



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 20.12.2001
KOM(2001) 786 endelig

KOMMISSIONENS EVALUERINGSRAPPORT

OM GRUPPEFRITAGELSESFORORDNING NR. 240/96 OM
TEKNOLOGIOVERFØRSELSAFTALER

TEKNOLOGIOVERFØRSELSAFTALER UNDER ARTIKEL 81

KOMMISSIONENS EVALUERINGSRAPPORT

OM GRUPPEFRITAGELSESFORORDNING NR. 240/96 OM TEKNOLOGIOVERFØRSELSAFTALER

TEKNOLOGIOVERFØRSELSAFTALER UNDER ARTIKEL 81

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	4
2	Gruppefritagelsesforordningen i hovedtræk	5
2.1	Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde	6
2.2	Regler gældende for bestemte begrænsninger	7
3	Generelle principper for politikken vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder og konkurrencepolitikken	9
3.1	Er målene for henholdsvis IER-lovgivningen og konkurrencepolitikken indbyrdes modstridende?	10
3.2	EU's konkurrencepolitik for så vidt angår intellektuelle ejendomsrettigheder	11
3.3	USA's konkurrencepolitik for så vidt angår intellektuelle ejendomsrettigheder	14
3.4	En sammenligning	17
4.	Anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen	18
4.1	Bemærkninger fra interesserede parter	19
1.1.1.	4.1.1 Bemærkninger til den aktuelle licensgivning	19
4.1.2	Bemærkninger til gruppefritagelsesforordningen	21
4.2	Kommissionens håndhævelse af de nuværende regler	24
4.2.1	Statistiske data	24
4.2.2	Begrundelser for anmeldelse	25
4.2.3	Spørgsmål rejst i klager og som led i ex officio-sager	27
4.2.4	Afsluttende bemærkninger	29
4.3	Medlemsstaternes konkurrencepolitik for så vidt angår intellektuelle ejendomsrettigheder	30
5.	Punkter, der bør tages op til revision	31
5.1	Gruppefritagelsesforordningens rækkevidde	31
5.1.1	Typer af intellektuelle ejendomsrettigheder	31
5.1.2	Ikke-eksklusive licenser	32

5.1.3	Eksklusivlicenser.....	32
5.1.4	Multilaterale licensaftaler	35
5.1.5	Gensidige licensaftaler og bilaterale puljer	36
5.1.6	Joint ventures mellem konkurrenter	37
5.2	Specifikke begrænsninger.....	37
5.2.1	Territoriale begrænsninger og kunde­begrænsninger	37
5.2.2	Produktionsbegrænsninger og anlægslicenser	38
5.2.3	Konkurrenceforbud.....	39
5.2.4	Koblingssalg.....	41
5.2.5	Grant-backs	41
5.2.6	Ikke-anfægtelses­klausuler.....	42
6.	Konklusioner og valgmuligheder for fremtiden.....	43

1 INDLEDNING

(1) I henhold til artikel 12 i forordning nr. 240/96 skal Kommissionen foretage en regelmæssig evaluering af anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen om teknologi-overførselsaftaler (i det følgende benævnt "gruppefritagelsesforordningen"), bl.a. med hensyn til den indsigelsesprocedure, der er omhandlet i forordningens artikel 4¹. Kommissionen skal i denne forbindelse udarbejde en rapport for at vurdere, om det vil være ønskeligt at justere gruppefritagelsesforordningen på bestemte punkter. Nærværende rapport indeholder en sådan vurdering, og der anmodes om bemærkninger hertil fra tredjeparter (industrien, forbrugerorganisationer osv.).

(2) Der er adskillige forhold, der taler for en omfattende revurdering af Kommissionens politik med hensyn til teknologi-overførselsaftaler.

(3) Gruppefritagelsesforordningen er formbaseret og bygger på en legalistisk tilgang svarende til den, som Kommissionen tidligere fulgte i forbindelse med vertikale og horisontale aftale. Gruppefritagelsesforordningen har et forholdsvis snævert anvendelsesområde, da den kun dækker visse eksklusivlicensaftaler. For at kunne udnytte gruppefritagelsesforordningen skal en lang række komplekse formelle betingelser være opfyldt, betingelser, der er at finde i lister over "hvide", "grå" og "sorte" klausuler. Forordningen fokuserer hovedsageligt på intrabrand-konkurrence og markedsintegration. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt gruppefritagelsesforordningen har lagt industrien i en slags spændetrøje og tvunget virksomhederne til i unødigt omfang at indgå aftaler, der begrænser deres effektivitet og muligvis begrænser den europæiske industris konkurrenceevne.

(4) De seneste reformer af EU's konkurrenceregler angående vertikale og horisontale aftaler har medført et skift fra en legalistisk og formbaseret tilgang til en mere økonomisk og resultatorienteret tilgang, der fokuserer mere på interbrand-konkurrence og en analyse af de effektivitetsgevinster, som visse begrænsninger kan føre med sig. Dette blev tilvejebragt ved bl.a. at benytte markedsandelstærskler, slette lister med hvide og grå klausuler i de relevante gruppefritagelsesforordninger og udforme retningslinjer².

(5) Disse reformer har også berørt spørgsmål vedrørende immaterialrettigheder. Således dækker forordning nr. 2790/1999 (gruppefritagelsesforordningen om vertikale begrænsninger) overdragelse af eller licenser på immaterialrettigheder efter de specifikke regler i forordningen (se artikel 2, stk. 3). Desuden hedder det i forordning 2658/2000, at de regler, der gælder for specialiseringsaftaler, også finder anvendelse på accessoriske bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (i det følgende undertiden forkortet "IER"). Endelig indeholder forordning nr. 2659/2000 nye regler for udvikling og fælles udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, der udspringer af forsknings- og udviklingsaftaler. Disse nye regler har forandret Kommissionens tilgang til spørgsmål vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder. Det er derfor nødvendigt at foretage en tilbundsående gennemgang af

¹ Kommissionens forordning (EF) nr. 240/86 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af teknologi-overførselsaftaler, EFT L 31 af 9.2.1996, s. 2.

² Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 om vertikale aftale (EFT L 336 af 29.12.1999), nr. 2658/2000 om specialiseringsaftaler og nr. 2659/2000 om F&U-aftaler (begge EFT L 304 af 5.12.2000) samt de ledsagende retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT C 291 af 13.10.2000) og retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler (EFT C 3 af 6.1.2001).

gruppefritagelsesforordningen for at undersøge, om der findes uoverensstemmelser mellem denne forordning og de seneste gruppefritagelsesforordninger.

(6) Behovet for en omfattende revurdering af gruppefritagelsesforordningen bliver ikke mindre som følge af den igangværende revision af forordning nr. 17³. Som led i denne revision foreslås det, at de nationale myndigheder og domstole får beføjelse til at anvende traktatens artikel 81, stk. 3, direkte. Klare og sammenhængende regler er en grundlæggende forudsætning for, at bestemmelserne deri bliver anvendt på forudsigelig vis.

(7) I forbindelse med revisionen af forordning nr. 17 er der også et særligt behov for at se nærmere på indsigelsesproceduren i gruppefritagelsesforordningen. Det drejer sig om de såkaldte "grå" klausuler, der falder uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde, og som gruppefritagelsesforordningen giver mulighed for hurtigt at tjekke takket være en forenklet anmeldelsesprocedure. Da det som led i revisionen af forordning nr. 17 foreslås, at anmeldelsessystemet afskaffes, er det klart, at det også vil være nødvendigt at afskaffe indsigelsesproceduren, og at de "grå" klausuler enten skal være omfattet af gruppefritagelsen eller skal behandles som alvorlige begrænsninger. Dette vil indebære en gennemgribende forandring af den aktuelle konkurrencepolitiske tilgang til teknologilicenser.

(8) Formålet med denne rapport er således at fremlægge, til offentlig debat, en analyse af den aktuelle lovgivningsmæssige og faktuelle situation og at fremsætte politikforslag, der kan føre til:

- en simplere og muligvis bredere gruppefritagelse for teknologilicensaftaler og
- en gruppefritagelse, der er i overensstemmelse med de senest vedtagne konkurrenceregler og andre udviklingstendenser på det konkurrencepolitiske område.

2 GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGEN I HOVEDTRÆK

(9) Da gruppefritagelsesforordningen blev vedtaget i 1996 fremhævede Kommissionen, at den økonomiske udvikling i EU og EU's mulighed for at indhente konkurrenterne i resten af verden afhang af industriens evne til at udvikle ny teknologi og sprede denne teknologi i EU. Formålet med gruppefritagelsesforordningen var derfor at yde et afgørende bidrag til innovationen i EU og til forbedringen af EU-virksomhedernes konkurrenceevne.

(10) Basalt set tjente gruppefritagelsesforordningen til at skabe balance mellem tre hovedmålsætninger. Den første målsætning bestod i at forenkle reglerne vedrørende licensaftaler ved at samle de hidtidige gruppefritagelser af knowhow-licensaftaler⁴ og patentlicensaftaler⁵ i en enkelt forordning for at "fremme spredningen af teknisk viden i Fællesskabet og tilskynde til fremstilling af teknisk forbedrede produkter" (betragtning nr. 3). Den anden målsætning bestod i at sikre effektiv konkurrence inden for teknologisk nye eller forbedrede produkter. Den tredje målsætning bestod i at skabe nogle gunstige lovgivningsmæssige rammer for virksomheder, der investerede i EU, ved at give dem retssikkerhed og lette de administrative byrder, der fulgte af de individuelle anmeldelser med henblik på anvendelse af artikel 81, stk. 3.

³ Forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT C 365 E af 19.12.2000, s. 284-296.

⁴ Kommissionens forordning (EØF) nr. 556/89 af 30. november 1988.

⁵ Kommissionens forordning (EØF) nr. 2349/84 af 23. juli 1984.

(11) For at kunne forene hensynet til disse forskellige målsætninger er gruppefritagelsen forbeholdt licensaftaler, der opfylder en række formelle betingelser. For det første dækker gruppefritagelsesforordningen kun de specifikke aftaler, der er beskrevet i artikel 1, hvorved fritagelsen holdes inden for forholdsvis snævre grænser. For det andet bygger fritagelsen på den formodning, at enhver begrænsning, der intet har med genstanden for patentet at gøre, potentielt fanges af artikel 81, stk. 1. For det tredje regulerer gruppefritagelsesforordningen kontraktlige forhold ved at opstille tre kategorier af begrænsninger: (i) dem, der almindeligvis ikke strider mod artikel 81, stk. 1, men hvis lovlighed præciseres ved hjælp af gruppefritagelsen ("hvide klausuler"), (ii) dem, der strider mod artikel 81, stk. 1, og hvis tilstedeværelse i aftalen vil få hele aftalen til at falde uden for gruppefritagelsen ("sorte klausuler"), og (iii) dem, der hverken er fritaget eller udtrykkeligt udelukket, og som derfor må vurderes fra sag til sag ("grå klausuler"). For så vidt angår den sidste kategori opererer gruppefritagelsesforordningen med en indsigelsesprocedure, ifølge hvilken Kommissionen inden for en bestemt tidsfrist skal fastslå, om den anmeldte aftale kan henføres under gruppefritagelsen eller ej (se artikel 4). Desuden kan Kommissionen i henhold til artikel 7 lade fordelene ved anvendelsen af forordningen bortfalde, hvis der er tale om aftaler, som har visse virkninger, der er uforenelige med betingelserne i artikel 81, stk. 3. Ifølge artikel 7, nr. 1, kan det bl.a. være tilfældet, når licenstagere har en markedsandel på over 40 %.

2.1 Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde

(12) Gruppefritagelsesforordningen dækker bestemte eksklusivlicensaftaler indgået mellem kun to parter med henblik på fremstilling, anvendelse og markedsføring af licensproduktet (artikel 1, stk. 1, og artikel 10, nr. 10). Den finder kun anvendelse, hvis licenstagere selv fremstiller eller præsterer licensprodukterne (varer eller tjenesteydelser) eller lader dem fremstille eller præstere for egen regning (betragtning nr. 8). Hermed udelukkes aftaler, der udelukkende tjener et salgsmål (forhandlingsaftaler)⁶.

(13) Hvad *typen af intellektuelle ejendomsrettigheder* angår, finder gruppefritagelsesforordningen kun anvendelse på rene eller blandede patent- og knowhow-licenser. Andre intellektuelle ejendomsrettigheder (navnlig varemærkerettigheder, mønsterrettigheder og ophavsrettigheder, f.eks. til software) er omfattet af forordningen i det omfang, "en sådan supplerende licens [...] kun indebærer accessoriske klausuler" (betragtning nr. 6, se også artikel 1, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, nr. 4).

(14) Hvad *typen af aftale* angår, dækker gruppefritagelsesforordningen visse eksklusivlicensaftaler, som indebærer en forpligtelse for licensgiveren til ikke at udpege andre licenstagere og/eller til ikke selv at udnytte den overførte teknologi på licensområdet og/eller en forpligtelse for licenstagere til ikke at udnytte den overførte teknologi på licensgiverens område (artikel 1, stk. 1, nr. 1, 2 og 3). Desuden giver gruppefritagelsesforordningen på visse betingelser mulighed for fritagelse af aftaler, der yder en licenstagere beskyttelse mod aktivt og passivt salg fra licenstagere etableret på andre områder (artikel 1, stk. 1, nr. 4, 5 og 6)⁷.

(15) Licensaftaler, der ikke overholder denne model, er ikke dækket af gruppefritagelsen, og kan kun fritages efter artikel 81, stk. 3, såfremt en individuel undersøgelse af den anmeldte aftale giver grundlag herfor.

⁶ Som nævnt i indledningen er accessoriske bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder i forhandlingsaftaler imidlertid dækket af forordning 2790/1999.

⁷ Desuden dækker artikel 1 under visse omstændigheder også to specifikke aftaletyper, nemlig patent- og knowhow-licensaftaler, der forpligter licenstagere til kun at markedsføre licensprodukterne under licensgiverens varemærke (artikel 1, stk. 1, nr. 7, og de såkaldte "brugslicenser" (artikel 1, stk. 1, nr. 8).

(16) Følgende typer licensaftaler er udtrykkeligt udelukket fra gruppefritagelsen, jf. artikel 5:

(a) "aftaler indgået mellem medlemmer af et patent- eller knowhow-fællesskab angående fælles udnyttelse af teknologi" (artikel 5, stk. 1, nr. 1), undtagen når parterne ikke er pålagt nogen områdebegrænsning hvad angår fremstilling, anvendelse og markedsføring af licensprodukterne eller udnyttelsen af den overførte eller i fællesskab udnyttede teknologi (artikel 5, stk. 2, nr. 2)

(b) gensidige licensaftaler mellem parter, der er "konkurrenter med hensyn til de af aftalen omfattede produkter" (artikel 5, stk. 1, nr. 3), undtagen når parterne ikke er pålagt nogen områdebegrænsning hvad angår fremstilling, anvendelse og markedsføring af licensprodukterne eller udnyttelsen af den overførte eller i fællesskab udnyttede teknologi (artikel 5, stk. 2, nr. 2)

(c) licensaftaler mellem konkurrerende virksomheder med interesser i et fælles joint venture, hvor aftalen vedrører joint venturets aktiviteter (artikel 5, stk. 1, nr. 2), dog med undtagelse af licensaftaler indgået mellem en af parterne og joint venturet, når de deltagende virksomheders samlede markedsandel ikke overstiger 20 % (når joint venture-aftalen kun omfatter produktion) eller 10 % (når joint venture-aftalen også omfatter distribution) (artikel 5, stk. 2, nr. 1). Disse tærskler svarer til markedsandelstærsklerne i de tidligere gruppefritagelsesforordninger om specialiserings- og F&U-aftaler⁸.

