

Förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt vid avtal om tekniköverföring

- Inom ramen för Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring -

Författare: Ulrika Bjurö
Examensarbete vid juris kandidatprogrammet 30 hp
Handledare: Filip Bladini
2010

Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs Universitet

Sammanfattning

Konkurrensrätten och immaterialrätten är två skilda rättsområden med ett gemensamt övergripande mål om att främja konsumenternas välfärd och en effektiv resursfördelning.¹ Trots detta så finns det en grundläggande motsättning i tillämpningen av dessa regler. Immaterialrätten uppfyller sina mål genom skapandet av en legal ensamrätt, vilket kan innebära en form av monopol för rättighetshavaren inom den aktuella produktmarknaden. Konkurrensrättslig reglering strävar efter att motverka monopolsituationer. En kommersiellt mycket viktig form av immateriell rättighet är möjligheten att patentera ny teknik. Ett patent innebär dels en rätt att hindra andra från att använda den patenterade tekniken, men också en rätt att tillåta detta i form av licensavtal. Ett sådant avtal kan under vissa förutsättningar anses konkurrensbegränsande enligt artikel 101 EUF samt 6 § KL. Situationen är delvis reglerad genom ett gruppundantag (förordning 772/2004) som medger undantag för vissa avtal om tekniköverföring i enlighet med artikel 101 (3) EUF. Regleringen av licensavtal är illustrativ för frågan hur avvägningen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt skall göras², och därför har gruppundantaget för tekniköverföring³ valts som utgångspunkt.

Uppsatsen behandlar inledningsvis konkurrensrättens övergripande mål, följt av konkurrensrättens förhållande till immaterialrätten, inom patentinstitutet och vid licensiering av patenträttigheter. De konkurrensfrämjande respektive konkurrensbegränsande effekterna av patentinnehav samt licensiering behandlas. Därefter följer konkurrensrättens tillämplighet vid avtal om tekniköverföring, samt gruppundantaget, TTBER.

Avslutningsvis behandlas förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt inom ramen för gruppundantaget, följt av en analys vilken diskuterar synen på immaterialrättens konkurrens effekter utifrån olika effektivitetsperspektiv, behandlingen av existens och utövande av immaterialrätt samt bedömningen om hur man skall vikta konkurrensrättens respektive immaterialrättens intressen mot varandra vid avgörande om vad som är ett tillåtet licensavtal.

¹ Se bland annat Kommissionens riktlinjer om tillämpningen av art [101] på avtal om tekniköverföring, punkt 7.

² Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 36

³ TTBER

Förkortningar

EPC	European Patent Convention
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
KL	Konkurrenslagen (2008:579)
TTBER	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
TTBER riktlinjer	KOMMISSIONENS TILLKÄNNAGIVANDE Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring (2004/C 101/02) av 27.2.2004.

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	2
1. INLEDNING	4
1.1. SYFTE.....	6
1.2. FRÅGESTÄLLNING	6
1.3. AVGRÄNSNINGAR	
1.4. METOD OCH MATERIAL	7
2. KONKURRENSRÄTTENS ÖVERGRIPANDE MÅL	8
2.1. KONKURRENSRÄTTENS BAKGRUND	8
2.2. KONKURRENSRÄTTENS MÅL OCH SYFTE	9
2.3. KONKURRENSTEORIN: EFFEKTIV KONKURRENS	11
2.4. DYNAMISK EFFEKTIVITET	13
3. KONKURRENS OCH IMMATERIALRÄTT	15
3.1. IMMATERIALRÄTTENS MÅL OCH SYFTE	15
3.3. PATENT OCH KONKURRENSFRÄMJANDE EFFEKTER	17
3.4. IMMATERIALRÄTTER OCH DYNAMISK EFFEKTIVITET	18
4. KONKURRENSRÄTTSLIG LAGSTIFTNING	
4.2. GRUPPUNDANTAG	20
4.3. BEDÖMNING AV TTBER:S TILLÄMPLIGHET I FÖRHÅLLANDE TILL ARTIKEL 101.....	20
4.4. SANKTIONER.....	20
4.5. HORISONTELL OCH VERTIKAL KONKURRENS	21
4.6. KONKURRENSREGLERNAS TILLÄMPLIGHET.....	21
4.7. SVENSK OCH EUROPEISK KONKURRENSRÄTT	21
5. KONKURRENSRÄTTENS TILLÄMPLIGHET VID AVTAL OM TEKNIKÖVERFÖRING	
5.1. EXISTENS OCH UTÖVANDE	23
5.2. PATENTLICENSAVTAL.....	24
5.2.1. <i>Lagstiftning om patentavtal</i>	24
5.2.3. <i>Enkla och exklusiva licenser</i>	25
6. KONKURRENSRÄTT OCH LICENSAVTAL	27
6.1. RULE OF REASON OCH PER SE.....	28
6.2. RULE-OF-REASON VID TILLÄMPNING AV ARTIKEL 101	28
6.3. TILLÄMPLIGHETEN AV ARTIKEL 101 PÅ LICENSAVTAL	29
6.4. CHICAGOSKOLAN OCH POST-CHICAGO.....	30
7. GRUPPUNDANTAGET FÖR TEKNIKÖVERFÖRING (TTBER)	32
7.1. GRUPPUNDANTAGETS TILLÄMPLIGHET	32
8. FÖRHÅLLET MELLAN KONKURRENSRÄTT OCH IMMATERIALRÄTT I TTBER	
8.1. UTVECKLING AV GRUPPUNDANTAGET	35
9. ANALYS	36
KÄLLFÖRTECKNING	40

1. Inledning

I förordet till Turner's *Intellectual Property and EU Competition Law*, ett av de senast utgivna av de många verk som behandlar samspelet och gränsdragningen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt uttrycks att;

”There has been a seemingly endless conflict between intellectual property and competition law – not just in Europe but in many countries around the world”⁴

Citatet är intressant eftersom det i motsats till andra källor antyder att konflikten mellan rättsområdena kanske endast är skenbar och därigenom inte utgör en oundviklig sanning. Vad som oftast avses när man talar om att det föreligger en konflikt är det faktum att immaterialrätten skapar ensamrätter och att innehavet av dessa kan skapa en form av monopolställning och därigenom i teorin ge utrymme för konkurrenshämmande beteenden. Detta söker konkurrensrätten naturligtvis motverka.

Det grundläggande antagandet hos konkurrensrätten är att fri konkurrens resulterar i en effektiv marknad vilket i sin tur leder till välfärdsmaximering.⁵ Immaterialrätten å sin sida verkar för att tillgodose dels samhällets intresse av att intellektuellt skapande och nyinnovation uppmuntras och dels uppfinnarens intresse av ekonomiskt utbyte av sitt arbete.⁶ Det övergripande syftet är, återigen, marknadseffektivitet och ökad välfärd.

Trots ett gemensamt mål så finns det alltså även en stark grundläggande motsättning mellan dessa rättsområden, och behov av att kunna göra en avgränsning som visar när respektive regelverk skall få företräde.

Immaterialrättens monopolskapande effekter är speciellt påtagliga inom patenträtten. Ett patent innebär att patenthavarens konkurrenter är rättsligt förbjudna att producera produkten eller utnyttja den patenterade metoden under den tid patentet varar.⁷ Uppsatsen fokuserar

⁴ Förord till Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* av David Vaughan CBE, QC

⁵ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 565

⁶ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 251

⁷ A.a. s. 252

därför specifikt på förhållandet mellan immaterialrätten och konkurrensrätten på patenträttens område. Ett patent innebär förutom en rätt att hindra andra från att använda patenterad teknik även en rätt att tillåta andra att göra detta via patentlicensavtal. Under vissa förutsättningar kan dessa avtal utgöra konkurrensbegränsande samarbeten, samtidigt som möjligheten till ingående av patentlicensavtal är en viktig faktor för att en patenthavare skall kunna tillgodogöra sig det ekonomiska värdet i sitt patent. Här uppstår alltså ett område där konkurrensrättsliga och immaterialrättsliga hänsyn krockar och en gränsdragning blir nödvändig. När ett licensavtal skall bedömas enligt konkurrensrättsliga regler aktualiseras avvägningen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt.⁸

Uppsatsen fokuserar på denna problematik; vad licensavtalet har för status i samspelet mellan rättigheterna och vilka faktorer som innebär att ett licensavtal anses konkurrensbegränsande.

1.1. Syfte

Att utreda vilka ekonomiska eller andra hänsyn som ligger till grund för avvägningen om när ett avtal om tekniköverföring skall anses konkurrensbegränsande respektive konkurrensfrämjande, samt när immaterialrättsliga hänsyn kan berättiga konkurrensbegränsningar.

Uppsatsen behandlar även en del av de grundläggande idéer och föreställningar som ligger till grund för förståelsen av dynamiken i förhållandet konkurrensrätt/immaterialrätt.

1.2. Frågeställning

- När talar avvägningen mellan konkurrensrättsliga och immaterialrättsliga intressen för att ett tekniköverföringsavtal skall tillåtas respektive inte tillåtas?
- Vilka hänsyn ligger bakom denna gränsdragning?
- Hur behandlas denna avvägning i gruppundantaget för avtal om tekniköverföring⁹?

⁸ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, s 29f

⁹ TTBER

1.3. Avgränsningar

De frågeställningar och det material som relaterar till konkurrensrättens och immaterialrättens förhållande till varandra är enormt, och möjligheterna till problematisering och analys i det närmaste oändliga. Tydliga avgränsningar har därför varit av största betydelse. I syfte att hålla en tydlig fokus på huvudfrågorna så behandlar denna uppsats *inte* den problematik som kan uppstå vid innehav av immaterialrätter och tillämpningen av artikel 102 EUF/ 7§ KL om förbud mot missbruk av dominerande ställning, och inte heller hanteringen de konkurrensrättsliga spörsmål som kan uppstå vid företagskoncentrationer. Uppsatsen fokuserar enbart på rättighetsformen patent, och konkurrens effekter via innehav av övriga typer av immateriella rättigheter lämnas därför därhän.

Vad gäller förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete så behandlas rekvisiten i detta förbud endast översiktligt beskrivande.

