta bör vidare leda till lägre priser för konsumenterna. På en marknad med en fungerande effektiv konkurrens kommer även företag att sträva efter innovation och efter att förnya sig för att på detta sätt öka sin vinst. För konsumenterna innebär detta i sin tur att de får tillgång till förnyade och bättre produkter, deras valmöjligheter vid inköp ökar således.⁵⁵

Genom att införa gruppundantagsförordningen från 2004 ville kommissionen förenkla bedömningen även beträffande de licensavtal som faller utanför gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Detta för att kunna koncentrera sin tid främst på de licensavtal som sannolikt

⁵¹ Gölstam C., s. 120 f.

⁵² Förordningen preambeln, p. 4.

⁵³ Förordningen preambeln, p. 4, Ratliff J. m.fl., *Upcoming Reform of the Technology Transfer Block Exemption – Important Developments for Companies Involved In Licensing Activities*.

⁵⁴ Whish R., s. 18.

⁵⁵ Whish R., s. 18.

begränsar konkurrensen i högre grad.⁵⁶ Samtidigt är det ett försök att röra sig närmare den reglering man använder sig av i USA.⁵⁷ Vid ett tal i januari 2004 uttalade konkurrenskommissionären Mario Monti att 2004 års gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring "*will lead to a happy marriage in Europe of innovation and competition policy and to further convergence between us and the United States*".⁵⁸

2.7 Förordningens struktur

Gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring följer samma struktur som de flesta andra gruppundantagsförordningar som har tillkommit efter 90-talets slut.⁵⁹ Inledningsvis återfinns en preambel vilken har betydelse vid tolkning av förordningens bestämmelser. *Artikel 1* definierar viktiga termer och begrepp varpå *artikel 2* preciserar förordningens tillämpningsområde, dvs. att artikel 101.1 FEUF inte ska tillämpas på "avtal om tekniköverföring som ingåtts mellan två företag och som tillåter produktion av avtalsprodukterna". Detta gäller dock endast så länge den immateriella rättigheten som licensieras inte har löpt ut, förfallit eller blivit förklarad ogiltig. Beträffande know-how gäller dessutom att undantaget endast är giltigt så länge aktuell know-how förblir hemlig.

Artikel 3 fastställer de tröskelvärden i marknadsandelar som inte får överskridas för att gruppundantagsförordningen ska vara tillämplig. De tillåtna värdena skiljer sig åt mellan konkurrenter och icke-konkurrenter. Är det fråga om horisontella avtal, det vill säga licensavtal som två konkurrenter har ingått med varandra, tillåts avtalsparternas gemensamma marknadsandelar maximalt att uppgå till 20 procent av den relevanta marknaden. Är det istället ett vertikalt avtal, ett avtal mellan två icke-konkurrenter, får parternas respektive marknadsandelar maximalt uppgå till 30 procent av de relevanta marknaderna. Av detta följer naturligt att de företag som ingår ett licensavtal måste definiera den relevanta marknaden för att kunna fastställa huruvida de faller inom gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Som ovan framgått kan tekniklicensiering komma att påverka konkurrensen på både insatsvarumarknader och på produktionsmarknader. Detta innebär att parterna därför måste definiera både relevanta varu- och tjänstemarknader, de så kallade produktmarknaderna, men även relevanta teknikmarknader.⁶⁰

I *artikel 4* återfinns den så kallade svarta listan, det vill säga en uppräkningslista av avtalsvillkor som anses kunna orsaka särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. I det fall ett licensavtal innehåller klausuler som återfinns i

⁵⁶ Riktlinjerna p. 131.

⁵⁷ Alexiadis, P. m.fl, *New EU Technology Transfer Block Exemption*.

⁵⁸ M. Mario Monti European Commissioner for Competition Policy The New EU Policy on Technology Transfer Agreements Ecole des Mines Paris, 16th January 2004.

⁵⁹ Månsson M. m.fl, s. 742.

⁶⁰ Riktlinjerna p. 19-25.

den svarta listan medför detta att avtalet helt faller utanför förordningens tillämpningsområde, oavsett parternas marknadsandelar.⁶¹ De beteenden som finns angivna i artikel 4 anses av kommissionen vara sådana beteenden som rent objektivt sätt syftar till att begränsa konkurrensen.⁶² Den svarta listan skiljer sig åt mellan konkurrenter och icke-konkurrenter. Regleringen för konkurrenter är som väntat den striktare av de två. Detta beror på att det finns en oro för att ett licensieringsavtal mellan konkurrerande företag kan användas som en täckmantel för en kartell. Oro över att ett licensavtal kan komma att visa liknande konkurrenshämmande effekt som en kartell finns även.⁶³

Artikel 5 definierar vissa uteslutna begränsningar. I det fall ett avtal innehåller någon av dessa begränsningar kan denna del av avtalet inte undantas från tillämpningsområdet i artikel 101.1 FEUF genom gruppundantagsförordningen. Till skillnad från vad som gäller avtalsvillkor som återfinns i artikel 4 är det fortfarande möjligt för resten av avtalet att undantas. Bestämmelsen finns för att incitament att bedriva innovationsverksamhet ska bevaras. Som exempel på företeelser som kommissionen vill förhindra genom artikel 5 är direkta eller indirekta skyldigheter för licenstagaren att bevilja licensgivaren en exklusiv licens för de särskiljbara förbättringar eller nya tillämpningar som licenstagaren själv fört till den licensierade tekniken.⁶⁴

Resterande artiklar, det vill säga *artikel 6* till och med *artikel 11*, föreskriver den rätt kommissionen har att förklara att gruppundantagsförordningen inte ska vara tillämplig samt förordningens giltighetsperiod och övergångsbestämmelser. Här specificeras även hur ett företags marknadsandelar ska beräknas. Artikel 8.2 kan här särskilt uppmärksammas: I det fall parternas marknadsandelar vid avtalets ingående inte överstiger de tillåtna tröskelvärdena om 20 procent respektive 30 procent, men vid ett senare tillfälle kommer att överstiga dessa nivåer ska avtalet fortsatt vara undantaget artikel 101.1 FEUF tillämpningsområde under de två följande kalenderåren efter de tillåtna tröskelvärdena för första gången överskreds.

Den nuvarande gruppundantagsförordningen för avtal om tekniklicensiering skiljer sig således en del från sina föregångare. Någon förteckning över tillåtna företeelser har inte tagits med. Istället bygger förordningen på den generella principen om att alla avtal som rör tekniköverföring är undantagna från tillämpningsområdet i artikel 101.1 FEUF så länge avtalet ifråga inte innehåller något av de svart-listade företeelserna i artikel 4 samt att avtalsparterna håller sig inom de godkända tröskelvärdena för marknadsandelar.⁶⁵

⁶¹ Förordningen preambeln, p. 13.

⁶² Riktlinjerna p. 14.

⁶³ Whish R., s. 776.

⁶⁴ Förordningen preambeln, p. 14.

⁶⁵ Förordningen preambeln, p. 4.

Ett grundläggande krav för att förordningen överhuvudtaget ska kunna tillämpas är att det så kallade *samhandelskriteriet* är uppfyllt. Licensavtalet ifråga måste helt enkelt påverka handeln mellan EU:s medlemsstater. I det fall samhandelskriteriet inte är uppfyllt faller avtalet inte under EU-rättens tillämpningsområde. Vid sådana tillfällen tillämpas istället nationella konkurrensrättsbestämmelser.⁶⁶

På grund av vissa restriktioner i förordning nr 19/65/EEG är gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring som huvudregel endast tillämplig på avtal som ingåtts mellan två företag. I det fall ett avtal har ingåtts mellan flera parter finns emellertid en möjlighet för kommissionen att även tillämpa förordningen analogt på dessa avtal.⁶⁷

2.8 Riktlinjernas struktur

Riktlinjerna som kompletterar gruppundantagsförordningen ger vägledning vid förordningens tillämpning. Riktlinjerna är i sig inte juridiskt bindande men ger en bra översikt över både EU-domstolens praxis på tekniköverföringsområdet och kommissionens inställning till tekniköverföring.⁶⁸

I riktlinjernas första del redovisas inledningsvis dess vägledande syfte, både vad gäller förordningen om tekniköverföringsavtal men även vad gäller användandet av artikel 101 FEUF på de licensieringsavtal som inte faller inom förordningens tillämpningsområde. Här poängteras särskilt att riktlinjerna är just av en vägledande karaktär. De ska därför tillämpas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall på ett väl avvägt och flexibelt sätt. Detta innebär att mekanisk tillämpning utesluts.⁶⁹

Riktlinjernas andra del innehåller de så kallade allmänna principerna. Här går kommissionen inledningsvis igenom artikel 101 FEUF:s olika stycken. Det redogörs även generellt för syftet och funktionen av immateriella rättigheter. Hur artikel 101 FEUF ska appliceras på licensieringsavtal klargörs också. Därefter uppmärksammas förhållandet mellan immateriella rättigheter och konkurrensrätt. I riktlinjernas andra del förklaras även hur den relevanta marknaden ska definieras. För att tydliggöra detta ges omfattande förklaringar till vad som utgör en relevant teknikmarknad och en relevant produktmarknad. Därefter går man igenom innebörden av begreppet marknadsandelar. Skillnaden mellan konkurrenter och icke-konkurrenter förklaras också i detalj.⁷⁰

⁶⁶ Tillkännagivande från kommissionen, riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

⁶⁷ Riktlinjerna p. 40.

⁶⁸ Jones A. m.fl., *EC Competition Law*, s. 716.

⁶⁹ Riktlinjerna p. 1- 4.

⁷⁰ Riktlinjerna p. 5-33.

I riktlinjernas tredje del redovisas för gruppundantagsförordningens effekter, dess tillämpningsområde och dess varaktighet. Här anges att det presumeras att licensieringsavtal som faller under gruppundantagsförordningens tillämpningsområde också uppfyller de fyra villkor som fastställs i artikel 101 FEUF. Vidare fastslås att licensieringsavtalet ifråga måste tillåta produktion av avtalsprodukterna samt att endast avtal som ingåtts mellan två företag omfattas av förordningen. En ingående definition av begreppet avtal om tekniköverföring ges också samt en redovisning över förordningens samband med andra gruppundantagsförordningar.⁷¹

För att på ett tydligt sätt illustrera den ”trygga hamn” gruppundantagsförordningen skapar, finns i riktlinjernas tredje del tydliga exempel på hur parternas marknadsandelar ska beräknas då företag ingår tekniklicensieringsavtal. De grundliga exempel som ges berör både de licensieringsavtal som ingåtts mellan konkurrenter och de som ingåtts mellan icke-konkurrenter.⁷²

Den fjärde och sista delen av riktlinjerna behandlar avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Detta eftersom kommissionen ”vill göra sin bedömning av avtal som inte omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal mer förutsebar och dessutom kunna koncentrera sig på att närmare granska fall som sannlikt kommer att orsaka verkliga konkurrensproblem”⁷³. I riktlinjernas fjärde del redovisas även en alternativ säker hamn. Kommissionen anser nämligen inte att det är troligt att artikel 101 FEUF överträds i de fall det vid sidan av de tekniker som kontrolleras av avtalsparterna finns fyra eller fler tekniker vilka kontrolleras av andra oberoende företag och som anses vara utbytbara mot den licensierade tekniken.⁷⁴

Som framgår av redovisningen ovan innehåller gruppundantagsförordningens riktlinjer avsevärt mer detaljerad information än vad själva förordningen gör. Riktlinjerna har därför visat sig vara till stor hjälp för avtalsparter som ingått tekniklicensieringsavtal.⁷⁵

Vad som även kan vara värt att uppmärksamma är det faktum att ett tekniklicensieringsavtal som faller utanför förordningens tillämpningsområde inte automatiskt medför att avtalet anses omfattas av artikel 101 FEUF och därmed är ogiltigt. Fortfarande finns möjligheten att bli undantagen från förbudet genom att uppfylla de rekvisit som finns angivna i artikel 101.3 FEUF. Den ”smidigare” vägen, det vill säga att bli undantagen genom gruppundantagsförordningen, är dock inte längre möjlig. Vid en individuell undersökning under artikel 101.3 FEUF kan avtalsparterna använda sig av den information som finns att tillgå i riktlinjerna till gruppundantagsförord-

⁷¹ Riktlinjerna p. 34-129.

⁷² Riktlinjerna p. 73.

⁷³ Riktlinjerna p. 131.

⁷⁴ Riktlinjerna p. 130-235.

⁷⁵ Dorsey & Whitney (Europe) LLP, s. 1.

ningen om tekniköverföring, men även de riktlinjer som finns avseende just artikel 101.3 FEUF, förordning nr 330/2010.⁷⁶

2.9 Avtal om tekniköverföring

Vilka typer av avtal omfattas då av termen *avtal om tekniköverföring*? Termen definieras i artikel 1.1 (b) gruppundantagsförordningen som ett licensavtal avseende patent, know-how eller upphovsrätt till programvara. Även avtal som består av en blandning av dessa rättigheter omfattas av förordningen. Någon annan upphovsrätt än just upphovsrätt till *programvara* omfattas dock inte.⁷⁷ Med begreppet patent avses enligt förordningens artikel 1.1 (h) även patentansökningar, bruksmönster, ansökningar om registrering av bruksmönster, modeller, kretsmönster i halvledarprodukter, tilläggsskydd för läkemedel och varje annan produkt för vilket sådant skydd kan erhållas samt växtförädlarcertifikat. Gruppundantagsförordningen omfattar vidare även så kallade accessoriska immateriella rättigheter, d.v.s. licensiering av immateriella rättigheter som inte utgör det främsta syftet med avtalet men som har ett direkt samband med produktionen av avtalsprodukterna.⁷⁸

En bestämmelse av betydelse återfinns i artikel 2 gruppundantagsförordningen, avtalet ifråga måste tillåta produktion av avtalsprodukterna. Enligt definitionen av termen avtalsprodukterna, se artikel 1.1. (f), åsyftas produkter vilka produceras genom den licensierade tekniken. Tekniken kan antingen vara inbyggd i själva produkten eller användas i produktionsprocessen. Här avses även tjänster vilka producerats med hjälp av den licensierade tekniken.⁷⁹

2.10 Den amerikanska regleringen

Genom 2004 års gruppundantagsförordning önskade kommissionen närma sig den nordamerikanska regleringen på området.⁸⁰ För att undersöka huruvida de båda systemen nu är mer överensstämmande än tidigare krävs en genomgång av den amerikanska regleringen.

Det centrala regelverket på konkurrensrättsområdet är i USA *the Sherman Antitrust Act*, ett regelverk som tillkom redan år 1890.⁸¹ Snart efter dess ikraftträdande uppstod emellertid konflikter mellan konkurrensrätten och

⁷⁶ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, Venegas V., s. 377.

⁷⁷ Riktlinjerna p. 42-45.

⁷⁸ Riktlinjerna p. 50.

⁷⁹ Riktlinjerna p. 41.

⁸⁰ M. Mario Monti European Commissioner for Competition Policy the New EU Policy on Technology Transfer Agreements Ecole des Mines Paris, 16th January 2004.