2.2 Regler gældende for bestemte begrænsninger

(17) *Territoriale begrænsninger.* Gruppefritagelsesforordningen dækker i henhold til artikel 1, nr. 1, sådanne begrænsninger, der forhindrer licensgiveren og licenstagere i at udnytte den overførte teknologi på hinandens eneområder. Udtrykket "udnytte" dækker enhver form for anvendelse af den overførte teknologi, navnlig til produktion og såvel aktivt som passivt salg af licensprodukterne på den anden parts område (artikel 10, nr. 10). Det skal bemærkes, at disse bestemmelser dækker både aftaler indgået mellem ikke-konkurrenter og aftaler mellem virksomheder, der konkurrerede på det samme licensprodukt- eller teknologimarked før meddelelsen af licensen. Forordningen dækker endvidere territoriale begrænsninger, der tjener til at beskytte en licenstagere mod andre licenstagere aktive eller passive salg (artikel 1, stk. 1 nr. 4, 5 og 6).

(18) Fritagelsen af disse territoriale begrænsninger er ledsaget af en tidsbegrænsning, der varierer alt efter aftaletype og alt efter, om begrænsningen tjener til at beskytte licenstagere og licensgiveren mod hinanden eller til at beskytte licenstagere mod andre licenstagere. Med hensyn til licensgiver/licenstagerebeskyttelse i tilknytning til patentlicenser gælder fritagelsen, så længe licensproduktet er beskyttet af parallelle patenter på de relevante områder (artikel 1, stk. 2) Med hensyn til licensgiver/licenstagerebeskyttelse i tilknytning til knowhow-licenser finder fritagelsen anvendelse i maksimalt ti år fra den dato, hvor licensproduktet blev markedsført for første gang af en af licenstagere (artikel 1, stk. 3). Med hensyn til licenstagere/licenstagerebeskyttelsen er fritagelsen for begrænsningerne på passivt salg begrænset til "et tidsrum på højst fem år regnet fra den dato, hvor licensproduktet første gang blev markedsført på fællesmarkedet af en af licenstagere " (artikel 1, stk. 2 og 3), og det

⁸ Kommissionens forordning (EØF) nr. 417/85 og Kommissionens forordning (EØF) nr. 418/85. Disse forordninger er blevet erstattet af Kommissionens forordning (EF) nr. 2658/2000 og Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 (se fodnote 2). De nye forordninger opererer med højere markedsandelstærskler på 20 % og 25 %.

gælder både patent- og knowhow-licenser. Aftaler indeholdende territoriale begrænsninger af en længere varighed end angivet ovenfor er ikke tilladt (artikel 3, nr. 7). Endelig er aftaler, der indeholder begrænsninger, der forhindrer tredjeparter i at engagere sig i parallelhandel, udelukket fra gruppefritagelsen, jf. artikel 3, nr. 3.

(19) *Kundefordeling*. Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, nr. 4, indeholder et forbud mod aftalebestemmelser, hvorved parterne direkte eller indirekte fordeler kunderne mellem sig inden for samme teknologiske anvendelsesområde eller på samme produktmarked, hvis parterne er konkurrenter med hensyn til aftaleprodukterne. Desuden hedder det i betragtning nr. 23, at "mellem aftaleparter, som ikke er indbyrdes konkurrenter, er sådanne begrænsninger underlagt indsigelsesproceduren", hvilket vil sige, at de behandles som grå klausuler⁹.

(20) *Anvendelsesområde*. Forpligtelser, der begrænser udnyttelsen af den overførte teknologi til et eller flere tekniske områder eller til et eller flere produktmarkeder, henføres normalt ikke under artikel 81, stk. 1.

(21) *Produktionsbegrænsninger*. Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, nr. 5, siger, at fritagelsen ikke finder anvendelse, når "den ene part pålægges begrænsninger med hensyn til den mængde licensprodukter, han må fremstille eller sælge, eller antallet af handlinger, han må foretage til udnyttelse af den overførte teknologi". Der findes to undtagelser fra denne generelle udelukkelse fra gruppefritagelsen: Den første vedrører de såkaldte "brugslicenser", hvor licenstagere kun må fremstille licensproduktet med henblik på at indbygge det i sine egne produkter og med henblik på at videresælge det som reservedel til sine egne produkter (artikel 1, stk. 1, nr. 8). Den anden undtagelse dækker de situationer, hvor licensen meddeles med det ene formål at sikre en bestemt kunde en ekstra forsyningskilde (artikel 2, stk. 1, nr. 13). Begrundelsen for disse to undtagelser er, at mængdebegrænsningerne i tilknytning til "brugslicenser" eller "forsyningskildelicenser" falder uden for artikel 81, stk. 1, eftersom formålet med sådanne aftaler "ikke er at tilvejebringe en uafhængig forsyningskilde på markedet" (betragtning nr. 23). Desuden indeholder artikel 2, stk. 1, nr. 12, og betragtning nr. 24 bestemmelser om de såkaldte "anlægslicenser", dvs. licenser, der begrænser udnyttelsen af den overførte teknologi til et bestemt produktionsanlæg.

(22) *Prisbegrænsninger*. Alle direkte eller indirekte prisbegrænsninger falder uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde (artikel 3, nr. 1).

(23) *Forpligtelse til ikke at konkurrere*. Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, nr. 2, indeholder et forbud mod alle sådanne forpligtelser, der forhindrer en part i "at konkurrere [...] med den anden part, med virksomheder, der er forbundet med denne, eller med andre virksomheder inden for områderne forskning og udvikling, fremstilling eller anvendelse og afsætning af konkurrerende produkter". Ifølge artikel 2, stk. 1, nr. 18, kan der dog accepteres "et forbehold om, at licensgiveren har ret til ophæve den eksklusive karakter af den meddelte licens og ophøre med at meddele licenstagere licens på forbedringer [...] samt et forbehold om, at licensgiveren har ret til at kræve, at licenstagere godtgør, at den overførte teknologi ikke anvendes til fremstilling af andre varer og udførelse af andre tjenesteydelser end de af licensen omfattede", hvis licenstagere begynder at handle med konkurrerende produkter eller teknologier. Desuden er forpligtelser for licenstagere "til at betale en mindsteafgift eller fremstille en mindstemængde" (artikel 2, stk. 1, nr. 9) eller "til at fremstille og markedsføre licensproduktet efter bedste evne" (artikel 2, stk. 1, nr. 17) omfattet af gruppefritagelsen.

⁹ Det betyder, at kunde-begrænsninger får hele aftalen til at falde uden for gruppefritagelsen, hvis der er tale om en licensaftale mellem konkurrenter, mens det kun er disse specifikke begrænsninger, der falder uden for gruppefritagelsen, hvis der er tale om en licensaftale mellem ikke-konkurrenter.

(24) *Koblingssalg*. I artikel 4, stk. 2, litra a), defineres koblingssalg som en forpligtelse for licenstageren til "at acceptere [...] andre licenser eller køb af varer eller ydelser, der ikke er nødvendige af hensyn til en teknisk korrekt anvendelse af den overførte teknologi eller for at sikre, at licenstagernes produktion opfylder de kvalitetsnormer [...]". Gruppefritagelsesforordningen betegner sådanne begrænsninger som "grå klausuler", der falder ind under artikel 81, stk. 1. For at kunne fritages skal de første anmeldes, og de er omfattet af indsigelsesproceduren. I henhold til artikel 2, stk. 1, nr. 5, er koblingssalg omfattet af gruppefritagelsen, hvis koblingssalget vedrører produkter eller tjenesteydelser, og hvis de pågældende produkter eller tjenesteydelser er "nødvendige" for at sikre en teknisk korrekt udnyttelse af den overførte teknologi eller for at sikre, at licensproduktet lever op til bestemte kvalitetskrav.

(25) *Grant-back-klausuler*. Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, nr. 6, indeholder et forbud mod, at licensgiveren forpligter licenstageren til at overdrage (dvs. sælge sine intellektuelle ejendomsrettigheder knyttet til) forbedringer eller nye anvendelser af den overførte teknologi. Artikel 2, stk. 1, nr. 4, godkender dog en forpligtelse for licenstageren til at give licensgiveren licens på sådanne forbedringer eller nye anvendelser, forudsat at disse forbedringer kan adskilles fra den oprindeligt overførte teknologi, at licensen på forbedringerne ikke meddeles på eksklusivt grundlag, og at licensgiveren accepterer en gensidig forpligtelse til at give licenstageren licens på sine egne forbedringer. Ikke-gensidige grant-back-licenser og eksklusive grant-back-licenser på selvstændige forbedringer er hverken fritaget eller direkte forbudt i henhold til gruppefritagelsesforordningen, men falder inden for det grå område af bestemmelser, der kræver en individuel anmeldelse. Forskellen er den, at mens en klausul, der stiller krav om direkte overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, får hele aftalen til at falde uden for gruppefritagelsen, er det i forbindelse med sidstnævnte former for grant-backs kun den specifikke klausul desangående, der falder uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde.

(26) *Klausul om ikke-anfægtelse*. I henhold til artikel 4 betragtes klausuler, der forbyder licenstageren at anfægte den hemmelige eller væsentlige karakter af den overførte knowhow eller gyldigheden af de overførte patenter, som "grå klausuler", der fordrer individuel anmeldelse efter indsigelsesproceduren. Artikel 2, stk. 1, nr. 15, giver dog licensgiveren ret til at opsige aftalen, hvis licenstageren anfægter gyldigheden af licensgiverens intellektuelle ejendomsrettigheder.

3 GENERELLE PRINCIPPER FOR POLITIKKEN VEDRØRENDE INTELLEKTUELLE EJENDOMSRETTIGHEDER OG KONKURRENCEPOLITIKKEN

(27) Forholdet mellem IER-politik og konkurrencepolitik er et emne, man længe har drøftet i økonomiske og juridiske kredse. Det er almindeligt anerkendt, at det er vanskeligt at forene hensynet til innovation med hensynet til konkurrence, og nogle hævder, at ethvert forsøg herpå uundgåeligt vil ende i fiasko. Den væsentligste konfliktårsag, der normalt nævnes, er de angiveligt indbyrdes modstridende mål for henholdsvis lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder og konkurrencelovgivningen. I dette kapitel vil vi først se nærmere på denne konfliktårsag, hvorefter vi vil analysere, hvordan IER-politikken og konkurrencepolitikken forenes i praksis i EU og USA.

3.1 Er målene for henholdsvis IER-lovgivningen og konkurrencepolitikken indbyrdes modstridende?

(28) Det er almindeligt anerkendt, at tidlig kopiering af en innovation eller gratis udnyttelse af en innovators indsats ville underminere hele incitamentet til at innovere, og derfor indrømmer IER-lovgivningen innovatorerne visse monopolrettigheder. IER-lovgivningen giver innovatoren eneret til at udelukke andre fra at udnytte innovationen. Den eneret, som IER-lovgivningen tilkender rettighedshaveren, kan, afhængigt af alternativerne på det relevante marked, til gengæld styrke rettighedshaverens stilling på markedet og endda skabe et monopol som defineret i konkurrencelovgivningen. Dette har givet anledning til ovennævnte konfliktrisiko, da konkurrencelovgivningen forbyder det, som IER-lovgivningen indrømmer rettighedshaveren.

(29) I princippet er der imidlertid kun tale om en øjensynlig kilde til konflikt. På det højeste analyseniveau supplerer IER- og konkurrencelovgivningen hinanden, fordi de begge har til formål at fremme forbrugernes velfærd. Formålet med IER-lovgivningen er at fremme den tekniske udvikling, hvilket i sidste instans er til fordel for forbrugerne. Dette opnås ved at finde den rette balance mellem over- og underbeskyttelse af innovatorernes indsats. Formålet med IER-lovgivningen er ikke at fremme den enkelte innovators velfærd. Den ejendomsret, som indrømmes via IER-lovgivningen, indrømmes for at forsøge at give innovatoren en tilstrækkelig belønning for at stimulere hans kreativitet og opfindsomhed uden dog at forsinke den opfølgende innovation eller føre til unødigt lange perioder med høje priser for forbrugerne. Den opfølgende innovation kan blive forsinket, når innovationen består i en forbedring af tidligere ideer, der allerede er patentbeskyttet. De unødigt lange perioder med høje priser vil indtræffe, når innovationen gør det muligt for rettighedshaveren at vinde markedsstyrke på de antitrust-markeder, hvor den intellektuelle ejendomsret udnyttes, og hvor den intellektuelle ejendomsret beskytter denne monopolstilling i en periode, der er længere end nødvendig for at stimulere den innovative indsats.

(30) For at finde den rette balance mellem under- og overbeskyttelse af innovatorerne afviger intellektuelle ejendomsrettigheder fra såkaldt "normale" ejendomsrettigheder og er normalt mindre absolutte end disse: de er ofte tidsbegrænset (patenter, ophavsret), de er nøje afgrænset (ophavsret, varemærker), de er ikke beskyttet mod andres parallelle frembringelser (ophavsret, knowhow), eller de mister deres værdi, når først de er ude i det åbne (knowhow)¹⁰.

(31) Konkurrencepolitikken tjener til at fremme forbrugernes velfærd ved at beskytte konkurrencen som drivkraften bag effektivt fungerende markeder, således at forbrugerne sikres de bedst mulige produkter til den lavest mulige pris.

¹⁰ Det er usikkert, om varemærker overhovedet hører hjemme i denne sammenhæng. Som påpeget af Pitofsky involverer varemærker "en økonomisk afvejning, der har forskellige konsekvenser for antitrust-lovgivningen. Det økonomiske formål med varemærkelovgivningen er ikke generelt at tilskynde til innovation og kreativitet, men består snarere i at mindske forbrugernes søgeomkostninger ved at identificere varernes herkomst og dermed i at fremme kvalitet gennem beskyttelse af virksomhedernes omdømme" (R. Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy, Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference*, University of California, marts 2001). Man må imidlertid ikke glemme, at der ofte meddeles licens på varemærker sammen med andre intellektuelle ejendomsrettigheder såsom knowhow og patenter.

(32) Det relevante spørgsmål handler derfor ikke om konflikt, men om komplementaritet og eventuelle justeringer i en given sag. I hvilket omfang bør konkurrencepolitikken intervenere og søge at forbedre den balance, som IER-lovgivningen har tilvejebragt? Med hensyn til dette spørgsmål hersker der en vis enighed, men bestemt også nogle markante uoverensstemmelser mellem de forskellige jurisdiktioner.

(33) Der hersker enighed om, at konkurrencepolitikken kan spille en positiv rolle i forbindelse med udformningen af IER-lovgivningen. Konkurrencepolitisk ekspertise kan være nyttig ved f.eks. fastlæggelsen af omfanget og varigheden af de rettigheder, der indrømmes i henhold til IER-lovgivningen, dvs. ved ex ante-bestemmelsen af den balance, der skal søges i IER-lovgivningen.

(34) Der hersker også enighed om, at konkurrencepolitikken skal udfylde sin normale rolle, når intellektuelle ejendomsrettigheder benyttes på en måde, der er til skade for konkurrencen, og som ikke længere blot består i blot at udnytte de intellektuelle ejendomsrettigheder. Eksempelvis skal sager, hvor meddelelsen af licens gøres betinget af køb af et ikke-patentbeskyttet produkt (koblingssalg) eller et konkurrenceforbud, behandles efter konkurrencereglerne. Der hersker også almindelig enighed om, at i sådanne tilfælde skal konkurrencepolitikken tage højde for specifikke immaterialretlige hensyn for at kunne beskytte den dynamiske effektivitet ordentligt. For eksempel kan et konkurrenceforbud være nødvendigt for at beskytte den overførte knowhows fortrolighed eller for at hindre den pågældende knowhow i at komme licensgiverens konkurrenter i hænde.

