



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Johanna Henningsson

# Patentpoolen och risken för konkurrenshämmande verksamhet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Aurelija Lukoseviciene

Termin: HT 2021

# Innehållsförteckning

SUMMARY .....	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRKORTNINGAR .....	3
1. INLEDNING.....	4
1.1 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR .....	5
1.2 AVGRÄNSNINGAR .....	5
1.3 METOD, MATERIAL OCH FORSKNINGSLÄGE .....	5
1.4 DISPOSITION .....	7
2. BAKGRUND .....	8
2.1 GRUNDLÄGGANDE PATENTRÄTT .....	8
2.2 VAD ÄR EN PATENTPOOL? .....	8
2.2.1 <i>Ett praktiskt exempel</i> .....	9
2.3 KONKURRENSRELATERADE FÖRDELAR MED PATENTPOOLER.....	10
3. REGLERINGEN AV PATENTPOOLER UNDER EU-RÄTTEN.....	12
3.1 BAKGRUND: DET GENERELLA REGELVERKET .....	12
3.2 RIKTLINJERNA .....	14
3.2.1 <i>Patentens inbördes förhållanden</i> .....	14
3.2.2 <i>Bedömningen av patentpoolens förvaltning</i> .....	18
3.2.3 <i>En trygg hamn för patentpooler</i> .....	19
3.2.4 <i>Bedömningen av enskilda begränsningar i licensieringsavtalet</i> .....	20
3.3 RIKTLINJERNAS ICKE-VARANDE SOM RÄTTSKÄLLA .....	24
4. ANALYS .....	25
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING .....	27

# Summary

The market economy sought within the European Union is based on concepts such as competitiveness, welfare, and innovation. Innovation is, in particular, considered to be an important and dynamic part of the market by promoting competition. The patent pool is based on an arrangement between competitors. Anyone who has become acquainted with competition law is well aware of its critical attitude towards cooperation agreements. Pooling agreements illustrate the difficulty of balancing the interests of intellectual property rights and competition law. Competition law is uniformly regulated within the union. When dealing with patent pools, the relevant regulation is Article 101 (1) TFEU, under which cooperation that risks harming competition is prohibited. As patent pools are not covered by the regulations which exempt groups of agreements from the prohibited area, the assessment is made in relation to Article 101. In order to help companies examine their agreements the Commission has developed general guidelines.

The guidelines paint a picture of the conditions under which pooling agreements are assumed to harm or promote competition. The assessment takes place in two steps and the analysis includes the agreement on the formation of the pool as well as the licensing out agreement. Several risks can be identified. Firstly, the nature of the pooled patents is crucial. Substitute patents should not be pooled at all, and attention should be paid to pools that contain complementary but non-essential patents. When assessing such pools, the risk of exclusion of third parties is crucial as well as rule of reason analysis where economic benefits are taken into account. Overall, the Commission emphasizes the risk of exclusion of third parties. To reduce the risks, the Commission offers some solution through, for example, the use of an independent expert. On the same track, open participation, non-exclusivity and reasonable as well as fair conditions are highly valued.

The thesis describes the legal framework that surrounds patent pools within the union and discusses the risks associated with such arrangements. The lack of actual sources of law has brought shortcomings in the current system to light. In the author's opinion, there is reason to question the durability in the current regulation.

# Sammanfattning

Den sociala marknadsekonomi som eftersträvas inom EU har sin grund i begrepp som konkurrenskraft, välfärd och innovation. Just innovation anses utgöra en viktig och dynamisk del av marknaden genom att främja fri konkurrens. Patentpooler har av många ansetts vara ett gott medel för att gynna innovation och dessa utgör därmed en viktig spelare på den fria marknaden. Patentpoolen innebär i grunden ett avtal mellan konkurrenter. Den som tidigare bekantat sig med konkurrensrätten känner till den kritiska inställning till samarbetsavtal som rättsområdet står för. Poolingarrangemang rör sig i gränslandet mellan tillåtet och otillåtet samarbete och illustrerar väl balansgången mellan konkurrens- och immaterialrättens intressen. Frågor som rör fri konkurrens regleras enhetligt inom unionen. För patentpoolens del aktualiseras framförallt artikel 101.1 FEUF under vilken samarbete som riskerar att skada konkurrensen förbjuds. Eftersom patentpooler inte omfattas av de förordningar som undantar grupper av avtal från förbudsområdet sker bedömningen i förhållande till artikel 101. Som vägledning har kommissionen tagit fram allmänna riktlinjer.

Genom riktlinjerna skapas en bild av under vilka förutsättningar poolingarrangemang antas skada eller gynna den fria konkurrensen. Bedömningen sker grovt taget i två steg, där analysen omfattar såväl avtalet om bildandet av poolen som licensieringsavtalet från denna. Vissa risker identifieras. För det första är patentens inbördes förhållanden avgörande. Substitutpatent bör inte poolas alls och extra uppmärksamhet bör riktas till pooler som innehåller kompletterande men icke-nödvändiga patent. Vid bedömning av sådana pooler blir risken för utestängning av tredje man avgörande, tillsammans med en proportionalitetsbedömning där hänsyn tas till den ekonomiska nyttan av poolen. Även i övrigt läggs stor vikt vid risken för utestängning av tredje man. För att minska riskerna erbjuder kommissionen viss lösning genom till exempel anlita en oberoende expert. På samma spår värderas öppet deltagande, icke-exklusivitet och rimliga samt rättvisa villkor högt.

Uppsatsen redogör för de rättsliga ramar som omgärdar patentpooler inom EU och diskuterar samtidigt de risker som kopplas till arrangemangen. Under arbetets gång har avsaknaden av bindande rättskällor tydliggjort brister i det nuvarande systemet. Det finns, enligt författarens mening, grund att ifrågasätta den säkerhet regleringen innebär för den fria konkurrensen.

# Förkortningar

FRAND

Eng: fair, resonable and non-discriminatory terms.

Sve: rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor.

Riktlinjerna

Meddelande från kommissionen –  
Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring.

TTBER

Kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring.

# 1. Inledning

Innovation utgör en viktig och dynamisk del av den sociala marknadsekonomi som eftersträvas inom EU. Såväl immaterialrätter som konkurrens är viktiga medel i strävan efter innovation. Immaterialrätterna har av Kommissionen ansetts främja konkurrens genom, som denna beskriver det:

”Immateriella rättigheter främjar en dynamisk konkurrens genom att uppmuntra företag till att investera i utveckling av nya eller förbättrade produkter och processer. Även konkurrens tvingar företagen att ägna sig åt innovation. Därför är både immateriella rättigheter och konkurrens nödvändiga för att främja innovation och för att garantera att innovationer utnyttjas på ett konkurrenskraftigt sätt.”<sup>1</sup>

Förhållandet mellan konkurrensrätten och immaterialrätten kan dock betraktas i olika ljus. Samtidigt som de två rättsområdena kan sägas främja varandras mål, kan de ur ett annat perspektiv anses begränsa varandras syften. Betraktar man förhållandet ur det ena perspektivet kan man skönja problem vad gäller balansgången mellan de två rättsområdena. Eftersom immaterialrätterna ger innehavaren en skyddad position på marknaden riskerar detta att medföra effekter som kan verka konkurrensbegränsande. Ensamrätterna fungerar ju just som legala monopol, vilket ur en konkurrensrättslig synvinkel är oönskat.<sup>2</sup> Ur det andra perspektivet kan såväl immaterialrätten som konkurrensrätten sägas främja utvecklingen av den välfungerande marknaden.<sup>3</sup> Genom att immaterialrättens ensamrätter utgör viktiga ekonomiska tillgångar stimuleras marknaden. Samtidigt skapar ensamrätterna incitament till innovation, vilket har bedömts som viktigt ur såväl ett immaterialrättsligt som konkurrensrättsligt perspektiv.<sup>4</sup>

Trots att de båda rättsområdena i mångt och mycket är olika medel för att nå samma mål uppkommer ibland situationer där det ena rättsområdets intressen bedöms vara mer skyddsvärt än det andra. Patentpooler och dess rättsliga reglering belyser balansgången. Patentpoolen är i grunden ett samarbetsavtal mellan konkurrenter, något som generellt är oönskat ur en konkurrensrättslig synvinkel. Emellertid har poolingarrangemanget ansetts ha positiva effekter för såväl marknaden som innovationen.<sup>5</sup> Genom att analysera

---

<sup>1</sup> Riktlinjerna, p. 7.