⁸¹ Nguyen T., s. 89.

immaterialrätten. Konflikter där de immateriella rättigheterna i de allra flesta fall vann företräde.⁸² Med tiden ansågs det dock bli allt viktigare med en väl fungerande konkurrensrätt, detta för att möjliggöra en stabil ekonomi. Under tiden från 1930 till början av 1980-talet, då konkurrensrätten ofta vann företräde framför de immateriella rättigheterna, listade den amerikanska konkurrensrättsmyndigheten, the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, licensieringstyper som i sig ansågs vara konkurrenshämmande. Listan byggde på villkor i licensavtal som vid tvister i domstol bedömts vara konkurrenshämmande. Efter en tid ökade dock återigen skyddsintresset för immateriella rättigheter. Detta skedde i samband med att den så kallade Chicagoskolans idéer växte sig starkare under 1970-talet. Enligt Chicagoskolan kunde många av de företeelser som tidigare ansetts bero på bristande konkurrens på marknaden förklaras utifrån konceptet om ekonomisk effektivitet.⁸³ Påståendet att immateriella rättigheter alltid för med sig stora marknadsandelar ifrågasattes.⁸⁴

År 1995 gav the U.S. Department of Justice, tillsammans med the Federal Trade Commission, ut en samling med riktlinjer kallade *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. Riktlinjerna är utformade som policys vilket innebär att de i sig inte är rättsligt bindande. Trots riktlinjernas icke-bindande karaktär motsvarar de ändå Federal Trade Commissions och Department of Justices uppfattning om konkurrensrättslig hänsyn vid tekniklicensiering varför det är av betydelse för företag att ha riktlinjerna i åtanke då de utformar sina licensieringsavtal.⁸⁵

I riktlinjerna poängteras särskilt att konkurrensrätt och immaterialrätt ska betraktas som två kompletterande rättsområden. I övrigt bygger riktlinjerna på tre stycken grundläggande principer. För det första ska immateriella rättigheter anses jämförbara med annan typ av egendom, samma generella konkurrensrättsliga principer som används vid andra tillfällen är således att tillämpa även här. Vissa viktiga skillnader, som att immateriella rättigheter ofta är föremål för missbruk, är dock känt för myndigheterna. För det andra ses inte immateriella rättigheter i sig som något som skapar marknadsandelar i en konkurrensrättslig kontext. Slutligen ska även licensiering av immateriella rättigheter generellt anses främja konkurrensen.⁸⁶ Riktlinjerna omfattar licensiering av patent, upphovsrätt, företagshemligheter och s.k. know-how. Varumärken omfattas således inte.⁸⁷

Ett licensavtals konkurrenshämmande effekt beror enligt de amerikanska riktlinjerna på huruvida avtalsparterna står i ett horisontellt eller vertikalt förhållande till varandra samt huruvida avtalet ifråga involverar någon typ

⁸² Nguyen T., s. 90.

⁸³ Gölstam C., s. 51.

⁸⁴ Nguyen Y., s. 90 ff.

⁸⁵ Lidgard H. m.fl. *The Intersection of IPR and Competition Law – Studies of Recent Developments in European and U.S. Law*, s. 117.

⁸⁶ Lidgard H. m.fl., s. 117.

⁸⁷ Lidgard H. m.fl., s. 116 f.

av exklusivitet. Ett horisontellt förhållande föreligger i de fall licensgivaren och licenstagaren skulle ha varit faktiska eller potentiella konkurrenter på den relevanta marknaden i det fall licensavtalet inte fanns. I ett vertikalt förhållande har istället parterna ett kompletterande förhållande till varandra, det kan exempelvis röra sig om en produkttillverkare och en distributör. Samtidigt poängteras dock att horisontella avtal inte nödvändigtvis hämmar konkurrensen samt att även vertikala avtal kan förorsaka att konkurrensen på en marknad påverkas negativt. Att bestämma förhållandet mellan två avtalsparter till att vara horisontellt eller vertikalt utgör således "merely an aid in determining whether there may be anticompetitive effects arising from a licensing agreement".⁸⁸

De amerikanska riktlinjerna erbjuder parter till ett licensavtal en så kallad säkerhetszon, "safety zone". För att ett licensavtal ska falla inom säkerhetszonen krävs dels att avtalsparterna gemensamt inte innehar mer än 20 procent av marknadsandelarna på respektive relevant marknad som väsentligt påverkas av licensavtalet, dels att avtalet ifråga inte innehåller några av de företeelser som i sig, *per se*, är att betrakta som konkurrenshämmande. De amerikanska myndigheterna har dock särskilt poängterat att ett licensavtal inte automatiskt anses vara konkurrenshämmande bara för att det visar sig överstiga det nämnda tröskelvärdet. Tvärtom har poängterats att "the great majority of licenses falling outside the safety zone are lawful and procompetitive"⁸⁹. Tröskelvärdena används för att erbjuda rättighetsinnehavare säkerhet i de situationer där det är så osannolikt att konkurrensen på den relevanta marknaden skulle komma att hämmas att det inte anses vara nödvändigt med en utredning av omständigheterna i det enskilda fallet.⁹⁰

I de fall avtalsparternas marknadsandelar överstiger de tillåtna tröskelvärdena aktualiseras en så kallad *rule of reason*-bedömning där det prövas huruvida en bestämmelse i ett licensavtal riskerar att föra med sig konkurrenshämmande effekter. Om detta visar sig vara fallet undersöks även huruvida eventuella konkurrensfrämjande effekter som avtalet för med sig kan sägas överväga de negativa aspekterna.⁹¹

Bestämmelser som faller inom den så kallade *per se*-regleringen och därmed i sig anses vara konkurrenshämmande utgörs av beteenden såsom fastställande av priser, produktionsbegränsningar, marknadsuppdelning samt bojkott av vissa grupper samt avtal om prisbindning.⁹²

Både den amerikanska och den europeiska regleringen bygger således på en ekonomisk bedömning som erkänner att tekniklicensieringsavtal kan föra med sig konkurrensfrämjande effekter. Båda systemen skapar vidare säkra

⁸⁸ U.S. Guidelines, § 3.3.

⁸⁹ U.S. Guidelines, § 4.3 st.4.

⁹⁰ U.S. Guidelines, § 4.3.

⁹¹ U.S. Guidelines, § 3.4.

⁹² Lidgard H. m.fl., s. 119.

zoner inom vilka avtalsparterna som huvudregel inte behöver oroa sig för eventuella konkurrensrättsliga sanktioner. Den europeiska svarta listan överensstämmer i stort med den amerikanska per se- regleringen vad gäller fastställande av priser, produktion samt uppdelning av relevant marknad. Båda systemen väger också konkurrensfördelar mot eventuella hämmande effekter som kan uppkomma vid ingåendet av ett licensavtal. Fortsatt finns dock en del som skiljer de båda regleringarna åt. Den europeiska regleringen anses vara något striktare än den amerikanska motsvarigheten. Detta kan bland annat botten i att den europeiska regleringen fortsatt bygger på konceptet om en gemensam marknad.⁹³ Alla användare av den europeiska förordningen är emellertid inte helt nöjda med att denna reglering fortsatt är något striktare. Man anser att europeiska företag på grund av detta riskerar att missgynnas vid en internationell jämförelse.⁹⁴

⁹³ Jones A., m.fl., s. 719.

⁹⁴ The City of London Law Society, s. 3.

3 Utvärdering av 2004 års gruppundantagsförordning

3.1 Inledning

Som ett led i arbetet med att ta fram en ny gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring ombad kommissionen redan i december 2011 de aktörer som använder sig av 2004 års förordning att fylla i en enkät som kommissionen satt samman. Här efterfrågades bl.a. information kring huruvida aktörerna ansett förordningen vara ett väl fungerande system, i det fall några problem uppkommit vid tillämpningen av förordningen samt efter eventuella förslag till förbättring.⁹⁵ Både aktörer som företräder licensgivare och de som företräder licenstagare ombads inkomma med sina synpunkter. Bland enkätsvaren återfinns svar från bland annat företag, branschorganisationer, myndigheter, advokatbyråer och akademiska institutioner. Senast den 3 februari 2012 önskade kommissionen erhålla svar.⁹⁶ Av de enkätsvar jag har tagit del av är i stort sett samtliga användare positiva till att det finns ett gruppundantag som rör tekniköverföring. Vissa förslag till förbättring har emellertid också inkommit.⁹⁷ Förordningen och dess riktlinjer ses av många aktörer som alltför svårtillämpade och komplexa. Vad som emellertid bör hållas i åtanke då det är fråga om tekniköverföring, är att området i sig är komplext. Detta leder till att det kan bli svårt att undvika att regleringen på området också betraktas som något komplext.⁹⁸ Samtidigt är det emellertid av stor vikt att förordningen inte anses vara alltför svårtillämpad. Företag vill på ett enkelt och lättförståeligt sätt veta vilka typer av avtalsklausuler de kan ta med i sina licensieringsavtal utan att riskera att bli föremål för några konkurrensrättsliga sanktioner. Avtalen ifråga ingås många gånger under stor tidspress vilket gör att det ibland inte finns tid att få tillgång till full juridisk kompetens. Det är således av stor vikt att företagsrepresentanter kan använda sig av förordningen på egen hand.⁹⁹

Det som gör denna gruppundantagsförordning så speciell är att licensiering av teknik många gånger ses som något som faktiskt främjar konkurrensen på en relevant marknad och inte tvärtom. Fråga är om detta har bidragit till att aktörerna faktiskt har haft en del negativ kritik att ge 2004 års förordning. Någon aktör har uttryckt sig om att förordningen om tekniköverföring egentligen bör särskilja sig något från övriga gruppundantagsförordningar då den behandlar ett område som många gånger kan beskrivas som

⁹⁵ Se bilaga.

⁹⁶ Se bilaga.

⁹⁷ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/.

⁹⁸ Wilmer Hale, s. 2.

⁹⁹ The City of London Law Society, s. 2.

konkurrensfrämjande. Man önskar att kommissionen istället hade valt att lägga större fokus på avgränsningen mellan immateriella rättigheter och konkurrensrätten istället för att använda sig av samma struktur som återfinns i övriga gruppundantagsförordningar.¹⁰⁰

Då kommissionen arbetade med att ta fram 2004 års gruppundantagsförordning värderades också aktörernas synpunkter högt. Redan under år 2001 sammanställde kommissionen ett utkast till en ny förordning. Aktörerna fick därefter lämna sina synpunkter på utkastet. Kommissionen valde att utforma den slutgiltiga versionen av gruppundantagsförordningen så att den i så hög grad som möjligt anpassades efter de förslag på förändring som inkommit.¹⁰¹ Vissa inslag som kritiserades före ikraftträdandet valde dock kommissionen att behålla. Dessa redovisas närmare nedan.

3.2 Avsaknad av rättspraxis

Vid undersökning av huruvida gruppundantagsförordningen från 2004 har utgjort ett välfungerande system skulle det ha varit användbart att granska rättsfall på området för att se hur det gått till då förordningen tillämpats. Det saknas emellertid fall där gruppundantagsförordningen tillämpats i domstol. En aktör på området har ansett detta vara ett uttryck för att förordningen inte har fungerat tillfredsställande.¹⁰²

3.3 Marknadsandelar

3.3.1 Översikt av systemet med marknadsandelar

Som framgått ovan är beräkningen av marknadsandelar avgörande för tillämpningen av 2004 års gruppundantagsförordning. I det fall avtalsparternas marknadsandelar överstiger de tillåtna tröskelvärdena kan förordningen inte tillämpas. Att marknadsandelarna beräknas korrekt blir således mycket viktigt. Tillåtna värden är för konkurrenter en gemensam marknadsandel om maximalt 20 procent. Icke-konkurrenter får istället ha marknadsandelar om 30 procent vardera på sina respektive marknader för att falla under gruppundantagsförordningens tillämpningsområde.

2004 års gruppundantagsförordning har ansetts vara mer tillåtande än sina föregångare. Här kan exempelvis anges att en del av de villkor som i tidigare förordningar återfanns i den svarta listan har i förordningen från 2004 istället förflyttats till artikel 5 och de uteslutna begränsningarna.

¹⁰⁰ BDI, s. 2 f.

¹⁰¹ M. Mario Monti European Commissioner for Competition Policy in The New EU Policy on Technology Transfer Agreements Ecole des Mines Paris, 16th January 2004.

¹⁰² LESI, s. 3.

Kommissionen ville inte ha en alltför tillåtande förordning och valde därför att införa systemet med tröskelvärden för marknadsandelar. Trots att aktörer redan innan förordningen trädde ikraft riktade stark kritik gentemot införandet av detta nya system valde kommissionen att behålla detta. Vid presskonferensen för förordningens ikraftträdande poängterades dock särskilt att det faktum att de tillåtna tröskelvärdena överskrids inte utgör någon presumtion för att avtalet står i strid med artikel 101.1 FEUF. Parterna får istället genomföra en individuell bedömning av om licensavtalet faller under 101.3 FEUF för att se huruvida avtalet ifråga kan undantas därigenom.¹⁰³ Som omnämnts tidigare kan detta i många fall innebära ett något mer komplicerat förfarande.

Då förordningen bygger på en beräkning av marknadsandelar följer således naturligt att avtalsparterna även måste definiera den relevanta marknaden. Teknik är en så kallad insatsvara. Detta innebär att den antingen är integrerad i en produkt eller i en produktionsprocess. Licensiering av teknik kan således påverka konkurrensen på såväl insatsvarumarknaderna som på produktmarknaderna. Båda dessa marknader måste därför definieras av parterna.¹⁰⁴

Som hjälp vid definition av de relevanta marknaderna finns i riktlinjerna angivet att en produktmarknad utgörs av de aktuella avtalsprodukterna som innehåller den licensierade tekniken och de produkter som anses vara utbytbara med dessa. Att produkterna är utbytbara kan bero på att de har liknande egenskaper, samma pris och att produkterna är avsedda för samma användningsområde. En teknikmarknad utgörs av den licensierade tekniken ifråga och annan teknik som avtalsparterna anser vara utbytbar mot just denna teknik. Utbytbarheten kan här bero på teknikens egenskaper, licensavgifterna och avsett användningsområde.¹⁰⁵

Avgörande för att definiera en relevant marknad blir således dels att undersöka vilka andra företag som i dagsläget erbjuder direkt liknande produkter eller tekniker, dels att undersöka konsumenters köpmönster för att genom det kunna fastställa vilka tekniker och produkter som är utbytbara med varandra. Här kan eventuella marknadshinder även få stor betydelse. Regler som begränsar vilka produkter som får säljas eller bestämmelser som hindrar vissa företag från att konkurrera på marknaden är exempel på marknadshinder. Även marknadskrafter, trender på marknaden, som påverkar säljare och köpare att röra sig in och ut från marknader tillmäts betydelse vid definition av relevant marknad.¹⁰⁶

Då väl de relevanta marknaderna har definierats ska avtalsparternas marknadsandelar fastställas. Beräkning av marknadsandelar görs med

¹⁰³ M. Mario Monti European Commissioner for Competition Policy in *The New EU Policy on Technology Transfer Agreements* Ecole des Mines Paris, 16th January 2004.

¹⁰⁴ Riktlinjerna p. 20.

¹⁰⁵ Riktlinjerna p. 21-22.

¹⁰⁶ Speser, P., *The Art & Science of Technology Transfer*, s. 200.

utgångspunkt i föregående kalenderårs försäljningsvärde på marknaden.¹⁰⁷ I fall då ny teknik introduceras på marknaden kommer denna marknadsandel således att uppgå till noll.