(35) Der hersker imidlertid ingen enighed om, i hvilket omfang konkurrencepolitikken skal blandes ind i udnyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder i individuelle sager, ikke blot i relation til dominerende og ikke-dominerende virksomheders udnyttelse af deres intellektuelle ejendomsrettigheder, men også i relation til deres meddelelse af licenser. Det er på dette punkt, at der er markante forskelle mellem tilgangen i henholdsvis EU og USA. Generelt set har EU's konkurrencepolitik sat flere grænser for udnyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder end den amerikanske konkurrencepolitik.

3.2 EU's konkurrencepolitik for så vidt angår intellektuelle ejendomsrettigheder

(36) Det er allerede inden for en og samme jurisdiktion vanskeligt at definere IER-politikens og konkurrencepolitikens respektive roller. I EU vanskeliggøres situationen af, at meddelelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder stadig først og fremmest foregår på nationalt plan¹¹. På den ene side stiller traktatens artikel 295 (tidl. artikel 222) krav om, at EU respekterer de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne, og traktatens artikel 30 (tidl. artikel 36) giver specifikt mulighed for at afvige fra traktatens bestemmelser om fri

¹¹ Dette er dog ved at ændre sig langsomt i takt med, at EU-lovgivningen resulterer i ny eller harmoniseret lovgivning om intellektuelle ejendomsrettigheder i samtlige EU-lande. Denne lovgivning dækker bl.a. varemærker (Rådets direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988), udlejnings- og udlånsrettigheder (Rådets direktiv 92/100/EØF af 16.11.1992), harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret (Rådets direktiv 93/98/EØF af 29.10.1993), rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (Rådets direktiv 93/83/EØF af 29.9.1993), retlig beskyttelse af databaser (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF af 11.3.1996), retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/44/EF af 6.7.1998) og om retlig beskyttelse af mønstre (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF af 13.10.1998). Blandt den øvrige nye lovgivning, der er til behandling, kan nævnes et forslag til direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet og et forslag til direktiv om brugsmodelbeskyttelse af opfindelser. Desuden har Kommissionen for nylig vedtaget et forslag til Rådets forordning om EF-patentet (KOM(2000) 412 endelig).

bevægelighed, når disse bestemmelser strider mod hensynet til nationale intellektuelle ejendomsrettigheder. På den anden side har Domstolen også understreget behovet for at beskytte de grundlæggende principper om fri bevægelighed og konkurrence inden for EU. Derfor skelner Domstolen mellem på den ene side meddelelsen eller forekomsten af den intellektuelle ejendomsrettighed, der ikke kan påvirkes af reglerne om fri bevægelighed eller konkurrencereglerne, og på den anden side udøvelsen af den intellektuelle ejendomsrettighed, der kan påvirkes af disse andre bestemmelser i traktaten.

(37) For eksempel understregede Domstolen i sagen vedrørende *Consten og Grundig*, at artikel 30 og 295 "ikke udelukker, at fællesskabsretten kan have indflydelse på håndhævelsen af den industrielle ejendomsret efter national lovgivning. Artikel 36 [nu artikel 30] ... kan ikke indskrænke anvendelsesområdet for artikel 85 [nu artikel 81]"¹². I relation til artikel 295 fastslog Domstolen følgende: "den anfægtede [kommissions]afgørelse om ikke at bruge nationale industrielle varemærkerettigheder til at hindre parallelimport berører ikke disse rettigheders eksistens, men begrænser deres udøvelse, for så vidt dette er nødvendigt for håndhævelsen af forbuddet i artikel 85, stk. 1 [nu artikel 81, stk. 1]"¹³.

(38) For så vidt angår distinktionen mellem eksistensen og udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder har Domstolen udviklet et begreb, der omtales som den intellektuelle ejendomsrettigheds "særlige genstand". Ved "den særlige genstand" forstås den centrale kerne af rettigheder, som udgør selve den intellektuelle ejendomsrettighed. Nogle mener, at den normale udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed, nemlig at sikre rettighedshaveren fordelene af rettighedens særlige genstand, bevarer rettighedens eksistens, og den kan ikke anfægtes af traktatens konkurrenceregler¹⁴. Begreberne "særlig genstand" og "eksistens" overlapper således hinanden, skønt det ikke altid er klart, hvordan udtrykkene "normal udnyttelse" og "fordel" skal fortolkes i konkrete sager. Andre hævder, at "eksistens" kun dækker medlemsstaternes ret til at bestemme betingelserne for meddelelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Ifølge dette synspunkt kan udnyttelsen af den intellektuelle ejendomsrettighed til at sikre rettighedshaveren fordelene af rettighedens særlige genstand i princippet undersøges med udgangspunkt i konkurrencereglerne, men spørgsmålet kan også falde uden for konkurrencereglerne af andre grunde, f.eks. fordi udnyttelsen af rettighederne er objektivt berettiget¹⁵.

¹² *Consten og Grundig/Kommissionen*, Sml. 1966, s. 245. Se også *Parke Davis/Probel*, Sml. 1968, s. 55 og *Deutsche Grammophon*, Sml. 1971, s. 1147.

¹³ Se fodnote 12.

¹⁴ K. Coates & J. Finnegan, *Intellectual Property*, kapitel 8, afsnit 8.27, i J. Faull & A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999.

¹⁵ S.D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998, kapitel 2.

(39) Med henblik på behandlingen af individuelle sager er det vigtigt at bemærke, at Domstolen og Kommissionen altid har defineret begrebet "særlig genstand" snævert¹⁶. Det er klart, at besiddelsen af en intellektuel ejendomsrettighed giver rettighedshaveren ret til at meddele licens og opkræve licensafgifter. Domstolen og Kommissionen har imidlertid altid været af den opfattelse, at licensbetingelserne kan falde ind under artikel 81 og 82.

(40) For eksempel følger det af artikel 82, at betingelserne knyttet til en licens ikke må indebære en forskelsbehandling af licenstagere, og at de licensafgifter, de skal erlægge, ikke må være excessive. I *Magill*-dommen fastslog Domstolen endda, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, under visse omstændigheder kan blive tvunget til at meddele en tredjepart licens¹⁷.

(41) Det fremgår klart af Domstolens retspraksis og gruppefritagelsesforordningen, at betingelserne knyttet til en licensaftale kan være omfattet af artikel 81, stk. 1. Det gælder betingelser, der påvirker konkurrencen generelt, dvs. både intrabrand- og interbrand-konkurrencen. Blandt de sorte klausuler i gruppefritagelsesforordningen finder man således bl.a. interbrand-relaterede klausuler om forpligtelser til ikke at konkurrere og intrabrand-relaterede klausuler om territoriale begrænsninger af en urimelig varighed og prisbegrænsninger i forbindelse med salg af licensproduktet¹⁸.

(42) I gruppefritagelsesforordningen skelnes der ikke klart mellem, om licensaftalen er indgået mellem konkurrenter eller ikke-konkurrenter, og den indeholder ikke nogen sammenhængende tilgang til aftaler indgået mellem konkurrenter (se også afsnit 5.1). Gruppefritagelsesforordningens tilgang til ikke-gensidige og gensidige licensaftaler mellem konkurrenter er klausulbaseret, hvilket gør forordningens anvendelse afhængig af, om aftalerne indeholder bestemte klausuler eller ej. Licensaftaler indgået mellem konkurrenter i relation til et joint venture-selskabs aktiviteter er imidlertid kun dækket af gruppefritagelsesforordningen, hvis deres markedsandele ikke overskrider en vis tærskel (se afsnit 2.1. i denne rapport).

(43) Gruppefritagelsesforordningen er heller ikke tilstrækkelig entydig med hensyn til, hvornår virksomheder kan betragtes som konkurrenter. "Konkurrerende producenter eller producenter af konkurrerende produkter" er i artikel 10, nr. 17, defineret som "producenter, der markedsfører produkter, som af forbrugerne anses at kunne udskiftes med eller substituere licensprodukterne". Denne definition er generelt blevet fortolket som en forholdsvis

¹⁶ Med henblik på gennemførelse af EU-lovgivningen blev et patents særlige genstand defineret således af Domstolen i sagen vedrørende *Centrafarm BV/Sterling Drug*: "at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderens for hans kreative anstrengelser – med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning". Knowhow nyder ikke nogen specifik retlig beskyttelse, men ejerne af knowhow kan beskytte den ved hjælp af den generelle lovgivning om fortrolighed. Mens der ikke findes nogen enkeltstående definition på den særlige genstand for ophavsrettigheder, peges der i Domstolens retspraksis på en række typiske elementer såsom retten til at bestemme, hvor og hvornår et værk skal markedsføres for første gang (*Gema*-sagen), retten til at kræve betaling for offentlig fremførelse (*Coditel II*-sagen) og retten til udlejning af et værk (*Warner Brothers/Christiansen*-sagen). Se også Domstolens domme af 22.9.1998 i sag C-61/87 (*Egmont Film*) og af 28.4.1998 i sag C-200/96 (*Metronome*).

¹⁷ De forenede sager C-241/91P og C-242/91P, *Radio Telefís Éireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mod Kommissionen*, Sml. 1995-I, s. 74. Denne rapport vil ikke beskæftige sig yderligere med spørgsmålet om anvendelse af artikel 82 på intellektuelle ejendomsrettigheder.

¹⁸ Det skal understreges, at det ikke altid er muligt at skelne mellem begrænsninger af henholdsvis intrabrand- og interbrand-konkurrencen. Eksempelvis er det almindeligt anerkendt, at bindende videresalgspriser kan påvirke både intrabrand- og interbrand-konkurrencen.

vidtspændende definition af konkurrenter. Parter til en licensaftale, der var konkurrenter forud for innovationen, betragtes fortsat som konkurrenter, selv når den produktionsproces eller det patentbeskyttede produkt, hvorpå der er meddelt licens, repræsenterer et så epokegørende gennembrud, at der uden licensen ikke længere ville optræde nogen konkurrence.

(44) Samspillet mellem IER-lovgivningen og EU's konkurrencelovgivning er især kompliceret, når det handler om territoriale begrænsninger. For at kunne afgøre, om en begrænsning af licenstagernes ret til aktivt eller passivt at markedsføre licensprodukterne på licensgiverens eller andre licenstagernes område falder ind under artikel 81, stk. 1, er det nødvendigt at se nærmere på spørgsmålet om konsumtionen af den intellektuelle ejendomsrettighed. En licenstag kan opponere mod, at licensproduktet importeres på hans licensområde, hvis produktet er blevet markedsført uden licensgiverens samtykke. Dette princip finder anvendelse på tredjeparters (producenters eller forhandlernes) eksport til licenstagernes område, når de pågældende tredjeparter har markedsført produktet uden licensgiverens samtykke. Det finder ikke anvendelse i forbindelse med eksport foretaget af tredjepartsforhandlere, der har fremskaffet produktet hos andre licenshavere eller hos licensgiveren og dermed med sidstnævntes samtykke. Det finder heller ikke anvendelse i forbindelse med eksport foretaget af andre licenshavere eller licensgiveren selv, for også i det tilfælde markedsføres produktet med licensgiverens samtykke. Spørgsmålet om, i hvilket omfang en licensaftale må begrænse licensgiverens eller licenstagernes aktive eller passive salg af licensproduktet på henholdsvis licenstagernes og licensgiverens område eller på andre licenstagernes områder, må derfor behandles med udgangspunkt i artikel 81.

(45) Det kan konkluderes, at EU's konkurrencepolitiske tilgang til licensaftaler rent faktisk anerkender eksistensen af det monopol, som indrømmes via IER-lovgivningen, men det betyder ikke, at udøvelsen eller udnyttelsen af dette monopol ikke kan granskes nærmere med udgangspunkt i konkurrencereglerne. Licensgiveren og licenstagerne er særskilte virksomheder og behandles også som sådanne. Ifølge konkurrencereglerne kan der ikke accepteres en hvilken som helst begrænsning, der giver licensgiveren mulighed for at maksimere udbyttet af sit monopol. Det er oplagt, at licensgiveren, for at få maksimalt udbytte af sit monopol, måske vil forsøge at pålægge licenstagerne visse begrænsninger med hensyn til deres prissætning, output eller de geografiske områder eller kunder, på hvilke eller til hvem de må sælge licensproduktet, men sådanne begrænsninger kan meget vel være i strid med EU's konkurrenceregler.

3.3 USA's konkurrencepolitik for så vidt angår intellektuelle ejendomsrettigheder

(46) Den amerikanske fremgangsmåde er fastlagt i de "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property", som landets justitsministerium og Federal Trade Commission har udsendt (i det følgende benævnt "de amerikanske retningslinjer")¹⁹, og den adskiller sig fra fremgangsmåden i EU. De amerikanske retningslinjer bygger på tre generelle principper: (a) i konkurrencepolitiske analyser ligestilles intellektuel ejendom med enhver anden form for ejendom, (b) det formodes ikke, at intellektuel ejendom fører til markedsstyrke, og (c) licensaftaler anses generelt at være befordrende for konkurrencen²⁰. Der kan opstå bekymringer for konkurrencen, når licensaftalen begrænser konkurrencen mellem virksomheder, der ville have været faktiske eller med al sandsynlighed potentielle konkurrenter uden licensaftalen (virksomheder, mellem hvilke der består et horisontalt

¹⁹ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* udsendt af det amerikanske justitsministerium og Federal Trade Commission i april 1995.

²⁰ De amerikanske retningslinjer, sektion 2.0.

forhold)²¹. Rettighedshaveren vil ikke være forpligtet til at skabe konkurrence om hans egen teknologi og bør derfor i princippet frit kunne indsætte sådanne restriktioner i en licensaftale, der giver ham mulighed for at gøre alt det, han også kunne have gjort på egen hånd. Den amerikanske tilgang anerkender ikke blot eksistensen af det monopol, som indrømmes via IER-lovgivningen, men anerkender generelt også rettighedshaverens ret til at udnytte rettigheden til fulde ved i licensaftaler at indføre alle de restriktioner, der er nødvendige for at høste det fulde udbytte af den intellektuelle ejendomsrettighed.

(47) Konkurrencepolitikken begrænser licensgiverens frihed i to henseender. For det første kan konkurrencemyndighederne skride ind, når begrænsningerne i en licensaftale finder anvendelse på ikke-patentbeskyttede produkter eller produktionsmetoder. Hvis f.eks. licensgiveren har patent på produktionsmetoden, men ikke på det produkt, som licenstagere producerer, da betragtes fastsættelsen af licenstagernes salgspris på produktet som ulovlig vertikal prisfastsættelse i henhold til konkurrencereglerne²². Tilsvarende gælder det, at når licensaftalen pålægger licenstagere et konkurrenceforbud, der forhindrer licenstagere i at producere eller markedsføre konkurrerende produkter, da behandles dette forbud på lige fod med tilsvarende klausuler i andre vertikale aftaler. Det samme er tilfældet, når licensaftalen forpligter licenstagere til at aftage en anden vare eller tjenesteydelse.