<sup>2</sup> Gölstam, s. 99.

<sup>3</sup> Ibid., s. 99.

<sup>4</sup> Se fotnot 246 i Gölstam.

<sup>5</sup> Se avsnitt 2.4 med fotnoter.

kommissionens riktlinjer och åsikter i doktrinen önskar jag konkretisera varför patentpoolen anses vara skyddsvärd, och på samma gång framhålla de risker förknippade med poolingarrangemang i stort.

## 1.1 Syfte och frågeställningar

Patentpooler anses främja innovation och ha en positiv inverkan på marknadsekonomi genom att bland annat minska transaktionskostnader och erbjuda licenstagare så kallad ”one-stop”-licensiering av teknik. Genom att förenkla licensieringsprocessen kan fler konkurrenskraftiga aktörer ta sig in på den relevanta marknaden. Samtidigt omgärdas patentpooler av ett snårigt regelverk där steget från konkurrensfrämjande till konkurrenshämmande verksamhet sällan är långt.<sup>6</sup> Uppsatsen syftar till att utreda det komplicerade rättsläget. Avstamp tas i följande frågeställningar:

- Hur ser den konkurrensrättsliga regleringen kring patentpooler ut i EU?
- Vilka konkurrensrelaterade risker kopplade till patentpooler uppmärksammas av lagstiftaren och hur betraktas dessa i rättsvetenskapen?

## 1.2 Avgränsningar

Begreppet patentpool har i rättsvetenskapen använts för att beskriva såväl interna licensavtal mellan poolmedlemmar, s.k. korslicenser, som avtal mellan poolen och tredje man.<sup>7</sup> Den förra typen av pooler regleras annorlunda än den senare och korslicensiering har därför utelämnats från uppsatsen.

Av utrymmesskäl analyseras endast patentpooler under artikel 101 FEUF. Eventuella konkurrensrättsliga problem kopplade till patentpooler som faller under artikel 102 FEUF har alltså utelämnats från uppsatsen.

## 1.3 Metod, material och forskningsläge

Den rättsdogmatiska metoden ligger väl i linje med uppsatsens syfte. Rättsdogmatiken tar traditionellt sin utgångspunkt i de allmänt vedertagna rättskällorna, däribland lagstiftning,

---

<sup>6</sup> WIPO, s. 9.

<sup>7</sup> D.C. Turner, s. 284.

förarbeten och rättsdogmatisk litteratur.<sup>8</sup> Med bakgrund av nämnda rättskällor analyseras gällande rätt. På konkurrensrättens område aktualiseras i sammanhanget framförallt artikel 101 FEUF. Vad gäller specifikt patentpooler bör dock noteras att verkliga rättskällor saknas. De riktlinjer som på området tagits fram av kommissionen saknar ställning som rättsakt enligt artikel 288 EUF. Poolmedlemmar är därmed inte bundna att följa de riktlinjer kommissionen ställt upp, och en domstol är fri att avgöra en rättstvist enligt eget huvud snarare än enligt kommissionens åsikt.<sup>9</sup> Bristen på egentliga rättskällor skapar utrymme för ytterligare kritisk analys. Av denna anledning har jag valt att ta mig an uppsatsen med ett kritiskt förhållningssätt. Kommissionens ställningstaganden har därav kompletterats med alternativa lösningar, åsikter och tänkbara konsekvenser hämtade från doktrinen.

Vad gäller materialvalet har utgångspunkt tagits i kommissionens riktlinjer. Dessa erbjuder en förhållandevis djupgående analys av rättsläget. Kommissionens riktlinjer står å andra sidan endast för en del av det spektrum av åsikter som omgärdar patentpooler och det har därmed varit väl på plats att komplettera framställningen med de förhållningssätt som framhållits i doktrinen. Dessa har varit av såväl instämmande som kritiserande karaktär. Min förhoppning är att läsaren på så sätt kan bilda sig en god uppfattning av såväl brister som styrkor i den nuvarande regleringen.

Under arbetets gång har jag uppmärksammat de problem som bristen på relevanta domslut orsakar.<sup>10</sup> Detta har inneburit att uppsatsens fokus snarare blivit teoretiskt än praktiskt. Problemet fördjupas av att i stort sett all litteratur på området antar samma teoretiska förhållningssätt, och empiriska studier lyser med sin frånvaro. På forskningens område bör också nämnas att en stor del av den litteratur jag under arbetets gång hunnit bekanta mig med härstammar från tiden innan 2014, då kommissionens nuvarande riktlinjer trädde i kraft. Trots att dagens riktlinjer i mångt och mycket påminner om dess föregångare har kommissionen ändrat uppfattning vad gäller en viktig del av poolingarrangemanget – det som rör licensieringen från poolen. Licensieringsprocessen omfattades tidigare av TTBER och en stor del av den litteratur jag tagit mig an har därmed denna förordning som utgångspunkt, något som står i kontrast med denna framställning. Med allt detta sagt är några av de namn som varit ledande för mig i mitt arbete Bastidas Venegas, Pourrahim och Carlsson. Genom sin

---

<sup>8</sup> Kleineman, s. 21.

<sup>9</sup> Pourrahim, s. 304.

<sup>10</sup> Regibeau & Rockett, s. 1.



doktorsavhandling erbjuder Bastidas Venegas argument behjälpliga för att förstå rättsområdet på djupet. Pourrahims framställning redogör grundligt för området och Carlsson presenterar väl avvägda argument för och emot den gängse uppfattningen om patentpooler. Jag har under arbetets gång stött på allt fler namn, men dessa låter jag läsaren bekanta sig med under läsningens gång.

## **1.4 Disposition**

Uppsatsen tar sitt avstamp i en redogörelse av de allmänna ramarna hos patentpooler. I kapitel två diskuteras därmed såväl grundläggande patenträtt som definitionen av patentpoolen. För att öka läsarens förståelse illustreras detta genom ett praktiskt exempel och bakomliggande incitament till pooling framhålls.

Kapitel tre utgör uppsatsens egentliga kärna. Kapitlet innehåller en redogörelse av den fria konkurrensens stomme såväl som en presentation av relevant konkurrensrättslig reglering. Även den närliggande förordningen TTBER diskuteras. På detta följer en genomgång av kommissionens nuvarande riktlinjer, vilka kompletteras med åsikter och ställningstaganden hämtade från doktrinen. Framställningen följer för förståelsens skull riktlinjernas disposition och börjar därmed i poolingavtalet, för att sedan fortsätta till licensieringsavtalet. I kapitel fyra knyts säcken ihop och författarens egna tolkningar och åsikter presenteras. Frågeställningarna besvaras löpande i texten.