Vidare anges att marknadsandelarna på produktmarknaderna beräknas "på grundval av licenstagarens försäljning av produkter som innehåller licensgivarens teknik och konkurrerande produkter, dvs. licenstagarens sammanlagda försäljning på den berörda produktmarknaden"¹⁰⁸. I det fall också licensgivaren levererar de aktuella produkterna inom den relevanta marknaden ska även denna försäljning beaktas. Detta innebär att någon beräkning utifrån teknikens andel av de totala intäkterna från licensavgifter eller liknande inte sker.¹⁰⁹

Marknadsandelar på teknikmarknaderna ska beräknas "på grundval av licensgivarens och alla licenstagares försäljning av produkter som innehåller den licensierade tekniken"¹¹⁰, separat för varje relevant marknad.¹¹¹ I det fall parterna är konkurrenter på marknaden ska "försäljningen av produkter som innehåller licenstagarens egen teknik slås ihop med försäljningen av produkter som innehåller den licensierade tekniken"¹¹². Enligt kommissionen skulle en utgångspunkt i teknikens andel av de totala licensavgifterna vara en alltför teoretiskt och opraktiskt utgångspunkt.¹¹³

Många av de aktörer som har lämnat synpunkter på 2004 års gruppundantagsförordning har uttryckt sig negativt beträffande den betydelse tröskelvärdena för marknadsandelar har för förordningens tillämpning.¹¹⁴ Flera aktörer är inte övertygade om att systemet tillförsäkrar företag som använder sig av förordningen den rättsliga säkerhet som åsyftades.¹¹⁵ Någon anser att tröskelvärdena utgör det enskilt största problemet med förordningen.¹¹⁶ Den främsta "faran" utgörs av osäkerheten då ett företag väljer att licensiera en tidigare okänd teknik på marknaden. Tröskelvärdena för marknadsandelar fokuserar på förhållandet bakåt i tiden, vilket anses ge en missvisande bild då helt ny teknik licensieras.¹¹⁷

3.3.2 Definition av *relevant teknikmarknad*

När det gäller licensiering av teknik är det både komplicerat att definiera en relevant marknad samt att beräkna avtalsparternas marknadsandelar. Detta

¹⁰⁷ Förordningen artikel 8.1.

¹⁰⁸ Riktlinjerna p. 71.

¹⁰⁹ Riktlinjerna p. 23 och p. 71.

¹¹⁰ Riktlinjerna p. 70.

¹¹¹ Riktlinjerna p. 70.

¹¹² Riktlinjerna p. 70.

¹¹³ Månsson M. m.fl., s. 748.

¹¹⁴ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/.

¹¹⁵ Confederation of Swedish Enterprise, s. 2, LESI, s. 13, CBI, s. 1.

¹¹⁶ The City of London Law Society, s. 7.

¹¹⁷ Philips, s. 8.

beror bland annat på att teknik kan utvecklas snabbt vilket för med sig att marknaderna ändras i hög takt över tiden. Vid ett licensavtals ingående kan en teknik ha en nästintill obefintlig marknadsandel, eftersom beräkning av marknadsandelarna ska ske på grundval av föregående års försäljningsvärde. Strax efter detta kan dock betydande marknadsandelar ha uppnåtts varpå tröskelvärdenas säkra hamn snart riskerar att vara passerade.¹¹⁸ Ett exempel på hur fort det kan gå är introduktionen av så kallade smart-phones där marknaden för mobiltelefoner på mycket kort tid ändrades.¹¹⁹

Att definiera själva marknaden blir således extra svårt eftersom den kännetecknas av hög dynamik.¹²⁰ Att bestämma marknadsandelar, ett statiskt mått, inom ett dynamiskt område är komplicerat.¹²¹ Just eftersom marknaderna ändras i snabb takt har exakta marknadsandelar sällan någon egentlig betydelse när det gäller teknik och innovation. Betydande andelar kan försvinna lika hastigt som de uppkom.¹²² Detta gör att det kan vara svårt att falla under gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Vad som ytterligare förstärker denna bild är kommissionens tendens att ofta definiera de relevanta marknaderna som mycket smala.¹²³

Eftersom utvecklingen på teknikmarknaderna går snabbt är det även möjligt att en teknik som licensieras efter ett tag kan komma att rikta sig mot en helt annan marknad än vad som inledningsvis avsågs. Det finns även en risk att helt nya relevanta marknader uppkommer. I vissa fall består de nya marknaderna endast av den licensierade tekniken. Plötslig har den licensierade tekniken därmed erhållit en marknadsandel om 100 procent. Detta skedde bland annat inom läkemedelsindustrin då läkemedlen Viagra och Campath introducerades på marknaden.¹²⁴

3.3.3 Tillförlitlig data

En annan svårighet med att beräkna avtalsparternas marknadsandelar är det faktum att det är immateriella rättigheter som licensieras. Många av de uppgifter som krävs för att kunna kartlägga marknaden finns därmed inte tillgängliga för gemene man.¹²⁵ Det är komplicerat att få tag på tillförlitliga data.¹²⁶ Att lämna ut denna typ av information till potentiella konkurrenter anses vidare vara riskabelt.¹²⁷ Då tillförlitlig data ofta saknas gör parterna

¹¹⁸ LESI, s. 13.

¹¹⁹ CBI, s. 1.

¹²⁰ CEFIC, s. 5.

¹²¹ Wilmer Hale, s. 5.

¹²² The Law Society, s. 8.

¹²³ Intellectual Property Lawyers' Association, s. 8.

¹²⁴ LESI, s. 13.

¹²⁵ CEFIC, s. 5.

¹²⁶ Wilmer Hale, s. 5.

¹²⁷ LESI, s. 3.

istället uppskattningar av sina marknadsandelar. Dessa uppskattningar blir sällan helt tillförlitliga.¹²⁸

Ett sätt på hur ett företags marknadsandelar enklast beräknas utgörs helt enkelt av att man ringer upp övriga företag på marknaden och hör efter hur stora marknadsandelar de har. Risk finns dock att de personer man talar med inte har tillgång till de rätta uppgifterna eller att de med flit lämnar ut felaktig information. Riktigare uppgifter lämnas typiskt sett då företagen man begär information från erhåller något tillbaka. Förslagsvis kan man därför lova att återkomma med all den information man i slutändan har lyckats att samla in.¹²⁹ Fråga är dock om ett löfte om att återkomma med information verkligen innebär att företagen ifråga går med på att lämna ut information som vanligtvis betraktas som känslig, se föregående stycke.

3.3.4 Kontinuerlig översyn

Då marknadsandelar på teknikmarknader har visat sig variera över tiden medför detta att parterna till ett tekniklicensieringsavtal måste se över marknaden med jämna mellanrum. Detta för att säkerställa att deras marknadsandelar inte överskrider de tillåtna tröskelvärdena.¹³⁰ I sektorer där långtidslicensiering är vanligt kan detta bli en kostsam historia för avtalsparterna.¹³¹

Skulle det vid en översyn visa sig att parternas marknadsandelar överstiger de tillåtna tröskelvärdena kan detta innebära att parterna vill omförhandla sitt avtal vilket kan leda till än högre kostnader.¹³² Fråga är om just detta kan utgöra en av anledningarna till varför tekniklicensiering har blivit allt ovanligare inom läkemedelsindustrin. Företag har uppgett att de hellre köper upp forskningsbedrivande företag än licensierar ut tekniken ifråga. Några konkreta bevis för att detta stämmer finns dock inte.¹³³

3.3.5 Risk för att innovation motverkas

Aktörer har även uttryckt oro över att systemet med marknadsandelar har bidragit till att skapa en ovilja hos företag mot vidare forskning och utveckling. Detta påstående förklaras med att ett företag vet att de har större chans att klara sig från eventuella konkurrensrättsliga sanktioner då innehavet av marknadsandelar inte är alltför stort. Aktören ifråga har bland annat uttryckt sig negativt kring att "there is an implicit message in this

¹²⁸ American Chamber of Commerce, s. 9.

¹²⁹ Speser, L., s. 199.

¹³⁰ LESI, s. 13.

¹³¹ Intellectual Property Lawyers' Association, s. 8.

¹³² Venegas V., s. 362.

¹³³ LESI, s. 14.

Regulation that a company would be safer keeping its market share below 30 %".¹³⁴

3.3.6 Små och medelstora företag

Systemet med tröskelvärden för tillåtna marknadsandelar har framförallt upplevts som betungande för små och medelstora företag, så kallade *SMF:s*. Då dessa företag i många fall är för små för att någon verklig risk för att de ska hämma konkurrensen på en relevant marknad föreligger är det ofta olyckligt att de ska behöva definiera relevant marknad och marknadsandelar då de ingår tekniklicensieringsavtal med varandra. Stora kostnader kan nämligen följa dessa bedömningar.¹³⁵ Kan det verkligen rättfärdigas att mindre företag ska tvingas att lägga betydande summor på att fastställa den relevanta marknaden och de aktuella marknadsandelarna då risken för att konkurrensen faktiskt hämmas av deras avtal är mycket liten?¹³⁶ Vidare kan det även vara extra komplicerat att beräkna marknadsandelar för mindre företag då de många gånger är specialiserade inom sina respektive områden.¹³⁷

3.3.7 Förordningens artikel 8.2

Då marknadsandelar på teknikmarknader har visat sig variera kraftigt över tiden valde kommissionen, för att skapa större säkerhet för företag som ingår tekniklicensieringsavtal, att i artikel 8 gruppundantagsförordningen införa en fristperiod om två år. Som redovisats tidigare anger tvåårsfristen att ett licensavtal som vid dess ingående uppfyllde gruppundantagsförordningens krav på marknadsandelar fortfarande kan falla inom dess tillämpningsområde trots att de tillåtna värdena sedermera kommit att överskridas. Två år från och med den tidpunkt då tröskelvärdena för första gången överskreds är det fortfarande möjligt att använda sig av förordningen. Denna tvååriga fristperiod har dock inte ansetts vara helt optimal, just på grund av att marknadsandelarna varierar så kraftigt på teknikmarknader. Detta medför att det tenderar att bli mycket komplicerat att fastställa den tidpunkt då tröskelvärdena för första gången överskreds, det vill säga från vilken tidpunkt fristen inledningsvis börjar gälla. Med detta följer även svårigheter att bestämma den tid då ett licensieringsavtal inte längre omfattas av gruppundantagsförordningens tillämpningsområde.¹³⁸

¹³⁴ CBI, s. 1.

¹³⁵ Dorsey & Whitney (Europe) LLP, s. 4.

¹³⁶ Herbert Smith, s. 2 f.

¹³⁷ Dorsey & Whitney (Europe) LLP, s. 4.

¹³⁸ American Chamber of Commerce, s. 10.

3.3.8 Tröskelvärdenas nivå

Det har även ifrågasatts varför kommissionen valt att sätta de tillåtna tröskelvärdena för marknadsandelar så pass lågt. De aktörer som använder sig av gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring anser generellt att tröskelvärdena är så lågt satta att någon reell risk för att konkurrensen på en relevant marknad skulle komma att hämmas inte föreligger.¹³⁹ Det kan antas att det på teknikmarknader ofta rör sig ett fåtal större aktörer vilket i många fall således kan innebära att tillämpning av förordningen omöjliggörs.

Vid en jämförelse av vilka tröskelvärden som används för att skapa "säkra hamnar" i andra gruppundantagsförordningar kan förordningen för avtal om forskning och utveckling nämnas.¹⁴⁰ Här anses ett avtal inte påverka konkurrensen negativt i det fall parternas gemensamma marknadsandelar inte överstiger tröskelvärdet om 25 procent. Samma tröskelvärden används i den så kallade koncentrationsförordningen. Koncentrationer vilka inte överstiger 25 procent av den relevanta marknaden hämmar troligtvis inte konkurrensen. Detta bör sättas in i kontexten att licensiering av teknik i grund och botten anses vara något som kan bidra till att främja konkurrensen på en relevant marknad.¹⁴¹

3.3.9 Alternativ säker hamn

I förordningens riktlinjer p. 131 finns ett komplement till den säkra hamnen för marknadsandelar. Trots att avtalsparterna visar sig överstiga de tillåtna tröskelvärdena för marknadsandelar så kan det fortfarande finnas en presumtion för att avtalet inte anses hämma konkurrensen. Detta är fallet om det finns fyra eller fler tekniker som anses vara utbytbara mot den licensierande tekniken och som kontrolleras av oberoende företag. Här har dock åsikter om att fyra tekniker är ett alltför högt krav lämnats. Förslag på att reducera antalet till tre har framkommit.¹⁴²

3.4 Förslag till förändring

3.4.1 Översikt

Som framkommit ovan är de aktörer som använder sig av gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring inte helt nöjda med att kommissionen år 2004 valde att införa systemet med tröskelvärden för

¹³⁹ Steptoe & Johnson, s. 3.

¹⁴⁰ Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal.

¹⁴¹ American Chamber of Commerce, s. 10.

¹⁴² Wilmer Hale, s. 5 f.

marknadsandelar. Problem verkar uppkomma både vid definitionen av de relevanta marknaderna och då parternas marknadsandelar ska fastställas.

Som redovisats tidigare är teknik en insatsvara vilket gör att både den relevanta produktmarknaden och den relevanta teknikmarknaden måste definieras. Att definiera en relevant marknad kan överlag sägas vara ett komplicerat förfarande. Då en produkt redan finns på marknaden blir definitionen emellertid något enklare. Detta ger nämligen en anvisning om hur marknaden ser ut och gör att det blir lättare att använda sig av det så kallade SSNIP-testet¹⁴³ för att med hjälp av det kunna fastställa den relevanta marknaden. Då immateriella rättigheter licensieras kan det vissa gånger vara fråga om teknik som tidigare inte har funnits på marknaden. Att i en sådan situation definiera den relevanta marknaden kan vara komplicerat. Detta leder i sin tur att det uppkommer svårigheter med att fastställa huruvida gruppundantagsförordningen är tillämplig eller inte.

Nedan följer en sammanfattning av de förslag aktörerna har lämnat på hur systemet med marknadsandelar kan förbättras. De olika förslagen kommer att undersökas och diskuteras närmare under uppsatsens del 4.

3.4.2 Relevant produktmarknad

I den mån svårigheterna främst utgörs av att definiera relevant teknikmarknad skulle situationen möjligen kunna förbättras på liknande sätt som skett med de så kallade innovationsmarknaderna. I gruppundantagsförordningens riktlinjer anges nämligen att då kommissionen undersöker om ett avtal riskerar att hämma konkurrensen på en innovationsmarknad ska i regel endast hänsyn tas till huruvida avtalet ifråga hämmar konkurrensen på befintliga produkt- och teknikmarknader.¹⁴⁴ Appliceras detta på konceptet med teknikmarknader innebär det att avtalsparterna istället helt fokuserar på att undersöka eventuell negativ påverkan på relevant produktmarknad då dessa har visat sig vara enklare att definiera.¹⁴⁵ Användare har ansett att förordningen skulle bli mer affärsvänlig om kommissionen tog bort begreppet teknikmarknad för att istället bara fokusera på produktmarknader. Det är generellt sätt enklare för företagsföreträdare att förstå sig på en produktmarknad. Vidare skulle det vara svårt att utforma en förordning som överhuvudtaget inte byggde på ett system med marknadsandelar.¹⁴⁶

3.4.3 Höjning av tillåtna tröskelvärden

I det fall avtalsparterna lyckas att definiera relevant marknad återstår fortfarande svårigheterna med att fastställa avtalsparternas respektive

¹⁴³ a Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

¹⁴⁴ Riktlinjerna p. 25.

¹⁴⁵ Intellectual Property Lawyers' Association, s. 8 f., The Law Society, s. 8 f.