(48) For det andet – og hvad der er endnu vigtigere – kan konkurrencemyndighederne skride ind, når licensaftalen skader konkurrencen mellem virksomheder, der uden aftalen ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter. I det tilfælde gælder det, at hvis licensaftalen har negative konsekvenser for priserne på eller mængden og kvaliteten af varer og tjenesteydelser på aktuelle eller fremtidige markeder, behandles dette med udgangspunkt i konkurrencereglerne. Dette vedrører for det første de situationer, hvor licensgiveren og licenstagere også uden licensaftalen ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter, dvs. i situationer, hvor der allerede består og fortsat vil bestå et horisontalt konkurrenceforhold mellem licensgiveren og licenstagere. For det andet vedrører det også licensaftaler, der f.eks. i kraft af en klausul om konkurrenceforbud/eneforhandling holder licensgiverens konkurrenter ude fra markedet (afskærmningseffekt). For det tredje kunne det i princippet også vedrøre licensaftaler i situationer, hvor der består et horisontalt konkurrenceforhold mellem licenstagere²³.

(49) I praksis beskæftiger de amerikanske retningslinjer sig kun med de første to situationer. Hvad klausuler om konkurrenceforbud angår, er det allerede blevet nævnt, at disse kan anfægtes efter de amerikanske antitrust-regler, da sådanne klausuler ikke har noget med udnyttelsen af den intellektuelle ejendomsrettighed at gøre, men angår andre produkter eller processer, der ikke er omfattet af den intellektuelle ejendomsrettighed. Den primære konkurrencemæssige bekymring er, om konkurrenterne til licensgiveren holdes ude fra markedet.

(50) Med hensyn til den situation, hvor licensgiveren og licenstagere også uden licensaftalen ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter på de berørte markeder, er de amerikanske retningslinjer navnlig rettet mod falske licensaftaler, der tjener til at tilsløre et

²¹ De amerikanske retningslinjer, sektion 3.1.

²² Se W.K. Tom, Background Note, s. 38, *Roundtable on Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Committee on Competition Law and Policy, OECD, oktober 1997, og N.T. Gallini & M. Trebilcock, *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for Analysis of Economic and Legal Issues*, s. 339 og 344-345, *Roundtable on Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Committee on Competition Law and Policy, OECD, oktober 1997.

²³ De amerikanske retningslinjer, sektion 3.1, 3.3 og 4.1.

kartel. Hvis for eksempel den overførte fremstillingsproces eller det overførte patentbeskyttede produkt ikke repræsenterer en økonomisk forbedring i forhold til eksisterende teknologier eller ikke-patentbeskyttede produkter, og patentet ikke er et blokerende patent, da vil licensaftalen almindeligvis ikke indebære en nyttig overførsel af teknologi og ikke føre til en effektivitetsforøgende integration af økonomisk virksomhed²⁴. Aftalen vil blive anfægtet under "per se-reglen", hvis den fører til prisfastsættelse, fordeling af markeder eller kunder, indskrænkning af produktionen eller boykot af bestemte grupper.

(51) Hvis en licensaftale mellem konkurrenter ikke indeholder sådanne oplagt konkurrenceskadelige per se-begrænsninger, vil de normalt ikke blive anfægtet, hvis "licensgiverens og licenstagernes kombinerede markedsandel ikke overskrider 20 % på hvert af de relevante markeder, der berøres mærkbart af begrænsningen"²⁵. Over denne sikkerhedstærskel på 20 % finder den såkaldte "rule of reason" anvendelse, hvilket betyder, at der først foretages en nærmere undersøgelse af, om den pågældende begrænsning er eller kan forventes at blive til skade for konkurrencen. Hvis det viser sig at være tilfældet, vil der blive foretaget en vurdering af, om begrænsningen med rimelighed kan betragtes som nødvendig for at opnå en effektivitetsgevinst til fordel for konkurrencen. Det vil blive undersøgt, om der findes "... praktiske og betydeligt mindre konkurrencebegrænsende alternativer ... Hvis det med al tydelighed viser sig, at parterne kunne have opnået samme effektivitetsgevinst med midler, der er betydeligt mindre konkurrencebegrænsende, vil konkurrencemyndighederne ikke tillægge parternes påstand om effektivitetsgevinster nogen større vægt. I forbindelse med denne vurdering vil konkurrencemyndighederne imidlertid ikke begynde at lede efter et i teorien mindre konkurrencebegrænsende alternativ, der ikke vil være realistisk i den konkrete forretningsmæssige situation, som parterne måtte blive konfronteret med i fremtiden ... Hvis begrænsningen med al rimelighed kan betragtes som nødvendig, vil konkurrencemyndighederne veje de konkurrencefremmende effektivitetsgevinster mod de konkurrencebegrænsende virkninger for at finde frem til den sandsynlige nettoeffekt for konkurrencen på hvert af de relevante markeder"²⁶.

(52) Parter til en licensaftale, der var konkurrenter forud for innovationen, betragtes ikke længere som konkurrenter, når den overførte produktionsproces eller det overførte patentbeskyttede produkt repræsenterer et så epokegørende gennembrud, at der uden licensaftalen ikke længere ville herske nogen konkurrence. Førnævnte sikkerhedszone og anvendelsen af den såkaldte "rule of reason", når parternes markedsandel overstiger 20 %, er derfor af særlig relevans for de licensaftaler, hvor den overførte fremstillingsproces eller det overførte patentbeskyttede produkt rent faktisk kun repræsenterer en begrænset økonomisk forbedring i forhold til eksisterende teknologier eller ikke-patentbeskyttede produkter. Hvis der i det tilfælde består et horisontalt konkurrenceforhold mellem parterne uden licensaftalen, bliver det relevant at måle parternes kombinerede markedsandel, at undersøge, om begrænsningerne er nødvendige, og at veje de positive virkninger mod de negative²⁷.

²⁴ De amerikanske retningslinjer, sektion 3.4, eksempel 7. Se også FTC's anfægtelse af en patentpulje mellem Summit Technology og VISX (FTC Dkt. No. 9286 (23. februar 1999), *Agreement Containing Consent Order to Cease and Desist* og FTC's *Analysis to Aid Public Comment*) og Justitsministeriets *Business Review Letters* angående MPEG- og DVD- patentpuljerne (*Business Review Letters* fra Joel I. Klein til Garrad R. Beeney af henholdsvis 26. juni 1997 og 16. december 1998).

²⁵ De amerikanske retningslinjer, sektion 4.3.

²⁶ De amerikanske retningslinjer, sektion 4.2.

²⁷ W. Tom, s. 27-28.

(53) For at kunne anvende markedsandelstærsklen på 20 % er det nødvendigt at få fastslået, om licensens negative virkninger kun gør sig gældende på produktmarkeder, eller om licensen også har en effekt på teknologimarkeder eller på konkurrencen inden for forskning og udvikling. I førstnævnte tilfælde er det kun nødvendigt at beregne markedsandelene på de relevante produktmarkeder. I sidstnævnte tilfælde er det også nødvendigt at beregne markedsandele på de relevante teknologi- og innovationsmarkeder. Hvis der i dette tilfælde ikke er adgang til oplysninger om markedsandele, eller hvis tallene ikke giver et korrekt billede af konkurrencesituationen, vil sikkerhedszonen blive defineret med udgangspunkt i antallet af selvstændige konkurrerende teknologier eller forskningsforetagender, der råder over det fornødne specialudstyr. Hvis begrænsningen ikke er til oplagt skade for konkurrencen, og der findes fire eller flere konkurrerende teknologier eller forskningsforetagender foruden parterne til licensaftalen, da anses aftalen at falde inden for sikkerhedszonen.

3.4 En sammenligning

(54) I USA skelnes der klart mellem licensaftaler indgået mellem konkurrenter og licensaftaler indgået mellem ikke-konkurrenter, og ud fra denne skelnen drages der visse konkurrencepolitiske konklusioner. Den amerikanske tilgang medfører en meget lemfældig behandling af begrænsninger, der vedrører udnyttelsen af selve den intellektuelle ejendomsrettighed, når licensgiveren og licenstagere ikke er faktiske eller potentielle konkurrenter. I den situation anses begrænsninger med hensyn til licenstagere område, produktion, anvendelsesområde og under visse omstændigheder endda prissætning at være rimelige redskaber for licensgiveren i hans bestræbelser på at maksimere indtægterne fra den intellektuelle ejendomsrettighed. Dette falder fint i tråd med den p.t. mindre restriktive holdning i USA til vertikale aftaler mellem konkurrenter generelt, så længe de ikke vedrører prisfastsættelse. Mens vertikal prisfastsættelse generelt set betragtes som en per se-begrænsning i den amerikanske konkurrencelovgivning, og de amerikanske retningslinjer siger, at dette også er tilfældet, når en licensgiver, der er indehaver af intellektuelle ejendomsrettigheder knyttet til et bestemt produkt, fastsætter licenstagere videresalgspris på det pågældende produkt, hedder det samtidig i de amerikanske retningslinjer, at indehaveren af et produktpatent har ret til i en produktionslicensaftale at fastsætte licenstagere indledende salgspris på det patentbeskyttede produkt²⁸.

(55) I EU er holdningen til begrænsninger forbundet med udnyttelsen af selve den intellektuelle ejendomsrettighed mindre lempelig, når de findes i aftaler mellem ikke-konkurrenter. Dette afspejler den større betydning, som EU's konkurrencelovgivning tillægger intrabrand-restriktioner generelt og territoriale restriktioner i særdeleshed. Der lægges stor vægt på beskyttelsen af intrabrand-konkurrencen, da distributionsomkostningerne tegner sig for en stor del af den endelige pris på de fleste produkter, hvorfor større konkurrence mellem distributører kunne bidrage til at mindske disse omkostninger. Der er også tale om en anerkendelse af, at der kan bestå et horisontalt konkurrenceforhold mellem licenstagere²⁹.

²⁸ Dette forhold forklarer sandsynligvis, hvorfor denne frihed til at fastsætte licenstagere pris er blevet indskrænket i visse domme; se Tom, s. 38, Gallini & Trebilcock, s. 339, de amerikanske retningslinjer, sektion 5.2.

²⁹ I de amerikanske retningslinjer anerkendes muligheden for, at forholdet mellem licenstagere kan være et horisontalt forhold, men de synes samtidig at se bort fra de konkurrencemæssige konsekvenser heraf, idet de giver grundlag for en meget lempelig behandling af territoriale begrænsninger, så længe licensgiveren og licenstagere ikke er konkurrenter.

Der lægges større vægt på territoriale restriktioner, navnlig som følge af den ekstra markedsintegrationsmålsætning, der ligger i EU's konkurrencepolitik³⁰.

(56) Forskellene mellem den politik, der føres i henholdsvis USA og EU, er mindre markante, når det drejer sig om begrænsninger, der intet har med udnyttelsen af selve den intellektuelle ejendomsrettighed at gøre, f.eks. konkurrenceforbud og koblingssalg. Sådanne begrænsninger falder ind under konkurrencereglerne i såvel USA som EU. I USA tages der hensyn til parternes markedsstyrke og konkurrencestrukturen på det relevante antitrust-marked som led i den tilgang, der bygger på "rule of reason". Mens det samme er tilfældet i EU for så vidt angår vertikale aftaler generelt under gruppefritagelsesforordning nr. 2790/1999 og retningslinjerne for vertikale begrænsninger, befinder sådanne begrænsninger sig på den sorte eller grå liste i gruppefritagelsesforordningen.

(57) Der optræder igen mere markante forskelle mellem EU's og USA's politik med hensyn til licensaftaler mellem konkurrenter. I USA opererer man med en såkaldt sikkerhedszone defineret med udgangspunkt i en markedsandelstærskel, mens det kun er tilfældet i gruppefritagelsesforordningen, når det drejer sig om licensaftaler med relation til joint ventures. Andre licensaftaler mellem konkurrenter er ofte udelukket fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde på grund af de specifikke klausuler, de indeholder. I USA opererer man desuden med en snævrere definition til at afgøre, om virksomheder skal betragtes som konkurrenter eller ej.

(58) Sammenfattende kan det konstateres, at der i USA er sat snævrere grænser for konkurrencepolitikens mulighed for at gribe ind over for licensaftaler mellem ikke-konkurrenter. Det betyder, at en licensgiver i USA har større sikkerhed for at kunne udnytte sin intellektuelle ejendomsrettighed, når meddelelsen af licens finder sted mellem ikke-konkurrenter. Hvis det formodes, at man i IER-lovgivningen har fundet den rette balance mellem over- og underbeskyttelse af innovatorernes indsats, bidrager denne tilgang til at stimulere innovationen. Denne formodning er imidlertid ikke nødvendigvis korrekt i alle tilfælde. Forskellen i forhold til tilgangen i EU bør heller ikke overdrives, da EU's konkurrencepolitik i mange tilfælde tillader de samme intrabrand-begrænsninger, men fastholder muligheden for, under bestemte forhold, at intervenere, når det anses at være nødvendigt. Endelig er den amerikanske tilgang mere kohærent for så vidt angår licensaftaler mellem konkurrenter.

4. ANVENDELSEN AF GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGEN

(59) Kommissionen har gennemført en undersøgelse for at få større klarhed over, hvordan de nuværende regler har fungeret siden deres vedtagelse. Der blev udsendt et spørgeskema til industrien og forbrugerorganisationer, visse forskningsintensive virksomheder, specialiserede organisationer og advokatfirmaer. Desuden blev Kommissionens erfaringer med den praktiske anvendelse af gruppefritagelsesforordningen gennemgået. Endelig blev medlemsstaternes konkurrencemyndigheder anmodet om at indsende oplysninger om deres aktuelle praksis med hensyn til licensaftaler om intellektuelle ejendomsrettigheder. Resultaterne af denne undersøgelse gennemgås nedenfor.

³⁰ Retningslinjer for vertikale begrænsninger, punkt 7.

4.1 Bemærkninger fra interesserede parter

(60) Det spørgeskema, der blev udsendt til interesserede parter, tjente til at indsamle faktuelle oplysninger om såvel de hovedaspekter som de nye forhold, der kendetegner teknologilicensområdet. Det tjente desuden til at få et indtryk af tredjeparters opfattelse af, hvordan gruppefritagelsesforordningen fungerer. Kommissionen modtog svar fra individuelle virksomheder fra mange forskellige industrigrene (f.eks. elektronikindustrien, maskinindustrien, medicinalindustrien, sundhedsindustrien, den kemiske industri og fødevarerindustrien) og fra industriorganisationer, specialorganisationer og advokatfirmaer³¹.

4.1.1 Bemærkninger til den aktuelle licensgivning

(61) Det fremgår af et flertal af bemærkningerne, at licensgivningen har forandret sig betydeligt de sidste ti år, både kvalitativt og kvantitativt. Denne udvikling synes at have været særlig markant inden for bestemte dele af industrien (f.eks. inden for elektronik, medicinske teknologier, nye materialer og nanoteknologi).

(62) Med hensyn til den kvantitative udvikling understreges det i de fleste bemærkninger, at virksomhederne generelt set meddeler licens på deres teknologier hyppigere i dag end førhen. Der meddeles licens på flere typer af teknologier, og antallet af licenser på en og samme teknologi er også steget. Behovet for at kompensere for de høje omkostninger forbundet med patentporteføljer ved hjælp af indtægter fra licensafgifterne nævnes som en af årsagerne til denne udvikling. Desuden har nogle parter tilkendegivet, at behovet for at erhverve licenser ("licensing-in") er blevet større i takt med stigningen i efterspørgslen efter nye teknologiske produkter, som virksomhederne ikke selv har kapacitet til at udvikle.