## 2. Bakgrund

### 2.1 Grundläggande patenträtt

Stommen i det regelverk som omgärdar patentpooler är patenträtten. Trots att uppsatsen inte avser att analysera de mekanismer som patenträtten består i finns anledning att kortfattat redogöra för dessa. Grundläggande för patentsystemet är att patenten innebär en ensamrätt. För svensk del återfinns regleringen i patentlagen (1967:837). Avgörande för den stadgade ensamrätten är att patentinnehavaren ges en, mer eller mindre<sup>11</sup>, exklusiv rätt att exploatera det patenterade materialet. Vill någon som inte innehar patentet i fråga använda detta i sin yrkesmässiga verksamhet kräver detta en licens, d.v.s. samtycke från patentinnehavaren.<sup>12</sup> Licens definieras i 6 kap. 43 § patentlagen som ett medgivande från patenthavaren gentemot licenstagaren att låta denne yrkesmässigt utnyttja det patenterade materialet. Licensgivaren efterger alltså en del av den lagstiftade ensamrätten till fördel för licenstagaren.<sup>13</sup>

Patentlicensen baseras på ett avtal mellan licensgivare och licenstagare, i vilket licenstagaren erhåller en begränsad rätt att på olika sätt nyttja en immateriell rättighet.<sup>14</sup> Avtalet sätter ramarna för licenstagarens vidare användning av det licensierade materialet. I upplåtelseavtalet finns generellt bestämmelser kring avtalstiden såväl som reglering kring licenstagarens nyttjanderätt. Nyttjanderätten kan bestå i såväl marknadsföring, tillverkning som användning för egen del.<sup>15</sup>

### 2.2 Vad är en patentpool?

Patentpooler anses vara ett effektivt medel för att minska transaktionskostnader och möjliggöra så kallad ”one-stop”-licensiering av de tekniker som omfattas av poolen. Detta är viktigt i synnerhet i de branscher där erhållandet av licenser är avgörande för möjligheten att bedriva verksamhet på marknaden, t.ex. inom IT-sektorn.<sup>16</sup>

Europeiska Kommissionen definierar teknikpooler som:

---

<sup>11</sup> Ensamrätten är förenad med vissa undantag, se 1 kap. 3 § 3 st. patentlagen (1967:837).

<sup>12</sup> 1 kap. 1 § & 1 kap. 3 § patentlagen.

<sup>13</sup> Domeij, s. 134.

<sup>14</sup> Gölstam, s. 106.

<sup>15</sup> Domeij, s. 134.

<sup>16</sup> Riktlinjerna, p. 245.

”... avtal genom vilka två eller flera parter sammanställer ett teknikpaket som inte bara licensieras till sådana som bidrar till poolen utan också till tredje man. Teknikpooler kan ha strukturen av enkla avtal mellan ett visst antal parter eller de kan omfatta komplicerade organisatoriska arrangemang genom vilka licensieringen av den teknik som ingår i poolen anförtros en separat enhet.”<sup>17</sup>

Den rättsliga skillnaden mellan en teknikpool och en patentpool ligger i de immateriella rättigheter som tillförts poolen. Som namnet antyder innehåller en patentpool just patenterade tekniker, standarder och dylikt. En teknikpool kan å andra sidan inkludera även andra immateriella rättigheter. I praktiken omfattar dock teknikpooler ofta patent och begreppen har använts parallellt i rättsvetenskapen.<sup>18</sup>

Poolernas struktur kan variera. Vissa patentpooler är, som antytts ovan, konstruerade som enkla avtal mellan ett begränsat antal parter. Denna typ av pool karaktäriseras av att licens överläts till såväl medlemmarna av poolen som till tredje man. Medlemmarna av poolen korslicensierar alltså sina respektive patent till övriga medlemmar av poolen. Andra patentpooler består i separata juridiska personer där medlemmarna enhälligt överlåtit sina patent till den juridiska personen i syfte att dela sina immateriella rättigheter. Poolen överlåter i sin tur licens till såväl de ursprungliga licensgivarna som till tredje man. Oberoende av poolens karaktär och inre organisation kan två kriterier för att poolen ska uppfattas just som en pool urskiljas. Dels ska det röra sig om ett samarbete mellan två eller flera licensgivare, dels ska dessa licensieras till tredje man utan att kontroll överförs.<sup>19</sup>

### **2.2.1 Ett praktiskt exempel**

Patentpoolens funktion illustreras enklast med ett praktiskt exempel. Qi Wireless Power är en standard som möjliggör trådlös laddning av personlig elektronik, däribland smartphones. Tekniken bygger på omkring 200 patenterade lösningar, vilka ägs av 7 olika företag.<sup>20</sup> För yrkesmässig användning av de patenterade rättigheterna som ingår i Qi Wireless Power skulle den potentiella licenstagaren enligt huvudregeln i patenträtten behöva ingå licensavtal för samtliga patent med respektive patenthavare. Genom Qi Wireless Patent Portfolio License, en patentpool som handhas av MPEG LA, erbjuds den som behöver tillämpa de patenterade

---

<sup>17</sup> Riktlinjerna, p. 244.

<sup>18</sup> Se t.ex. riktlinjerna, p. 245 och Bastidas Venegas, s. 151.

<sup>19</sup> Riktlinjerna, p. 244.

<sup>20</sup> <https://www.mpegla.com/wp-content/uploads/QiWirelessPowerAttachment1.pdf>

teknikerna i sin verksamhet en enklare licensieringsprocess. Poolen erbjuder en färdig licenslösning där samtliga patenterade tekniker ingår i ett enda avtal. Genom avtal med poolen ingår licenstagaren alltså ett licensavtal med samtliga poolmedlemmar, och erbjuds i utbyte tillgång till samtliga patenterade lösningar.<sup>21</sup>

## 2.3 Konkurrensrelaterade fördelar med patentpooler

Med patentpoolen följer fördelar för såväl den enskilda företagaren som för konkurrensen i stort. För att förstå varför företag väljer att ingå i en patentpool och på vilket sätt detta gynnar såväl samhällsekonomin som den fria konkurrensen kommer här ett antal incitament för bildandet av och deltagandet i patentpoolen diskuteras. Förståelsen för de ekonomiska fördelarna med patentpooler är nödvändig för att se varför poolingarrangemanget är skyddsvärt och därmed avgörande för förståelsen av det regelverk vi senare kommer att bekanta oss med.

Patent inom samma tekniska område kan ibland blockera varandra på så sätt att de olika patentens användningsområden faller under olika patentinnehavares immateriella rättigheter. Detta ger patentinnehavare rätt att utesluta varandra från tillverkning, användning eller försäljning av den patenterade produkten eller processen. Ett patent som blockeras av ett annat kan inte till fullo nyttjas utan någon form av avtal mellan patentinnehavarna. Ett sådant avtal kan ta formen av en patentpool.<sup>22</sup> Det råder en allmän konsensus att samlandet av blockerande patent i pooler har en positiv inverkan på den fria konkurrensen eftersom detta bidrar till att de blockeringar som finns mellan olika parter på marknaden kan frigöras.<sup>23</sup>

Patentpooler kan bland annat användas i syfte att samla in och sälja kompletterande teknik<sup>24</sup> i ett paket. Detta löser problemet med s.k. dubbel marginalisering.<sup>25</sup> Problemet kan illustreras genom förhållandet mellan en producent av koppar och en producent av zink. Teorins upphovsman, ekonomen *Cournot*, menade att produktionen av mässing, som består av såväl koppar som zink, kan optimeras om producenterna ges möjlighet att samarbeta.

Producenterna av de ursprungliga produkterna innehar i exemplet monopol på sina respektive

---

<sup>21</sup> <https://www.mpegla.com/programs/qi-wireless-power/>

<sup>22</sup> Carlson, s. 379.

<sup>23</sup> Ibid., s. 383.

<sup>24</sup> Se avsnitt 3.2.1.2.