¹⁴⁶ The City of London Law Society, s. 2.

marknadsandelar. Här skulle en höjning av de tillåtna tröskelvärdena kunna medföra en större säkerhet för de företag som önskar ingå ett tekniklicensieringsavtal. Avtalen skulle genom en höjning av tröskelvärdena i större omfattning omfattas av gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Dock skulle detta inte innebära att osäkerheten kring själva beräkningsmomentet eliminerades. Vissa aktörer som har lämnat synpunkter på 2004 års förordning har emellertid ställt sig oförstående till problematiken kring själva beräkningen av marknadsandelar då det i gruppundantagsförordningens riktlinjer finns flera hjälpmedel för beräkning.¹⁴⁷

3.4.4 Avskaffa systemet med tröskelvärden

Ett annat alternativ för att förbättra situationen kan utgöras av att helt avskaffa systemet med tillåtna tröskelvärden för marknadsandelar. Förordningens tillämpning skulle då förslagsvis, liksom tidigare varit fallet, avgöras av huruvida ett licensieringsavtal innehöll något av de svartlistade beteendena eller inte.¹⁴⁸ Med detta skulle emellertid både kommissionens och nationella konkurrensmyndigheters arbetsbörda öka. De skulle i allt större utsträckning vara tvingade att gå in i enskilda fall och begränsa förordningens tillämpningsområde.¹⁴⁹

Ett alternativ till systemet med tröskelvärden skulle kunna vara ett test som fokuserar på antalet oberoende källor av forskning och utveckling som kan sägas utgöra ett ekonomiskt försvarbart substitut till parternas teknologi.¹⁵⁰ En annan möjlighet skulle vara att använda sig av någon typ av omsättningsgräns. Detta skulle underlätta i tillämpningen av gruppundantaget eftersom det då varken skulle krävas en definition av marknaden eller parternas marknadsandelar.¹⁵¹ Man kan dock ifrågasätta hur effektivt ett sådant system skulle vara. Ett företag med liten omsättning kan fortfarande ha stor kontroll över ett visst område.

Vad som även kan diskuteras är möjligheten att slopa användandet av tröskelvärden för marknadsandelar gällande vissa typer av avtal. Exempelvis finns möjligen anledning att ta bort tröskelvärdena för marknadsandelar gällande avtal som slutits mellan icke-konkurrenter. Dessa avtal begränsar sällan konkurrensen. Eventuella konkurrensbegränsande effekter som kan uppkomma vid dessa typer av avtal fångas av tillämpningsområdet i artikel 102 FEUF där förbudet mot konkurrenshämmande beteenden av företag i dominerande ställning finns reglerat.¹⁵²

¹⁴⁷ Connet d.o.o, s. 2.

¹⁴⁸ Dorsey & Whitney (Europe) LLP, s. 2.

¹⁴⁹ Edwards Wildman Palmer, s. 6.

¹⁵⁰ MEDEF, s. 12.

¹⁵¹ Dorsey & Whitney (Europe) LLP, s. 4.

¹⁵² International Chamber of Commerce, s. 4.

3.5 Förordningens uppdelning mellan konkurrenter och icke-konkurrenter

3.5.1 Definition av begreppen

Som framgått tidigare görs i gruppundantagsförordningen skillnad på avtal som ingås mellan konkurrenter och icke-konkurrenter. Licensavtal som ingås mellan konkurrerande företag anses i högre grad riskera att hämma konkurrensen än avtal mellan icke-konkurrenter. Strängare reglering gäller därför dessa så kallade horisontella avtal. Uppdelningen mellan konkurrenter och icke-konkurrenter har visat sig vara ett av de områden flera aktörer har lämnat synpunkter på.

Definitionen av vilka företag som är att betrakta som konkurrenter skiljer sig något åt mellan produktmarknader och teknikmarknader.¹⁵³ Då det är fråga om en produktmarknad omfattar begreppet både faktiska och potentiella konkurrenter. Faktiska konkurrenter utgörs av företag som vid frånvaro av det aktuella avtalet är aktiva på samma produktmarknad och geografisk marknad utan att företagen gör intrång i varandras respektive immateriella rättigheter. Potentiella konkurrenter utgörs istället av företag som på realistiska grunder har möjlighet att genomföra de nödvändiga investeringar som krävs för att de inom en rimlig tid kan komma att träda in på samma produktmarknad. Inträdet på marknaden sker som ett svar på en liten, men bestående, prishöjning. Fortfarande får inte företagen inkräkta på varandras respektive immateriella rättigheter.¹⁵⁴ Inträdet ifråga ska kunna göras inom en "rimlig tid". En tid om ett eller två år har här använts som riktmärke.¹⁵⁵ För att kunna fastställa huruvida parterna till ett licensavtal skulle ha varit konkurrenter vid en avsaknad av licensavtalet ifråga krävs en noggrann undersökning.¹⁵⁶

Vad gäller teknikmarknader omfattar definitionen av konkurrenter istället företag som "beviljar licenser för konkurrerande teknik utan att inkräkta på varandras immateriella rättigheter"¹⁵⁷.

3.5.2 Alltför bred definition av konkurrerande företag

Aktörer som använder sig av gruppundantagsförordningen menar att det kan vara svårt att säkert veta huruvida ett avtal har ingåtts med en konkurrent eller med en icke-konkurrent. Definitionerna verkar helt enkelt vara något

¹⁵³ Anderman S. m.fl., *EU Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, s. 208 f.

¹⁵⁴ Förordningen artikel 1.j.ii.

¹⁵⁵ Cottier T. m.fl., *Concise International and European IP Law*, s. 423, Riktlinjerna p. 29.

¹⁵⁶ O2 (Germany) GmbH & Co. OHG mot Kommissionen, Steptoe & Johnson, s. 2 f.

¹⁵⁷ Förordningen artikel 1.j.i.

besvärliga att applicera på en verklig situation.¹⁵⁸ När det gäller företag aktiva på en produktmarknad kan det vara svårt att veta om en avtalspart är en så kallad potentiell konkurrent, det vill säga ett företag som vid licensavtals ingående inte är att betrakta som en konkurrent men som kan komma att blir det inom en ”rimlig tid”. Då definitionen av vad som är ett konkurrerande företag blir alltför vid uppkommer bekymmer med att placera företag i ettdera facket.¹⁵⁹ Begreppet ”rimlig tid” har i förordningens riktlinjer vanligen ansetts vara en period om ett eller två år.¹⁶⁰

3.5.3 Hög bevisbörda

I förordningens riktlinjer finns hjälpmedel för att kunna fastställa huruvida ett licensavtal har ingåtts mellan konkurrenter eller icke-konkurrenter. I riktlinjernas punkt 32 anges exempelvis att parterna på en teknikmarknad ska betraktas som icke-konkurrenter i de fall de innehar teknik vilken har en ensidig eller ömsesidig blockerande ställning.

En ensidig blockerande ställning existerar vid de tillfällen en teknik inte kan utnyttjas utan att detta för med sig ett intrång i en annan teknik. Ett patent som avser en förbättring av en teknik som omfattas av ett annat patent är ett exempel på en ensidigt blockerande ställning. För att kunna utnyttja det förbättrade patentet krävs således att innehavaren av det förbättrande patentet även erhåller licens till grundpatentet.¹⁶¹

En ömsesidig blockerande ställning föreligger istället i de fall då ingen av teknikerna kan utnyttjas utan att det medför ett intrång i den andra tekniken. För att kunna utnyttja teknikerna måste innehavarna således erhålla licens från varandra eller avsäga sig rättigheterna till sina respektive tekniker.¹⁶²

Då kommissionen avgör huruvida det föreligger någon blockerande ställning kommer utgångspunkt att tas i objektiva faktorer. Parternas subjektiva åsikter beaktas således inte. Objektiva faktorer som har högt bevisvärde kan exempelvis utgöras av ett domstolsbeslut eller ett yttrande från en fristående expert. I de fall parterna till ett licensavtal har ett gemensamt intresse av att göra gällande att en blockerande ställning föreligger krävs särskilt övertygande bevis. Ett sådant gemensamt intresse kan exempelvis finnas då den ömsesidigt blockerande ställningen avser substitutteknik.¹⁶³

Trots det faktum att licensgivare och licenstagare producerar konkurrerande produkter kan det i vissa fall vara möjligt att fastställa att parterna ifråga är icke-konkurrenter. Detta är fallet då den licensierade tekniken utgör en så

¹⁵⁸ LESI, s. 5 f., Steptoe & Johnson, s. 4 f., BDI, s. 3 f.

¹⁵⁹ Steptoe & Johnson, s. 4.

¹⁶⁰ Riktlinjerna p. 29.

¹⁶¹ Riktlinjerna p. 32.

¹⁶² Riktlinjerna p. 32.

¹⁶³ Riktlinjerna p. 32.

pass radikal innovation att licenstagarens teknik har blivit föråldrad och genom detta inte längre är konkurrenskraftig. I dessa fall skapar antingen den licensierade tekniken en ny marknad eller så utestängs licenstagarens teknik från marknaden.¹⁶⁴

Detta kan många gånger vara svårt att konstatera vid tidpunkten för avtalets ingående. Som exempel kan nämnas utvecklingen av cd-tekniken. Då tekniken introducerades på marknaden stod det inte klart att denna skulle komma att ersätta den tidigare vinylskivetekniken. Först några år senare kunde detta konstateras. Detta innebär att parterna kommer att betraktas som om de är konkurrenter vid tidpunkten för avtalets ingående om det inte står klart att licenstagarens teknik är föråldrad och med detta inte längre kommer att vara konkurrenskraftig. I det fall licenstagarens teknik senare anses vara föråldrad eller inte längre kan konkurrera på marknaden ändras därmed förhållandet parterna emellan.¹⁶⁵

De beviskrav som krävs för att visa att en blockerande ställning föreligger anses av en del aktörer som alltför högt ställda.¹⁶⁶ Man menar att en blockerande ställning är mycket svår att bevisa då det är fråga om ny teknik som licensieras. Det är komplicerat att förutse vilken effekt en ny teknik kan komma att få på marknaden. Någon aktör är därför rädd för att detta leder till att mindre teknik licensieras. Här har även kommentarer lämnats om att den tunga bevisbördan kan innebära att licensgivaren väljer att licensiera ut sin teknik till licenstagare som inte lika effektivt kommer att implementera licensen. En mindre effektiv implementering för med sig en lägre risk för att parterna ifråga ska betraktas som konkurrenter. Detta leder i sin tur till att chansen att parternas avtal omfattas av den något mildare regleringen som gäller för icke-konkurrenter ökar.¹⁶⁷

Vissa aktörer menar således att den nuvarande regleringen riskerar att verka uppmuntrande för licensgivare att välja att licensiera sin teknik till licenstagare som inte på ett lika effektivt sätt kommer att utnyttja licensen. Genom detta löper man mindre risk för att bli betraktade som konkurrenter, samtidigt som licensgivaren fortsatt tjänar på att licensiera ut sin teknik.¹⁶⁸

3.5.4 Förändringar under licensavtalets gång

Huruvida avtalsparterna är att betrakta som konkurrenter eller icke-konkurrenter behöver nödvändigtvis inte endast komma att avgöras av parternas förhållande gentemot varandra. En av avtalsparterna kan exempelvis förvärvas av ett annat företag under licensavtalets giltighetstid. Detta kan därmed innebära att en avtalspart som tidigare var att betrakta

¹⁶⁴ Riktlinjerna p. 33.

¹⁶⁵ Riktlinjerna p. 33.

¹⁶⁶ BDI, s. 9.

¹⁶⁷ MEDEF, s. 5.

¹⁶⁸ American Chamber of Commerce, s. 2.

som en icke-konkurrent nu utgör en konkurrent. Detta innebär således att licensavtalet ifråga nu lyder under andra bestämmelser. För att förändringarna inte ska bli alltför drastiska och komma alltför plötsligt innehåller förordningen bestämmelser som den tvååriga övergångsregleringen i artikel 8.2.

Enligt artikel 8.2 kommer de bestämmelser som gällde vid licensavtalets slutande fortsätta att gälla de två följande åren från den tidpunkt förhållandena för första gången kom att ändras. Fråga kan dock uppkomma huruvida två år verkligen är en tillräckligt lång tidsperiod då det generellt kan sägas att det tar tid innan produktion av teknik kommer igång.

En förlängning av tidsperioden i artikel 8.2 skulle innebära en ökad säkerhet för företag som ingår avtal där teknik överförs. Vad som emellertid bör hållas i åtanke är att i det fall två avtalsparter går från att vara icke-konkurrenter till att vara konkurrenter är det som huvudregel endast de tillåtna tröskelvärden för marknadsandelar som kommer att förändras. Detta betyder att de svartlistade beteendena som återfinns i förordningens artikel 4 fortfarande kommer att vara dem som gäller för icke-konkurrenter.¹⁶⁹

3.6 Förslag till förändring

3.6.1 Översikt

Som framgått ovan har den uppdelning förordningen gör mellan konkurrenter och icke-konkurrenter kritiserats av aktörerna. Det är emellertid inte bara det faktum att regleringen inte är den samma för alla licensieringsavtal som kritiserats. De flesta aktörer verkar nämligen hålla med om att licensieringsavtal som ingås mellan icke-konkurrenter löper mindre risk att påverka konkurrensen negativt. Kritik riktas istället mot det sätt definitionerna har utformats på. Nedan följer en sammanfattning av de förslag aktörerna har lämnat till förbättring av det nuvarande systemet. En mer ingående diskussion av de olika förslagen förs i uppsatsens kapitel 4.

3.6.2 Begreppet *potentiell konkurrent*

Ett förslag aktörerna har lämnat för att komma tillrätta med svårigheterna med att använda sig av definitionerna utgörs av ett slopande av begreppet potentiell konkurrent som används på produktmarknader. Definitionen av vad som utgör en konkurrent på en produktmarknad skulle således begränsas till att endast omfatta företag som utan avtalets existens skulle vara konkurrenter på den relevanta marknaden. Någon utvärdering kring

¹⁶⁹ Förordningen artikel 4.3, Riktlinjerna p. 23.

riskerna för att företag inom "rimlig tid" skulle kunna komma att ta sig in på samma marknad och således bli konkurrenter skulle då inte krävas.¹⁷⁰

3.6.3 Begreppet *inom rimlig tid*

Ett annat alternativ skulle vara att mer specifikt tidsbestämma begreppet "inom rimlig tid". Begreppet är i dagsläget något flytande. I riktlinjerna har angetts att rimlig tid i regel utgörs av ett eller två år. Förslagsvis skulle man kunna införa en tydligare tidsperiod i själva förordningen. Ett alltför långt tidsspann skulle dock medföra svårigheter. En aktör har lämnat förslaget på att sätta tidsgränsen till tolv månader.¹⁷¹

3.6.4 Regleringen gällande icke-konkurrenter

Vad som också kan diskuteras i samband med detta är om det verkligen finns någon egentlig anledning till att ha kvar de delar i förordningen som gäller icke-konkurrenter. Tekniköverföringsavtal anses många gånger främja konkurrens. Hämmande effekter har sällan visat sig uppkomma då avtal ingås mellan två företag som befinner sig på olika nivåer i produktions- och distributionskedjan. Ett avskaffande av den reglering som avser icke-konkurrenter eliminerar ju dessvärre inte svårigheterna med att fastställa huruvida parterna till ett avtal är konkurrenter eller inte.

3.6.5 Hög bevisbörda

Som framgått ovan har en del aktörer ansett bevisbördan som krävs för att visa en ensidigt eller ömsesidigt blockerande ställning vara alltför högt ställd. I de fall en blockerande ställning kan påvisas betraktas avtalsparterna som icke-konkurrenter.