(63) Denne stigning i antallet af licenser, der meddeles, synes at gå hånd i hånd med den generelle stigning i virksomhedernes investeringer i F&U-projekter. F&U-udgifterne varierer betydeligt industrigrene imellem. For de fleste af de virksomheder, der besvarede spørgeskemaet, udgør de 5-10 % af deres samlede årsomsætning. Inden for visse industrigrene (f.eks. lægemiddelindustrien og sundhedsindustrien) har de tendens til at være meget høje. Skønt indtægterne fra licensafgifter generelt repræsenterer en lille brøkdel af virksomhedernes samlede omsætning (1 % eller mindre), yder de ikke desto mindre et væsentligt bidrag til dækningen af deres F&U-investeringer.

(64) Det skal endvidere bemærkes, at visse virksomheder på det seneste har udformet mere strukturerede patentstrategier som reaktion på den stigende betydning, som IER-ejerskab og licensgivning spiller for fastholdelsen af deres position på markedet. Mens de intellektuelle ejendomsrettigheder tidligere blev anvendt til at forhindre konkurrenter i at benytte patentbeskyttet innovation, anvendes de nu også som led i mere omfattende forretningsstrategier. De anvendes f.eks. til at lukke hele områder af for konkurrence (blokeringsstrategier), og patenterne anvendes til at sætte standarder for industrien. Da mange virksomheder i stigende grad betragter deres intellektuelle ejendomsrettigheder som omsættelige kapitalaktiver, indtager IER-management og forvaltningen af patentporteføljer hyppigere og hyppigere en central placering i virksomhedernes forretningsstrategier. Det fremgår af nogle af de indsendte bemærkninger, at udviklingen går i retning af, at viden bliver

³¹ Der blev udsendt 150 spørgeskemaer, og Kommissionen modtog svar fra omkring en fjerdedel af adressaterne, enten direkte eller indirekte gennem deres organisationer. Skønt svarene måske ikke kan betragtes som værende repræsentative, har de oplysninger, Kommissionen har modtaget, været nyttige i forbindelse med udarbejdelsen af denne rapport og forberedelsen af den offentlige høring, der vil finde sted efter offentliggørelsen af rapporten.

mindre og mindre offentlig tilgængelig og i stigende grad beskyttes af intellektuelle ejendomsrettigheder.

(65) En enkelt organisation er af den modsatte opfattelse, nemlig at der er sket et generelt fald i antallet af meddelte licenser i EU, skønt antallet af licenser meddelt af uddannelsesinstitutioner er stigende. Dette fald afspejler efter sigende bl.a. det forhold, at mange virksomheder har flyttet deres fremstillings- og forskningsaktiviteter til oversøiske markeder. Samtidig synes offentlige forskningsinstitutter og højere læreanstalter at have indset, at de oplysninger, de tidligere stillede til rådighed for offentligheden, kan være af en vis værdi, og de søger derfor at beskytte disse oplysninger så vidt muligt og at forvalte den deraf følgende intellektuelle ejendom gennem "spin-out"-virksomheder.

(66) Stort set alle bemærkninger peger i retning af, at sammenlignet med licensgivning forbliver det direkte salg af intellektuelle ejendomsrettigheder den mindst foretrukne løsning for rettighedshaverne. I nogle af de indsendte bemærkninger hedder det, at overdragelser af intellektuelle ejendomsrettigheder formentlig kun repræsenterer omkring 20 % af samtlige IER-transaktioner, mens de resterende 80 % består af licenser. Licensafgiftsindtægter, der er lavere end udgifterne forbundet med at vedligeholde og beskytte intellektuelle ejendomsrettigheder, en ringe sandsynlighed for markedssucces og rettighedshaverens udtræden af markedet er de væsentligste årsager til, at virksomheder vælger at overdrage deres intellektuelle ejendomsrettigheder snarere end at meddele licens på dem.

(67) Med hensyn til den kvalitative udvikling peger de fleste bemærkninger i retning af, at licensordningernes art og type har forandret sig betydeligt de seneste år. Navnlig understreges det, at der nu er behov for en større samarbejdsindsats og mere komplekse licensordninger for at følge med den stadig mere komplekse teknologiske udvikling. De nye teknologier bygger ofte på viden og metoder hentet fra mange forskellige discipliner, hvilket tvinger virksomhederne til at samarbejde for at drage fordel af de komplementære færdigheder, som andre virksomheder eller offentlige forskningsinstitutter ligger inde med. Således er eksempelvis samlingen af licenser i pakker, teknologipuljer og gensidige licenser blevet mere almindelige, bl.a. også som følge af spredningen af blokerende patenter på mange rettighedshavere verden over.

(68) Meddelelsen af licenser synes desuden at have antaget en mere global karakter de seneste år. Navnlig har globaliseringen og de deraf følgende omlægninger af virksomhedernes forretningsstrategier også haft konsekvenser for forskningen og udviklingen. Store virksomheder, der allerede i mange år har rådet over produktionsfaciliteter i flere lande, begynder nu også at blive mere internationalt indstillet, når det gælder deres forskningsindsats. Desuden involverer en række store "verdensprojekter" (såsom den internationale rumstation, det humane genomprojekt, den medicinske forskning, hav- og klimaforskningen, energi og telekommunikation) alle et omfattende internationalt samarbejde.

(69) Med hensyn til typen af intellektuelle ejendomsrettigheder betragtes patenter og knowhow normalt som de meste relevante genstande for licensaftaler. Licenser på ophavsrettigheder omtales ofte som værende vigtige, især i forbindelse med softwareprogrammer og computerstyrede opfindelser. Licenser på mønstre betragtes som vigtige for visse sektorer, men mindre vigtige for andre. Varemærkelicenser er ofte accessoriske i forhold til knowhow-licensaftaler eller til forhandlings- og produktionsaftaler.

(70) De svar, som Kommissionen har modtaget, viser også, at der er sket en vis udvikling med hensyn til, hvad der kan være afgørende for rettighedshaverens beslutning om at meddele licens eller en producents beslutning om at søge licens. For rettighedshavernes vedkommende

findes der de klassiske begrundelser for meddelelse af licens såsom ønsket om at trænge ind på et nye produktmarked eller muligheden for at kombinere komplementære produktionsfærdigheder, navnlig når rettighedshaveren mangler produktionsudstyr. Desuden lægger rettighedshaverne stadig større vægt på muligheden for, via meddelelsen af licenser, at skabe nye standarder for industrien, at danne teknologipuljer eller samle licenser i pakker, at rydde blokerende patenter af vejen og at bilægge tvister, der skyldes overlappende patenter. Utilstrækkeligt kendskab til lokale markedsforhold eller manglende distributions- eller markedsføringskapacitet synes at være mindre afgørende for beslutningen om at meddele licens. I nogle bemærkninger peges der også på, at det at meddele licens på visse aktiviteter hænger sammen med ønsket om at opnå stordriftsfordele eller fastholde en markedsstilling for egen teknologi eller dele risikoen forbundet med udnyttelsen af denne teknologi.

(71) For licenstagernes vedkommende synes det største incitament til at søge licens at bestå i, at vedkommende dermed får mulighed for at kombinere sine færdigheder med rettighedshaverens, hvis teknologi kan give licenstagere adgang til et nyt produktmarked eller mulighed for at fastholde sin stilling i konkurrencen og samtidig mindske sine omkostninger. Det er især tilfældet, når licenstagere befinder sig i en situation, hvor hans egenudvikling blokeres af tredjeparters intellektuelle ejendomsrettigheder, eller opdager, at hans egenudvikling koster mere, end hvad det vil koste at købe teknologien hos tredjeparter. Konkrete eller potentielle tvister om overlappende patentkrav og muligheden for at rydde blokerende patenter af vejen nævnes ofte som vigtige faktorer³². I nogle bemærkninger antydes det, at det at tage licens på visse aktiviteter også kan hænge sammen med fastsættelsen af en ny standard for industrien, dannelsen af en patentpulje eller tilvejebringelse af stordriftsfordele.

(72) For ikke at styrke deres konkurrenters stilling synes rettighedshaverne desuden at være mest tilbøjelige til at meddele licenser til virksomheder, de ikke konkurrerer med, medmindre meddelelsen af en licens tjener til at bilægge en reel eller potentiel tvist om modstridende patentkrav. For licenstagere synes partnerens type derimod at være mindre relevant, og deres incitament til at søge licens skal snarere søges i den overførte teknologis karakter end i ophavsvirksomhedens stilling i konkurrencen.

(73) Hvad endelig angår de investeringer, der i dag er forbundet med licenstransaktioner, fremgår det af de bemærkninger, som Kommissionen har modtaget, at licensgiverens udgifter i forbindelse med meddelelsen af en licens (ekskl. F&U-omkostninger) hovedsagelig består i udgifter til beskyttelse af den overførte teknologi (sagsanlæg som følge af misbrug osv.) og til løbende forbedringer af teknologien og efteruddannelse af de ansatte. Licenstagernes udgifter omfatter licensafgifter og investeringer i forbedringer af den overførte teknologi, udgifter til markedsføring af og reklamering for licensprodukterne og, i mindre omfang, udgifter forbundet med uddannelsen af forhandlere og til udskiftning af fysisk produktionsudstyr.

4.1.2 Bemærkninger til gruppefritagelsesforordningen

(74) Interesserede parter blev anmodet om at tilkendegive, hvordan gruppefritagelsesforordningen efter deres opfattelse fungerede. Spørgsmålene var af generel karakter og havde først og fremmest til formål:

³² Intellektuelle ejendomsrettigheder betragtes som gensidigt blokerende, når rettighedshaverne ikke kan udnytte deres egne intellektuelle ejendomsrettigheder uden at krænke andres intellektuelle ejendomsrettigheder.

- at afdække de problemer og fordele, som industrien havde oplevet i forbindelse med anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen
- at vurdere, om de policy-mål, der var baggrunden for gruppefritagelsesforordningen (dvs. udvikling og spredning af innovation i hele EU og beskyttelse af den effektive konkurrence inden for teknologisk nye og forbedrede produkter), blev opfyldt i praksis
- at få fastslået, om der var behov for at justere Kommissionens tilgang til teknologilicenser.

Spørgeskemaet fokuserede tillige på specifikke emner i relation til individuelle bestemmelser i gruppefritagelsesforordningen. De synspunkter, der blev tilkendegivet som svar på disse specifikke spørgsmål, er inkorporeret i analysen i kapitel 5 i denne rapport. Generelt fremgår det af langt de fleste bemærkninger, at trods de fordele, den frembyder, er gruppefritagelsesforordningen kendetegnet ved en række mangler.

(75) På den anden side nævnes det i alle de indsendte bemærkninger, at gruppefritagelsesforordningen har den fordel, at den favner mere bredt og er nemmere at anvende end de tidligere gruppefritagelser for knowhow- og patentlicensaftaler. Nogle af dem har også tilkendegivet, at i og med at gruppefritagelsesforordningen er meget præcis med hensyn til, hvad der ikke er tilladt (takket være den udtømmende liste over de såkaldt "sorte" klausuler), styrker den retssikkerheden. I nogle af bemærkningerne fremhæves det også, at udeladelsen af markedsandelstærskler i gruppefritagelsesforordningen gør det lettere at anvende gruppefritagelsen. Endelige fremgår det af nogle af bemærkningerne, at gruppefritagelsesforordningen undertiden benyttes som retningslinje.

(76) På den anden side fokuserer kritikken mod den aktuelle tilgang på følgende aspekter:

- Gruppefritagelsesforordningen opleves som værende for formalistisk og ufleksibel, navnlig sammenlignet med den nye generation af gruppefritagelser for vertikale begrænsninger og horisontale samarbejdsaftaler. Især gruppefritagelsesforordningens struktur anses at være for kompleks. Desuden bevirker listerne over klausuler, der er fritaget, tilladte klausuler og forbudte klausuler, at virksomhederne lægges i en slags retlig spændetrøje, der kan hindre spredningen af nye teknologier eller gøre virksomhedernes transaktioner mindre effektive. Der hersker også usikkerhed med hensyn til samspillet mellem anvendelsesområdet for gruppefritagelsesforordningen og forordning nr. 2658/2000 om specialiseringsaftaler, forordning nr. 2659/2000 om F&U-aftaler og forordning nr. 2790/1999 om vertikale aftaler.
- Visse bestemmelser betragtes som overdrevent detaljeret og ofte forvirrende, hvilket resulterer i, at der undertiden melder sig tvivlsspørgsmål med hensyn til anvendelsen af fritagelsen. Især forekommer fortolkningen af visse basale begreber uklar. Eksempelvis skelnes der i gruppefritagelsesforordningen ikke klart mellem "forbedring" af den overførte teknologi og "ny" teknologi, der repræsenterer et stort skridt fremad, hvilket gør det vanskeligt at håndhæve de tidsbegrænsninger, der blev indført med gruppefritagelsesforordningen. Som et andet eksempel nævnes definitionen af begrebet knowhow, der ikke er den samme som i de nye gruppefritagelsesforordninger om vertikale og horisontale aftaler. Det samme gælder definitionen på "konkurrent", der ikke ligger på linje med definitionen i nyere lovgivning.

- Grøppefritagelsesforordningens anvendelsesområde er for snævert og dækker ikke en række almindelige former for licensaftaler, hvorfor mange aftaler skal anmeldes til Kommissionen. Navnlig gælder det, at eftersom forordningen ikke dækker licensaftaler mellem mere end to parter, er teknologipuljer, licenspakkeaftaler mellem flere virksomheder, der ejer komplementære intellektuelle ejendomsrettigheder, udelukket fra gruppefritagelsens anvendelsesområde. Det forhold, at gruppefritagelsesforordningen kun dækker andre intellektuelle ejendomsrettigheder end patenter (f.eks. ophavsret, mønsterrettigheder samt varemærker), når de er accessoriske i forhold til en patentlicensaftale, bevirker desuden, at der opstår retlig usikkerhed om mange aftaler, navnlig licensaftaler vedrørende ophavsrettigheder på software. I denne henseende har nogle af de virksomheder mv., der har indsendt bemærkninger, tilkendegivet, at de ofte benytter gruppefritagelsesforordningen som rettesnor i forbindelse med vurderingen af andre licensaftaler end patentlicensaftaler efter artikel 81.
- De nuværende regler fokuserer for meget på klausuler om territorial eneret. Desuden udelukker de visse almindelige licensaftaler fra gruppefritagelsen uden nogen solid økonomisk begrundelse. Ifølge nogle af de indsendte bemærkninger er der navnlig alt for mange begrænsninger (f.eks. konkurrenceforbud, koblingsalg, mængdebegrænsninger, anlægslicenser og visse former for grant-backs), der i gruppefritagelsesforordningen automatisk betragtes som ulovlige, eller som anses for at være særdeles mistænkelige, selv når parterne mangler markedsstyrke og indgår i et vertikalt forhold.
- Indsigelsesproceduren i gruppefritagelsesforordningens artikel 4 er af tvivlsom nytte. Generelt set synes virksomhederne at være tilbageholdende med at benytte sig af denne mulighed. Det kan skyldes, at de foretrækker ikke af afsløre de arrangementer, de deltager i, eller at det ikke altid er klart, hvornår denne procedure kan sættes i værk, eller at de vil undgå den administrative byrde forbundet med en anmeldelse.

(77) Et flertal af de interesserede parter, der har indsendt bemærkninger til Kommissionen, mener således, at gruppefritagelsesforordningen kun til en vis grad lever op til hensigten.