<sup>25</sup> Bastidas Venegas, s. 153.

marknader och har därmed möjlighet att ta ut monopolpriser av konsumenterna. Till följd av parternas monopol blir slutpriset på mässing bli lägre om producenterna ges möjlighet att samarbeta. Samma resonemang kan appliceras på patenträttigheter. I vissa givna situationer innehar patentinnehavare ett monopol, om än ett legalt sådant. Till följd av detta försätts patenthavare ibland i samma situation som monopolisterna i Cournots exempel. I de fall där två patentinnehavares respektive patent är kompletterande i förhållande till varandra kommer produktionskostnaden av den slutgiltiga produkten vara högre i det fall parterna inte samarbetar än i det fall de väljer att samarbeta. Om parterna ges möjlighet att samarbeta, till exempel genom en patentpool, kan de åstadkomma ett optimerat pris vilket ökar vinsten för båda parter.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Bastidas Venegas, s. 176.

# 3. Regleringen av patentpooler under EU-rätten

## 3.1 Bakgrund: Det generella regelverket

Att den fria marknadsekonomin är en av Europeiska unionens viktigaste grundvalar framgår redan av de inledande bestämmelserna i unionsfördraget. Unionen bestämmer den fria marknadsekonomin som en ekonomi med hög konkurrenskraft där vetenskapliga och tekniska framsteg främjas.<sup>27</sup> Konkurrensfrihet sägs främja välfärd, effektiv resursfördelning och tvinga företag till innovation. I Kommissionens ögon utgör just innovation en viktig och dynamisk del av den öppna och konkurrenskraftiga marknadsekonomin.<sup>28</sup>

Att fri konkurrens inom den europeiska marknadsekonomin bedöms som en av de grundläggande stommarna gör området extra skyddsvärt. De rättsliga redskapen för att upprätthålla den fria konkurrensen återfinns i funktionsfördraget, närmare bestämt artikel 101 och 102. Eftersom patentpooler primärt består av avtal mellan konkurrenter tacklas eventuella konkurrensrättsliga problem framförallt under artikel 101. Emellertid har patentpooler diskuterats även under artikel 102. Artikel 102 aktualiseras framförallt när patentpoolen handhar industristandarder, eftersom detta ansetts kunna vålla problem relaterade till missbruk av dominerande ställning.<sup>29</sup> Detta faller emellertid utanför denna uppsats avgränsningsområde.

Artikel 101.1 FEUF stadgar att följande är oförenligt med unionens inre marknad och följaktligen är förbjudet:

”[...] alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden [...]”<sup>30</sup>

Bestämmelsen är förenad med vissa undantag, vilka framgår av artikel 101.3. Dessa undantag aktualiseras i samband med avtal som kan bidra till att förbättra produktionen eller

---

<sup>27</sup> Artikel 3.3 FEU.

<sup>28</sup> Riktlinjerna, p. 7.

<sup>29</sup> Korah, s. 115.

<sup>30</sup> Artikel 101.1 FEUF.

distributionen av varor eller till att främja ekonomisk alternativt teknisk utveckling. Konsumenterna ska, för att undantagen ska aktualiseras, tillförsäkras en skälig andel av den genererade vinsten. Avtalen får inte heller förenas med oproportionerliga begränsningar eller skapa möjligheter för de berörda företagen att begränsa den fria konkurrensen.<sup>31</sup> I praktiken undantas grupper av avtal genom s.k. gruppundantagsförordningar. För licensavtalets del aktualiseras TTBER. TTBER reglerar bilaterala avtal mellan licensgivare och licenstagare, där licenstagaren ges rätt att producera patenterade varor eller erbjuda patenterade lösningar, processer eller andra typer av tjänster.<sup>32</sup>

Även om patentpooler i grunden är en form av licensavtal undantas dessa uttryckligen från TTBER.<sup>33</sup> Vad gäller skapandet av en patentpool kan två huvudsakliga avtalstyper urskiljas. Det rör dels upprättandet av poolen som sådan, dels villkoren för licensiering av de poolade patenten. Ingenting av avtalstyperna omfattas av de undantag som fastställs genom 2014 års TTBER. Detta beror framförallt på två saker. För det första kräver TTBER att det finns ett produktionsavtal (eller liknande) avseende en specifik teknik mellan en bestämd licensgivare och en given licenstagare. Så är inte fallet med patentpooler. Poolingavtalet, som till sin natur omfattar flera tekniker, vållar problem när det gäller fastställandet av den aktuella tekniken. För det andra uppkommer problem även vad gäller fastställandet av licenstagaren och licensgivaren. Eftersom licensiering från patentpooler i allmänhet bygger på avtal mellan flera parter, som ju gemensamt fastställer licensieringens villkor, lever patentpoolen inte upp till TTBER:s krav på det bilaterala avtalet. Patentpooler faller av denna anledning utanför gruppundantagsförordningen.<sup>34</sup>

Licensieringen från patentpoolen har emellertid varit uppe för diskussion i såväl doktrin som i de europeiska organen. 2004 års TTBER omfattade även licensieringsprocessen från patentpooler, något som förändrades genom den uppdaterade versionen från 2014. I denna smalnades tillämpningsområdet av till att inte heller omfatta licensiering från poolen. Kommissionen baserade sitt beslut på det faktum att poolen är att betrakta som ett multilateralt avtal, vilket alltså står i kontrast med TTBER. Detta har av vissa ansetts vara föga övertygande. Vad skiljer egentligen 2004 års patentpooler från 2014 års och vad har

---

<sup>31</sup> Artikel 101.3 FEUF

<sup>32</sup> Pourrahim, s. 303.

<sup>33</sup> TTBER, skäl 7.

<sup>34</sup> Riktlinjerna, p. 247.

föranlett en annorlunda bedömning av poolingavtalets karaktär? Svaren är få och det har inte klarlagts huruvida kommissionen betraktade 2004 års reglering som ett misstag eller om denna medvetet ändrat definitionen av licensieringsavtalen från poolen.<sup>35</sup>

## 3.2 Riktlinjerna

Som vi sett ovan undantas poolingarrangemanget från dagens TTBER. I brist på rättslig reglering i likhet med denna tillkännager kommissionen sin åsikt genom de riktlinjer som nedan diskuteras. Genom riktlinjerna erbjuds poolens medlemmar viss vägledning vad gäller de rättsliga ramar som omgärdar poolen. I riktlinjerna tas avstamp i avtalet om patentpoolens bildande. Genom att analysera detta i förhållande till artikel 101 FEUF ges en bild av under vilka förutsättningar poolen anses verka konkurrensfrämjande eller konkurrenshämmande. Om inrättandeavtalet inte anses strida mot artikel 101 FEUF fortsätter analysen till att omfatta de licensieringsavtal som ingås mellan poolen och dess medlemmar.<sup>36</sup> Även denna uppsats följer samma modell.

### 3.2.1 Patentens inbördes förhållanden

Vid en analys av patentpooler ur ett konkurrensrättsligt perspektiv blir, som vi kommer att upptäcka, patentens inbördes förhållanden avgörande. Detta gäller såväl de patent som ingår i poolen som de som står utanför. Dessa förhållanden avgör till stor del hur riskfylld patentpoolen upplevs ur en konkurrenssynpunkt.<sup>37</sup> Eftersom patent av olika karaktär tenderar att påverka den fria konkurrensen på olika sätt görs en uppdelning mellan kompletterande patent och substitutpatent. Likaså åtskiljs nödvändiga och icke-nödvändiga patent.<sup>38</sup>

#### 3.2.1.1 Substitutpatent

Patent är att anse som substitut till varandra i de fall där endera av två patent är tillräcklig för att genomföra den process eller producera den produkt vilken patentet är avsedd för. Därtill krävs att substitutpatenten är att anse som icke-blockerande.<sup>39</sup> Med blockerande patent avses sådana patent vilka förhindrar användandet av ett annat patent inom samma tekniska område, därför att det baseras på en teknik som täcks av det förstnämnda patentet. Ett blockerande

---

<sup>35</sup> Pourrahim, s. 304.