Förslag har lämnats på att bevisbördan bör sänkas något och istället utgöras av en rimlig utvärdering av parterna för att se om en blockerande ställning finns. Som skäl till detta har angetts att det är viktigt att avtalsparter inte felaktigt bedöms vara konkurrenter. Aktörerna har ansett att kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet därför inte bör ifrågasätta ett licensavtal endast på grund av tron att avtalsinnehållet skulle vara mer konkurrensmässigt i det fall förhållandet utanför avtalet inte hade existerat.¹⁷²

¹⁷⁰ LESI, s. 6.

¹⁷¹ CEFIC, s. 3.

¹⁷² Businessseurope, s. 2.

3.7 Förordningens artikel 4 och artikel 5

3.7.1 Artiklarnas innehåll

Flera av de aktörer som använder sig av gruppundantagsförordningen för avtal om tekniköverföring har även haft åsikter om artiklarna 4 och 5 i förordningen.

I artikel 4 återfinns den så kallade *svarta listan* där sådana avtalsvillkor som betraktas som särskilt allvarliga begränsningar räknas upp. Vilka avtalsvillkor som omfattas av den svarta listan skiljer sig något åt beroende på om licensieringsavtalet har ingåtts mellan konkurrenter eller mellan icke-konkurrenter. Regleringen som gäller för konkurrenter är något strängare än regleringen gällande icke-konkurrenter. Gemensamt för dem båda är emellertid att licensieringsavtal som innehåller någon av de särskilt allvarliga begränsningarna helt faller utanför förordningens tillämpningsområde.

Licensieringsavtal som ingås mellan två konkurrenter kan delas in i två ytterligare grupper. Förordningen gör nämligen skillnad på *ensidiga avtal* och *ömsesidiga avtal*. Då den svarta listan i artikel 4 är något striktare beträffande ömsesidiga avtal än vad den är beträffande ensidiga avtal kan denna distinktion vara viktigt att ha i åtanke.¹⁷³ Ett ömsesidigt avtal är ett kors-licensieringsavtal som avser konkurrerande tekniker eller tekniker vilka kan användas för att producera konkurrerande produkter.¹⁷⁴ Ett ensidigt avtal definieras istället som ett avtal där endast en av parterna beviljar en licens. Ett kors-licensieringsavtal där tekniker som inte konkurrerar med varandra licensieras betraktas även som ett ensidigt avtal.¹⁷⁵

I det fall avtalsparterna är konkurrerande företag betraktas följande avtalsvillkor som särskilt allvarliga:

- *begränsning av parts möjlighet att fastställa pris vid försäljning till tredje man* (s.k. prisstyrning),
- *begränsning av produktionen* (detta gäller dock inte begränsningar av produktionen av avtalsprodukter, om begränsningarna har ålagts licenstagaren genom ett ensidigt avtal eller ålagts endast en av licenstagarna genom ett ömsesidigt avtal),
- *uppdelning av marknader eller av kundunderlag* samt
- *begränsning av licenstagarens möjligheter att utnyttja egen teknik eller begränsning av möjligheterna för någon av avtalsparterna att bedriva forskning och utveckling om inte en begränsning av sistnämnda slag är*

¹⁷³ Månsson M. m.fl., s. 750.

¹⁷⁴ Förordningen artikel 1.1.c.

¹⁷⁵ Förordningen artikel 1.1.d.

nödvändig för att hindra att licensierad know-how avslöjas för tredje man.
176

En del av dessa avtalsvillkor är emellertid föremål för vissa undantag. Vad gäller den svartlistade företeelsen *uppdelningen av marknader eller kundunderlag* betraktas exempelvis inte ett villkor som utgör en skyldighet för licenstagaren i ett ensidigt avtal att producera avtalsprodukterna endast för en viss kund, i det fall licensen beviljades för att skapa en alternativ leveranskälla för kunden som en särskilt allvarlig begränsning.¹⁷⁷

Då ett licensieringsavtal istället ingås mellan två icke-konkurrenser omfattar de särskilt allvarliga begränsningarna följande avtalsvillkor:

- *begränsning av möjligheterna för en part att fastställa priser vid försäljning av produkter till tredje man (s.k. prisstyrning),*
- *begränsning av det område inom vilket eller av de kunder till vilka licenstagaren får bedriva passiv försäljning samt*
- *begränsning av aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare som bedrivs av en licenstagare som är medlem i ett selektivt distributionssystem och som är verksam i detaljhandelsledet.*¹⁷⁸

Även då det gäller de svartlistade avtalsvillkoren för icke-konkurrenser finns undantag. Som exempel kan här nämnas att en begränsning av det område inom vilket, eller av de kunder till vilka, licenstagaren får bedriva passiv försäljning inte omfattar begränsning av den passiva försäljningen som går till ett exklusivt område eller till en exklusiv kundgrupp som förbehållits licensgivaren.¹⁷⁹

I det fall företag är icke-konkurrenser vid tiden för licensieringsavtalets ingående, men senare blir konkurrenser, gäller trots detta de särskilt allvarliga begränsningarna avseende icke-konkurrenser under hela avtalets giltighetstid. I det fall avtalet ändras i materiellt hänseende kan situationen dock bli en annan.¹⁸⁰

Förordningens artikel 5 innehåller de så kallade *uteslutna begränsningarna*. Återfinns en utesluten begränsning i ett licensieringsavtal kommer denna del av avtalet att falla utanför förordningens tillämpningsområde. Det är därmed fortsatt möjligt för resterande del av avtalet att bli undantaget från artikel 101.1 FEUF genom gruppundantagsförordningen.

De uteslutna begränsningarna omfattar sammanfattningsvis följande avtalsvillkor:

- *direkta eller indirekta skyldigheter för licenstagaren att bevilja licensgivaren eller tredje man en exklusiv licens för de särskiljbara*

¹⁷⁶ Förordningen artikel 4.1.

¹⁷⁷ Förordningen artikel 4.1.c.vii.

¹⁷⁸ Förordningen artikel 4.2.

¹⁷⁹ Förordningen artikel 4.2.b.ii.

¹⁸⁰ Förordningen artikel 4.3.

förbättringar eller nya tillämpningar som licenstagaren tillfört den licensierade tekniken (s.k. grant back-klausul),
- direkta eller indirekta skyldigheter för licenstagaren att helt eller delvis bevilja licensgivaren eller tredje man rättigheter till sina särskiljbara förbättringar som tillförts den licensierade tekniken (s.k. grant back-klausul) samt
- direkta eller indirekta skyldighet som ålagts licenstagaren att inte bestrida giltigheten i de immateriella rättigheter som licensgivaren har på den gemensamma marknaden (s.k. no challenge-klausul).¹⁸¹

I det fall avtalsparterna till ett licensieringsavtal inte är konkurrenter omfattar de uteslutna begränsningarna dessutom avtalsvillkor som utgör *en direkt eller indirekt skyldighet som begränsar licenstagarens möjligheter att utnyttja sin egen teknik eller begränsar möjligheterna för någon av avtalsparterna att bedriva forskning och utveckling, om inte en begränsning av sistnämnda slag är nödvändig för att hindra att ifrågavarande licensierande know-how lämnas ut till tredje man.*¹⁸²

3.7.2 Svårt att ge rådgivning

Som framgått tidigare innehöll föregående gruppundantagsförordningar en uppräknig av svarta förbjudna avtalsvillkor, vita tillåtna avtalsvillkor samt grå villkor som befann sig någonstans mitt emellan de svarta och vita. Sedan den vita listan försvann och förordningen istället bygger på en ekonomisk grund har en del aktörer ansett att det har blivit mer komplicerat att ge konkreta och tydliga råd till företag som önskar att ingå licensieringsavtal.¹⁸³

3.7.3 Komplicerad utformning

Aktörer har bland annat uttalat sig om att i det fall kommissionen ser licensiering av teknik som något positivt för den Europeiska unionens ekonomi bör listan över de avtalsvillkor som återfinns i artikel 4 förenklas. Även icke-experters på det konkurrensrättsliga området ska enkelt kunna ta till sig artikelns innehåll.¹⁸⁴

Vad som har ansetts vara särskilt komplicerat är de långa listorna av undantag till de avtalsvillkor som betraktas som särskilt allvarliga begränsningar.¹⁸⁵ Många av dessa är utformade som dubbelnegationer vilket leder till att villkoren i slutänden anses vara tillåtna. Enligt aktörerna skulle artikel 4 bli mycket enklare att tillämpa i det fall undantagen togs bort helt

¹⁸¹ Förordningen artikel 5.1.

¹⁸² Förordningen artikel 5.2.

¹⁸³ Intellectual Property Lawyers' Association, s. 2 f.

¹⁸⁴ Steptoe & Johnson, s. 5.

¹⁸⁵ Se Förordningen artikel 4.1.c. och 4.2.b.

eller i alla fall smalnades av. Tillämpningen skulle helt enkelt underlättas om artikel 4 angav avtalsvillkor som normalt sett ger upphov till konkurrenshämmande effekter istället för att även lista undantag till dessa villkor.¹⁸⁶ Situationen skulle även kunna förbättras genom tydligare exempel på vilka begränsande avtalsvillkor som faktiskt är tillåtna.¹⁸⁷

Åsikter om att kommissionen bör försöka utforma artikel 4 efter den svarta lista som används i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal har även framkommit. Den svarta listan i förordningen för vertikala avtal har inte uppvisat samma grad av komplexitet vid praktisk tillämpning som de särskilt allvarliga begränsningarna i förordningen för avtal om tekniköverföring har.¹⁸⁸

3.7.4 Problematiskt med alltför omfattande definitioner

Aktörer har även ansett att alltför vida definitioner av de avtalsvillkor som omfattas av artikel 4 kan komma att ställa till problem vid en individuell granskning under artikel 101.3 FEUF. I förordningens riktlinjer anges nämligen att de licensavtal som inte innehåller något av de svartlistade avtalsvilkoren, men som trots detta inte faller under förordningens tillämpningsområde på grund av parternas alltför höga marknadsandelar, ofta kan komma att bli undantagna efter en individuell granskning under artikel 101.3 FEUF.¹⁸⁹ Aktörer har uttalat sig om att denna formulering innebär att licensavtal som innehåller avtalsvillkor vilka omfattas av artikel 4 således har små möjligheter att bli undantagna under artikel 101.3 FEUF.¹⁹⁰

3.7.5 Godkända restriktioner

En aktör har även ansett att de långa listorna av undantag till de särskilt allvarliga begränsningarna kan komma att bli problematiska i de fall ett licensavtal innehåller någon av de ”godkända restriktionerna” i artikel 4 men som trots detta inte faller under förordningens tillämpningsområde på grund av att avtalsparterna har alltför höga marknadsandelar. Det skapas enligt aktören ett intryck av att dessa typer av avtalsvillkor är konkurrensbegränsande och potentiellt ogiltiga även vid en individuell granskning under artikel 101.3 FEUF.¹⁹¹

¹⁸⁶ Intellectual Property Lawyers' Association, s. 5.

¹⁸⁷ LESI, s. 13.

¹⁸⁸ Herbert Smith, s. 4.

¹⁸⁹ Riktlinjerna p. 130.

¹⁹⁰ MEDEF, s. 11.

¹⁹¹ American Chamber of Commerce, s. 8 f.

3.7.6 Förordningen bör vara mer tillåtande

En del aktörer anser att en ny gruppundantagsförordning bör vara mer tillåtande gällande de svartlistade beteendena i artikel 4 än vad den nuvarande förordningen är. Här har regleringen avseende avtalsvillkor som *delar upp marknader och kundunderlag* mellan avtalsparterna särskilt omnämnts. En del aktörer har ansett det vara missvisande att betrakta dessa villkor som särskilt allvarliga begränsningar. De anser inte det finnas något inneboende konkurrenshämmande i att bevilja rätt att marknadsföra immateriella rättigheter på olika tekniska områden, territorier, marknader eller för olika konsumenter. Uppdelningar av denna typ utgör endast ett sätt att säkerställa en effektiv exploatering av de immateriella rättigheterna, vilket i sig inte bör vara något konstigt. Det är istället ett vanligt sätt att använda immateriella rättigheter på.¹⁹²

Att betrakta allokering av marknader och kundgrupper som en särskilt allvarlig begränsning kan för vissa typer av avtal vara rimligt, se bland annat kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse. Då det gäller just licensiering av immateriella rättigheter anser emellertid en del aktörer detta inte vara helt riktigt, eftersom exklusiviteten här endast utgör ett sätt att realisera värdet av de immateriella rättigheterna.¹⁹³ Exklusiviteten kan även syfta till att licenstagaren ska våga investera i den licensierade tekniken, exempelvis genom marknadsföring och produktionsanläggningar. Exklusivitet innebär nämligen att licenstagaren inte behöver oroa sig för olönsamhet på grund av konkurrerande licenstagare. Även för licensgivare är exklusiva inslag i licensieringsavtal positivt då licensgivaren genom exklusiviteten kan vara mer säker på att licenstagaren gör sitt yttersta för att den licensierade tekniken ska spridas effektivt.¹⁹⁴

Vidare ställer vissa aktörer sig frågande till huruvida de avtalsvillkor som presenteras som särskilt allvarliga begränsningar under artikel 4.2 verkligen är riktigt karakteriserade, detta gäller särskilt i situationer då det är fråga om låga marknadsandelar. Avtalsvillkor som reglerar det pris licenstagaren tar för den slutliga produkten har här särskilt omnämnts. Liknande åsikter har presenterats beträffande de begränsningar som gäller passiv försäljning.¹⁹⁵

Vad som även kan nämnas här är att vissa av de avtalsvillkor som nu återfinns bland de uteslutna begränsningarna i artikel 5 i föregående gruppundantagsförordningar har betraktats som särskilt allvarliga begränsningar, det vill säga som avtalsvillkor föremål för artikel 4. Vissa aktörer har därför ansett att kommissionen bör fortsätta denna trend och också ta bort hela listan med uteslutna begränsningar för att istället konstatera att dessa typer av avtalsvillkor vanligtvis inte hämmar konkurrensen. Kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter kan, i

¹⁹² Intellectual Property Lawyers' Association, s. 5.

¹⁹³ The City of London Law Society, s. 5.

¹⁹⁴ Månsson M. m.fl., s. 752.

¹⁹⁵ American Chamber of Commerce, s. 8.

det fall konkurrensen trots allt skulle komma att hämmas, i enskilda fall ta bort gruppundantagsförordningens säkra hamn.¹⁹⁶

3.7.7 Grant back-klausuler

Vissa avtalsvillkor som i artikel 5 benämns som *uteslutna begränsningar* anses av en del aktörer vara något föråldrade. Här åsyftas exempelvis avtalsvillkor som innebär skyldigheter för licenstagaren att bevilja licensgivaren eller tredje man utsedd av licensgivaren exklusiv licens för särskiljbara förbättringar som tillförts den licensierade tekniken. Aktörerna misstänker här att kommissionens ovilja mot dessa s.k. grant back-klausuler härrör från en tid då licensgivaren oftast var den starka avtalsparten som licensierade ut sin teknik till mindre företag. Aktörerna vittnar om att den ”svagare” parten nuförtiden ofta utgörs av licensgivaren vilket innebär att licenstagarna vanligtvis inte har några svårigheter att se över sina egna intressen vid ingåendet av ett licensieringsavtal.¹⁹⁷

Anledningen till att grant back-klausuler överhuvudtaget finns med i licensieringsavtal är att licensgivare ofta önskar att erhålla de förbättringar som tillförts tekniken då förbättringar ökar den licensierade teknikens värde. Det finns dock risk att dessa typer av klausuler minskar licenstagarens incitament till forskning och utveckling eftersom licenstagaren hindras från att utnyttja sina förbättringar fritt. En grant back-klausul riskerar således att föra med sig vissa konkurrenshämmande effekter. De aktuella bestämmelserna i gruppundantagsförordningen, artikel 5.1.a samt artikel 5.1.b, är så kallade starka grant back-klausuler. Detta innebär att en skyldighet för licenstagaren att licensiera förbättringarna till licensgiveren på icke-exklusiv basis inte finns. De nämnda artiklarna tar vidare sikte på ”särskiljbara förbättringar”.¹⁹⁸ Särskiljbara förbättringar utgörs av förbättringar vilka kan utnyttjas utan att inkräkta på den licensierade tekniken.¹⁹⁹

3.7.8 Icke-konkurrenter

Förslag på att helt eliminera den del av artikel 4 som avser avtal som ingåtts mellan icke-konkurrenter har även presenterats, detta då man anser att den stora majoriteten av dessa avtal faktiskt främjar konkurrensen.²⁰⁰ I samband med denna diskussion har även framkommit åsikter om att i det fall licensavtal som ingåtts mellan två icke-konkurrenter visar sig hämma konkurrensen är det större risk att detta är något som faller under artikel 102 FEUF snarare än artikel 101 FEUF. I det fall konkurrenshämmande effekter uppkommer kan dessa undvikas genom att kommissionen för det aktuella

¹⁹⁶ Intellectual Property Lawyers’ Association, s. 6 f.