(78) Når parterne har held med at udforme deres aftaler på en sådan måde, at de passer ind i gruppefritagelsens rammer, har den retssikkerhed, som forordningen giver dem, en positiv effekt på udviklingen og spredningen af teknologi. Grundet forordningens formalistiske og præskriptive karakter hævdes det imidlertid også, at de nuværende regler ikke tilskynder til udvikling af nye licensformer (f.eks. licenspakkeaftaler mellem flere parter, licenser til joint ventures) eller nye tilgange til teknologioverførsel (f.eks. forpligtelser til ikke at konkurrere for at beskytte knowhow overført til licenstagere, bundtning af en IER-licens med levering af ikke-patentbeskyttede produkter). Forordningens manglende klarhed fjerner også tilskyndelsen til at meddele licenser. I nogle af de indsendte bemærkninger påpeges det, at den lange liste over alvorlige begrænsninger, der i dag findes i gruppefritagelsesforordningen, skyldes en konkurrencepolitisk tilgang, der ikke tager tilstrækkeligt hensyn til parternes markedsstyrke og interbrand-konkurrencen. Det påpeges, at der med en mere økonomisk orienteret tilgang kunne udformes mindre stive regler for licensaftaler, der igen kunne føre til større spredning af teknologi.

(79) Grøppefritagelsesforordningen blev helt bevidst gjort præskriptiv for at beskytte den effektive konkurrence, men det er ikke sikkert, at den har opfyldt dette mål. På den ene side må det konstateres, at forordningens bestemmelser fungerer som en spændetrøje for de kontraherende parter og ødelægger incitamentet til spredning af nye teknologier. Dette kan

forhindre eller forsinke nye konkurrenters indtrængen på markedet. På den anden side tilkendes det i nogle af de indsendte bemærkninger, at eftersom gruppefritagelsesforordningen ikke tager tilstrækkeligt hensyn til parternes markedsstyrke og det konkurrencemæssige forhold mellem licensgiver og licenstagere, kan det tænkes, at forordningen dækker begrænsninger, der er til fordel for magtfulde eller endda dominerende virksomheder til skade for forbrugerne og små og mellemstore virksomheder.

(80) Alt i alt viser de svar, som Kommissionen har modtaget på sit spørgeskema, at der er generel støtte til en grundig revision af gruppefritagelsesforordningen.

(81) I de fleste bemærkninger insisteres der på en radikal forenkling og klarificering af de aktuelle regler med udgangspunkt i de nye gruppefritagelser for vertikale begrænsninger og horisontale samarbejdsaftaler. Dette vil navnlig kræve, at der vedtages en ny gruppefritagelsesforordning, der dækker en bredere vifte af licensaftaler, at man går bort fra systemet med hvide og grå klausuler (sammen med indsigelsesproceduren), og at den aktuelle liste over alvorlige begrænsninger indskrænkes. Desuden vil det være nyttigt at vedtage særlige retningslinjer om bestemte centrale emner.

(82) I mange bemærkninger peges der imidlertid på, at indførelsen af en markedsandelstærskel vil give bagslag for innovationen og meddelelsen af licenser, eftersom der ikke længere vil eksistere en "sikker havn" i tilfælde af, at den overførte opfindelse bliver en succes på markedet. Det anses navnlig at blive tilfældet, hvis der anvendes en markedsandelstærskel på teknologimarkeder i modsætning til de egentlige produktmarkeder. Afgrænsningen af relevante markeder og beregningen af markedsandele vil skabe særlige problemer i forbindelse med teknologilicenser. I de samme bemærkninger påpeges det, at begrebet markedsstyrke er tilstrækkeligt behandlet i artikel 82 og i Domstolens retspraksis på området. Der henvises især til dommen i Tetra Pak-sagen³³. Som kontrast hertil påpeges det i andre bemærkninger, at Kommissionens aktuelle tilgang til teknologilicenser tager utilstrækkeligt hensyn til spørgsmålene om markedsstyrke og interbrand-konkurrence, og de understreger, at disse to spørgsmål er af fundamental betydning for en korrekt vurdering af sådanne aftalers indflydelse på konkurrencen.

(83) Det foreslås endelig, at andre intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder ophavsrettigheder, mønsterrettigheder samt varemærkerrettigheder, bør være omfattet af en samlet gruppefritagelse, forudsat at der defineres en mere fleksibel tilgang. Det vil være til fordel for retssikkerheden og skabe større sammenhæng mellem reglerne på IER-licensområdet. Dette synspunkt modgås i andre bemærkninger, ifølge hvilke spørgsmålene om forretningspraksis og offentlig politik i forbindelse med licensaftaler om litterære værker (ikke software), kunstneriske værker, varemærker og databaser adskiller sig væsentligt fra samme spørgsmål i forbindelse med teknologioverførsel.

4.2 Kommissionens håndhævelse af de nuværende regler

4.2.1 Statistiske data

(84) I årene fra 1996 til 2000 registrerede Kommissionen omkring 140 nye sager vedrørende anvendelse af artikel 81 og/eller artikel 82 på praksis omfattende udøvelse af intellektuelle ejendomsrettigheder.

³³ *Tetra Pak/Kommissionen*, Sml. 1990-II, s. 309.

(85) Dette tal omfatter alle sager, der for hovedpartens vedkommende handlede om licensaftaler vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder indgået mellem virksomheder med henblik på fremstilling af varer eller levering af tjenesteydelser eller om en angiveligt ulovlig adfærd udvist af rettighedshaveren eller dennes licenstagere. I dette tal indgår imidlertid ikke de sager, hvor meddelelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder ikke var det primære formål med den pågældende praksis (f.eks. visse vertikale aftaler såsom franchisingaftaler og specialiseringsaftaler), eller som vedrørte udvikling og fælles udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder hidrørende fra F&U-aftaler.

(86) Sammenlignes dette tal med antallet af sager i de fem år fra 1991 til 1995, hvor antallet af nye sager angående intellektuelle ejendomsrettigheder ikke oversteg 120, er Kommissionens arbejdsbyrde på dette specifikke område steget med omkring 16 %.

(87) I perioden 1996-2000 blev der indledt omkring 2 020 nye sager om anvendelse af artikel 81 og 82, hvilket vil sige, at ovennævnte kategori af IER-sager tegnede sig for omkring 7 % af Kommissionens samlede arbejdsbyrde på antitrust-området.

(88) Fordeles sagerne efter type af intellektuelle ejendomsrettigheder, viser det sig, at de fleste af de sager, der blev indledt de sidste fem år, vedrørte patent- og/eller knowhow-licenser (56 %). Sager, hvis primære genstand bestod i udøvelse af eller licenser på ophavsrettigheder, tegnede sig for omkring 22 % af alle IER-sager. Denne gruppe omfatter sager angående indholdslicenser (f.eks. mekanisk reproduktion af musikværker), fremførelsesrettigheder (f.eks. licenser på senderrettigheder, aftaler, der involverer forvaltningsselskaber) og ophavsretbaserede teknologioverførsler (f.eks. softwarelicenser, computerstyrede opfindelser). Sager vedrørende varemærkelicenser meddelt i produktionsøjemed udgjorde omkring 19 % af samtlige IER-sager. Inden for denne gruppe af sager handlede omkring halvdelen om rene varemærkelicenser, mens den anden halvdel vedrørte varemærkelicenser i tilknytning til knowhow. De resterende 3 % bestod af sager vedrørende andre typer intellektuelle ejendomsrettigheder (navnlig licenser på mønsterrettigheder og adgang til beskyttede databaser).

(89) Langt de fleste af sagerne udsprang af anmeldelser foretaget med henblik på at få afklaret, om en given aftale ville falde ind under artikel 81 (75 %), mens resten (25 %) skyldtes klager eller procedurer indledt af Kommissionen på eget initiativ ("ex officio-sager") vedrørende anvendelse af både artikel 81 og artikel 82.

(90) Kun i meget få tilfælde har de anmeldende parter benyttet sig af indsigelsesproceduren i henhold til artikel 4 i gruppefritagelsesforordningen. Kun i 5 % af alle anmeldelser vedrørende patent- og/eller knowhow-licenser har parterne anmodet om, at denne procedure blev bragt i anvendelse. Desuden har Kommissionen aldrig iværksat den annullationsprocedur, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 7.

4.2.2 *Begrundelser for anmeldelse*

(91) Ser man på begrundelserne for parternes anmeldelse af deres aftaler, kan der konstateres følgende:

(92) For det første vedrørte et stort antal anmeldelser licensaftaler, der af forskellige årsager faldt uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde. Det var f.eks. tilfældet, når

- licensaftalens primære genstand var andre intellektuelle ejendomsrettigheder end patenter eller knowhow

- der var mere end to parter til aftalen (f.eks. puljeordninger, licenspakker, licensprogrammer mellem flere parter)
- aftalen var struktureret på en måde, der ikke passede ind i den form, der er beskrevet i gruppefritagelsesforordningens artikel 1 (f.eks. ikke-eksklusive licenser)
- parterne havde aftalt mere komplekse samarbejdsformer (f.eks. meddelelse af licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder i forbindelse med etablering af et joint venture, meddelelse af licenser i forbindelse med fælles markedsføring).

(93) For det andet skyldtes mange anmeldelser parternes usikkerhed med hensyn til gruppefritagelsens anvendelighed eller fortolkningen af dens bestemmelser. Mange virksomheder finder det f.eks. vanskeligt at vurdere, om varemærkebestemmelser i produktionsaftaler, der involverer overførsel af knowhow, er at betragte som accessoriske eller ej. Der har også hersket usikkerhed med hensyn til, om gruppefritagelsesforordningen dækker aftaler, der begrænser licenstagernes aktiviteter til udvikling af et produkt og udelukker produktionsaktiviteter. De nuværende regler har også givet anledning til fortolkningsproblemer i relation til visse aftaler indeholdende grant-back-klausuler, eksportforbud eller andre restriktioner, der begrænser udnyttelsen af den overførte teknologi til bestemte produktionsanlæg (de såkaldte "anlægslicenser"). I sager vedrørende aftaler om bilæggelse af tvister som følge af påstande om krænkelse af patenter har parterne også valgt at indgive anmeldelse for at undgå eventuelle tvivlsspørgsmål med hensyn til lovligheden af deres transaktion.

(94) For det tredje vedrørte en betydelig andel af anmeldelserne aftaler indeholdende klausuler, der ikke er udtrykkeligt fritaget (de såkaldt "grå klausuler"). Som eksempel kan nævnes aftaler, der indeholder særlige licensafgiftsbetingelser eller brugsbegrænsninger, der ikke passer ind i gruppefritagelsesforordningens ordlyd, samt klausuler om kundefordeling, ikke-anfægtelse eller koblingssalg.

(95) For det fjerde søgte parterne i visse sager at opnå en individuel fritagelse af aftaler indeholdende klausuler, der udtrykkeligt ikke er omfattet af gruppefritagelsen (f.eks. sorte klausuler såsom en forpligtelse til ikke at konkurrere, bindende videresalgspriser på licensprodukterne, indrømmelse af territorial eneret i et længere tidsrum end det, der er tilladt i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 1).

(96) En analyse af de anmeldelser, som Kommissionen behandlede i referenceperioden, viser, at langt de fleste aftaler blev godkendt ved administrativ skrivelse uden yderligere tiltag. Der blev kun vedtaget formelle beslutning i et meget lille antal sager, der handlede om ikke-eksklusive licenser ledsaget af et eksportforbud for licenstagerne³⁴, licensordninger som led i joint venture-aftaler³⁵ og eksklusivlicenser på senderrettigheder³⁶.

(97) Visse sager blev som følge af deres økonomiske eller konkurrencepolitiske betydning genstand for stor offentlig omtale, enten i kølvandet på offentliggørelse af en meddelelse i

³⁴ Beslutning af 14. december 1998 i sagen vedrørende *Sicasov*, EFT L 4 af 8.1.1999.

³⁵ Beslutning af 14. september 1999 i sagen vedrørende *General Electric Aircraft Engines/Pratt & Whitney*, EFT L 58 af 3.3.2000, beslutning af 17. juli 1996 i sagen vedrørende *Phoenix/Global One*, EFT L 239 af 19.9.1996 og beslutning af 15. september 1999 i sagen vedrørende *British Interactive Broadcasting/Open*, EFT L 312 af 6.12.1999.

³⁶ Beslutning af 3. marts 1999 i sagen vedrørende *Télévision par satellite*, EFT L 90 af 2.4.1999.

henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 eller efter udsendelse af pressemeddelelser³⁷. Kun et begrænset antal anmeldelser gav anledning til konkurrencemæssige bekymringer, og de anmeldte aftaler blev godkendt af Kommissionen efter ændring af de oprindelige aftaler³⁸.

4.2.3 Spørgsmål rejst i klager og som led i ex officio-sager

(98) Ser man på de emner, som Kommissionen behandlede som led i klager og ex officio-sager i referenceperioden, kan der konstateres følgende:

(99) Med hensyn til anvendelsen af artikel 81 finder man følgende blandt de hyppigst tilbagevendende problemer:

- aftaler, der begrænser den horisontale konkurrence mellem faktiske eller potentielle konkurrenter; her drejer det sig især om påstande om markedsdeling mellem konkurrerende rettighedshavere gennem gensidige licensaftaler eller licensprogrammer med deltagelse af flere parter
- aftaler, der begrænser licenstagernes mulighed for at konkurrere med licensgiveren på områder, der ikke har direkte relation til de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder (f.eks. opkrævning af licensafgifter på produkter, som licenstageren fremstiller ved hjælp af sin egen teknologi)
- aftaler, der holder konkurrerende rettighedshavere ude fra markedet for de relevante licensprodukter, herunder forsøg på at monopolisere en sektor gennem aftaler, der skaber en ny standard for industrien
- eksklusivlicenser der udelukker udbydere, der konkurrerer med licenstageren på markedet for de relevante licensprodukter
- aftaler, der fastsætter produktionskvoter eller begrænser udnyttelsen af den overførte teknologi til et bestemt produktionsanlæg
- aftaler, der sætter grænser for licenstagernes import/eksport eller lægger hindringer i vejen for parallel handel
- patentpuljer eller tilsvarende former for IER-licenspakker, navnlig i relation til puljer, der omfatter ikke-essentielle patenter eller påtvinger medlemmerne vidtgående grant-back-forpligtelser.

³⁷ Se navnlig følgende sager: *MPEG-2*, der handlede om et patentlicensprogram, der er nødvendigt for gennemførelsen af en industriel standard for transmission og lagring af videosignaler (IP/98/1155 af 18.12.1998); *DVD*, der handlede om oprettelse af en patentpulje, der giver adgang til essentielle patenter på DVD-teknologi (IP/00/1135 af 9.10.2000); *IBOS*, der handlede om en flerpartslicens på brug af en teknologi til sammenkobling af forskellige bankers edb-systemer (Konkurrenceberetningen 1996, s. 135); *Michelin/Continental* om en varemærkelicensaftale forbundet med oprettelsen af et joint venture (Konkurrenceberetningen 1997, s. 127).

³⁸ Se navnlig følgende sager: *Canon/Kodak*, der vedrørte et samarbejde mellem konkurrenter om en ny standard baseret på en ny avanceret fototeknologi (EFT C 330 af 1.11.1997 og Konkurrenceberetningen 1998, s. 151); *Sony*, der handlede om en samling af licensaftaler, der gjorde det muligt for licensgiveren at begrænse licenstagernes mulighed for at konkurrere på markedet for varer (videospil), der er kompatible med licensgiverens udstyr (konsoller til videospil) (Konkurrenceberetningen 1998, s. 163); *Hydro Texaco Holdings/Preem*, der vedrørte en licens på en produktionsteknologi for smørelier, der var blevet aftalt inden for rammerne af (men ikke i tilknytning til) oprettelsen af et joint venture (Konkurrenceberetningen 1997, s. 129); *Pripps/Tuborg*, der handlede om en varemærke- og knowhow-licensaftale indgået mellem to konkurrerende bryggerier (Konkurrenceberetningen 1998, s. 152).