1.4. Metod och material

Uppsatsen är i de inledande delarna framförallt deskriptiv och söker reda ut de koncept och begrepp som ligger bakom avvägningen mellan ensamrätt och konkurrens. Analysdelen är teoretisk och diskuterar relationen mellan konkurrensrättens samarbetsförbud och immaterialrättens ensamrätter mot bakgrund av de ekonomiska koncept som behandlats tidigare.

Mina främsta källor har varit ett urval av den omfattande litteratur som behandlar ämnet och jag har även studerat svensk och europeisk lagtext, i form av Konkurrenslagen (2008:579), Lag om gruppundantag för konkurrensbegränsande avtal om tekniköverföring (2008:586) samt Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt 2010/C 83/01, kommissionens förordning nr 772/2004 om tillämpningen av artikel [101.3] i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring och kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring.¹⁰

Nuvarande artikel 101 var tidigare artikel 81 och ännu tidigare 85. I de fall jag använt källmaterial som hänvisar till de tidigare artikelnumren så har jag för enhetlighetens skull valt att ändra detta. I dessa fall står det därför angivet artikel [101].

¹⁰ Europeiska unionens officiella tidning nr C 101, 27/04/2004 s. 0002 – 0042

2. Konkurrensrättens övergripande mål

2.1. Konkurrensrättens bakgrund

För att förstå konkurrensrättens relation till ett annat rättsområde- immaterialrätten krävs först och främst en förståelse för konkurrensrätten i sig, rättsområdets karakteristika i form av dess mål, syften och medel.

Konkurrensrätten är ett ungt rättsområde. Till skillnad från många andra rättsområden saknar den moderna konkurrensrätten motsvarighet i romersk rätt, eller i annan äldre rätt.¹¹ Dagens konkurrensrätt har framförallt sina rötter i den amerikanska antitrusträtten, som växte fram i slutet på 1800-talet.¹²

Under 1900-talet har rättsutvecklingen påverkats av den ideologiska kampen mellan kommunism och kapitalism. Periodvis, och i vissa länder, har fri konkurrens betraktats med största misstänksamhet och man har istället sett fördelar i planekonomiska system. De omvälvande politiska förändringarna i Europa under framförallt andra halvan av 1900-talet har resulterat i avveckling av monopol samt en utbredd liberalisering och privatisering. Detta tillsammans med stora teknologiska förändringar samt ett stort uppsving för internationell handel har släppt loss mycket starka ekonomiska krafter, vilka fört mig sig tidigare oanade konsekvenser för såväl individer som hela samhällen, både av positiv och negativ art. Det råder dock en allmän konsensus för slutsatsen att fria marknader ger bättre resultat än planekonomier. En central del av marknadsekonomin är den fria konkurrensen.¹³

Hur näringslivets organisation och verksamhet skall utformas är en ständigt aktuell fråga och forskning kring de problem som uppstår inom detta område bedrivs traditionellt av framförallt ekonomer och statsvetare.¹⁴ Ramarna för näringslivets funktion bestäms dock av rättssystemet. Inom konkurrensrättens baseras dessa lagar huvudsakligen på ekonomisk

¹¹ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt* s. 61

¹² A.a. s. 61f

¹³ Whish, *Competition Law* s. 3

¹⁴ Framhålls till exempel av Bernitz, *Marknadsrätt – En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer* s. 11

¹⁵ A.a. s. 11

¹⁶ Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt* s. 47

teoribildning, och har under historiens gång påverkats av förändringar i det ekonomiska tänkandet.¹⁵

Det ekonomiska system som kallas marknadsekonomi bygger på grundtanken om att företag skall vara fria att konkurrera med andra företag på marknaden.¹⁶ Denna frihet innebär med nödvändighet att en del företag kommer att förlora den kamp som fri konkurrens innebär, och således bli utkonkurrerade. Friheten är dock inte total, företagens handlingsutrymme inskränks av lag, som stipulerar vilka åtgärder som är tillåtna. De lagar som styr företagens ekonomiska verksamhet går under samlingsnamnet marknadsrätt. Marknadsrätten strävar på en mycket övergripande nivå efter att uppnå två syften, att säkerställa en *effektiv konkurrens* samt att skydda *konsumenterna*.¹⁷

Eftersom konkurrensrätten både utgör ett medel för samhällelig kontroll av förhållandena på marknaden samtidigt som den också reglerar relationer mellan enskilda rättssubjekt, till exempel konkurrenter emellan, kan konkurrensrätten sägas höra både till civilrätten och den offentliga rätten.¹⁸

2.2. Konkurrensrättens mål och syfte

Konkurrensrättens syfte beskrivs ofta enkelt som att *skydda konkurrensen* med det bakomliggande målet att öka konsumenternas välfärd och främja samhällets välbefinnande i stort.¹⁹ Målet att skydda konkurrensen uttrycks även aningen mer preciserat som att säkerställa en *effektiv konkurrens*.²⁰

I lagstiftningen uttrycks rättsområdets syfte på en mycket övergripande nivå, artikel 120 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt anger att den ekonomiska politiken i gemenskapen skall bedrivas ”i överensstämmelse med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens som främjar en effektiv resursfördelning.” Formuleringen uttrycker dels syftet att säkerställa fri konkurrens, samt målet om ökad välfärd, vilket är entydigt med målet att tillvarata konsumenternas intressen.

¹⁷ Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt* s. 27 f

¹⁸ A.a. s. 28 f

¹⁹ Whish, *Competition Law* s. 1

²⁰ Se bland annat Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt*, s. 27f

I den svenska lagstiftningen används istället en negativ definition, konkurrenslagen (2008:579) 1:1 uttrycker att lagens ändamål är att ”undandröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens”. Här uttrycks även lagstiftningens medel för att uppnå målet; att *undandröja hinder*, det vill säga att motverka konkurrensbegränsningar. Inom EU-rätten tillkommer dessutom ett ytterligare mål, i form av att främja integration av de nationella marknader som utgör unionen. Detta eftersom en gemensam konkurrensrättslig lagstiftning är en viktig del av arbetet för att uppnå EU:s grundläggande syfte om upprättande av en gemensam inre marknad. Denna målsättning motiveras primärt politiskt, men det finns också en ekonomisk grund i resonemanget, då upprättandet av en inre marknad anses bidra till en effektivare allokering av resurser.²¹ De senare årens utveckling har dock rört sig emot ett tydligare fokus på målet om ekonomisk effektivitet. Marknadsintegrationen följer tätt därefter.²²

Ett annat EU-rättsligt mål som har nära samband med upprättandet av en inre marknad är målsättningen att unionen skall utgöra en social marknadsekonomi.²³ En grundtanke i ett marknadsekonomiskt system är att företag skall tillåtas konkurrera med andra företag på marknaden, samt att detta tillstånd är önskvärt och eftersträvansvärt.²⁴ Det bakomliggande syftet med målet om att genom lagstiftningen upprätthålla en effektiv konkurrens är att gynna konsumenterna och samhällets välfärd. En effektiv konkurrens anses leda till lägre priser, samt främja produktutveckling och ökat utbud.²⁵

Vad som däremot *inte* är ett skyddsobjekt i den konkurrensrättsliga lagstiftningen är konkurrenterna själva- näringsidkarna. Det skydd en näringsidkare erhåller genom konkurrensrättsliga regler, i form av till exempel möjligheten att hindra andra konkurrenter att

²¹ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 58

²² A.a. s. 62

²³ artikel 120 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt anger att ”medlemsstaterna och unionen skall handla i överensstämmelse med principen om en öppen marknadsekonomi (...)” Artikel 120 hänvisar till artikel 3 i fördraget om europeiska unionen vilken uttrycker målsättningen att ”unionen skall verka för en hållbar utveckling (...) som bygger på en social marknadsekonomi (...)”.

²⁴ Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt*, s. 47

²⁴ A.a. s. 82

²⁴ Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt* s. 84

²⁴ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 34

²⁴ Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt* s. 51

samarbeta om priser eller via marknadsuppdelning, är endast sekundärt i förhållande till konsumenternas skydd.²⁶

2.3. Konkurrensteorin: Effektiv konkurrens

Att konkurrensrättslig teoribildning står i nära relation till ekonomiska avvägningar, koncept och normer framstår som uppenbart vid en granskning av de mål som anges för rättsområdet, och framgår också i det faktum att lagstiftningens skyddsobjekt är marknads funktion.²⁷

Konkurrenslagstiftningens övergripande mål i att främja effektiv konkurrens genom att motverka konkurrensbegränsningar framgår som beskrivits ovan tydligt i lagstiftning och doktrin. Denna sammanfattning av rättsområdets mål och medel väcker dock en rad nya frågor. För det första råder det ingen konsensus om vad *effektiv konkurrens* faktiskt är. Påståendet väcker vidare frågor om varför effektiv konkurrens är skyddsvärt, och hur den i så fall skall skyddas.²⁸

Begreppet *effektiv konkurrens* knyter an till begreppet *perfekt konkurrens* vilken är en term inlånad från nationalekonomisk teori som beskriver en teoretisk modell. Perfekt konkurrens innebär att en rad olika förutsättningar är uppfyllda. Det skall finnas ett stort antal säljare som saluför homogena produkter, både köpare och säljare skall ha tillgång till perfekt information om sina inköps- och säljmöjligheter, och antalet köpare och säljare skall vara så stort att en förändring i den enskildes efterfrågan inte kan påverka marknadspriset. Ingen av säljarna skall ha så stor marknadsmakt att denne ensam kan påverka priset. Det får inte heller förekomma några avtal eller speciella regler om beteendet på marknaden.²⁹ Perfekt konkurrens är alltså en teoretisk modell, den förekommer inte i verkligheten.³⁰

Begreppet ekonomisk effektivitet kan betyda olika saker. När det används för att definiera målet för konkurrenslagstiftning avses vanligtvis den neoklassiska definitionen, vilken också

²⁹ Bernitz, *svensk och europeisk marknadsrätt* s. 51

³⁰ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 64

³¹ A.a. 62f

³² A.a s 64ff

benämns statisk effektivitet. Statisk effektivitet består av två komponenter, allokeringseffektivitet och produktionseffektivitet.³¹

Att allokeringseffektivitet råder innebär att marknadens struktur är sådan att resurserna fördelas på ett maximalt effektivt sätt. I ett tillstånd av perfekt konkurrens har ingen enskild aktör tillräcklig marknadsmakt för att påverka prissättningen. Om kostnaden för att producera en vara är lägre än det pris som varan kan säljas för kommer tillverkarna att fortsätta att producera varor. Därigenom kommer marknadens prissättningar av produkterna att motsvara marginalkostnaden.