¹⁹⁷ The City of London Law Society, s. 5.

¹⁹⁸ Månsson M. m.fl., s. 756 f.

¹⁹⁹ Förordningen artikel 1.1.n.

²⁰⁰ LESI, s. 12 samt Riktlinjerna p. 17.

licensieringsavtalet drar tillbaka den säkra hamn förordningen har skapat.²⁰¹ Att förordningens tillämpningsområde dras tillbaka är i vissa fall idag redan möjligt, se förordningens artikel 6.

3.8 Sammanfattning av påtalade svårigheter

Efter framställningen ovan kan sammanfattningsvis sägas att de användare som inkommit med enkätsvar till kommissionen anser att vissa delar av förordningen har orsakat viss tillämpningsproblematik. Bland påtalade svårigheter märks särskilt definition av relevant teknikmarknad då det är fråga om licensiering av ny teknik, beräkning av avtalsparternas marknadsandelar, användning av begreppet potentiell konkurrent samt utformningen av förordningens artikel 4. Fråga är emellertid om de svårigheter som påtalats innebär att förordningen inte har lyckats att uppfylla de krav som ställs i dess preambel. Detta diskuteras i uppsatsens nästföljande kapitel.

²⁰¹ Herbert Smith, s. 8.

4 Diskussion

4.1 Förordningens syften

I denna uppsats inledande kapitel redovisades de krav gruppundantagsförordningen från 2004 strävar efter att uppfylla. Här angavs att kommissionen genom förordningen vill garantera en *effektiv konkurrens* samt erbjuda företag som använder sig av förordningen en *tillräcklig rättsäkerhet*. Vid sidan av detta skulle förordningen dessutom *förenkla regleringen* – både vad gäller bedömningen av om ett licensieringsavtal faller inom förordningens tillämpningsområde och vad gäller den individuella bedömningen enligt artikel 101.3 FEUF. En kommissionär har även uttalat sig om att man genom 2004 års gruppundantagsförordning önskade närma sig den *amerikanska regleringen* på området.

Mot bakgrund av den information som hittills har presenterats följer nu en diskussion kring huruvida förordningen har lyckats att uppfylla de inledningsvis ställda kraven. Diskussionen bygger främst på de av aktörerna lämnade kommentarerna, se uppsatsens tredje kapitel.

Som tidigare omnämnts saknas i stort sett rättsfall på området. En genomgång av rättsfall hade annars varit ett effektivt sätt att undersöka om förordningen fungerat tillfredsställande. Vad kan denna avsaknad bero på? Tekniklicensiering innebär som visats att immateriella rättigheter överförs mellan företag. I de allra flesta fall bör det därför vara rimligt att anta att avtalsparterna önskar att hemlighålla så mycket som möjligt av ett licensieringsavtals innehåll. I det fall tvist uppkommer bör det därför vara vanligare att avtalsparterna väljer att lösa denna i skiljedomstol än i allmän domstol.

4.2 Effektiv konkurrens

4.2.1 Begreppets innebörd

Begreppet *effektiv konkurrens* definierades tidigare i uppsatsen. Som visats innebär en välfungerande effektiv konkurrens en effektiv produktfördelning samt en effektiv produktion. Genom en effektiv konkurrens stimuleras incitament för företag att bedriva forskning och utveckling, med detta bör ökad valfrihet för konsumenterna följa. Effektiv konkurrens bör även föra med sig lägre konsumentpriser.

Risk finns att det kan vara svårt att säga att en förordning som delvis verkar för att underlätta och skapa trygghet vid tekniklicensiering även kan sägas föra med sig incitament för företag att bedriva forskning och utveckling. Förklaring till denna svårighet står att finna i att tekniklicensiering ju

innebär att företag istället för att utveckla egen teknik använder sig av redan befintlig teknik på marknaden. Risk finns att detta innebär att det totala antalet tekniker på en marknad bli färre än det annars skulle ha varit. Detta riskerar i sin tur att innebära mindre konkurrens på marknaden, vilket kan föra med sig att konsumenterna får betala ett högre pris för den slutliga produkten än vad annars skulle ha varit fallet.

Vad som emellertid måste hållas i åtanke är att licensiering av teknik även innebär att fler aktörer än tidigare kommer att få tillgång till tekniken ifråga. Det vill säga, spridning av tekniker underlättas genom licensiering. Detta kan sägas främja konkurrensen på en relevant marknad.

4.2.2 Tröskelvärden för marknadsandelar

Förordningens system med tröskelvärden för marknadsandelar kan vara ett led i att garantera en effektiv konkurrens på marknaden. Då endast licensieringsavtal till vilka avtalsparterna inte har alltför höga marknadsandelar skyddas av förordningens säkra hamn innebär detta att förordningen endast blir tillämplig i de fall också andra aktörer än just avtalsparterna är aktiva på marknaden. Fler tekniker än den licensierade kommer således att finnas på samma marknad. Flera aktörer innebär konkurrens mellan dessa och en strävan efter att utveckla nya och mer effektiva tekniker. Incitament till innovation bör således kvarstå.

4.2.3 Artikel 4 och artikel 5

Förordningens artiklar 4 och 5, innehållande de särskilt allvarliga begränsningarna respektive de uteslutna begränsningarna kan också sägas vara ett led i att garantera en effektiv konkurrens.

Här kan exempelvis nämnas avtalsvillkor som syftar till att begränsa parts möjlighet att fastställa sina priser när denne säljer produkter till tredje man, se artikel 4.1.a. I det fall förordningen skulle vara möjlig att tillämpa trots det faktum att licensgivaren gavs möjlighet att fastställa licenstagarens priser vid försäljning skulle detta riskera att skada konsumenterna. Priskonkurrens skulle med detta inte möjliggöras i samma utsträckning.

Förordningens artikel 4 omfattar som tidigare redovisats även avtalsvillkor som utgör begränsningar av produktionen, se artikel 4.1.b. I det fall en licensgivare skulle kunna fastställa den mängd produkter licenstagaren tilläts framställa med hjälp av den licensierade tekniken skulle även detta kunna innebära att den effektiva konkurrensen kom att hämmas. I det fall ett företag själv inte har möjlighet att bestämma omfattningen av sin egen produktion kan de inte konkurrera med andra företag i den utsträckning de önskar.

Ett annat exempel på innehåll i förordningen som kan sägas sträva efter att garantera en effektiv konkurrens är förbudet mot starka grant back-klausuler, se artikel 5.1.a. En stark grant back-klausul är som tidigare framgått en klausul som innebär att licensgivaren har rätt att kräva en exklusiv licens från licenstagaren omfattande eventuella förbättringar licenstagaren har genomfört på den ursprungligt licensierade tekniken. I det fall ett licensieringsavtal innehåller en stark grant back-klausul, där en licenstagare vet att eventuella förbättringar som genomförs exklusivt måste licensieras till licensgivaren, finns väldigt lite incitament till innovation för licenstagaren. Vet licenstagaren däremot att eventuella förbättringar av tekniken kan licensieras ut till fler aktörer bör incitament för forskning och utveckling fortsatt finnas kvar.

4.2.4 Uppfyller förordningen kravet på att garantera en effektiv konkurrens?

Som framgått tidigare kan det vara svårt att hävda att licensiering av teknik främjar konkurrensen när det gäller incitament för företag att bedriva forskning och utveckling. Istället för att ny teknik utvecklas används ju redan befintlig. Licensiering bör emellertid kunna sägas främja konkurrensen då spridningen av teknik ökar, fler får nu tillgång till tekniken än vad som annars hade varit fallet.

Förordningen innehåller emellertid, som diskuterats ovan, vissa inslag som kan sägas utgöra ett skydd för att en effektiv konkurrens ska kunna garanteras. Förordningen bör därför i alla fall ha bidragit till upprätthållandet av en effektiv konkurrens. I vilken grad hade en effektiv konkurrens kunnat upprätthållas vid licensiering av teknik i det fall området hade lämnats helt oreglerat?

Som framkommit i uppsatsens tidigare kapitel anser en del aktörer att kommissionen inte bör utveckla en alltför sträng reglering gällande tekniklicensiering. Många är av åsikten att tekniklicensiering i de allra flesta fall främjar konkurrensen på en relevant marknad. I de få fall konkurrensen kan komma att hämmas anser en del det vara tillräckligt att kommissionen har möjlighet att dra tillbaka förordningens tillämpningsområde. Ser man på främjandet av konkurrensen utifrån incitament till innovation måste det emellertid sägas vara positivt att kommissionen inte lämnat området helt oreglerat.

4.3 Tillräcklig rättssäkerhet

4.3.1 Begreppets omfattning

Förordningen syftar även till att uppfylla kravet på att ge företag en tillräcklig rättssäkerhet. I det fall ett licensieringsavtal omfattas av förordningens tillämpningsområde ska avtalsparterna inte behöva oroa sig för att bli föremål för eventuella konkurrensrättsliga sanktioner.

Aktörer har dock vittnat om att de har upplevt svårigheter både vid beräkning av avtalsparternas marknadsandelar samt vid fastställandet av huruvida parterna i fråga ska definieras som konkurrenter eller icke-konkurrenter. Då dessa två delar är avgörande för förordningens tillämpning är det mycket viktigt att de är enkla att använda sig av.

I det fall företag upplever svårigheter med att avgöra huruvida ett licensieringsavtal omfattas av förordningens säkra hamn kan frågetecken uppkomma kring huruvida förordningen i alla lägen lyckas att erbjuda avtalsparterna en tillräcklig rättssäkerhet. Nedan följer en diskussion kring de problem som har uppmärksammats av användare samt de förbättringsförslag som lämnats.

4.3.2 Tröskelvärden för marknadsandelar

Många aktörer har lämnat åsikter kring systemet med tröskelvärden för marknadsandelar. Enligt aktörerna är det komplicerat att definiera relevant teknikmarknad och, om man lyckas med detta, är det även komplicerat att beräkna avtalsparternas marknadsandelar. Fråga är dock hur ofta dessa problem i praktiken uppkommer. Av den information aktörerna har lämnat till kommissionen framgår nämligen att problem med att definiera relevant marknad främst uppkommer då helt ny teknik licensieras.

Detta innebär att det i de allra flesta fall inte bör vara alltför komplicerat att definiera den relevanta marknaden. Många av de tekniker som licensieras har troligtvis använts tidigare. Avtalsparterna bör därför i de allra flesta fall veta vilka tekniker som kan betraktas som utbytbara med den licensierade tekniken. I förordningens riktlinjer finns vidare en hel del exempel som ska vara till hjälp vid definitionen.

4.3.3 Licensiering av ny teknik

Att det är svårt att definiera marknaden i de fall det är fråga om licensiering av helt ny teknik beror således på att det kan vara komplicerat att förutse vilka andra tekniker som är att betrakta som utbytbara. Kanske finns heller inga utbytbara tekniker, den licensierade tekniken skapar möjligen en helt ny marknad. Fråga är dock hur vanligt det är att teknik som tidigare inte

används direkt licensieras ut. Som tidigare redovisats tillkommer i vissa fall teknik som en biprodukt vid annan framställning. Möjligen licensieras denna typ av teknik ut omedelbart i de fall företaget som framställt tekniken själv inte har någon nytta av den.

För att underlätta för företag som ingår licensieringsavtal där helt ny teknik överförs skulle förslagsvis en speciell reglering gällande denna typ av avtal kunna införas. Förordningens bestämmelser skulle kunna tillämpas som vanligt, med det undantag att systemet med tröskelvärden för marknadsandelar inte skulle aktiveras förrän då avtalsparterna vet hur den relevanta marknaden ser ut. Alternativt skulle systemet med tröskelvärden för marknadsandelar kunna aktiveras efter en bestämd tidsperiod.

Fråga är dock om denna typ av reglering inte skulle föra med sig andra svårigheter. Hur skulle exempelvis uppdelningen mellan licensieringsavtal som omfattas av förordningens vanliga bestämmelser och de som lyder under specialregleringen göras? Vad är det som avgör om en teknik är att definiera som ”ny”? Anses en utveckling av en redan befintlig teknik utgöra en ny teknik? Att en teknik inte tidigare funnits måste ju inte heller nödvändigtvis betyda att det är komplicerat att definiera den relevanta marknaden. Kanske står det redan vid avtalets ingående klart att flera utbytbara tekniker existerar. Ska systemet med tröskelvärden för marknadsandelar tillämpas direkt i dessa fall? Frågorna som uppkommer tyder möjligen på att en reglering som inte gör någon åtskillnad på tekniklicensieringsavtalen utgör ett enklare alternativ.

4.3.4 Avskaffa systemet med tröskelvärden

Förslag på att avskaffa systemet med tröskelvärden för tillåtna marknadsandelar har även presenterats. I det fall kommissionen tar bort denna del från förordningen bör helst något annat system införas i dess ställe. Kommissionen och nationella konkurrensrättsmyndigheter har sedan tidigare relativt hög arbetsbelastning. Att förlita sig på att de i enskilda fall skulle gå in och dra tillbaka förordningens tillämpningsområde hade ökat denna arbetsbörda ytterligare.

Att återinföra det system som tidigare användes, en så kallad vit lista som räknar upp tillåtna avtalsvillkor känns inte som ett rimligt alternativ. Denna reglering försvann av en anledning, den ansågs vara alltför formalistisk och sakna en ekonomisk analys. Att återinföra den skulle därför vara ett steg i fel riktning. Möjligen skulle ett system där man förlitade sig på en gräns för parternas omsättning utgöra ett bättre alternativ. I det fall avtalsparternas sammanlagda omsättning inte överskred ett visst belopp skulle deras licensieringsavtal omfattas av gruppundantagsförordningens tillämpningsområde.

Ett sådant system hade troligen varit både tydligare och enklare att använda sig av. Det hade handlat om ett konstaterande av parternas sammanlagda

omsättning. Vad man här kan ifrågasätta är hur pass rättvis denna reglering hade varit. Detta system hade framförallt gynnat företag med mindre omsättning. Hur ett företag påverkar konkurrensen handlar ju nödvändigtvis inte om dess storlek, en mer djupgående ekonomisk analys än så krävs ofta. Marknadens uppbyggnad är av avgörande betydelse. I den så kallade koncentrationsförordningen används emellertid ett system som bygger på företagets omsättning. Kanske finns det därför anledning att titta närmare på detta system även gällande tekniklicensiering. I koncentrationsförordningen anses omsättningen emellertid inte vara direkt avgörande för eventuell konkurrenspåverkan. Den blir istället avgörande för om koncentrationen ska behandlas enligt EU-rättsliga- eller nationella konkurrensbestämmelser.