(100) Med hensyn til anvendelsen af artikel 82³⁹ er følgende problemer blandt de hyppigst tilbagevendende:

- ensidige afslag på at meddele licens med det formål at udelukke konkurrenter fra markeder i efterfølgende led eller tilstødende markeder eller hindre konkurrenter i at fremstille produkter, der er kompatible med rettighedshaverens dominerende produkt/udstyr
- dominerende virksomheders forsøg på også at indtage en dominerende stilling på markeder i efterfølgende led eller tilstødende markeder gennem ulovlig licenspraksis (f.eks. ved at udnytte en stærk stilling på ét marked til at dominere et andet marked og gennem klausuler om koblingssalg)
- urimelige priser eller diskriminerende betingelser i licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder
- manipulering af fastsættelsen af standarder gennem forsinkede krav på essentielle intellektuelle ejendomsrettigheder
- påtvingelse af ikke-anfægtelsesklausuler for at hindre licenstagere i at gøre deres egne intellektuelle ejendomsrettigheder gældende
- systematisk registrering af blokerende patenter
- bevidst generende sagsanlæg med påstand om patentkrænkelser
- misbrug af rettigheder med det formål enten at hindre producenter af generiske produkter i at trænge ind på markedet eller at forsinke deres markedsindtrængen (medicinalindustrien).

³⁹ Denne rapport beskæftiger sig kun med spørgsmål, der har relation til anvendelsen af artikel 81 på licensaftaler vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder. Henvisningen til artikel 82 skyldes, at klager og ex officio-sager ofte involverer begge artikler.

(101) En analyse af de færdigbehandlede klager og afsluttede ex officio-sager i referenceperioden viser, at de i en række tilfælde førte til grundige analyser på grundlag af artikel 81 efterfulgt af ændringer af de pågældende aftaler⁴⁰ eller vedtagelse af foranstaltninger for at løse eventuelle problemer i forhold til artikel 82⁴¹. I andre tilfælde blev ex officio-sagerne ganske enkelt droppet eller klagerne trukket tilbage efter afslutning af den foreløbige undersøgelse. Andre sager førte til vedtagelse af beslutninger om afvisning af klagerne⁴².

4.2.4 Afsluttende bemærkninger

(102) Resultaterne af analysen af Kommissionens praksis matcher på adskillige punkter de bemærkninger, som Kommissionen har modtaget fra forskellige interesserede parter.

(103) Trods forbedringerne i forhold til de tidligere gruppefritagelser for patent- og knowhow-licensaftaler er det med gruppefritagelsesforordningen ikke lykkedes at begrænse antallet af anmeldelser vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder. Langt de fleste anmeldelser gav ikke anledning til alvorlige bekymringer for konkurrencen, og det betyder, at Kommissionens indsats for at håndhæve reglerne og Kommissionens ressourcer snarere har været helliget sikringen af virksomhedernes retssikkerhed end beskyttelsen af konkurrencen. Det kan til dels tilskrives det snævre anvendelsesområde for gruppefritagelsesforordningen, der forekommer mere og mere uegnet til at håndtere vore dages meget komplekse licensordninger (i form af f.eks. puljeordninger), og den usikkerhed og de tvetydigheder, der knytter sig til fortolkningen af visse bestemmelser. Desuden kan systemet med hvide og grå klausuler, der er fundamentet for gruppefritagelsesforordningen, og den deraf følgende spændetrøjeeffekt for industrien enten have tvunget parterne ud i mindre velegnede og muligvis mindre effektive kontraktlige arrangementer eller påtvunget dem de administrative omkostninger forbundet med at indgive anmeldelse. Kommissionen har desuden godkendt et antal aftaler indeholdende nogle af de restriktioner, der optræder på den sorte eller grå liste (f.eks. konkurrenceforbud og koblingssalg), for det meste af den simple årsag, at de relevante parter indtager en forholdsvis svag position på markedet. Dette peger i retning af, at gruppefritagelsesforordningen ikke er tilstrækkelig præcis med hensyn til, hvilke

⁴⁰ Se navnlig følgende sager: *Microsoft Internet Explorer Licensing*, der handlede om afskærmning af markedet for browser-software som følge af konkurrenceforbud og mængdebegrænsninger pålagt licenstagere (Konkurrenceberetningen 1999, s. 165); *Sega* og *Nintendo*, hvor der blev truffet foranstaltninger for at sikre konkurrencen inden for udbud af spil, der er kompatible med licensgiverens udstyr (Konkurrenceberetningen 1997, s. 146); *Microsoft/Santa Cruz Operation*, hvor der blev rejst indsigelse mod forpligtelser, der begrænsede licenstagernes mulighed for at udnytte sin egen teknologi til at konkurrere mod licensgiveren om levering af operativsystemer til arbejdsstationer og servere (Konkurrenceberetningen 1997, s. 138).

⁴¹ Se navnlig følgende sager: Beslutning af 3. juli 2001 i *NDC/IMS*-sagen (begæring om foreløbige foranstaltninger) om et afslag på at meddele licens på en ophavsretligt beskyttet oversigt over Tyskland, der benyttes til at vise den regionale fordeling af salget af medicinalvarer, og som betragtes som en standard for medicinalindustrien (endnu ikke offentliggjort; ved en kendelse afsagt af præsidenten for Førsteinstansretten den 26. oktober 2001 er fuldbyrdelsen af denne beslutning blevet udskudt, indtil retten har afsagt dom i hovedsagen); *ITT/Belgacom*, der handlede om excessiv prissætning og diskriminerende vilkår for adgang til beskyttede data (Konkurrenceberetningen 1997, s. 149).

⁴² Se navnlig følgende sager: *Micro Leader/Microsoft*-sagen vedrørende manglende udnyttelse af ophavsretten på edb-programmer importeret fra tredjelande (Konkurrenceberetningen 1998, s. 170); *Info-Lab/Ricoh*-sagen, hvor det ikke blev anset for bevist, at indehaveren af mønsterrettigheder indtog en dominerende stilling på et marked for hjælpematerialer (Konkurrenceberetningen 1999, s. 172); sagerne vedrørende *M6/European Broadcasting Union* og *Canal Satellite*, hvor de klagende parter fandt visse eksklusivlicenser på transmissionsrettigheder uforenelige med artikel 81 (Konkurrenceberetningen 1999, s. 170 og 171); *Vickers/Rolls-Royce*-sagen om begrænsninger på meddelelsen af underlicens inden for rammerne af en varemærkelicens (Konkurrenceberetningen 1998, s. 172).

begrænsninger der skal betragtes som alvorlige begrænsninger, og det kan i sidste ende afskrække virksomhederne fra at indgå effektive licensaftaler.

(104) Analysen i det foregående viser imidlertid også, at visse sager, som Kommissionen for det meste fik kendskab til efter modtagelse af en klage, afslørede mere problematiske omstændigheder, navnlig når der var tale om licensaftaler indgået mellem konkurrenter med en stærk position på markedet, eller når stærke licensgivere eller licenstagere havde stillet krav, der ikke havde nogen forbindelse til de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder. I visse exceptionelle sager blev eneretten knyttet til en intellektuel ejendomsrettighed tilsidesat med henvisning til konkurrencereglerne og med det formål at hindre misbrug af en dominerende stilling. Alt dette tyder på, at sådanne risici for konkurrencen nøje skal overvejes i forbindelse med en eventuel revision af gruppefritagelsesforordningen.

4.3 Medlemsstaternes konkurrencepolitik for så vidt angår intellektuelle ejendomsrettigheder

(105) Som tidligere nævnt opfordrede Kommissionen medlemsstaternes konkurrencemyndigheder til at indsende oplysninger om deres aktuelle praksis med hensyn til teknologioverførselsaftaler og licensaftaler vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder.

(106) Nogle af de nationale konkurrencemyndigheder svarede, at der i deres respektive lande fandtes særlige konkurrenceregler gældende for teknologioverførselsaftaler, herunder gruppefritagelser svarende til gruppefritagelsesforordningen. Andre medlemsstater har ikke vedtaget nogen særlig lovgivning på området, men tager stilling fra sag til sag.

(107) Selv om de forskellige nationale love har hver deres særlige kendetegn, har de fleste nationale konkurrencemyndigheder påpeget, at der generelt set er kohærens mellem vurderingen af IER-licensaftaler på basis af de nationale konkurrenceregler og EU's konkurrenceregler og den praksis, som Kommissionen har udviklet. De har imidlertid også fremhævet en række distinktive træk.

(108) En af forskellene er målsætningen om etablering af det indre marked, der er relevant for EU's konkurrenceregler, men som normalt ikke spiller nogen rolle på nationalt plan.

(109) Visse nationale konkurrencemyndigheder har også understreget, at deres analyse af teknologioverførselsaftaler tager hensyn til økonomiske faktorer såsom parternes markedsstilling. Skønt en sådan analyse ikke bygger på en formodning om, at ejerskab af intellektuelle ejendomsrettigheder nødvendigvis giver markedsstyrke, tages der behørigt hensyn til parternes markedsandele på licensproduktmarkedet og graden af interbrand-konkurrence.

(110) Et andet vigtigt træk ved lovgivningen og praksis i bestemte medlemsstater har at gøre med behandlingen af aftaler mellem henholdsvis ikke-konkurrenter (vertikale aftaler) og konkurrenter (horisontale aftaler). I disse medlemsstater kan bestemmelser om territorial eneret og ikke-anfægtelse normalt accepteres i teknologioverførselsaftaler mellem ikke-konkurrenter.

(111) Andre medlemsstater har tilkendegivet, at behandlingen af teknologioverførselsaftaler kun lægger beslag på en marginal del af deres konkurrencemyndigheders ressourcer.

5. PUNKTER, DER BØR TAGES OP TIL REVISION

(112) Kommissionens undersøgelse har afsløret, at mange økonomiske beslutningstagere nærer utilfredshed med den måde, som gruppefritagelsesforordningen har fungeret på i praksis. Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde synes at være for snævert, dens bestemmelserne er undertiden uklare, og den er for præskriptiv og formalistisk. For at kunne tilbyde industrien nogle klart forbedrede lovrammer og samtidig sikre en rimelig beskyttelse af konkurrencen er der behov for en grundig og afbalanceret gennemgang af de væsentligste konkurrenceproblemer, der knytter sig til teknologioverførselsaftaler. Formålet med dette kapitel er at revurdere de vigtigste aspekter af gruppefritagelsesforordningen og opfordre interesserede parter til at fremsætte bemærkninger hertil. Ligesom i kapitel 2 vil analysen i det følgende skelne mellem spørgsmål, der har relation til gruppefritagelsesforordningens rækkevidde (afsnit 5.1), og spørgsmål, der har relation til specifikke begrænsninger (afsnit 5.2).

5.1 Gruppefritagelsesforordningens rækkevidde

(113) Som tidligere nævnt dækker gruppefritagelsesforordningen kun bestemte typer licenser, nemlig rene eller blandede patent- eller knowhow-licensaftaler indgået mellem to virksomheder. Forordningens anvendelsesområde er derfor defineret efter såvel type af intellektuel ejendomsrettighed som aftaleform.

5.1.1 *Typer af intellektuelle ejendomsrettigheder*

(114) Det forhold, at andre intellektuelle ejendomsrettigheder end patenter, nemlig ophavsrettigheder, mønsterrettigheder og varemærkerrettigheder, kun er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, når de er accessoriske i forhold til patent- og knowhow-licenser, synes at have skabt usikkerhed og tvivl med hensyn til Kommissionens tilgang. Det er navnlig blevet påpeget, at eftersom en og samme licens ofte består af en kompleks pakke af intellektuelle ejendomsrettigheder, kan det i konkrete tilfælde være vanskeligt at afgøre, hvad der er licensens mest fremtrædende element⁴³. Man har også bemærket, at skønt Kommissionen almindeligvis er tilbøjelig til at behandle ophavsrettighedslicenser på samme måde som patentlicenser⁴⁴, har den aldrig klart tilkendegivet, at alle de principper, der gælder for patenter, også gælder for ophavsrettigheder.

(115) Dette spørgsmål er særlig vigtigt for softwareindustrien, der ligesom mange andre industrigrene er afhængig af en kæde af ophavsrettighedslicenser for at kunne producere og sælge deres produkter. I denne sammenhæng erindres der om, at aftaler, ifølge hvilke der leveres hardcopies af software med henblik på videresalg, uden at forhandleren meddeles licens på rettigheder over softwaren, men kun har ret til at videresælge de pågældende hardcopies, falder ind under forordning nr. 2790/1999. Som led i sådanne forhandlingsaftaler finder meddelelsen af licens på softwaren kun sted mellem ophavsrettighedshaveren og brugeren af softwaren. Det kan ske i form af en såkaldt "shrink-wrap-licensaftale", der er de trykte aftalevilkår, der følger med en programpakke, og som er bindende for slutbrugeren i det øjeblik han åbner pakken. Ingen andre ordninger er imidlertid dækket af en gruppefritagelse. Sådanne ordninger kunne omfatte distributionslicenser, ifølge hvilke distributøren duplikerer softwaren og leverer det fysiske medium, hvorpå programmer er lagret, såvel som de såkaldte "value-added-licenser", ifølge hvilke softwareproducenten tillader licenstageren at modificere

⁴³ Eksempelvis har der i forbindelse med en række anmeldte aftaler været en tæt sammenhæng mellem knowhow- og varemærkelicenser, som begge aftaleparter har betragtet som lige vigtige.

⁴⁴ Se Tolvte Beretning om Konkurrencepolitikken, nr. 88.

softwaren, så den kan benyttes til bestemte formål (f.eks. lave en version på det lokale sprog). Denne situation er blevet kritiseret i nogle af de indsendte bemærkninger, ifølge hvilke den manglende sikkerhed på dette område er beklagelig i betragtning af softwareprodukters store økonomiske betydning.

5.1.2 Ikke-eksklusive licenser

(116) Selv uproblematisk aftaler kan undertiden afstedkomme den administrative byrde, der består i at skulle anmelde aftalerne, blot fordi de ikke passer ind i den model, der er beskrevet i artikel 1 i gruppefritagelsesforordningen. Som fastslået i Sicasov-beslutningen⁴⁵ kan det endda være nødvendigt at anmelde ikke-eksklusive licenser, som først kan henføres under artikel 81, stk. 3, efter gennemførelse af en individuel undersøgelse.

5.1.3 Eksklusivlicenser

(117) Gruppefritagelsesforordningen dækker i henhold til artikel 1 kun én type eksklusivlicenser, nemlig licenser, der giver licenstageren territorial eneret. Herved forstås den situation, hvor licensgiveren giver blot en enkelt virksomhed eneret til at bruge licensgiverens teknologi i et givet geografisk område i et bestemt tidsrum, hvilket normalt også indebærer, at licensgiveren heller ikke selv vil udnytte den pågældende teknologi inden for licensområdet. Gruppefritagelsesforordningen dækker ikke eksklusivlicenser, hvor eneretten ikke er af geografisk karakter, men er knyttet til et bestemt anvendelsesformål eller en bestemt kundegruppe. Licensvilkår, der begrænser licenstagernes brug af teknologien til et bestemt anvendelsesformål, er kun fritaget efter artikel 2, hvis vilkårene indgår i aftaler, der i øvrigt opfylder betingelserne i artikel 1 (dvs. i licensaftaler, der tildeler licenstageren territorial eneret). Aftaler om eneret på levering til bestemte kundegrupper er forbudt i henhold til artikel 3, hvis der er tale om aftaler mellem konkurrenter, mens de optræder på den grå liste, hvis de er indgået mellem ikke-konkurrenter (betragtning nr. 23). Der kan knyttes følgende bemærkninger hertil.