På en marknad där monopol råder är situationen omvänd. När monopolisten tillverkar och säljer ytterligare varor sjunker priser per såld vara. Resultatet är att det blir mer lönsamt för monopolisten att sälja ett lägre antal varor till ett högre pris. Problemet är dock att den vinst monopolisten erhåller genom sin marknadsmakt understiger konsumenternas förlust. Därmed uppkommer dödsviktskostnad (dead weight loss). Därför är tillståndet som råder vid perfekt konkurrens ekonomiskt effektivt – paretooptimalt- medan en monopolsituation inte är det.

Utöver maximal allokeringseffektivitet innebär perfekt konkurrens att maximal produktionseffektivitet uppnås. Vid perfekt konkurrens är en varas pris detsamma som marginalkostnaden, vilket innebär att säljarna hela tiden måste eftersträva effektivare produktionsmetoder för att uppnå vinst.

Det tillstånd som råder vid perfekt konkurrens brukar betecknas som paretooptimalt. Paretooptimalitet råder när ingen kan få det bättre utan att någon annan får det sämre och beskriver alltså ett perfekt marknadsekvilibrium. Det finns även andra effektivitetsmått som är tillämpliga på tillstånd av perfekt konkurrens. Enligt det så kallade Kaldor-Hickskriteriet ökar den ekonomiska effektiviteten när en förändring äger rum på marknaden, till exempel försäljning av en vara, och resultatet blir att de som vinner på förändringen tjänar mer på den än vad de andra förlorar, det vill säga att trots att någon blivit fattigare så har den totala nyttan ökat.

Vid ett tillstånd av maximal allokerings- och produktionseffektivitet råder optimal statisk effektivitet. I detta tillstånd maximeras samhällets totala överskott, vilket utgörs av summan av konsumenternas och producenternas överskott.³²

2.4. Dynamisk effektivitet

Som vi sett ovan används den neoklassiska definitionen av perfekt konkurrens i form av allokativ effektivitet och produktionseffektivitet för att beskriva det konkurrensrättsliga målet om effektiv ekonomi.³³ Denna modell, som beskriver välförhållningsmaximering under perfekt konkurrens är den dominerande presentationen av konkurrens och marknader.³⁴ Under de senaste decennierna har dock vikten av även dynamisk effektivitet uppmärksamats.³⁵

Dynamisk effektivitet innebär att företagen i sin strävan för ökade marknadsandelar måste sträva efter nya och bättre produkter. En marknad med ett stort mått av dynamisk effektivitet innebär att det föreligger en hög utvecklingstakt.

Vikten av dynamisk effektivitet påtalas framförallt av företrädare för den österrikiska skolan, vilka är kritiska till den neoklassiska modellen och anser att det statiska effektivitetsbegreppet inte är tillräckligt för att beskriva effekterna av fri konkurrens. Ekonomen Joseph Schumpeter, som tillhör den österrikiska skolan men inte dess huvudströmning menar att de enskilda företagens strävan efter ökade marknadsandelar utgör drivkraften bakom innovation, och att en effektiv konkurrens således främjar innovation.

I den statiska modellen av en marknad med perfekt konkurrens förutsätts en hög grad av homogenitet, och att priset är det främsta konkurrensmedlet.³⁶ En del av kritiken mot det statiska effektivitetsbegreppet är att den enbart visar en ögonblicksbild av marknaden och inte beskriver någon utveckling. När man tillfogar ett dynamiskt effektivitetsbegrepp blir istället utvecklingstakten på marknaden central. Bakgrunden till uppsvinget för betydelsen av ett dynamiskt effektivitetsbegrepp är bland annat vi ser en allt snabbare teknologisk utveckling, samtidigt som ny teknologi och högteknologiska produkter spelar en allt större roll i samhällsekonomin. Genom förändrade och förbättrade produkter och produktionsprocesser skapas positiva effekter så som ett mer diversifierat utbud, bättre kvalitet och mer kostnadseffektiva tillverkningsprocesser. Dynamisk effektivitet innebär således ett mer effektiv användande av resurser.³⁷

³³ Dahlman, Glader, Reidhav *Rättsekonomi* s. 143

³⁴ A.a. s. 149

³⁵ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 65

³⁶ Dahlman, Glader, Reidhav *Rättsekonomi* s.149

³⁷ A.a. s. 149f

I motsats till vad som gäller för statisk effektivitet saknas det dock en tydlig marknadsmodell för att illustrera vad dynamisk effektivitet innebär. Dynamisk effektivitet gynnas av starka incitament för företagen att satsa på innovativa aktiviteter, så som forskning och framtagande av ny teknik. I det traditionellt beskrivna tillståndet av perfekt konkurrens saknas täckning för utgifter för investeringar i forskning då marginalprissättning används. Inte heller under motsatta förhållanden- vid monopol finns förutsättningar att investera i forskning och utveckling då ett företag redan innehar en dominerande del av marknaden.³⁸

De incitament som krävs för att skapa en dynamiskt effektiv ekonomi finns hos företag som genom en hög innovationstakt kan skapa eller bibehålla marknadsinflytande. På en dynamiskt effektiv marknad kan mycket höga marknadsandelar eller till och med monopol uppstå som ett resultat av framgångsrik och innovativ produktutveckling, och en sådan marknad kan därmed förefalla ineffektiv sedd ur ett klassiskt perspektiv med statisk effektivitet som ideal. Trots att ett företag kan inneha en väldigt stor marknadsandel kan det dock förekomma ett mycket stort konkurrenstryck, på marknader där snabb teknologisk utveckling förekommer kan ett företag snabbt förlora sin dominerande position om det inte lyckas upprätthålla sin utvecklingstakt. Det råder alltså tävlan om marknadsandelar på samma sätt som på en marknad där konkurrensen består av statisk priskonkurrens, men istället råder innovationskonkurrens mellan producenter som kämpar för att hela tiden hålla sig i framkant med ny teknologi.³⁹

Sammanfattningsvis så samverkar olika konkurrensmedel, den från neoklassisk teori hämtade priskonkurrensen kompletteras av konkurrens om hög kvalitet och ny teknologi.⁴⁰

Det har visats att teknologisk utveckling har potential att öka samhällets totala välbefinnande på ett sätt som överstiger den vinst som uppnås genom strävan efter perfekt konkurrens via lagregler som hindrar konkurrensbegränsningar.⁴¹

³⁸ A.a. s. 150

³⁹ Dahlman, Glader, Reidhav *Rättsekonomi* s. 150f

⁴⁰ A.a. s. 150f

⁴¹ A.a. s. 151

3. Konkurrens och immaterialrätt

3.1. Immaterialrättens mål och syfte

Immaterialrättslig lagstiftning skyddar rätten att förfoga över intellektuella prestationer, genom olika typer av juridiska konstruktioner anpassade för olika typer av uppfinningar, varumärken eller artistiska verk.⁴²

Lagstiftningens syfte är att stimulera innovation och skapande arbete, samt uppmuntra investeringar i detta, genom att se till att rättighetshavaren får ta del av det ekonomiska utbytet av sitt arbete.⁴³ Det handlar alltså om ett tudelat syfte, dels att tillgodose det samhällseliga intresset av att främja intellektuellt skapande och innovation, samt dels att tillgodose uppfinnarens intresse av skydd för det han eller hon har skapat.⁴⁴

Genom att uppmuntra investeringar, ge rättighetshavaren ekonomiskt utbyte samt skapa ekonomiska värden som kan ha stor betydelse vid till exempel kreditgivning och vid företagsöverlåtelser anses immaterialrätter vara tillväxtskapande och bidrar alltså till ökad välfärd.⁴⁵ Immaterialrättens övergripande mål är kan alltså sägas vara gemensamt med konkurrensrättens.

Den etablerade metoden för att tillgodose dessa intressen och uppnå målen är att ge rättighetshavaren en skyddad position på marknaden och därigenom tillförsäkra honom ett visst ekonomiskt utbyte.⁴⁶ Den skyddade positionen innebär en rätt att hindra andra från att använda en skyddad produkt eller teknik, samt rätt att upplåta och överlåta rättigheten.⁴⁷ Rättigheterna har alltså både en positiv och en negativ sida, varav den positiva sidan består av rättighetshavarens rätt att förfoga över rättigheten och den negativa att andra är förbjudna att utnyttja rättigheten.⁴⁸ Dessa funktioner skapar rättigheter med ett ekonomiskt värde, vilket utgör grundvalen för immaterialrätternas stora betydelse.⁴⁹

Trots att immaterialrätterna utgör en viktig form av sakrätt och medför en omfattande ensamrätt så betraktas de inte inom nordisk rättsvetenskap som en form av äganderätt, utan istället hänförs de till kategorin begränsade sakrätter. Detta på grund utav att deras räckvidd är

⁴² Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 500

⁴³ A.a. s. 499

⁴⁴ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 251

⁴⁵ A.a. s. 252

⁴⁶ A.a. s. 251

⁴⁷ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 500

⁴⁸ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 304

⁴⁹ A.a. s. 306

begränsad genom lagstiftning samt har vissa inskränkningar som inte förekommer vid äganderätt.⁵⁰

De flesta länders lagstiftning erbjuder uppfinnare en möjlighet att ansöka om patent, i syfte att stimulera investeringar i forskning och utveckling. Ett patent innebär en ensamrätt till den patenterade produkten eller tekniken, samt även rätten att hindra andra från att använda den patenterade produkten eller tekniken.⁵¹