4.3.5 Avskaffa systemet med tröskelvärden delvis

Ett annat förslag går ut på att avskaffa systemet med tröskelvärden för marknadsandelar gällande endast vissa typer av licensavtal. Här har avtal som ingåtts mellan icke-konkurrenter och avtal som ingåtts mellan små och medelstora företag omnämnts. Aktörerna anser att dessa typer av avtal sällan för med sig några konkurrenshämmande effekter. Vidare anses att i det fall ett licensieringsavtal som ingåtts mellan två icke-konkurrerande företag visar sig hämma konkurrensen är detta ett beteende som oftare faller in under artikel 102 och dess missbruk av dominerande ställning än det konkurrenshämmande samarbete i artikel 101 FEUF.

För avtalsparter till dessa typer av licensieringsavtal hade det naturligtvis underlättat om de inte behövde använda systemet med tröskelvärden för marknadsandelar. Samtidigt är det ingen universallösning som underlättar bedömningen av förordningens tillämpningsområde för alla licensieringsavtal.

4.3.6 Relevant teknikmarknad

Enligt flera aktörer har svårigheter med att definiera relevant marknad främst uppkommit då det varit fråga om teknikmarknader. Definition av relevant produktmarknad verkar inte ha inneburit lika mycket problem. Förslag om att ta bort begreppet teknikmarknad från förordningen har därför presenterats. Användare har här menat att kommissionen skulle kunna förenkla bedömningen på liknande sätt som skett med de så kallade innovationsmarknaderna. Vid analys av om ett licensavtal påverkar en innovationsmarknad undersöks i regel endast hur avtalet påverkar konkurrensen på produkt- och teknikmarknader. Endast då det är direkt lämpligt eller nödvändigt att definiera relevant innovationsmarknad görs detta.

Förordningen skulle enligt detta förslag ändras så att företag som huvudregel inte definierade relevant teknikmarknad. Vid undersökning av om konkurrenshämmande effekter på en teknikmarknad uppkom skulle som regel effekterna på relevant produktmarknad istället analyseras. Endast då det ansågs vara direkt lämpligt eller nödvändigt att också definiera relevant teknikmarknad skulle detta ske.

Eftersom denna förordning handlar just om licensiering av teknik kan emellertid ifrågasättas hur stor förändring detta skulle innebära. Skulle det inte i de allra flesta fall anses vara både nödvändigt och lämpligt att också definiera relevant teknikmarknad? I förordningens riktlinjer anges att relevant innovationsmarknad bör definieras när ett licensavtal påverkar innovation som syftar till att skapa nya produkter och när det i ett tidigt skede är möjligt att identifiera forsknings- och utvecklingscentra. Då det handlar om licensiering av teknik faller det sig relativt naturligt att man faktiskt måste undersöka hur teknikmarknaden påverkas av avtalet ifråga. Det kan därför ifrågasättas om denna förändring i praktiken verkligen skulle underlätta bedömningen av förordningens tillämpningsområde.

4.3.7 Beräkning av marknadsandelar

I de fall avtalsparterna lyckas att definiera relevant marknad har i vissa fall svårigheter med att beräkna parternas marknadsandelar istället uppkommit. När det gäller teknik har marknadsandelarna visat sig variera kraftigt över tiden. Ny teknik kan utvecklas snabbt vilket leder till att marknadsandelar kan försvinna lika hastigt som de uppkom. Det blir därför komplicerat för avtalsparterna att säkert kunna säga att deras marknadsandelar håller sig under de tillåtna tröskelvärdena. Vad som dessutom gör beräkningarna komplicerat är det faktum att det är fråga om licensiering av immateriella rättigheter. Information om potentiella konkurrenters marknadsandelar kan således vara besvärligt att få tag på, varför det därmed också blir svårt för avtalsparterna att fastställa sina egna.

När ny teknik licensieras kommer avtalsparternas marknadsandelar att uppgå till noll, detta eftersom man utgår från hur förhållandet såg ut föregående år. Risk finns för att detta blir något missvisande. Avtalsparterna har kanske långt mycket större marknadsandelar än så.

För att underlätta användandet av förordningen anser en del användare att kommissionen bör höja de tillåtna tröskelvärdena. Många anser att de nu är så pass lågt ställda att någon verklig risk för att konkurrensen hämmas inte föreligger. Aktörer anser vidare att de tillåtna marknadsandelarna nu är så pass lågt ställda att det är svårt för företag att veta om de hamnar inom dess tillåtna värden eller inte då marknadsandelarna har visat sig variera en del över tiden. Hade en höjning av andelarna verkligen underlättat bedömningen? Hade inte detta bara flyttat problemet uppåt och med detta även riskerat att äventyra konkurrensen? En höjning innebära att fler licensavtal kom att falla inom förordningens tillämpningsområde. Gruppundantagsförordningen

avser att skapa en säker hamn. Endast licensieringsavtal som på inget sätt riskerar att hämma konkurrensen bör därför undantas från artikel 101.1 FEUF genom förordningen. Det finns ingen presumtion för att avtal som inte faller under dess tillämpningsområde hämmar konkurrensen. Parterna blir istället hänvisade till att göra en individuell bedömning under artikel 101.3 FEUF.

4.3.8 Konkurrent och icke-konkurrent

Många användare av förordningen är vidare av åsikten att förordningens tillämpningsområde blir något osäkert på grund av den uppdelning som görs mellan konkurrenter och icke-konkurrenter. De menar att ett förtydligande av dessa definitioner, som har visat sig vara svåra att använda i verkligheten, skulle bringa mer klarhet i när förordningen kan tillämpas.

Då man går igenom de kommentarer användare har lämnat gällande förordningens uppdelning mellan konkurrenter och icke-konkurrenter verkar de flesta svårigheter ha uppkommit vid bestämmandet om ett företag kan utgöra en så kallad *potentiell konkurrent*. Detta begrepp används på produktmarknader och innebär att avtalsparterna måste utreda om det finns realistiska förutsättningar för att de inom en rimlig tid kan komma att befinna sig på samma marknad.

En del användare anser att förordningen skulle bli enklare att tillämpa i det fall avtalsparternas ställning definierades utifrån den partsställning de har då licensieringsavtalet ifråga ingås. Begreppet potentiell konkurrent skulle således plockas bort från förordningen. Det anses vara alltför osäkert att bestämma parternas ställning genom att försöka titta in i framtiden.

Genom att ta bort begreppet potentiell konkurrent hade det blivit enklare för företag att använda sig av regleringen. Begreppet finns emellertid där av en anledning. Vilka hade konsekvenserna blivit om det hade plockats bort? Som tidigare redovisats lyder licensavtal som ingåtts mellan icke-konkurrenter under mindre stränga bestämmelser. De tillåts ha högre marknadsandelar och omfattas av en mildare svart lista. Kanske används begreppet potentiell konkurrent till viss del för att underlätta för företagen själva. I det fall företag vid ett licensavtals ingående definieras som icke-konkurrenter, men kort därefter träder in på samma marknad, kommer parternas tillåtna tröskelvärden för marknadsandelar att ändras drastiskt. Detta kan innebära att avtalet ifråga inte längre faller under förordningens tillämpningsområde vilket kan riskera att bli en både kostsam och omständlig historia för avtalsparterna.

Vad som också kan diskuteras är om avtalsparterna utan begreppet potentiell konkurrent skulle kunna utnyttja systemet. I det fall parterna vid licensieringsavtalets ingång inte är att betrakta som konkurrenter, men vet att de inom en snar framtid kan komma att bli det, kan de kringgå de

svartlistade avtalsvillkoren i artikel 4. Kanske aktualiseras denna problematik endast i teorin, men den förtjänas ändå att omnämnas.

I stället för att ta bort begreppet potentiell konkurrent kan man möjligen försöka att tydliggöra begreppet ifråga. Enligt dagens reglering ska avtalsparterna i regel titta ett till två år framåt i tiden för att se huruvida det är sannolikt att de inom denna tid kan komma att inträda på samma marknad. Regleringen hade möjligen kunnat bli enklare att använda i det fall kommissionen tydligare tidsbestämde denna gräns. Förslag har lämnats på att sätta gränsen till en period om tolv månader, med reservation för speciella omständigheter. Det kan vara komplicerat för parterna att vara tvungade att titta alltför långt in i framtiden.

Som framkommit tidigare är regleringen beträffande icke-konkurrenter mer tillåtande än den reglering som gäller för konkurrenter. Licensieringsavtal där parterna är icke-konkurrerande företag anses helt enkelt inte riskera att hämma konkurrensen i lika hög grad som ett avtal som har ingåtts mellan konkurrenter. Detta innebär att företag gärna definieras som just icke-konkurrenter. Användare har här lämnat åsikter om att bevisbördan för att visa att ett företag inte är en konkurrent är alltför högt ställd. Användarna syftar här på uppvisande av en så kallad blockerande ställning. Här måste man dock ha i åtanke att förordningen finns för att skydda konkurrensen och inte för att erbjuda så många licensavtal som möjligt dess tillämpningsområde. Förordningen utgör endast en säker hamn för de avtal som inte på något sätt riskerar att hämma konkurrensen. En högt ställd bevisbörda bör därför vara något positivt för marknaden.

Det har även framkommit förslag på att regleringen beträffande icke-konkurrenter helt ska lyftas bort från förordningen. Detta skulle innebära att dessa avtal som huvudregel skulle komma att omfattas av förordningens tillämpningsområde. Man anser helt enkelt att licensieringsavtal mellan icke-konkurrenter mycket sällan riskerar att hämma konkurrensen på en relevant marknad. Licensiering av teknik handlar i grund och botten om just exklusivitet. Med exklusivitet följer i många fall höga marknadsandelar. Att ta bort regleringen som berör icke-konkurrenter skulle dock inte underlätta bedömningen av om avtalsparterna är att ses som konkurrenter eller icke-konkurrenter.

4.3.9 Artikel 4

Möjligt är att förordningen också skulle bli enklare att använda sig av i det fall utformningen av artikel 4 förenklades. Som det ser ut idag räknar förordningen upp ett antal avtalsvillkor som kan riskera att hämma konkurrensen. Finns några av dessa villkor upptagna i ett licensieringsavtal kommer det inte vara möjligt att använda sig av förordningen. Till de uppräknade villkoren finns vidare en hel del undantag. Det är kring dessa många användare har uttryckt osäkerhet. Textens komplicerade utformning har visat sig skapa svårigheter. Är det möjligt att skriva om artikeln så att

det tydligare klargörs vilka avtalsvillkor som inte är förenliga med effektiv konkurrens, utan att använda sig av ett uppräknande av undantag? Risk finns att detta skulle kunna bli en mycket komplicerad text, långt mer svårförståelig än den nuvarande. Kanske är det därför mer effektivt att ha kvar regleringen som den ser ut idag. För att underlätta användandet av artikeln kan kommissionen förslagsvis istället utforma mer exempel på tillämpning i förordningens riktlinjer.

Vissa användare anser vidare att de så kallade godkända restriktionerna som återfinns i artikel 4 kan föra med sig tillämpningsproblematik. Åsikter om att dessa felaktigt sänder ut signaler om att ett licensieringsavtal inte kan undantas enligt artikel 101.3 FEUF har presenterats. Då användarna själva är medvetna om att de godkända restriktionerna inte utgör svartlistade avtalsvillkor bör detta emellertid inte föra med sig någon egentlig tillämpningsproblematik.

4.3.10 Uppfylls kravet på tillräcklig rättssäkerhet?

I det fall ett licensieringsavtal bedöms falla under förordningens tillämpningsområde bör avtalsparterna säkert kunna säga att deras licensieringsavtal inte kommer att bli föremål för några konkurrensrättsliga sanktioner. På det viset uppfyller förordningen tydligt kravet på att erbjuda företag en tillräcklig rättssäkerhet. Vad som däremot i vissa fall har visat sig vara problematiskt är att göra bedömningen av om ett avtal faktiskt omfattas av förordningens tillämpningsområde eller inte.

Problem verkar inte uppkomma vid alla fall av tekniklicensiering utan främst då helt ny teknik licensieras. Det har här visat sig vara svårt att definiera relevant marknad. För att underlätta situationen kan eventuellt införas någon specialreglering då helt ny teknik licensieras. Risk finns dock att en sådan reglering för med sig andra svårigheter. Möjligen kan systemet med tröskelvärden även ersättas av en ordning där företagets omsättning blir avgörande. Hur ett licensieringsavtal påverkar konkurrensen avgörs emellertid inte bara av företagets storlek, en mer ekonomisk analys än så krävs ofta.

Möjligen skulle tillämpningen även kunna förenklas genom ett borttagande av begreppet relevant teknikmarknad. Fråga är emellertid om detta skulle vara effektivt då det är fråga om tekniklicensiering. Det bör i de allra flesta fall här anses lämpligt att definiera en teknikmarknad. Att gå tillbaka till det system som tidigare användes, där tillåtna avtalsvillkor räknades upp känns också som ett steg i fel riktning.

Innan beslut om att ändra systemet med tröskelvärden för marknadsandelar tas bör det diskuteras hur vanligt det är att avtalsparter faktiskt upplever problem med förordningens tillämpning. Vissa aktörer har nämligen ställt sig helt oförstående till svårigheterna och hänvisar till de tydliga exempel som finns att tillgå i förordningens riktlinjer. Definition av begreppet

potentiell konkurrent skulle däremot kunna tydliggöras genom en bestämd tidsangivelse liksom utformningen av artikel 4 möjligen skulle kunna förenklas. Att de tillämpningssvårigheter användare har uppmärksammat skulle innebära att förordningen inte uppfyller kravet på tillräcklig rättssäkerhet kan vara att hårdra det hela lite. I de allra flesta fall verkar inte några svårigheter ha uppkommit. Samtidigt finns emellertid områden som i en framtida förordning bör ses över.

4.4 Förenklad bedömning

Som visats tidigare strävar förordningen även efter att förenkla både bedömningen av om ett licensieringsavtal faller inom dess tillämpningsområde och den bedömning som annars måste göras enligt artikel 101.3 FEUF.

Den information användare har lämnat tyder på att den nuvarande förordningen inte har lyckats med att förenkla bedömningen av om ett licensavtal faller inom dess tillämpningsområde i förhållande till föregående förordning. Den uppdelning som tidigare gjordes mellan tillåtna och icke-tillåtna avtalsvillkor bör ha varit enklare att använda sig av än det nuvarande systemet med tröskelvärden för tillåtna marknadsandelar och uppdelning mellan konkurrenter och icke-konkurrenter. Här måste dock hållas i åtanke att dagens reglering i högre grad innehåller en ekonomisk analys och således är mer flexibel än sin föregångare. Trots att det teoretiskt sett kan vara enklare att pricka av om ett avtalsvillkor är ett godkänt villkor eller inte blir en sådan reglering väldigt stelbent. Ett licensavtal kan ju visa sig innehålla andra villkor, som varken är att betrakta som svarta eller vita. Hur ska dessa bedömas? Risk finns att licensavtalen därför utformas efter förordningens uppbyggnad. Dagens reglering bör därför, trots upplevda svårigheter, utgöra en förenkling eftersom licensavtalens innehåll och utformning utgör fokus snarare än förordningens olika benämning av avtalsvillkor.