<sup>36</sup> Riktlinjerna, p. 266.

<sup>37</sup> Pourrahim, s. 305.

<sup>38</sup> WIPO, s. 4.

<sup>39</sup> Ibid., s. 4.



patent omöjliggör alltså den andre patentinnehavarens användning av patenterad teknik utan att denne riskerar att göra intrång på den förste patentinnehavarens immateriella rättigheter.<sup>40</sup>

I kommissionens mening tenderar pooling av denna patenttyp att resultera i att konkurrensen mellan teknikerna begränsas. Eftersom de aktuella patenten utgör alternativ till varandra, och därför på egen hand bidrar till konkurrens, utgör pooling av dessa en otillbörlig risk i förhållande till de eventuella positiva effekter som kan följa av ett samarbete patentinnehavare emellan. Bland de risker som identifierats vid pooling av substitutpatent finns otillbörlig paketförsäljning och gemensam prissättning. Av denna anledning bedömer kommissionen att pooler som i betydande grad består av substitutpatent generellt innebär en överträdelse av artikel 101.1 FEUF. De kostnadsbesparingar pooling generellt innebär aktualiseras inte vid pooling av substitutpatent. Eftersom patenten till sin natur är utbytbara menar kommissionen att licenstagaren har ett mycket begränsat behov av ytterligare teknik. Pooling framstår i sammanhanget som ett överflödigt alternativ.

Pooling av substitutteknik riskerar dessutom att tvinga licenstagaren att använda ytterligare, kanske oönskade, patenterade tekniker i sin verksamhet. Genom detta begränsas licenstagarens valfrihet. Att ge poolmedlemmar möjlighet att oberoende av varandra licensiera sina patent är enligt kommissionen inte tillräckligt för att lösa eventuella konkurrensproblem. En sådan möjlighet skulle riskera att leda till en underminering av poolens licensieringsverksamhet och incitamenten till att licensiera på egen hand antas därmed vara begränsade.<sup>41</sup> Denna typ av argumentation överensstämmer i viss mån med Ullrichs uppfattning.<sup>42</sup>

### **3.2.1.2 Kompletterande patent**

I motsats till det ovan sagda är kompletterande patent sådana vilka måste användas tillsammans för att patentens syften ska nås. Utan endera av patenten nås inte slutresultatet, vare sig detta består i en färdig produkt eller i en tillämpbar process. För att uppnå det eftersträvade resultatet krävs att tillverkaren antingen äger patenten eller licensrättigheter till dessa. Två ömsesidigt blockerande patent är också att anse som kompletterande. Att patenten ömsesidigt blockerar varandra innebär i praktiken att patenten gör intrång i varandras

---

<sup>40</sup> Riktlinjerna, p. 32.

<sup>41</sup> Riktlinjerna, p. 255.

<sup>42</sup> Ullrich, s. 314. Se även avsnitt 3.2.4.2.

immateriella rättigheter. Licensavtal mellan patentinnehavarna är därför avgörande för att patenten ska kunna användas.<sup>43</sup> Eftersom licensavtalet är en förutsättning för att den slutgiltiga tekniken ska kunna tillämpas anses generellt pooling av kompletterande patent vara positivt för den fria konkurrensen. Detta tenderar även att minska transaktionskostnader.<sup>44</sup> Som förstås är bedömningen av kompletterande patent ur en konkurrensrättslig synpunkt relativt enkel. Problem uppstår dock vad gäller bedömningen av om ett kompletterande patent är nödvändigt eller icke-nödvändigt.

Enkelt förklarar bedöms ett patent som nödvändigt om det krävs för att producera en viss produkt eller genomföra en särskild process och det saknas substitutpatent, vare sig i eller utanför poolen.<sup>45</sup> Patent kan också vara nödvändiga till följd av efterfrågan på marknaden. Nödvändiga patent är per definition kompletterande och dessa tenderar inte att väcka några särskilda konkurrensrättsliga frågetecken.<sup>46</sup> Icke-nödvändiga patent bedöms motsatsvis. Ett patent är icke-nödvändigt om det finns lämpliga substitut tillgängliga.<sup>47</sup> Patentens klassifikation som antingen nödvändigt eller icke-nödvändigt påverkar alltså hur pooling av dessa bedöms rättsligt.

Vid patentpooler som innehåller kompletterande men icke-nödvändiga patent uppstår liknande problem som de i fallet med pooling av substitutpatent. Patent som står utanför poolen riskerar att stängas utanför marknaden, eftersom incitamenten att söka licens till ett sådant minskar om den avgift licenstagaren betalar till poolen omfattar en substitutteknik. Om poolen har en stark ställning på sin relevanta marknad, och därmed har makten att stänga ute andra aktörer från näringslivet, kan pooling av kompletterande men icke-nödvändiga patent stå i strid med artikel 101.1 FEUF. Risker att en pool omfattar icke-nödvändig kompletterande teknik upphör inte efter det att poolen bildas. Förvisso är en bedömningspunkt vid skapandet av poolen som sådan just om den innehåller icke-nödvändig kompletterande teknik, men intagande av sådan teknik i poolen bör tas i beaktande även i takt med att poolen bedriver sin verksamhet. De tekniska branscherna utvecklas fort och ny patenterad teknik kan tillkomma under tiden poolen är verksam vilket riskerar att leda till att en i poolen ingående teknik efterhand blir icke-nödvändig. Detta har konsekvenser för den

---

<sup>43</sup> WIPO, s. 4.

<sup>44</sup> Ibid., s. 10.

<sup>45</sup> Riktlinjerna, p. 252.

<sup>46</sup> WIPO, s. 17.

<sup>47</sup> Ibid., s. 5.

rättsliga bedömningen av poolen. Konkurrensproblem kan i dessa fall enligt kommissionen undvikas genom att poolens licenstagare erbjuder licens utan den teknik som inte längre är nödvändig i förhållande till poolens syfte.<sup>48</sup>

Det verkar dock inte alltid vara självklart att sådana pooler vilka inkluderar icke-nödvändiga kompletterande patent står i strid med artikel 101.1 FEUF. Kommissionen tar i sina riktlinjer ställning till fall då patentpooler som innehåller kompletterande men icke-nödvändig teknik kan falla utanför artikel 101.1 FEUF. Ett sådant fall är förknippat med svårigheter att fastställa om teknik är nödvändig eller inte, framförallt på sådana tekniska områden där antalet lösningar är många. Eftersom kostnaderna förenade med detta ibland kan överstiga den tekniska nyttan kan patentpooler av denna typ trots allt vara att betrakta som konkurrensfrämjande. Poolen bidrar då till effektivitetsvinster vilket antas vara positivt för den fria konkurrensen. Även i de fall där det finns öppningar för licensgivarna i poolen att självständigt licensiera sin teknik kan effekterna av poolen anses vara konkurrensfrämjande. Om poolen består av ett mindre antal tekniker och substitut till dessa finns att finna även utanför poolen kan möjlighet ges för licenstagarna att skapa ett eget teknikpaket bestående av såväl licens från poolen som av licens från tredje man. På så sätt minskar riskerna för att aktörer utanför poolen utestängs från marknaden.<sup>49</sup>

Kärnpunkten i bedömningen av de pooler som omfattar kompletterande men icke-nödvändig teknik är alltså risken att tredje man utestängs från marknaden på ett sådant sätt som riskerar att påverka den fria konkurrensen negativt. Bedömningen måste göras från fall till fall och även de poolingavtal som begränsar konkurrensen kan ge upphov till sådana positiva effektivitetsvinster som kan anses främja konkurrensen. Bedömningen tar alltså sin utgångspunkt i en form av proportionalitetsbedömning där de negativa effekterna på konkurrensen måste vägas mot de positiva. Om de positiva effekterna överväger de negativa är det sannolikt att poolen faller inom de undantag som ges i artikel 101.3 FEUF.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Riktlinjerna, p. 262.