3.2. Patent och konkurrens

När man talar om att immaterialrätter skapar monopol så avses ofta framförallt patentinstitutet. Ett patent på en produkt eller en framställningsmetod innebär en ensamrätt och ett monopol i den bemärkelsen att patenthavarens konkurrenter är rättsligt förbjudna att producera produkten eller utnyttja tekniken under den tid patentet varar. Ett värdefullt patent kan därigenom ha en prishöjande effekt, när patenthavaren är den enda producenten och kan styra prissättningen. Detta överensstämmer väl med immaterialrättens mål om att uppfinnaren/patenthavaren skall få ett ekonomiskt utbyte av sitt patent.⁵² Immaterialrättens investeringsskyddande syfte kommer alltså till uttryck i denna funktion, då patentet möjliggör satsningar på att bygga upp en verksamhet och tillverkning grundat på en patenterad uppfinning.⁵³

De monopoleffekter som skapas genom patent anses även berättigade ur samhällsekonomisk synvinkel för sin funktion att uppmuntra vetenskaplig forskning. Utan möjlighet till att patentera vetenskapliga framsteg så skulle en ny produkt kunna reproduceras av vem som helst, som inte behövt bekosta framtagningen av denne. Det företag som investerat i FoU skulle därmed hamna i en sämre position än de aktörer som kommer in senare och enbart producerar tekniken. Tidsbegränsningen av monopol är också en produkt av detta resonemang, det anses att ett 20-årigt patent i regel är tillräckligt för att skydda det forskande företagets investeringar.⁵⁴

Det kan alltså konstateras att det är berättigat att betrakta ett patent som ett monopol, men samtidigt bör man uppmärksamma att detta är felaktigt i många situationer. Det kan finnas

⁵⁰ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 304

⁵¹ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 335

⁵² Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 252

⁵³ A.a. s. 251 f

⁵⁴ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 571

substitut till den patenterade produkten som innebär att patenthavaren är utsatt för produktkonkurrens. Substitutet existerar dessutom ofta som en effekt av patentet, då patenthavarens konkurrenter tvingats framställa alternativa produkter.⁵⁵ Om patentet rör framställningsteknik så kan det finnas alternativa tillverkningsprocesser som inte inkräktar på patenthavarens rättigheter. Om det saknas substitut till den patenterade tekniken kan patentet dock verka som ett inträdeshinder på marknaden, och därigenom ge patenthavaren ett stort mått av marknadsakt.⁵⁶ Det är dock sällsynt att ett patent skapar en sådan position åt patenthavaren att han kan kontrollera utbudet och priset på den aktuella marknaden, då de flesta patent täcker ett mycket smalt tekniskt område och substitut ofta finns.⁵⁷

Dessa effekter leder trots allt fram till slutsatsen att tillämpning av immaterialrätt kan begränsa konkurrensen. Detta bygger dock på antagandet att konkurrensrättens främsta mål är att undanröja hinder för konkurrens på en specifik marknad, och medför att patentet för en tid inte är kompatibelt med konkurrensrättsliga regler. Detta är upphovet till att förhållandet mellan rättssystemen beskrivs som en grundläggande konflikt.⁵⁸

3.3. Patent och konkurrensfrämjande effekter

Trots att patent i vissa avseenden kan sägas ha konkurrensbegränsande effekter så är det sannolikt att patentens konkurrens effekter på längre sikt är gynnsamma. Genom att stimulera forskningsinsatser och skydda investeringar så bidrar immaterialrätterna till att driva på utvecklingen. Härigenom verkar ensamrätterna alltså konkurrensfrämjande.⁵⁹

När en konkurrent får ett försprång genom innehavet av ett värdefullt patent så tvingas andra aktörer till ökade investeringar i FoU för att skapa än mer konkurrenskraftiga produkter. På detta sätt skapar patentsystemet produktkonkurrens. Patentsystemet möjliggör dessutom för små företag och fria uppfinnare att sprida sina produkter, vilket motverkar koncentration i näringslivet och leder till att uppfinningar tillvaratas.⁶⁰

Ett alternativ till att betrakta ensamrätter som problematiska ur konkurrenssynpunkt är att istället säga att de är en nödvändig förutsättning för konkurrens. Om inte ensamrätterna fanns så skulle ett företag kunna tillgodogöra sig nyttan av en konkurrents forskning och

⁵⁵ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 157 f

⁵⁶ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 363 f

⁵⁷ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 157 f

⁵⁸ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 565

⁵⁹ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 252

⁶⁰ A.a. s. 158

investeringar, istället för att själv investera och framställa en bättre produkt, vilket förstås är ett bättre scenario för den totala effektivitetens skull.⁶¹ Immaterialrätterna utgör viktiga medel för konkurrens företagen emellan, och har därför stor påverkan på konkurrensförutsättningarna på marknaden.⁶²

3.4. Immaterialrätter och dynamisk effektivitet

Förhållandet mellan konkurrensrätten och immaterialrätten kan alltså beskrivas som en konflikt, men det går också att argumentera för att de båda rättsområdena är beroende av varandra. En nyckel till problemet kan vara att nyansera effektivitetsbegreppet. I ett kortare tidsperspektiv finns det en motsättning mellan statisk effektivitet, vilken leder till lägre priser, och dynamisk effektivitet, vilken innebär forskning och utveckling. Med detta synsätt så blir utmaningen om att vikta konkurrensrätten och immaterialrätten mot varandra istället en fråga om att hitta en balans mellan låga priser och innovation.⁶³ Det är en logisk tumregel att konkurrensbegränsningar skall godtas enbart i den utsträckning som är nödvändigt för att skydda investeringar i forskning och utveckling.⁶⁴

Slutsatsen blir att immaterialrätter hindrar viss form av konkurrens, gällande främst produktion och distribution, vilka alltså hänger samman med statisk effektivitet. I gengäld så stärks andra former av konkurrens, dynamisk effektivitet i form av ökad innovation och kvalitet uppmuntras. Med detta synsätt så rör handlar relationen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt i mindre mån om att lösa en konflikt och istället om att balansera olika former av konkurrens, varav båda är nödvändiga och gynnar samhällsnyttan och välfärden i stort.⁶⁵

Det bör även noteras att i de branscher där det en aktör har en mycket stor del av marknaden och förefaller besitta en monopolposition, så är det möjligt att företaget trots allt hindras från monopolbeteenden genom att det utsätts för en stark dynamisk konkurrens, i form av forskande konkurrenter som när som helst kan uppfinna ny teknik och konkurrera ut den tidigare starka aktören.⁶⁶ När ett dynamiskt perspektiv på effektivitet anläggs så främjar konkurrensen innovation.⁶⁷

⁶¹ Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 3 1.02

⁶² Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s 250

⁶³ Ritter, Cyril *The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law* s. 164

⁶⁴ A.a. s. 164f

⁶⁵ Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 3 1.02

⁶⁶ Whish, *Competition Law* s. 6

⁶⁷ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 65

4. Konkurrensrättslig lagstiftning

4.1. Allmänt om den konkurrensrättsliga regleringen

Den konkurrensrättsliga lagstiftning som är av relevans för denna framställning baseras framför allt på artikel 101 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Denne förbjuder konkurrensbegränsande avtal mellan företag, och är tillämplig då fyra kriterier uppfylls. För det första skall det föreligga ett avtal eller ett samordnat förfarande, för det andra skall avtalet eller det samordnade förfarandet finnas mellan företag eller företagssammanslutningar. Det tredje kriteriet stipulerar att avtalet eller det samordnade förfarandet skall kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna och för det fjärde skall avtalet ha till syfte eller resultat att begränsa, snedvrída eller hindra konkurrensen på den gemensamma marknaden.⁶⁸

Ett avtal eller beslut som faller in under artikel 101 är dock inte per automatik otillåtet. I de fall ett avtal anses konkurrensbegränsande men samtidigt genererar positiva effekter som överväger konkurrensbegränsningen finns legalundantaget i artikelns tredje stycke.⁶⁹

Undantaget är tillämpligt då fyra kumulativa kriterier är uppfyllda. De två första kriterierna brukar benämnas som positiva kriterier då de innebär krav som skall uppnås, det första i form av effektivitetsvinster till följd av avtalet, och det andra som stipulerar att dessa skall tillfalla konsumenterna. De följande kriterierna benämns negativa, då de anger vad avtalet *inte* får innebära; avtalet får dels enbart ålägga företagen de begränsningar som är *nödvändiga* för att uppnå de positiva kriterierna, alltså en form av proportionalitetskrav. Det andra negativa kriteriet innebär att företagen inte får ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.⁷⁰

Kriterierna sammanfattas som *effektivitetsvinst, konsumentvinst, nödvändighet och bibehållen konkurrens*.⁷¹

Tillämpligheten av förbudet i artikel 101 samt den eventuella tillämpligheten av undantaget bedöms av företagen själva. För vägledning finns kommissionens riktlinjer⁷². När ett avtal prövas mot förbudet i artikel 101 har företagen den primära bevisbördan för att undantaget är

⁶⁸ Artikel 101 EUF

⁶⁹ Artikel 101 EUF, 3:e stycket. För ytterligare beskrivning se Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 207. Samma typ av undantag finns även i den svenska konkurrenslagstiftningen, 8§ KL är ett undantag till förbudet i 6§ KL.

⁷⁰ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*. 57

⁷¹ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 213

⁷² Kommissionens tillkännagivande med riktlinjer för tillämpningen av artikel [101.3] i fördraget

tillämpligt.⁷³ Undantaget gäller så länge de fyra kriterierna är uppfyllda.⁷⁴ Rättsverkan för de fall att ett avtal eller beslut träffas av förbudet och undantaget inte kan tillämpas, är att avtalet eller beslutet är ogiltigt.⁷⁵

4.2. Gruppundantag

För att förenkla tillämpligheten av undantaget i artikel 101 utfärdar kommissionen så kallade gruppundantagsförfordningar. Gruppundantagsförfordningar finns för en rad olika typer av avtal som normalt sätt riskerar att stå i strid med förbudet i artikel 101, men som kan vara aktuella för undantag enligt artikel 101 (3).⁷⁶ Gruppundantaget för tekniköverföring⁷⁷ är relevant för denna framställning och behandlas vidare nedan under avsnitt 7.