Förordningens riktlinjer innehåller som framkommit tidigare även hjälp för att avgöra hur licensieringsavtal ska bedömas under artikel 101.3 FEUF. Då det framkommit att en bedömning enligt artikel 101.3 FEUF kan vara mycket besvärlig att genomföra är det av betydelse att stöd vid bedömningen finns att få. I det fall företag är osäkra på huruvida deras licensavtal kommer att omfattas av förordningens säkra hamn är det även av nytta för dem att smidigt ha tillgång till hjälp med bedömningen om licensavtalet istället kan komma att undantas enligt artikel 101.3 FEUF.

4.5 Avslutande reflektioner

Efter genomgång av förordningens innehåll, utvecklingen på området och de av användare lämnade kommentarerna kan sägas att de allra flesta aktörer verkar vara av åsikten att den nuvarande förordningen utgör ett steg i rätt

riktning. Förordningen anses således i huvudsak vara en bättre reglering än sina föregångare.

Samtidigt finns en del områden som aktörerna anser bör utvecklas och förbättras. Systemet med tröskelvärden för marknadsandelar, uppdelningen som görs mellan konkurrenter och icke-konkurrenter samt utformningen av artikel 4 är de delar som här främst har uppmärksammats. Då dessa delar är centrala för förordningens tillämpning är det viktigt att de fungerar tillfredsställande. Här är det samtidigt viktigt att poängtera att det är långt ifrån vid alla tillfällen dessa områden orsakar tillämpningsproblematik. Enligt diskussionerna ovan får förordningen därför sägas uppfylla sina syften avseende en effektiv konkurrens, tillräcklig rättssäkerhet och ett lättillämpat regelverk. Detta innebär emellertid inte att det inte finns utrymme för förbättring av dessa områden i framtida förordningar. En gruppundantagsförordning ska ju erbjuda en enklare bedömning än den bedömning parterna annars får genomföra under artikel 101.3 FEUF. I de fall tillämpningssvårigheter uppkommer bör de områden som orsakar problematik därför ses över och ändras.

Som framgått ovan uppkommer problem med systemet med tröskelvärden för marknadsandelar främst vid licensiering av helt ny teknik. I dessa fall är det svårt att definiera den relevanta marknaden. Enligt min åsikt utgör systemet med tröskelvärden för marknadsandelar trots detta ett bättre alternativ än övriga förslag som har presenterats. Det nuvarande systemet innehåller en ekonomisk analys vilket är en viktig del vid avgörandet av om konkurrensen på en relevant marknad riskerar att hämmas eller inte. Jag anser dock att situationen möjligen skulle kunna underlättas genom att licensavtal avseende helt ny teknik inledningsvis inte skulle omfattas av systemet med tröskelvärden för marknadsandelar. Först då den relevanta marknaden är möjlig att definiera skulle förordningens artikel 3 bli aktuell att tillämpa. Möjligen kan detta föra med sig andra svårigheter, såsom problem vid definition av vad som utgör ny teknik samt risk för att förordningens tillämpning skulle omöjliggöras då avtalsparternas marknadsandelar väl beräknades. Det sistnämnda skulle dock vara en risk avtalsparterna är medvetna om redan vid licensavtalets ingående.

Vidare anser jag att en tydligare definition av vad som utgör en potentiell konkurrent hade underlättat för avtalsparterna. Regleringen är idag något otydlig. I riktlinjerna sägs att avtalsparterna måste undersöka om de kan komma att träda in på samma produktmarknad inom i regel ett till två år. Jag förstår samtidigt att det kan vara svårt att sätta en mer bestämd tidsram. Mycket beror på omständigheterna i varje enskilt fall. Trots detta anser jag att perioden bör kunna kortas ner till som huvudregel ett år. Att göra bedömningar långt in i framtiden riskerar att bli alltför komplicerat och osäkert för avtalsparterna. Dock bör bestämmelsen alltjämt medge undantag för speciella situationer.

Vad gäller förordningens artikel 4 och artikel 5 anser jag inte att de behöver omformuleras eller omarbetas. Artiklarnas språkliga utformning har av vissa

användare ansetts vara svårförståelig och onödigt komplicerad. Jag har dock inte hittat något förslag på hur innehållet skulle kunna formuleras på ett enklare sätt. Att, vad gäller artikel 4, inte använda sig av dagens uppbyggnad med undantag skulle enligt min uppfattning riskera att göra artiklarnas utformning än mer invecklad. Vad gäller båda artiklarnas innehåll, vilket vissa användare ansett vara alltför strängt och till viss del även föråldrat, anser jag tvärtom att innehållet till stor del bidrar till förordningens syfte att garantera en effektiv konkurrens. Med hänsyn till detta bör artiklarna behålla sitt innehåll trots att de av vissa upplevs som stränga och komplicerade.

Vissa användare har som framgått ovan uttryckt åsikter om att kommissionen i framtiden bör göra regleringen för grupper av avtal om tekniköverföring mer tillåtande. Vid varje förändring som genomförs är det emellertid viktigt att ha i åtanke att förordningen endast strävar efter att skapa en säker hamn för licensieringsavtal som inte riskerar att hämma konkurrensen på en relevant marknad. Det faktum att ett avtal inte faller under förordningens tillämpningsområde är inte en presumtion för att avtalet ifråga hämmar konkurrensen. Istället får en individuell bedömning under artikel 101.3 FEUF göras.

Bilaga

QUESTIONNAIRE

The Block Exemption Regulation on technology transfer agreements deals with technology transfer agreements both between competitors and non-competitors (in other words it covers both horizontal and vertical agreements regarding technology transfer). It covers only bilateral agreements.

The Guidelines on technology transfer agreements cover both bilateral as well as multiparty licensing agreements (such as patent pools). It explains in further depth the articles and concepts in the Block Exemption Regulation but also gives guidance on how to assess agreements which do not fulfill the criteria set out in the Block Exemption Regulation (for example if the parties to the agreement have a (joint) market share exceeding the relevant market share threshold).

The purpose of this questionnaire is to get stakeholder input on how the existing Regulation and Guidelines have worked in practice and what improvements are possible. All input is welcome and you are neither obliged to answer all questions or to follow this format.

1. Is your company primarily a **licensor or licensee** of technology? In which sector(s) or broad product groups?
2. Do you, overall, consider that the Block Exemption Regulation and the Guidelines **have proven to be a well-functioning system** for assessing technology transfer agreements?
3. Can you give an **indication of the impact** (positive and negative) of the current competition rules on the business of your company? What would be the impact on your business if there were no Block Exemption Regulation and Guidelines?
4. Please report **any problems raised by the application** of the Block Exemption Regulation and/or the Guidelines. Please indicate also the sector/broad product group(s) in which such problems were encountered and the type of solution found, if any, to address the problems and results obtained.
5. Do you have any suggestions as to how one could clarify **either the concepts or terminology** used in the two instruments?
6. According to your experience, do you consider that some of the provisions in the current Block Exemption Regulation and/or parts of the text of the Guidelines have become **unsatisfactory or need to be updated**

due to developments (in particular developments after 2004 when the current system was put in place) that have taken place at the national and European level either generally or in a particular industry? Please provide reasons for your response.

7. Do you believe that there are **any specific competition "issues" related to technology transfer agreements not currently addressed** by the current Block Exemption Regulation or Guidelines and that should be considered in the review? For example should the scope of the Block Exemption Regulation and/or the Guidelines cover other types of production related agreements such as agreements, where trade-marks are licensed for display on consumer goods but there is no licensed technology? In addition, are there new contractual arrangements or clauses in technology transfer agreements which could have an impact on competition and which are not explicitly dealt with in the Block Exemption Regulation and/or the Guidelines? Please provide reasons for your response.

8. Have you been involved in **litigation** and/or **competition investigations** concerning the Block Exemption Regulation and/or the Guidelines? Or are you aware of national cases and/or arbitration awards that could be relevant for the Commission's review. Please specify.

9. Do you consider that there is **a need to keep a Block Exemption Regulation in this field** or would it be enough to merely give guidance (including relevant safe-harbours) in the Guidelines?

10. Do you have any particular **comments on the list of hardcore restrictions** in Article 4 and/or the **list of excluded restrictions** in Article 5 of the Block Exemption Regulation? In particular, should the lists include also other type of restrictions or should, on the contrary, certain restrictions be removed from them? We would welcome comments as to whether you consider the balance right as regards the Commission's policy toward territorial restrictions, field of use restrictions and possibilities of exclusive and non-exclusive grant-backs.

11. Have you encountered practical difficulties in **calculating the relevant market shares** for the purpose of applying the Block Exemption Regulation (c.f. Article 3(3))? If so, how could this situation be improved?

12. The Commission has recently commissioned a study on competition law and patent law, available at the webpage of this consultation:

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/index_en.html.

Do you have any comments on this study? We would particularly welcome comments on the specific issues of cross-licensing, patent pools and grant-backs respectively, which are addressed in the study.

13. Any other observations or suggestions for improvement of competition policy in this area?

Källförteckning

Litteratur

Alexiadis Peter, Walther Michael, *New EU Technology Transfer Block Exemption*, 2004. Tillgänglig:
<http://www.gibsondunn.com/publications/Pages/NewEUTechnologyTransferBlockExemption.aspx> (2012-12-10).

Anderman Steven, Schmidt Hedvig, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, 2. uppl., Oxford University Press, New York, 2011.

Anderman Steven, Kallaugher John, *Technology Transfer and the New EU Competition Rules – Intellectual Property Licensing After Modernisation*, Oxford University Press, New York, 2006.

Cottier Thomas, Véron Pierre, *Concise International and European IP Law, TRIPS, Paris Convention, European Enforcement & Transfer of Technology*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.

Faull Jonathan, Nikpay Ali, *The EC Law of Competition*, 2. uppl., Oxford University Press, New York, 2007.

Glader Marcus, *Innovation Markets and Competition Analysis EU Competition Law and US Antitrust*, Edward Elgar Publishing Ltd, Northampton, 2006.

Gölstam Carl Martin, *Licensavtalet & konkurrensrätten*, Iustus Förlag, Uppsala, 2007.

Hettne Jörgen, Eriksson Otken Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

Jones Alison, Sufrin Brenda, *EC Competition Law (text, cases and materials)*, 2. uppl., Oxford University Press, New York, 2004.

Lidgard Hans Henrik, Atik Jeffery, *The Intersection of IPR and Competition Law – Studies of Recent Developments in European and U.S. Law*, Intellecta Docysus, Göteborg, 2008.

Månsson Martin, Persson Fredrik, *Svårtillämpat nytt EG-gruppundantag för licensavtal*, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 2004/05, häfte 3, s. 741-761.

Nguyen Tu Thanh, *Competition Law in Technology Transfer Under the TRIPS Agreement - Implications for Developing Countries*, Faculty of Law, Lund University, Göteborg, 2009.

Ratliff John, Goldmann Michael, *Upcoming Reform of the Technology Transfer Block Exemption – Important Developments for Companies Involved In Licensing Activities*. Tillgänglig:
<http://www.wilmerhale.com/files/Publication/ca8cec16-a438-4fad-b9d6-3f502815c1c0/Presentation/PublicationAttachment/b29da068-ae4f-4173-92cb-e55b2deb6cf7/EU%20Bulletin%2002-27-03.pdf> (2012-12-10).

Speser L. Phyllis, *The Art & Science of Technology Transfer*, John Wiley & Sons, Inc, New Jersey, 2006.

Turner Jonathan D.C, *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2010.

Venegas Vladimir Bastidas, *Promoting Innovation – A Legal and Economic Analysis of the Application of Article 101 FEUF to Patent Technology Transfer Agreements*, Universitetservice, Stockholm, 2011.

Whish Richard, *Competition Law*, 6. uppl., Oxford University Press, New York, 2009.

Rättsakter från EU

Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen, 25.3.1957.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. EUT C 83, 30.3.2010, s. 1-388.

Kommissionens förordning (EEG) nr 2349/84 av den 23 juli 1984 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av patentlicensavtal. EGT L 219, 16.08.1984 s. 15-24.

Kommissionens förordning (EEG) nr 556/89 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av know-how-licensavtal. EGT L 061, 04.03.1989 s. 1-13.

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 L 31 , 09.02.1996 s. 2-13.

Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring. EUT L 123, 27.04.2004 s. 11-17.

Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden. EUT L 102, 23.4.2010, s. 1–7.

Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal. EUT L 335, 18.12.2010, s. 36-42.

Rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpningen av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden. EGT L 36, 6.3.1965, s. 533-535.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. EGT L 1, 4.1.2003, s. 1-25.

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer. EUT L 24, 29.1.2004, s. 1-22.

Övriga dokument från EU

Commission Evaluation Report on the Transfer of Technology - Block Exemption Regulation no 240/96, Technology Transfer Agreements under Article 81. Tillgänglig:

<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522chindoc2.pdf> (2012-12-10).

Enkät svar från användare av gruppundantagsförordningen 772/2004 för grupper avtal om tekniköverföring. Svar från följande företag har används:

Registrerande organisationer

- American Chamber of Commerce
- Bundesverband der Deutschen Industrie (“BDI”)
- BITKOM
- Confederation of British Industry (“CBI”)
- CEFIC
- Intellectual Property Lawyers' Association
- MEDEF
- Philips

Enskilda deltagare

- BusinessEurope
- Confederation of Swedish Enterprise
- Connet d.o.o.
- Dorsey & Whitney (Europe) LLP
- Edwards Wildman Palmer

- Herbert Smith
- International Chamber of Commerce
- LES Licensing Executives Society ("LESI")
- Steptoe & Johnson
- The City of London Law Society
- The Law Society
- Wilmer Hale

Samtliga enkätsvar finns tillgängliga:

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/
(2012-12-10).

Enkäten finns tillgänglig (se även Bilaga):

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/questionnaire_en.pdf (2012-12-10).

Kommissionens tillkännagivande om patentlicensiering. EGT C 139, 24.12.1962, s.2922–2923.

Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte påverkar konkurrensen enligt art 81.1 i EG-fördraget. EGT C 368, 22.12.2001 s.13-15.

Kommissionens tillkännagivande, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C 101, 27.04.2004 s.81-96.

M. Mario Monti European Commissioner for Competition Policy The new EU Policy on Technology Transfer Agreements Ecole des Mines Paris, 16th January 2004. Tillgängligt: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-19_en.htm?locale=en (2012-12-10).

Riktlinjer för tillämpning av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring, EUT C 101, 27.04.2004 s. 2-42.

Övriga dokument

Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. April 6 1995. Tillgängligt: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm> (2012-12-10).

Rättsfallsförteckning

Domar från EU:s domstolar

Förenade målen 56/64 och 58/64, *Établissement Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen*, 13 juli 1966, [1966] ECR 429, [1966] CMLR 418.

258/78 *L.C. Nungesser KG och Kurt Eisele mot Kommissionen*, 8 juni 1982 [1982] ECR 2015, [1983] 1 CMLR 278.

C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, 26 november 1998, [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

T-184/01 *IMS Health GmbH & Co mot Kommissionen*, 26 oktober 2001, [2001] ECR II-3193, [2002] 4 CMLR 58.

T-328/03 *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG mot Kommissionen*, 2 maj 2006, [2006] ECR II-1231 68.

T-201/04 *Microsoft Corpn mot Kommissionen*, 17 september 2007, [2007] ECR II-000, [2007] 5 CMLR 846.

Kommissionens beslut

Kommissionens beslut 89/205/EEG, *Magill TV Guide Limited mot Independent Television Publication Limited, British Broadcasting Corporation & Radio Telefis Eireann (Magill)*, 21 december 1988, EGT 1989 L 78/43, [1989] 4 CMLR 757.