<sup>49</sup> Ibid., p. 264.

<sup>50</sup> Ibid., p. 265.

### 3.2.1.3 Gränsdragningsproblematiken

Att dra en tydlig gräns mellan substitutpatent och kompletterande patent är inte alltid möjligt. Patent kan vara både kompletterande och utgöra substitut till varandra samtidigt.<sup>51</sup> Gränserna mellan de olika typerna av patent är tunna och det har i doktrin noterats att ett enkelt skifte av fokus kan resultera i att samma patent kategoriseras annorlunda. Ett sådant skifte kan alltså innebära att bedömningen av den enskilda patentpoolen under konkurrensrätten får olika resultat, något som genererar större osäkerhet för aktörerna på marknaden.<sup>52</sup>

### 3.2.2 Bedömningen av patentpoolens förvaltning

Som beskrivits ovan har de poolade patentens kategorisering stor inverkan vid bedömningen huruvida patentpoolen utgör en risk för den fria konkurrensen. Detta är emellertid inte det enda som spelar roll för bedömningen. Om deltagande i poolen står öppet för alla berörda parter är det, i kommissionens mening, mer sannolikt att valet av patent sker enligt en för konkurrensen fördelaktig metod. Om poolen istället bildas av en mindre grupp patentägare minskar sannolikheten att valen baseras på förhållandet mellan pris och kvalitet.<sup>53</sup>

Vid bedömningen av patentpoolens inverkan på konkurrensen kan deltagandet av en så kallad oberoende expert vara av relevans. Anlitandet av en expert kan underlätta det arbete som krävs för att fastställa huruvida en teknik är av nödvändig karaktär, vilket enligt kommissionen är ett stort steg i rätt riktning för att säkerställa att poolen inte inverkar negativt på konkurrensen. Valet av expert bör emellertid inte ske hur som helst. Experten ska inte ha någon form av anknytning till varken poolen som sådan eller till den licensieringsverksamheten innebär.<sup>54</sup> Kommissionen lägger tämligen stor vikt vid detta och en expert som inte är verkligt fristående innebär mindre tyngd vid bedömningen av poolen.<sup>55</sup> Ytterligare en oberoende mekanism som bör vara en del av förvaltningen av poolen är den som rör tvistlösningen. Om tvistlösning anförtros ett från poolen oberoende organ minskar risken för partiska avgöranden, något som mildrar kommissionens bedömning av poolen i förhållande till konkurrensen.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Riktlinjerna, p. 254.

<sup>52</sup> Carlson, s. 366.

<sup>53</sup> Riktlinjerna, p. 249.

<sup>54</sup> Ibid., p. 256.

<sup>55</sup> D.C Turner, s. 288.

<sup>56</sup> Riktlinjerna, p. 258.

Vid poolingsamarbete på oligopolmarknader<sup>57</sup> riskerar patentpoolen att skapa ett forum för utbyte av konkurrenskänslig information såsom prissättning och strategier för marknadsföring.<sup>58</sup> Medlemmar i en patentpool av detta slag bör vidta säkerhetsåtgärder för att förhindra sådan konkurrenshämmande samverkan. Kommissionen ger i sina riktlinjer förslag för hur en sådan säkerhetsåtgärd kan se ut. Genom anlitaandet av en oberoende expert med uppgift att säkerställa hemlighållandet av sådana känsliga strategier minskar sannolikheten att poolen bedöms som en risk ur en konkurrenssynpunkt.<sup>59</sup>

### 3.2.3 En trygg hamn för patentpooler

Kommissionen har i sina riktlinjer uppställt vissa förutsättningar under vilka patentpooler kan sägas befinna sig i trygg hamn. Uppfyller poolen dessa faller arrangemanget generellt utanför artikel 101.1 FEUF och blir därmed svårare att angripa med konkurrensrättslig grund.

Samtliga villkor måste vara uppfyllda.<sup>60</sup> I riktlinjerna uttrycks premisserna enligt följande:

- a) Det står öppet för samtliga intresserade innehavare av teknikrättigheter att delta i arbetet med att bilda poolen.
- b) Tillräckliga skyddsåtgärder vidtas för att garantera att endast nödvändiga tekniker (som därför oundvikligen också är kompletterande) slås samman.
- c) Tillräckliga skyddsåtgärder vidtas för att se till att utbytet av känslig information (t.ex. uppgifter om prissättning och produktion) begränsas till vad som är nödvändigt för att skapa och driva poolen)
- d) Den teknik som ingår i poolen licensieras ut till alla potentiella licenstagare på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor.
- f) De parter som bidrar med teknik till poolen och licenstagarna har rätt att bestrida giltigheten och nödvändigheten av den teknik som ingår i poolen.
- g) De parter som bidrar med teknik till poolen och licenstagarna har rätt att utveckla konkurrerande produkter och teknik.”<sup>61</sup>

Vissa av de relevanta punkterna har redan diskuterats och det finns därför ingen anledning att upprepa samma resonemang. Andra punkter finns däremot skäl att fördjupa sig ytterligare i.

---

<sup>57</sup> Marknader vilka domineras av ett fåtal företag med likvärdiga produkter, se Bernitz, s. 40.

<sup>58</sup> WIPO, s 11.

<sup>59</sup> Riktlinjerna, p. 259.

<sup>60</sup> D.C Turner, s. 288.

<sup>61</sup> Riktlinjerna, p. 261.

### **3.2.4 Bedömningen av enskilda begränsningar i licensieringsavtalet**

Som nämnts görs en viss åtskillnad mellan avtalet om inrättandet av poolen och licensieringsavtalen från poolen till licenstagare. Om förfarandet vid inrättandet av poolen som sådan inte strider mot artikel 101.1 FEUF görs en bedömning av de individuella avtalen mellan poolen och dess licenstagare. Utan ett konkret avtal för handen får en sådan bedömning ta sin utgångspunkt i generella begränsningar som tenderar att förekomma i poolingavtal.<sup>62</sup>

Till grund för denna bedömning har kommissionen etablerat ett antal grundprinciper. Dessa grundar sig på risken att tredje man utestängs från marknaden till följd av poolens verksamhet. Också poolens marknadsställning är av relevans. Om poolen har en dominerande ställning ställs hårdare krav på denna beträffande bland annat de villkor som gäller vid licensiering.<sup>63</sup>

#### **3.2.4.1 Utmanandet av ett patents giltighet**

Att dra patenttvister inför domstol tenderar att bli väldigt kostsamt. Ett sådant förfarande riskerar dessutom att innebära att den immateriella rättigheten upplöses, något som kan vara förödande för patenthavarens verksamhet. I praktiken fungerar ibland patentpooler som ett medel för att undvika rättsliga prövningar. Istället för att dra tvisten inför domstol kan parterna välja att ingå ett poolingsamarbete för att på så sätt åstadkomma en form av förlikning. Alternativet kan verka särskilt attraktivt för mindre företag med begränsad ekonomisk kapacitet.<sup>64</sup> Emellertid har varnande röster höjts i doktrinen. Carlson menar att ett sådant förfarande är förenat med risker. I hans mening är giltighetsprövningar viktiga för att upprätthålla konkurrensen på marknaden. Genom att i poolingavtalet införa direkta eller indirekta klausuler vilka förbjuder utmanandet av ett patents giltighet frångår poolens medlemmar incitament att upprätthålla en marknad bestående av giltiga patent. Carlsson menar att detta sannolikt beror på såväl dyrare prövningar som risken för försämrade relationer till patentpoolen, något som kan ha en negativ inverkan på licenstagarens verksamhet. Pourrahim menar dessutom att sådan pooling riskerar att eliminera konkurrensen

---

<sup>62</sup> Riktlinjerna, p. 266.