Gruppundantagen är detaljerade för att ge företag möjlighet att utforma sina avtal i enlighet med gruppundantagen.⁷⁸ Detta är viktigt eftersom företagen nu själva avgör om deras avtal är berättigade till undantag. Ikraftträdandet av förordning 1/2003⁷⁹ innebär att kommissionen inte längre har ensamrätt att bevilja undantag. Istället grundas nu undantag, både enligt 101(3) som nämndes ovan, samt enligt de specifika gruppundantaget på företagens egen bedömning av om deras avtal är berättigade till undantag.⁸⁰

4.3. Bedömning av TTBER:s tillämplighet i förhållande till artikel 101

I de situationer där TTBER eventuellt är tillämpligt är det enklast att först bedöma avtalets kompatibilitet med gruppundantaget, och i de fall man finner att undantaget inte är tillämpligt därefter pröva om avtalet skall anses otillåtet enligt artikel 101 och om det eventuellt kan bli föremål för ett individuellt undantag på grundval av artikel 101 (3).⁸¹

4.4. Sanktioner

Avtal som står i strid med artikel 101 och inte är berättigade till enskilda undantag enligt artikel 101 (3) är ogiltiga. Ogiltigheten gäller de delar eller klausuler i avtalet som anses oförenliga med konkurrensrätten, förutom i fall då dessa delar inte går att skilja från resten av avtalet, i dessa fall är hela avtalet ogiltigt. Ogiltigheten är åberopbar av tredje man och giltig

⁷³ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 214

⁷⁴ A.a. s. 214

⁷⁵ artikel 101 EUF, stycke 2

⁷⁶ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 134

⁷⁷ TTBER

⁷⁸ Westin, *Europeisk konkurrensrätt* s. 165

⁷⁹ TTBER

⁸⁰ Westin, *Europeisk konkurrensrätt* s. 165

⁸¹ Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 131 2.17

både framåt och bakåt i tiden. Syftet med ogiltighetsregeln är att säkerställa den inre marknads funktion.⁸²

I de fall gruppundantaget är tillämpligt finns särskilda regler om ogiltighet. En uppdelning görs för bestämmelser som anses utgöra särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar och som leder till att hela avtalet/licensen är ogiltig. (artikel 4 TTBER) och klausuler som utgör ej undantagna konkurrensbegränsningar där rättsföljden blir att endast den aktuella klausulen blir ogiltig. (artikel 5 TTBER).⁸³

4.5. Horisontell och vertikal konkurrens

Den vanligaste typen av konkurrens äger rum mellan aktörer som befinner sig på samma nivå i handelskedjan, det vill säga mellan tillverkare, mellan distributörer eller mellan återförsäljare. Man talar då om horisontell konkurrens. I motsats till detta så utgör konkurrens mellan parter som befinner sig i olika led, till exempel en tillverkare och en återförsäljare, vertikal konkurrens. Avtal mellan parter som har ett horisontellt förhållande till varandra har normalt sett större möjlighet att påverka konkurrensen och bedöms därför hårdare enligt konkurrensrättsliga regler än avtal mellan parter i vertikala förhållanden.⁸⁴

4.6. Konkurrensreglernas tillämplighet

Konkurrensreglerna är tillämpliga vid alla förfaranden som hindrar effektiv konkurrens, vilket innebär att de utöver vid förfaranden som begränsar existerande konkurrens även kan tillämpas vid ageranden som hindrar att konkurrens uppstår eller utvecklas.

En svårighet i att avgöra när reglerna är tillämpliga är det faktum att effektiv och fungerande konkurrens också innebär att en del aktörer inte kommer att överleva på marknaden, eller klara att ta sig in på den, som en naturlig följd av en hård konkurrens. Detta måste skiljas från de fall där företag hindras genom andra aktörers otillbörliga beteende.⁸⁵

4.7. Svensk och europeisk konkurrensrätt

Det ovan beskrivna målet och syftet är gemensamt för svensk och europeisk konkurrensrätt. Europeisk konkurrensrätt har dock ytterligare ett mål, nämligen att främja marknadsintegration mellan medlemsstaterna. Europeisk konkurrensrätt är tillämplig i de fall då *samhandelskriteriet* är uppfyllt, vilket förstås som att ett potentiellt konkurrensskadligt agerande kan begränsa handeln *mellan* medlemsstaterna. Betydelsen av den europeiska

⁸² Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 65f

⁸³ A.a. s. 66f

⁸⁴ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 568

⁸⁵ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 8 f

rättens vidare mål är att fall då konkurrenslagen tillämpas, alltså i fall där samhandelskriteriet inte är uppfyllt, inte nödvändigtvis behöver bedömas på samma sätt som de hade gjort om europeiska konkurrensregler hade varit tillämpliga.⁸⁶

Samhandelskriteriet har i praxis tolkats extensivt, vilket innebär att alla konkurrensbegränsningar som med tillräckligt hög grad av sannolikhet kan förutses direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett sådant sätt att det kan påverka processen mot förverkligandet av den inre marknaden träffas av kriteriet och bedöms enligt EU-rättsliga regler. Förutom olika typer av handelsåtgärder avses även tjänster och andra former av kommersiell aktivitet.⁸⁷

Den europeiska konkurrensrätten har undergått en stor utveckling under senare år och idag har samtliga EU:s medlemsländer utformat sina nationella konkurrenslagar med EU-rättens som förebild. Därmed utgör den europeiska konkurrensrätten tillsammans med den amerikanska de två främsta konkurrensrättsliga systemen i världen.⁸⁸

Även i de fall då svensk konkurrensrätt skall tillämpas gäller att EU-rätten skall vara vägledande. Tillämpningen av den svenska lagstiftningen skall vara sådan att man i största möjliga mån uppnår materiell rättslikhet med EU-rätten.⁸⁹

⁸⁶ A.a. s. 10

⁸⁴ Bernitz, svensk och europeisk marknadsrätt s. 62.

⁸⁵ A.a. s 70

5. Konkurrensrättens tillämplighet vid avtal om tekniköverföring

Existensen av immaterialrätter är inte angripbart med konkurrensrättsliga regler, men detta löser inte avgränsningsfrågan. Även de åtgärder som en patenthavare skall tillåtas företa i kraft av sitt patent måste avgränsas. Ett typiskt exempel på en sådan avgränsningsfråga är vilka bindningar som kan tillåtas i ett exploateringsavtal.⁹⁰

5.1. Existens och utövande

Som konstaterats ovan innebär ett immaterialrättsligt skydd en ensamrätt och därigenom en form av rättsligt monopol för rättighetshavaren. Detta innebär också en potentiellt konkurrensskadlig situation, då rättighetshavarens konkurrenter inte kan bruka viss teknik. Situationer uppstår där en gränsdragning blir nödvändig mellan dessa. EU-domstolen skiljer i sin praxis på *existensen* och *utövandet* av en immaterialrätt. Själva innehavet, alltså existensen, av en immaterialrätt är inte angripbar med konkurrensrättsliga regler. Däremot kan *utövandet* av en immaterialrättighet anses hindra den fria konkurrensen och vara otillåten enligt konkurrensrättsliga regler. Som utövande av immaterialrättigheter förstås dispositioner som går utöver de rättigheter som utgör immaterialrättens särskilda föremål (*specific subject matter*).⁹¹

Effekten av denna distinktion blir alltså att konkurrensrätten *inte* kan påverka existensen av en immaterialrätt, men däremot kan konkurrensrätten i vissa fall begränsa utövandet av immateriella rättigheter, dock endast i en omfattning som kan rättfärdigas med hänsyn till rättigheternas innehåll.⁹²

Även om uppdelningen i existens och utövande kan vara logiskt tilltalande så är det i praktiken omöjligt att visa precis var skiljelinjen går. Analytiskt sett så består en rättighet av alla sätt på vilka den kan utnyttjas. Distinktionen mellan existens och utövande utgör därmed framför allt ett flexibelt instrument för EG-domstolen som tillåter den att utveckla lagen och minimera medlemsstaters och företags möjligheter att dela upp den inre marknaden genom användandet av nationella eller regionala immaterialrätter.⁹³

⁹⁰ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 158

⁹¹ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok*

⁹² Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 5, 1.03

⁹³ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 337

5.2. Patentlicensavtal

En typ av förfarande som betraktas som utövande av immaterialrätt är licensiering av ensamrätt, så som till exempel ingående av patentlicensavtal.⁹⁴ Med rätten att hindra andra från att använda patenterad teknik följer också rätten att tillåta andras användande av tekniken genom licensavtal.⁹⁵ Patentlicensavtal förekommer i en mängd former, alltifrån det enklaste avtalet mellan två uppfinnare som tillsammans utvecklat en idé, till stora forskningsföretag som licensierar patent i ett hundratal länder. Gemensamt för samtliga avtal är att ett eller flera patent utgör stommen i avtalen. Det finns en rad anledningar till att ingå patentlicensavtal, det kan handla om svårigheter att bedriva egen FoU eller producera och distribuera produkter eller tekniker. Andra anledningar är ledig produktionskapacitet, bristande kännedom om en marknad man vill verka på eller otillräckligt kapital.⁹⁶ Ett väl fungerande licensavtal innebär att båda parter kan dra fördel av varandras kunnande och position under lång tid.⁹⁷ En nackdel för licensgivaren ligger i att han överför kunnande till licenstagaren, varigenom denne kan stärka sin position som konkurrent till licensgivaren. Licensgivaren och licenstagaren har dock ett gemensamt intresse av att exploateringen skall gå bra, och därför skäl att samarbeta. Genom licensiering slipper man försöka värdera patent vid avtalsslutet, något som i princip inte låter sig göras. Uppfinningar säljs därför normalt inte mot en engångssumma, utan exploateras via licensavtal.⁹⁸

Licensen innebär att licensgivaren, innehavaren av patentet, avstår ifrån att åberopa sin förbuds rätt mot licenstagaren.⁹⁹

5.2.1. Lagstiftning om patentavtal

I svensk rätt nämns inte ens möjligheten till licensiering i patentlagen. Rätten att ingå licensavtal följer av den fria avtalsrätten, av att det saknas förbud mot licensavtal samt att bundenhet mellan parterna uppnås genom första kapitlet i avtalslagen. Gällande ansökningar om EPO-patent stadgas i artikel 73 EPC att ett europeiskt patent kan licensieras i hela eller delar av de kontraherande staternas territorium.¹⁰⁰

⁹⁴ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 503

⁹⁵ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 364

⁹⁶ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 15

⁹⁷ A.a. s. 16

⁹⁸ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 153 f

⁹⁹ A.a. s. 154

¹⁰⁰ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 16

Patentlicensavtal betraktas i de flesta länder som avtal *sui generis* vilket innebär att de tillhör en egen rättslig kategori och skall bedömas utifrån sina egna speciella förutsättningar.¹⁰¹

Ett licensavtal utgör en upplåtelse till skillnad från en överlåtelse. Upplåtelseformen vittnar om att avtalet tar sikte på ett av patentets karakteristika, nämligen utnyttjandet av uppfinningen.¹⁰²

Eftersom den immaterialrättsliga lagstiftningen ger så lite vägledning för utnyttjandet av rättigheterna så ges rättighetshavarna stort utrymme att förfoga över sina rättigheter, inom ramen för den allmänna avtalsfriheten. Det faller därför naturligt att konkurrensrättslig lagstiftning kan bli aktuell för reglering av immaterialrätternas utövande.¹⁰³

5.2.2. Märkbarhetskravet

Märkbarhetskravet innebär att mindre allvarliga konkurrensbegränsningar inte anses stå i strid med artikel 101 och begränsar därmed konkurrensreglernas tillämplighet. Undantaget kallas även de minimis-undantaget eller bagatellundantaget och är tillämpligt när det är osannolikt att konkurrensen skall begränsas på ett märkbart sätt. Bedömningen av vad som är märkbart utgår huvudsakligen från avtalsparternas marknadsandel och storlek.¹⁰⁴ Kommissionen har uttalat att när samtliga avtalsparters gemensamma marknadsandel understiger 10 % så kan avtalet anses tillåtet genom att märkbarhetskravet inte är uppfyllt. Detta gäller både i fall då avtalsparterna är faktiska och potentiella konkurrenter.¹⁰⁵

5.2.3. Enkla och exklusiva licenser

En viktig distinktion gällande upplåtelsen finns mellan enkla och exklusiva licenser. En enkel licens innebär att licenstagaren får rätt att utnyttja licensen inom ramen för upplåtelsen, medan en exklusiv licens utöver detta även innebär att licensgivaren förbinder sig att inte ge någon annan rätt att utnyttja patentet. En exklusiv licens har ofta ett stort värde för licenstagaren då den möjliggör monopolvinster och utrymme att kontrollera marknaden för den aktuella produkten eller tekniken.¹⁰⁶

En enkel licens skapar i regel inte konkurrensrättslig problem då den enbart reducerar effekterna av ett patent, genom att ge en ytterligare aktör, och eventuellt flera, möjlighet att

¹⁰¹ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 17

¹⁰² Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s. 154

¹⁰³ A.a. s. 250

¹⁰⁴ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 64 f

¹⁰⁵ A.a. s. 65

¹⁰⁶ A.a. s. 143

använda patentet. En exklusiv licens är dock mer problematiskt, å ena sidan utgör en exklusiv licens en klar konkurrensbegränsning då den innebär att ingen annan än licenstagaren kan etablera sig på marknaden för den aktuella tekniken. Å andra sidan så existerar ensamrätten redan, och att den överförs från licensgivaren till licenstagaren, kan möjligen bedömas som en ur konkurrensrättslig synvinkel oförändrad situation.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 145

6. Konkurrensrätt och licensavtal

Den naturliga utgångspunkten för analys om de konkurrensrättsliga effekterna av licensiering av patent måste utgå ifrån vad som ovan konstaterats – att existensen av immaterialrätter inte skall ifrågasättas. Det är av största vikt att separera avvägningen om de konkurrensrättsliga effekterna av existensen av en immateriell rättighet med avvägningen om effekter av licensiering av den rättigheten. Ekonomisk analys av licensiering av immaterialrätter fokuserar på licensavtalets effekt på marknaden där avtalets parter verkar. Analysens fokus är att avgöra om konkurrensen på den relevanta marknaden förbättras genom licensens existens eller inte.¹⁰⁸

Licensiering anses generellt positivt ur konkurrensrättslig synvinkel eftersom den uppmuntrar exploatering av skyddad teknik och tillser att det finns fler än en potentiell distributör av den skyddade tekniken.¹⁰⁹ Patentlicenser anses normalt reducera monopoleffekter och leda till teknikspridning. Det faktum att ett patentlicensavtal begränsar handlingsutrymmet för licenstagare och/eller licensgivaren innebär inte att det skall anses otillåtet, då det kan finnas konkurrensfrämjande effekter av avtalet som väger upp detta.¹¹⁰

Det har dock visat sig att patentlicensavtal kan användas på sätt som begränsar konkurrensen, främst gäller detta vid horisontella avtal, det vill säga avtal mellan konkurrenter.¹¹¹ Speciellt licensavtal som innehåller bestämmelser om ensamrätt eller områdesskydd kan innebära konkurrensbegränsningar.¹¹² När konkurrenter licensierar teknik till varandra kan detta medföra att incitamenten att skapa en teknologisk ledarposition minskar eller försvinner.¹¹³

Artikel 101 har tillämpats på licensavtal vid ett flertal tillfällen. Det argumenteras i doktrinen, bland annat av Tritton, att båda institutionerna traditionellt missat att diversifiera analysen och istället bedömt licensens eventuella konkurrensbegränsande effekter tillsammans med den licensierade immaterialrättens konkurrensbegränsande effekter, samt att detta inneburit en onödigt negativ syn på licensiering från konkurrensrättslig synvinkel, då det som ifrågasatts

¹⁰⁸ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 563

¹⁰⁹ A.a. s. 563

¹¹⁰ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 62

¹¹¹ A.a. s. 63

¹¹² Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 510

¹¹³ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 563

har varit giltigheten av själva immaterialrätten i sig, i förhållande till konkurrensrättsliga regler.¹¹⁴

6.1. Rule of reason och per se

Underlaget för konkurrensrättslig analys av licensavtal är som ovan nämnts att bedöma den ekonomiska situationen på marknaden med och utan förekomsten av det aktuella avtalet. Om en grundlig ekonomisk analys kommer till slutsatsen att avtalet totalt sett medför konkurrensfördelar så skall det anses tillåtet enligt konkurrensrättsliga regler. Detta resultatbaserade resonemang kallas för rule-of-reason. Tyngdvikten läggs vid en ekonomisk analytisk bedömning istället för enbart juridisk analys. Nackdelen med rule-of-reason är att det kan vara väldigt svårt för företag och deras rådgivare att veta om ett avtal är kompatibelt med immaterialrätten eller inte, då det för korrekt analys i princip är nödvändigt att kunna studera effekterna av avtalet på den aktuella marknaden.

6.2. Rule-of-reason vid tillämpning av artikel 101

Det finns inget utrymme för rule-of-reason vid tillämpningen av artikel 101. Om man efter en juridisk och ekonomisk bedömning finner att ett licensavtal har konkurrensbegränsande effekter så bedöms alltså *inte* avtalets eventuella konkurrensfördelar. Dessa får istället ligga till grund för bedömningen av tillämpligheten av undantaget i artikel 101 (3).¹¹⁵

De europeiska domstolarna har på senare tid tillämpat en mer ”rule-of-reasonliknande” bedömning, baserat på amerikansk rättstillämpning. Ekonomiska avvägningar får därför numera mycket större utrymme än tillämpningen av konkurrensrättslig jurisprudence vid bedömningen av licensavtals giltighet och betydelsen av deras klausuler.¹¹⁶

Nackdelarna med tillämpningen av denna metod är dock att den ofta är mycket kostsam och tidskrävande, och som sagt svår att utföra för företagen själva. Därför tillämpar kommissionen nu i stor utsträckning även en per se-analys, genom att göra vissa typer av avtal per se lagliga eller olagliga genom införandet av gruppundantag. På detta sätt frångås behovet av omfattande ekonomisk analys.¹¹⁷

Det krävs dessutom ofta mycket detaljerad ekonomisk analys, vilket är kostsamt och tidskrävande. Därför är den föredragna bedömningsformen från kommissionens sida nu att

¹¹⁴ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 564

¹¹⁵ Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 47, 1.57

¹¹⁶ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 564

¹¹⁷ A.a. s. 570

istället tillämpa en per se analys, genom att göra vissa typer av avtal per se lagliga eller olagliga, genom gruppundantag. På detta sätt frångås behovet av omfattande ekonomisk analys. Metoden med gruppundantag innebär en kompromiss mellan å ena sidan en juridisk metod som är enkel att tillämpa men som ofta får orättvisa konsekvenser i praktiken, och en tillämpning där varje avtals effekter noggrant och kostsamt skall kartläggas, för att få till stånd en slutligen rättvis bedömning som dock kan vara svår att förutse.¹¹⁸

6.3. Tillämpligheten av artikel 101 på licensavtal

När ett licensavtal innehåller åtaganden vars syfte eller effekt är konkurrensbegränsande kan tillämpning av artikel 101 bli aktuellt.¹¹⁹ För artikelns tillämplighet krävs, så som ovan behandlats, att licensavtalet hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen samt påverkar handeln mellan medlemsstaterna.¹²⁰ Detta rekvisit anses uppfyllt när företag på ett märkbart sätt ersätter den osäkerhet och den tävlan med konkurrenter som normalt finns på marknaden med ett samordnat och koordinerat förfarande. Konkurrenter ger uttryck för en gemensam vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt.¹²¹ För att avgöra om denna situation föreligger måste man bedöma om konkurrensen på den inre marknaden har blivit eller skulle ha blivit märkbart hindrad, begränsad eller snedvriden på grund av avtalet i jämförelse med den konkurrens som skulle ha förelegat utan avtalet.¹²² Det saknar betydelse om konkurrensbegränsningen uppstår mellan avtalsparterna eller mellan avtalspart och tredje man.¹²³