<sup>63</sup> Ibid., p. 267.

<sup>64</sup> Carlson, s. 380.

av substitutpatent utanför poolen om licenstagare tvingas att acceptera de annars ogiltiga patenten och därmed betala högre royaltyavgifter än vad som annars hade fordrats.<sup>65</sup>

Kommissionen tar i sina riktlinjer utgångspunkt i liknande resonemang. Möjligheten att utmana ett patents giltighet är en förutsättning för att poolen ska kunna dra fördel av den trygga hamn som erbjuds i riktlinjerna.<sup>66</sup> I kommissionens mening riskerar pooling av annars ogiltiga patent att resultera i högre licensavgifter. Det riskerar dessutom att skada innovationen, eftersom en marknad bestående av ogiltiga patent upprätthålls. Kommissionen konstaterar slutligen att det är sannolikt att en patentpool vilken innehåller begränsningar vad gäller rätten att utmana ett patents giltighet sannolikt står i strid med artikel 101.1 FEUF.<sup>67</sup>

### 3.2.4.2 Icke-exklusivitetsklausuler

För att minska risken för utestängning av tredje man anser kommissionen att det är nödvändigt att poolens medlemmar ges rätt att såväl bevilja som beviljas licenser även utanför den verksamhet som omfattas av poolen.<sup>68</sup> Detta är en förutsättning för att poolen ska omfattas av den trygga hamn som erbjuds av riktlinjerna.<sup>69</sup>

Det har av kommissionen, såväl som i doktrin, argumenterats för att icke-exklusivitet av denna typ bidrar till att säkerställa att poolen inte begränsar innovationen. Inte heller anses det påverka konkurrensen negativt. Skulle poolen å andra sidan omfatta exklusivitetsklausuler riskerar dessa att skada såväl innovationen som konkurrensen på marknaden. Licensgivare och licenstagare berövas genom en exklusivitetsklausul sin frihet att kombinera teknik för att på så sätt konkurrera med de poolade patenten.<sup>70</sup> Åsikterna i doktrinen går dock isär. Enligt Ullrich är den vikt som läggs vid parternas möjlighet att på egen hand licensiera teknik oproportionerlig i förhållande till dess positiva effekter. Den potentiella licenstagaren ska ha tillräcklig ekonomisk bärkraft för att på egen hand förhandla kring licensieringens villkor. Det är, enligt Ullrich, just denna ekonomiska aspekt som gör medlemskapet i patentpoolen till ett intressant alternativ. Kravet på icke-exklusivitet motverkar därmed sitt syfte, eftersom poolen

---

<sup>65</sup> Pourrahim, s. 305.

<sup>66</sup> Riktlinjerna, p. 261.

<sup>67</sup> Ibid., p. 272.

<sup>68</sup> Ibid., p. 270.

<sup>69</sup> Ibid., p. 261.

<sup>70</sup> Pourrahim, s. 306.

från början blivit intressant för licenstagaren då denne på så sätt kunnat minska de transaktionskostnader som annars är förenade med licensiering.<sup>71</sup>

I sammanhanget bör s.k. grant back-skyldigheter nämnas. Med grant back avses ett avtal vilket ger licensgivaren rätt att dra nytta av de förbättringar licenstagaren utför på den licensierade tekniken. Kommissionen noterar i sina riktlinjer att dessa bör vara icke-exklusiva.<sup>72</sup> Med detta menas att licenstagaren ska ha rätt att licensiera den förbättrade tekniken såväl till den ursprungliga licensgivaren som till utomstående. Icke-exklusiva grant back-klausuler kan främja poolens konkurrenskraft på så sätt att poolen kan dra nytta av den utvecklade tekniken. Det har i doktrin argumenterats för att grant back-skyldigheter kan främja konkurrens genom att tillåta andra licensgivare i poolen att använda den förbättrade teknologin, vilket i sin tur begränsar licenstagares möjligheter att vägra licensförbättringar. På så sätt främjas produktion av produkter anpassade till specifika patent, vilket i sin tur främjar innovationen.<sup>73</sup> Grant back-skyldigheter ska, för att inte anses verka konkurrenshämmande, endast beröra sådana nödvändiga patent som krävs för att tillämpa en teknisk standard. Poolens royalty-avgifter ska dessutom bestämmas så att nyare patent värderas högre för att på så sätt öka licensgivares incitament att introducera förbättrad teknik. Det ska också stå licensgivaren fritt att avgöra om denne vill licensiera teknik genom poolen eller utanför denna.<sup>74</sup>

### **3.2.4.3 Rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor**

Vad gäller licensieringsavtalen från poolen ska dessa grundas på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor (FRAND).<sup>75</sup> Detta gäller i synnerhet om poolen har en dominerande ställning på marknaden.<sup>76</sup> Licensavgifter bör ställas i ett rimligt förhållande till det ekonomiska värdet av patenträttigheten. Ställningstagandet ska ske innan tekniken inkorporerats i en eventuell teknisk standard.<sup>77</sup> Enligt kommissionen är FRAND-villkor nödvändiga för att säkerställa att konkurrensen inte begränsas i senare marknadsled. Villkor som inte har sin grund i FRAND riskerar att minska poolens öppenhet.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> Ullrich, s. 314.

<sup>72</sup> Riktlinjerna, p. 271.

<sup>73</sup> Pourrahim, s. 308.

<sup>74</sup> Ibid., s. 308.

<sup>75</sup> Riktlinjerna, p. 261.

<sup>76</sup> Ibid., p. 269.

<sup>77</sup> D.C Turner, s. 297.

<sup>78</sup> Riktlinjerna, p. 269.



Om poolens villkor inte baseras på FRAND riskerar royaltypriser att skjuta i höjden, vilket om poolen har en dominerande ställning, riskerar att innebära en överträdelse av artikel 102 FEUF.<sup>79</sup> Detta förhållande diskuteras inte vidare här.

---

<sup>79</sup> Pourrahim, s. 308.

### 3.3 Riktlinjernas icke-varande som rättskälla

Kommissionens riktlinjer är, enligt artikel 288 EUF, inte att anse som en EU-rättslig källa. I doktrin har kommissionens riktlinjer benämnts som så kallad ”soft law”, vilket innebär att riktlinjerna utgör någon form av praxis snarare än rättskälla.<sup>80</sup> Generellt anses domstolar och nationella konkurrensmyndigheter obundna av riktlinjerna. En domstol kan alltså vända sig ifrån kommissionens uppfattning och göra en egen bedömning av ett rättsligt problem under artikel 101.1 FEUF. I praktiken innebär detta att ett företag, som följt riktlinjerna, kan ställas inför andra rättsliga konsekvenser i en domstol än vad som hade varit fallet om kommissionen varit den dömande instansen.<sup>81</sup>

Fram till år 2003 utfärdade kommissionen så kallade ”comfort letters”. Företag kunde genom dessa informera kommissionen om patentpoolens verksamhet i syfte att motta ett individuellt undantag från dåtidens motsvarighet till artikel 101.1 FEUF. På så sätt skapades större säkerhet för aktörerna på marknaden. Sedan 2003 utfärdas emellertid inga sådana garantier. Systemet bygger numera på att parterna själva granskar lagligheten i poolingavtalen. Det finns dock en möjlighet för företag att ansöka om vägledning från kommissionen, men inte heller sådan vägledning har laga kraft. Hittills har kommissionen inte bistått företag med individuell vägledning och det är oklart om detta beror på ovilja hos kommissionen eller på brist av ansökningar.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Ibid., s. 304.