Det kan anses att konkurrensrättens inblandning i dessa typer av rättsförhållanden inte är nödvändig, då patenthavaren och licenstagaren inte kunde ha konkurrerat utan licensavtalet. Detta eftersom patenthavaren har ett intresse i att licenstagare blir utsatt för konkurrens, samt då patenthavaren inte har något incitament att dela sin position på marknaden med licenstagaren. Patenthavaren har incitament att skydda licenstagaren från andra licenstagare enbart i den utsträckningen som behövs för att de ska acceptera risken att investera i tekniken, och det kan argumenteras att patenthavaren i detta fall har större kunskaper än myndigheter

¹¹⁸ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 570

¹¹⁹ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 364

¹²⁰ Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 40, 1.46

¹²¹ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 60

¹²² Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 46f, 1.56

¹²³ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 61

om hur denna balans skall utföras, eftersom patenthavaren är en aktör på den aktuella marknaden och dess beteende i dessa situationer kommer att påverka dess vinster.¹²⁴

Artikel 101 skall tillämpas av svenska domstolar i de fall avtalet kan ha effekter på handeln mellan medlemsstaterna. Om konkurrensbegränsningen endast påverkar den svenska marknaden tillämpas motsvarande bestämmelser i den svenska konkurrenslagen, 2 kap 1§.¹²⁵

6.4. Chicagokolan och post-Chicago

Chicagokolans¹²⁶ utgångspunkt är att maximal frihet för näringslivet inte är ett mål i sig och inte heller det syfte som konkurrensrätten skall tjäna. Konkurrensrätten skall enbart sträva efter att möjliggöra effektivitetsvinster som kommer konsumenterna till del. Detta medför att det inte anses vara ett egenmål att det skall finnas många små företag på en marknad, om konsumenternas intresse bättre tillvaratas av ett stort företag så är detta att anse som bättre och skall inte förhindras av konkurrensrättsliga regler. Chicagokolan betonar att marknadsandel och marknadsakt inte är samma sak och att även företag som traditionellt anses befinna sig i monopolställning kan vara utsatta för en konkurrens som omöjliggör monopolbeteenden från deras sida.¹²⁷

Chicagokolan har inneburit en ny och mer liberal syn på patentlicenser. Den argumenterar för att licensavtal i vertikala förhållanden inte medför några konkurrensrättsliga problem överhuvudtaget, då de endast innebär överföring av en redan existerande ensamrätt. Avtal mellan konkurrenter skall dock bedömas annorlunda, då licensavtal dem emellan kan användas för att uppnå eller utvidga monopol. Chicagokolan har även påverkat utvecklingen mot en analys där de sammanlagda effekterna av avtalet bedöms, istället för att enbart bedöma konkurrensbegränsningarna.¹²⁸

Konkurrensrätten bör enligt chicagokolan enbart verka för att främja ekonomisk effektivitet. Detta förstås som synonymt med målet om ökad välfärd, vilken utgörs av summan av allokativ effektivitet och produktionseffektivitet.¹²⁹

¹²⁴ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 365

¹²⁵ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 61

¹²⁶ Chicagokolans idéer härstammar från Aaron Directors arbete under 1940- och 50-talet. De vann allmänt gehör i USA under 1970-talet. Teoribildningens ursprung lämnas i övrigt därhän i denna framställning. Gölstam s. 51

¹²⁷ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 63

¹²⁸ A.a. s. 64

¹²⁹ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 72

Chicagoskolan har dock även utsatts för kritik, en teoribildning som brukar benämnas ”Post-chicago”. Denna kritik bygger sammanfattningsvis på att chicagoskolans modeller anses alltför abstrakta och enkla för att kunna tillämpas på verkliga situationer, samt att den sätter alltför stor tilltro till marknadens egen förmåga att lösa uppkomna problem. Man anser även inom post-chicago att vertikala avtal kan vara konkurrensbegränsande, genom att de medför utestängningseffekter. Enligt chicagoskolan har denna typ av utestängningseffekter i regel inte någon reell negativ inverkan på marknadseffektiviteten.¹³⁰

¹³⁰ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 73 f

7. Gruppundantaget för tekniköverföring (TTBER)

Gruppundantaget för tekniköverföring innebär att de flesta avtal om överföring av teknik, varav patentlicensavtal är en typ, undantas från tillämpning av artikel 101. Undantaget antogs av kommissionen i april 2004 och är tillämpligt på alla avtal om tekniköverföring som uppfyller de i undantaget stipulerade kraven.¹³¹

Vad som menas med *avtal om tekniköverföring* definieras i förordningens artikel 1 (1) genom en uppräknning av olika typer av avtal, och häri ingår patentlicensavtal.¹³² I riktlinjerna för tillämpning av artikel [101] i EUF på avtal om tekniköverföring¹³³ förtydligas ytterligare att ett avtal om tekniköverföring bör göra det möjligt för licenstagaren att producera avtalsprodukterna¹³⁴. Samt att begreppet *överföring* kan innebära antingen att tekniken förs över från ett företag till ett annat, eller att en licenstagare med samtycke från licensgivaren ger tredje man licens att utnyttja tekniken. Det sistnämnda fallet kallas för underlicensiering.¹³⁵

Kommissionen har publicerat riktlinjer för tillämpning av artikel [101] i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring. I dessa riktlinjer behandlas tillämpningen av undantaget samt även bedömningen av avtal som inte omfattas.¹³⁶

7.1. Gruppundantagets tillämplighet

Gruppundantaget är enbart tillämpligt på avtal ingångna mellan två parter.¹³⁷ och gäller enligt artikel 3 inte för avtal mellan företag vars sammanlagda marknadsandelar uppgår till 20 % om det rör sig om konkurrerande företag, eller 30 % om företagen inte konkurrerar. Om dessa procentsatser överskrids så innebär det dock inte i sig att avtalet står i strid med artikel 101, enbart att gruppundantaget inte är tillämpligt.¹³⁸

Gruppundantaget är direkt tillämpligt i svensk rätt när samhandelskriteriet är uppfyllt. När detta inte är fallet, vilket förstås som situationer då samtliga effekter av avtalet finns i Sverige, så tillämpas den svenska motsvarigheten; det svenska gruppundantaget för tekniköverföring,

¹³¹ Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law* s. 130 2.16

¹³² TTBER

¹³³ TTBER Riktlinjerna punkten 46

¹³⁴ Med *avtalsprodukter* förstås de produkter som produceras med utnyttjande av licensierad teknik, se förordningen, artikel 1, stycke 1 f

¹³⁵ TTBER Riktlinjerna punkten 48

¹³⁶ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 509

¹³⁷ TTBER artikel 2

¹³⁸ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise* s. 373

lagen (2008:586) om gruppundantag för konkurrensbegränsande avtal om tekniköverföring.
Denna lag skall tolkas mot bakgrund av EU:s gruppundantag och riktlinjerna för detta.¹³⁹

¹³⁹ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 61

8. Förhållandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt i TTBER

Den konkurrensrättsliga bedömningen av licensavtal i europeisk rätt sker i regel genom tillämpning av ovan beskrivna gruppundantag. Regleringen av licensavtal är viktigt för frågan om hur konkurrensrätt och immaterialrätt bör vägas mot varandra.¹⁴⁰ Såväl i gruppundantaget som i kommissionens riktlinjer för tillämpning av gruppundantaget¹⁴¹ behandlas därför de konkurrensrättsliga aspekterna av licensiering av teknik.

Den positiva synen på framför allt licensieringsförfarandet främjande inverkan på dynamisk konkurrens uttryck i gruppundantaget, punkt 5:

”Avtal om tekniköverföring gäller licensiering av teknik. Sådana avtal ökar i regel den ekonomiska effektiviteten och gynnar konkurrensen, eftersom de kan minska överlappande forskning och utveckling, öka incitamenten att bedriva inledande forskning och utveckling, främja en stegvis ökande innovation, underlätta spridning och skapa konkurrens på produktmarknaden.”¹⁴²

Det framhålls också i gruppundantaget att sannolikheten för att effektivitets- och konkurrensfrämjande effekter av licensavtal uppväger eventuella konkurrensbegränsande effekter beror på graden av marknadsstyrka hos de berörda företagen och därför på i vilken utsträckning dessa företag möter konkurrens från företag som äger substitutteknik eller företag som producerar ersättningsprodukter.¹⁴³

Detta visar på betydelsen av avvägningen mellan statisk och dynamisk effektivitet som har behandlats ovan.¹⁴⁴ Dessa aspekter av licensiering utvecklas dessutom ytterligare i kommissionens riktlinjer¹⁴⁵ där det framhålls att analysramen för tillämpning av gruppundantaget är tillräckligt flexibel för att man vid bedömningen av licensavtals kompatibilitet med artikel [101] skall kunna ta tillbörlig hänsyn till de dynamiska effekterna av tekniklicensiering. Det framhålls också att det *inte finns någon presumtion* för att immateriella rättigheter och licensavtal i sig medför konkurrensproblem, samt att licensiering i sig är konkurrensfrämjande eftersom det leder till spridning av teknik och

¹⁴⁰ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten* s. 36

¹⁴¹ TTBER Riktlinjerna

¹⁴² TTBER artikel 5

¹⁴³ TTBER artikel 6

¹⁴⁴ Se stycket ”4.4. Statisk och dynamisk effektivitet” s. 16

¹⁴⁵ TTBER riktlinjerna punkten 9

främjar innovation.¹⁴⁶

8.1. Utveckling av gruppundantaget

Det nuvarande gruppundantaget för tekniköverföring är en utveckling av det tidigare gruppundantaget som antogs 1995. Detta tidigare gruppundantag var baserat på en uppdelning i klausultyper; undantagna klausuler, klausuler som kunde användas utan konkurrensproblem, så kallade ”svarta” klausuler som var förbjudna samt ”grå” klausuler vilkas effekter behövde bedömas i varje enskilt fall.¹⁴⁷

Det nya gruppundantaget är baserat på en mer ekonomisk grundsyn, och systemet med uppräknning av tillåtna klausuler är borttaget. Den nu gällande principen är istället att alla bestämmelser som inte är förbjudna är tillåtna, under förutsättning att de allmänna villkoren är uppfyllda. Det nya gruppundantaget innehåller en förteckning över de klausuler som inte omfattas av gruppundantaget, samt en uppräknning av de klausuler som medför att gruppundantaget inte gäller.¹⁴⁸

Det nya gruppundantaget beskrivs som mer effektbaserat och med större utrymme för att vikta de positiva och negativa konkurrens effekterna av ett licensavtal mot varandra. Det nya gruppundantaget är även utformat så att, med inspiration från tankarna i den ovan beskrivna Chicagoskolan, licensgivaren i högre grad än tidigare ges möjlighet att styra sina licenstagare, om licensgivaren kan visa att detta är nödvändigt för att licensgivaren skall kunna konkurrera med andra licensgivare.¹⁴⁹

¹⁴⁶ TTBER Riktlinjerna punkten 9

¹⁴⁷ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 69

¹⁴⁸ Wetter, *Konkurrensrätt – en handbok* s. 529

¹⁴⁹ Domeij, *Patentavtalsrätt* s. 69 f

9. Analys

Förekomsten av en konflikt mellan immaterialrätt och konkurrensrätt beskrivs ibland som ett självklart och oundvikligt faktum, inbakad i grundförutsättningarna för respektive rättssystem. Denna uppfattning måste dock, som vi setts ovan, nyanseras för att vara korrekt.

Immaterialrätten och konkurrensrätten tillämpar olika medel för att nå sina i övervägande mån gemensamma mål, och vid rättstillämpningen som följer riskerar det att uppstå konflikter, som kan tolkas som en konflikt mellan systemen i sig. Å ena sidan kan relationen rättsområdena emellan betraktas som att immaterialrätten skapar monopol vilka kan medföra konkurrensbegränsningar, å andra sidan kan ensamrätter istället betraktas som en förutsättning för att konkurrens överhuvudtaget skall äga rum. Konkurrens i sin mest grundläggande form bygger trots allt på att olika aktörer har olika förutsättningar; ”jag har något som inte du har” och den för konsumenterna gynnsamma konkurrensen uppstår i just strävan efter att uppnå ledarpositionen som följer med innehavet av en ensamrätt, vare sig det rör sig om en genom lagstiftning skyddad immaterialrätt, eller en på annat sätt uppnådd särställning i förhållande till sina konkurrenter.

Med tillämpning av ett vidgat effektivitetsbegrepp omvandlas rättsområdenas relation från en konflikt och motsättning till en balansakt, där olika typer av ekonomisk effektivitet skall främjas. När konkurrensrätten tillåts begränsa utövandet av immaterialrätter främjas den så kallade statiska effektiviteten i form av allokerings- och produktionseffektivitet. Detta är dock inte den enda formen av effektivitet och vi måste också se till behovet av dynamisk effektivitet, vilken innebär ökad innovation. När avvägningen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt beskrivs som en balansering av dessa typer av effektivitet så blir även fokus på deras gemensamma mål i form av en ökad välfärd tydligare. Från konsumentens synvinkel så finns behov av både en god tillgång på billiga varor, vilket uppnås genom statisk effektivitet, men också på god kvalitet och nyinnovation som resulterar i nya och förbättrade produkter. Detta senare mål stärks genom tillvaratagande av dynamisk effektivitet, något som främjas av immaterialrätten. Denna avvägning innehåller också en tidsaspekt, i ett kortare tidsperspektiv är det lättare att se konkurrensbegränsande effekter av ensamrätter, då den mest markanta effekten kan vara att rättighetshavarens konkurrenter hindras från att använda viss teknik eller marknadsföra vissa produkter. I ett längre tidsperspektiv är dock de dynamiska fördelarna i

regel mer påtagliga då konkurrenterna har tvingats anpassa sig genom utvecklande av substitut till den patenterade tekniken eller produkten.

En annan del i avvägningen rör fokus på målet för rättstillämpningen. Det bör påminnas om att konkurrensrättens mål om att skapa och upprätthålla ekonomisk effektivitet inte handlar om uppnå en effektiv konkurrens för konkurrensens egen skull, utan för att ekonomisk effektivitet anses främja välfärden i samhället i stort.

Det uttrycks i doktrinen att den enda meningsfulla tolkningen av konkurrens är att betrakta marknaden från konsumentens synvinkel, varvid immaterialrätter i de flesta fall är att anse som konkurrensfrämjande.¹⁵⁰

En del av syftet med denna uppsats var att utreda den gränsdragningsproblematik som uppstår vid tillämpning av de skiljda regelverken, i form av konkurrensrättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal kontra licensiering av immaterialrätter. Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal är av stor betydelse inom konkurrensrätten, eftersom det är oerhört viktigt för en effektiv konkurrens att konkurrenter agerar självständigt på marknaden. Från immaterialrättens sida så är möjligheten till licensiering av ensamrätter av motsvarande betydelse, då rättigheten att upplåta nyttjanderätten till en immaterialrätt är av stor betydelse för att skapa ekonomiskt värde åt immaterialrätter. Vid tillämpning av dessa skiljda regelsystem måste en avvägning göras av vems intresse som väger tyngst. Rättighetshavaren som vill ingå licensavtal och ha friheten att konstruera detta på ett sätt som han anser bäst tillgodoser hans intressen - vilket innebär en stark position för immaterialrätten, eller andra marknadsaktörers intresse av att konkurrenshinder undanröjs. Avvägningen från lagstiftarhåll tar dock inte hänsyn till dessa aktörer direkt, det handlar istället om att tillgodose respektive parts intressen på det sätt som i slutändan innebär maximal nytta för konsumenten och den största välfärdsökningen.

En annan distinktion som är relevant för gränsdragningen mellan regelsystemen är uppdelningen i bedömning av konkurrens effekter av immaterialrätters *existens* å ena sidan, och konkurrens effekter av *utövande* av immaterialrätter å andra sidan. Existensen av immaterialrätter och då framförallt patent kan som ovan behandlats ha konkurrensbegränsande effekter i den mån att de innebär att rättighetshavarens konkurrenter hindras från att använda viss teknik. Den konkurrensfrämjande aspekten av existensen av

¹⁵⁰ Tritton, *Intellectual Property in Europe* s. 573

immaterialrätter är att de driver fram dynamisk konkurrens genom att uppmuntra företag att investera i forskning och nyinnovation för att vinna marknadsandelar.

Gällande *utflödet* av immaterialrätter så är licensiering av patenträttigheter en vanlig och kommersiellt mycket viktig form av utövande av immaterialrätt. Konkurrensrättsliga effekter av utövande av immaterialrätt måste bedömas separat från effekter av existensen av en immaterialrätt. Trots att ett patent i vissa lägen kan bedömas ha konkurrensbegränsande effekter så är det inte säkert att licensieringen av samma patent i sig medför de konkurrensbegränsande effekterna. På samma sätt fast från motsatt håll kan ett patentlicensavtal bedömas ha konkurrensbegränsande effekter trots att inte patentet som licensen grundar sig på har det.

Uppsatsens syfte var vidare att utröna vad som skall anses vara ett otillåtet licensavtal, eller snarare när avvägningen mellan konkurrensrättsliga och immaterialrättsliga intressen talar för att ett licensavtal inte skall tillåtas. En variant är att från utgångspunkten i immaterialrättens investeringskyddande funktion tillåta konkurrensbegränsningar endast i den utsträckning som är *nödvändigt* för att skydda investeringar i forskning och utveckling.¹⁵¹ Följden av detta blir att man får fråga sig om konkurrensbegränsande klausuler i licensavtal är nödvändiga för att uppnå detta ändamål? Detta torde vara fallet i de situationer där licensavtalet inte hade kommit till stånd utan den konkurrensbegränsande klausulen samt då licensavtalet i övrigt kan anses ha konkurrensfrämjande effekter.

Vid bedömning av licensavtals konkurrens effekter inom ramen för TTBER läggs en större fokus än tidigare på immaterialrätternas effekter för dynamisk effektivitet. Detta vittnar om ett genomslag för betraktelsesättet att förhållandet mellan konkurrens och immaterialrätt inte handlar om en konflikt utan om att balansera olika typer av effektivitet för att optimera välfärden.

¹⁵¹ Detta har behandlats ovan i stycket "4.4. Statisk och dynamisk effektivitet" s. 16

Källförteckning

Böcker:

Bernitz, Karnell, Pehrson, Sandgren *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, åttonde upplagan, Stockholm 2004

Bernitz, Ulf *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrättens och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, andra upplagan, Stockholm 2009

Bernitz, Ulf *Marknadsrätt – En komparativ studie av markandslagstiftningens utveckling och huvudlinjer*, Aronzon-Lundin AB, Stockholm 1969

Dahlman, Glader, Reidhav, *Rättsekonomi – en introduktion*, Lund 2004

Domeij, Bengt *Patentavtalsrätt*, andra upplagan, Vällingby 2010

Gölstam, Carl Martin *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Uppsala 2007

Korah, Valentine *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise*, Oxford 2007

Levin, Marianne *Lärobok i immaterialrätt*, nionde upplagan, Stockholm 2007

Motta, Massimo *Competition Policy – Theory and Practise*, New York 2004

Tritton, Guy *Intellectual Property in Europe* (tillsammans med Richard Davis, Michael Edenborough, James Graham, Simon Malynicz, Ashley Roughton.) Andra upplagan, London 2002

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

Whish, Richard *Competition Law*, sjätte upplagan, New York 2009

Westin, Jacob och Gustafsson, Leif *Svensk konkurrensrätt*, tredje upplagan, Stockholm 2010

Westin, Jacob *Europeisk konkurrensrätt*, Lund 2007

Wetter, Karlsson, Rislund, Östman *Konkurrensrätt – en handbok*, tredje upplagan Skien, Norge 2004

Artiklar:

Ritter, Cyril *The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law* Legal Issues of Economic Integration, Kluwer Law International, The Netherlands 2004

Övrigt:

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 (Text av betydelse för EES) Europeiska unionens officiella tidning nr L 123, 27/04/2004 s. 0011 - 0017

Kommissionens tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring (Text av betydelse för EES) Europeiska unionens officiella tidning nr C 101, 27/04/2004 s. 0002 - 0042