<sup>81</sup> Korah, s. 23.

<sup>82</sup> Pourrahim, s. 311.

## 4. Analys

Med ovanstående kapitel som grund bör nu framställningens två frågeställningar anses vara besvarade. Det finns emellertid anledning att uppehålla sig lite extra vid dessa. I synnerhet är ytterligare diskussion kring de risker som förknippas med patentpooler på sin plats.

Patentpooler regleras konkurrensrättsligt genom kommissionens riktlinjer. Som vi sett görs viss åtskillnad mellan avtalet om inrättandet av poolen och det avtal som råder mellan poolen och dess medlemmar, det s.k. licensieringsavtalet. När man tar sig an de rättsliga källor som finns på patentpoolens område identifieras snart ytterligare en röd tråd, nämligen den som rör risken för utestängning av tredje man. Denna risk kan i det närmaste vara att benämna som stommen för det konkurrensrättsliga systemet och det är inte heller förvånande att risken uppmärksammas även i förhållande till patentpooler. Skälen till detta är självklara. Utan fri tillströmning av företag på marknaden fallerar marknadsekonomin, och den fria konkurrensen upphör. Även om målet är givet finns det, enligt min åsikt, skäl att diskutera de medel kommissionen föreslår att poolens medlemmar drar nytta av.

Som kortfattat framhållits under avsnitt 3.3 saknar kommissionens tillkännagivanden och riktlinjer status som EU-rättslig källa. Det nuvarande systemet bygger på att företagen i fråga själva granskar de arrangemang och avtal som poolen står för. Ett sådant system innehåller enligt min åsikt vissa brister. I brist på såväl bindande rättskällor som domstolsavgöranden blir självgranskningssystem ett fumlande på djupt vatten. Problemet aktualiseras bland annat vad gäller fastställandet av ett patents status som nödvändigt eller icke-nödvändigt. Med en dynamisk och föränderlig marknad kan ett patent som tidigare varit nödvändigt fort bli icke-nödvändigt. Kommissionen erbjuder viss lösning på problemet genom anlita av oberoende experter. Jag ser dock inte ett sådant system som fullgott. Att orientera sig bland de mängder av patent dagens marknad består i är svårt. Nya patent tillkommer i hög hastighet och trots att en oberoende expert har full översikt över ena dagens marknad, kan nästa dags marknaden se annorlunda ut. Den proportionalitetsbedömning kommissionen erbjuder som lösning på orienteringsproblemet är möjligen ett steg i rätt riktning. Det blir dock, i den praktiska verksamheten, upp till den enskilda poolen att genomföra bedömningen. Att låta företagen själva ta ställning till huruvida ett arrangemang, som för deras del är kostnadsmässigt fördelaktigt, innebär en konkurrensrättslig risk blir märkligt. Ett sådant system riskerar att leda till skönsmässiga bedömningar där företagen med stor sannolikhet

bedömer problemen till egen fördel, vilket i sin tur har konsekvenser för konkurrensen. Så är i synnerhet fallet i en rättsordning utan varken bindande rättskällor eller vägledande avgöranden.

I sammanhanget vore en diskussion kring den förespråkade icke-exklusiviteten på sin plats. Exklusivitetsklausuler har varit omdiskuterade i doktrinen och kommissionen tar i sina riktlinjer tydlig ställning emot dessa. Även om exklusivitetsklausuler riskerar att leda till otillbörlig utestängning av tredje man är jag i viss mån beredd att ansluta mig till Ullrichs åsikt. Förbudet mot exklusivitetsklausuler har sannolikt ingen större vikt i praktiken. Ett avgörande incitament att ansluta sig till en patentpool torde vara det att slippa orientera sig bland potentiella licenstagare och licensgivare. Dessutom innebär medlemskapet i en patentpool minskade förhandlingskostnader med respektive licenstagare/licensgivare. Trots att förbudet mot exklusivitetsklausuler må se bra ut på pappret är det osannolikt att det leder till positiva konsekvenser i praktiken. Det är dock, som framhållits under avsnittet om forskningsläget, svårt att dra några säkra slutsatser vad gäller det praktiska näringslivet med enbart teoretisk litteratur som grund.

Sammantaget kan konstateras att den brist på egentliga rättskällor i kombination med, i min vetskap, fåtaliga vägledande domslut orsakar viss osäkerhet såväl i det rättsliga som i det praktiska näringslivet. Denna osäkerhet riskerar att leda till skönsmässiga bedömningar där effektivitetsvinster och andra kostnadsmässiga fördelar får gå före värdet av fri konkurrens. Trots att en övervägande del av de åsikter kommissionen framför genom sina riktlinjer överensstämmer med de gängse uppfattningarna i doktrinen finns alltså visst utrymme för diskussion. På vissa punkter, bland annat vad gäller exklusivitetsklausuler, går åsikterna isär. Framställningen har som framgått dessvärre sin grund i teoretiska källor. Studier av patentpooler i praktiken är påkallade och skulle sannolikt förmedla en mer rättvis bild av poolingarrangemangets inverkan på den fria konkurrensen. Jag ser med spänning fram emot att ta del av sådana.

# Käll- och litteraturförteckning

## KÄLLOR

### *Offentligt tryck*

*Europeiska unionen*

### Kommissionen

Kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring, EUT L 93, 28.3.2014, s. 17–23.

Meddelande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring, EUT C 89, 28.3.2014, s. 3–50.

### *Elektroniska källor*

MPEG LA: Qi Wireless Power – Introduction, <<https://www.mpegla.com/programs/qi-wireless-power/>>, besökt 2021-11-18.

MPEG LA: Qi Wireless Power Attachment 1, <<https://www.mpegla.com/wp-content/uploads/QiWirelessPowerAttachment1.pdf>>, besökt 2021-11-18.

## LITTERATUR

Bastidas Venegas, Vladimir, *Promoting Innovation? A Legal and Economic Analysis of the Application of Article 101 TFEU to Patent Technology Transfer Agreements*, Department of Law, Stockholm, Stockholm University, 2011.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, uppl. 5, Stockholm, Norstedts Juridik, 2019.

C. Carlson, Steven, "Patent Pools and the Antitrust Dilemma", *Yale Journal on Regulation*, volym 16, 1999, s. 360–399.

D.C. Turner, Jonathan, *Intellectual Property and EU Competition Law*, uppl. 2, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Domeij, Bengt, *Patentavtalsrätt. Licenser, överlåtelse och samägande av patent*, uppl. 2, Stockholm, Norstedts Juridik AB, 2010.

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

Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod" i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, uppl. 2, Lund, Studentlitteratur AB, 2018.

Korah, Valentine, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

Pourrahim, Maryam, "Capacity of EU competition law to promote patent pools: A comparative study", *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, volym 12 (3), 2021, s. 297–316.

Regibeau, Pierre och Rockett, Katharine, *Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection*, förberedd för Europeiska kommissionen (contract COMP/2010/16), 2011, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21c2bdb4-e366-48a3-b0eb-a26e83024d10>>, hämtad 2021-12-11.

Ullrich, Hanns: "Patent Pools: Approaching a Patent Law Problem Via Competition Policy" i: Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (red.), *European Competition Law Annual 2005 – The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

World Intellectual Property Organization, *Patent Pool and Antitrust – A Comparative Analysis*, Genève: World Intellectual Property Organization (WIPO), 2014.  
< [https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent\\_pools\\_report.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf)>, hämtad 2021-11-15.