(118) Generelt set benyttes eneretsbestemmelser i licensaftaler til at afgrænse udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder parterne imellem. Sådanne bestemmelser tjener et dobbelt formål. På den ene side sikrer de licenstageren eneret på udnyttelse af den overførte teknologi ved at udelukke licensgiveren selv eller tredjeparter fra at udnytte samme teknologi. På den anden side sætter de licensgiveren i stand til at bevare de resterende eksklusivrettigheder, idet det forbydes licenstageren at udnytte licensgiverens intellektuelle ejendomsrettigheder i et omfang, der overskrider, hvad licensaftalen giver grundlag for. Licensaftalens rækkevidde kan afgrænses med henvisning til et bestemt geografisk område, en bestemt kundegruppe (f.eks. de såkaldte "forsyningskildelicenser") eller et bestemt anvendelsesformål. Sidstnævnte kan dække over alt fra et specifikt teknisk anvendelsesformål (f.eks. kan udnyttelsen af den overførte teknologi være begrænset til et bestemt produkt), et bestemt produktmarked eller en bestemt del af licenstagernes virksomhed (udnyttelsen af den overførte teknologi kan eksempelvis være begrænset til produktion beregnet til intern brug).

(119) Eneretsbestemmelsernes positive og negative virkninger for konkurrencen er stort set de samme, uanset om eneretten knytter sig til et geografisk område eller en bestemt kundegruppe. I alle tilfælde har disse bestemmelser det til fælles, at de begrænser både licenstagernes muligheder for at udnytte den overførte teknologi uden for licensaftalens grænser og licensgiverens muligheder for at udnytte sine intellektuelle ejendomsrettigheder inden for licensaftalens grænser.

⁴⁵ Beslutning af 14. december 1998 i Sicasov-sagen, EFT L 4 af 8.1.1999.

(120) Så længe licensaftalen ikke indeholder begrænsninger, der er uden tilknytning til udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder, er eksklusivlicenser normalt effektivitetsfremmende. Hvis rettighedshaveren ikke råder over de midler, der er nødvendige for produktionen og distributionen af licensprodukterne, er det mere rentabelt at overføre disse opgaver til én, der gør det. Desuden kan eneretten være nødvendig for at beskytte licenstagernes investeringer mod "gratister" ("free-riders") og for at løse et eventuelt forhalingsproblem. Det skal desuden bemærkes, at indrømmelsen af enerettigheder almindeligvis giver begge parter det fornødne incitament til at investere i forbedringen af teknologien, som igen kan sætte yderligere skub i den opfølgende innovation.

(121) Med hensyn til de potentielle negative virkninger for konkurrencen skal der skelnes mellem aftaler indgået mellem parter, mellem hvilke der består et vertikalt forhold, og aftaler indgået mellem konkurrenter.

(122) Hvis der består et vertikalt forhold mellem aftaleparterne, som således ikke er konkurrenter, har eksklusivlicenser som defineret ovenfor, og som ikke indeholder andre begrænsninger, normalt ingen nævneværdige negative virkninger for konkurrencen, og de falder derfor normalt uden for artikel 81, stk. 1⁴⁶. Faktisk vil en situation uden en licensaftale (dvs. en situation, hvor hverken rettighedshaveren eller andre udnytter den pågældende teknologi) i det tilfælde være værre for konkurrencen end en situation, hvor der er meddelt eksklusivlicens. Eneretsbestemmelser i licensaftaler mellem ikke-konkurrenter kan i to tilfælde give anledning til bekymringer for konkurrencen.

(123) For det første i det tilfælde, hvor licensen påvirker konkurrencen mellem licenstagerne. Der erindres her om, at i *Nungesser-dommen*⁴⁷, der vedrørte en aftale om en eksklusivlicens på en forædlerret indgået mellem ikke-konkurrenter, fastslog Domstolen, at "overdragelsen af en åben eksklusivlicens, dvs. en licens, *der ikke vedrører tredjemand's forhold, som f.eks. parallelimportører eller licenstagere for andre områder* [...], ikke i sig selv er uforenelig med traktatens artikel 85, stk. 1" (nu artikel 81, stk. 1) (kursiv tilføjet). Heraf følger, at territoriale begrænsninger eller kunde-begrænsninger mellem licenstagere kan falde ind under artikel 81, stk. 1 (se afsnit 5.2.1 nedenfor).

(124) For det andet i det tilfælde, hvor licenstageren har betydelig markedsstyrke på markedet for licensprodukterne og eneretsbestemmelserne styrker denne markedsstilling. Det kan især forekomme, når en virksomhed indtager en dominerende stilling på et bestemt produktmarked og erhverver eksklusivlicens på en teknologi med det resultat, at andre virksomheder forhindres i at konkurrere på det pågældende marked. Denne afskærmningsrisiko blev anerkendt af Domstolen i *Tetra Pak I*⁴⁸. Det konkurrencepolitiske valg, der blev truffet ved udformningen af gruppefritagelsesforordningen, var at fritage eksklusivlicenser, uanset parternes markedsandele. Med de nuværende regler betyder det, at

⁴⁶ Dette er i overensstemmelse med Domstolens retspraksis, ifølge hvilken åbne eksklusivlicenser mellem ikke-konkurrenter i princippet ikke falder ind under artikel 81, stk. 1. Se *Nungesser (LC) KG og Kurt Eisele/Kommissionen*, Sml. 1982, s. 2015.

⁴⁷ *Nungesser (LC) KG og Kurt Eisele/Kommissionen*, Sml. 1982, s. 2015.

⁴⁸ *Tetra Pak/Kommissionen*, Sml. 1990-II, s. 309. I denne sag bestod der faktisk et kompetitivt forhold mellem Tetra Pak og selskabets licensgiver (BTG) på teknologimarkedet for sterile fødevareremballeringssystemer, idet det forud for indgåelsen af licensaftalen allerede ejede en konkurrerende teknologi. Trods denne forskel kunne det markedsafskærmningsproblem, der var det centrale emne i Domstolens dom, imidlertid alligevel opstå, når licenstageren ikke var i besiddelse af egen teknologi (og derfor ikke indgik i et kompetitivt forhold til licenstageren), men indgik aftaler om eksklusivlicenser på substituerbare teknologier.

dette afskærmningsproblem kun kan behandles efter artikel 81 ved at trække gruppefritagelsen tilbage.

(125) I denne forbindelse er det vigtigt at præcisere, hvornår der kan anses at bestå et vertikalt forhold mellem parterne til en licensaftale. Der kan skelnes mellem fire situationer:

- Licensgiveren udnytter ikke teknologien selv, så han er kun aktiv på det relevante teknologimarked, og licenstagere optræder ikke som udbydere på det relevante teknologimarked. I den situation opererer parterne, med henblik på aftalen, på forskellige niveauer af den økonomiske proces, og der består derfor et rent vertikalt forhold mellem dem.
- Licensgiveren udnytter sin teknologi, så han er aktiv på både det relevante teknologimarked og det relevante produktmarked, mens licenstagere ikke opererer på nogen af markederne. Heller ikke i denne situation eliminerer licensaftalen konkurrence, der ellers ville have eksisteret mellem licensgiveren og licenstagere i en situation uden en aftale.
- Licenstagere og licensgiveren fremstillede konkurrerende produkter forud for innovationen, men den produktionsproces eller det patentbeskyttede produkt, hvorpå der meddeles licens, repræsenterer et så epokegørende gennembrud, at der uden licensen ikke længere ville optræde nogen konkurrence mellem dem. I denne situation kan deres forhold også betragtes som værende af vertikal karakter.
- Licensgiverens og licenstagere intellektuelle ejendomsrettigheder blokerer hinanden.

(126) Som forklaret i kapitel 3 ovenfor tager gruppefritagelsesforordningens definition på konkurrerende virksomheder højde for den første og anden situation, men behandler forholdet i den tredje og fjerde situation som værende af horisontal karakter.

(127) Hvis der består et horisontalt forhold mellem parterne, således at licensaftalen lægger hindringer i vejen for konkurrence, der ellers ville have optrådt mellem licensgiveren og licenstagere, kan eksklusivlicenser mellem konkurrenter skabe en række forskellige problemer foruden førnævnte konkurrencemæssige bekymringer.

(128) For det første vil en eneret ofte føre til fordeling af markeder og kunder, navnlig hvis eksklusivlicensen er gensidig eller eneretten også dækker konkurrerende produkter, hvorpå der ikke er givet licens. Denne form for markedsdeling er normalt forbudt.

(129) For det andet kan eneretten under visse omstændigheder, navnlig ved meddelelse af licens til et joint venture eller i forbindelse med ikke-gensidige licensaftaler, føre til tab af interbrand-konkurrence og især begrænse konkurrencen på innovationsmarkeder ved at svække licenstagere incitament til at investere i ny forskning og udvikling til brug for hans egen teknologi. Sådanne aftaler kan imidlertid også føre til effektivitetsgevinster.

(130) Mens ovenstående analyse af licensaftaler mellem henholdsvis ikke-konkurrenter og konkurrenter stemmer overens med den økonomiske tilgang, som Kommissionen har valgt med hensyn til vertikale begrænsninger og horisontale samarbejdsaftaler, er den på kant med den mere formalistiske tilgang, der kendetegner gruppefritagelsesforordningen. I denne henseende kan der bemærkes følgende:

(a) Gruppefritagelsesforordningen dækker i henhold til artikel 1 kun territorial eneret og ikke licenser, der giver licenstagere eneret på levering til bestemte kundegrupper eller på anvendelse af teknologien til bestemte formål. Et så snævert anvendelsesområde kan skabe retlig usikkerhed for virksomhederne, og kan, hvis aftalen er indgået mellem ikke-konkurrenter, betragtes som værende ude af trit med en mere økonomisk og effektivitetsorienteret politik. Hvis der imidlertid er tale om en aftale mellem konkurrenter, kan det tænkes, at den nuværende gruppefritagelse af territorial eneret ikke tager tilstrækkelig højde for risikoen for markedsdeling.

(b) Eksklusive knowhow-licensaftaler er kun dækket af gruppefritagelsesforordningen i maksimalt ti år "regnet fra den dato, hvor produktet første gang blev markedsført [...] af en af licenstagere" (artikel 1, stk. 3). Desuden forbyder forordningen alle enerettigheder af en varighed på over ti år, selv når den oprindelige knowhow er blevet forbedret i denne periode (artikel 3, nr. 7). Dette kan forekomme overforsigtigt sammenlignet med reglerne i forordning nr. 2790, der tillader en tidsbegrænset fritagelse af accessoriske knowhow-licensaftaler i forbindelse med eneforhandlingsaftaler. Behandlingen af langsigtede eksklusive knowhow-licenser som alvorlige konkurrencebegrænsninger kan desuden bevirke, at virksomhederne reelt fravælger effektive transaktioner, der kunne have fremmet spredningen af nye teknologier.

(c) Gruppefritagelsesforordningen anvendes med en bred definition af begrebet "konkurrerende virksomheder". En mere realistisk definition af dette begreb ville i væsentlig grad mindske antallet af licensaftaler, der falder uden for gruppefritagelsen på grund af markedsandelstærsklerne på 10 % og 20 % i artikel 5. I henhold til artikel 5, stk. 1, nr. 3, dækker gruppefritagelsen heller ikke visse gensidige eksklusivlicensaftaler, heller ikke når aftalen er nødvendig for ophæve blokeringer, der skyldes overlappende patentkrav. Desuden behandles visse aftaler om indførelse af epokegørende teknologier som aftaler mellem konkurrenter, mens de med udgangspunkt i en snævrere definition af konkurrenter kunne betragtes som vertikale aftaler, således at de hyppigere ville være omfattet af gruppefritagelsen.

(d) Gruppefritagelsesforordningen tager ikke hensyn til samtlige de markeder, der kan blive påvirket af eksklusivlicenser. Gruppefritagelsesforordningen beskæftiger sig ikke på effektiv vis med de eventuelle markedsafskærmningsproblemer og bekymringer for interbrand-konkurrencen, der kan opstå som følge af eksklusivlicensaftaler mellem konkurrenter.

(131) Analysen i det foregående rejser med andre ord det spørgsmål, om forordning nr. 240/96 bør justeres eller erstattes med det formål at tage bedre hensyn til alle relevante økonomiske faktorer og sikre en bedre balance mellem de konkurrenceskærpende og konkurrencebegrænsende følger af eksklusivlicensaftaler.

5.1.4 Multilaterale licensaftaler

(132) Da gruppefritagelsesforordningen kun dækker bilaterale licensaftaler, falder et stort antal mere komplekse arrangementer, f.eks. licensprogrammer, multilaterale puljer og licenspakker, uden for dens anvendelsesområde. Som nævnt i kapitel 4 ovenfor er sådanne arrangementer begyndt at spille en stadig vigtigere rolle for industrien i takt med, at de nye teknologier bliver mere og mere komplekse. Det betyder, at Kommissionen ofte modtager anmeldelser af denne type aftaler.

(133) Det kan i denne henseende bemærkes, at multilaterale licenser, herunder multilaterale puljer, kan være konkurrenceskærpene, når de involverer ikke-konkurrerende virksomheder. De kan navnlig sætte parterne i stand til at samle komplementært input, mindske deres transaktionsomkostninger (f.eks. ved at indføre "one-stop-shopping" efter teknologipakker), rydde blokerende stillinger af vejen og undgå dyre retssager om rettighedskrænkelser. Sådanne effektivitetsfremmende og konkurrenceskærpene virkninger opnås bedst, hvis puljen kun omfatter essentielle intellektuelle ejendomsrettigheder, dvs. at hvert enkelt af de patenter, der indgår i puljen, er nødvendigt for udviklingen af den nye teknologi. Multilaterale licensaftaler mellem ikke-konkurrenter kan imidlertid også have skadelige virkninger for konkurrencen, navnlig i form af afskærmning af innovations- og produktmarkeder. Desuden kan parterne, hvis de i henhold til en puljeaftale skal meddele hinanden licens på aktuel og fremtidig teknologi til den lavest mulige pris eller på eksklusivt grundlag, miste incitamentet til at engagere sig i forskning og udvikling, da de hver især blot vil kunne trække på de andre puljemedlemmers resultater.

(134) Multilaterale licensaftaler kan få alvorlige konsekvenser for konkurrencen, hvis de især dækker konkurrerende teknologier, dvs. aftaler mellem virksomheder, der i en situation uden puljeaftalen ville have konkurreret med hinanden på det relevante teknologi- eller produktmarked. Eksempelvis kan fælles markedsføring af rettigheder samlet i en pulje sætte konkurrenter i stand til i fællesskab at fastsætte de priser, som tredjeparter skal betale for deres produkter eller teknologi, eller lægge hindringer i vejen for nye virksomheders indtrængen på markedet. Multilaterale licensaftaler kan også afholde puljemedlemmerne fra at engagere sig i forskning og udvikling og dermed forhale innovationen.

(135) I betragtning af på den ene side de effektivitetsfremmende faktorer og på den anden side de potentielle skadelige virkninger for konkurrencen er det et åbent spørgsmål, om og i hvilket omfang multilaterale licensaftaler bør være omfattet af en revideret gruppefritagelse. Det skal bemærkes, at eftersom Rådets forordning nr. 19/65 ikke giver Kommissionen mulighed for at gruppefritage licensaftaler indgået mellem mere end to parter, vil en udvidelse af gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde i denne retning nødvendigvis gøre en ændring af nævnte rådsforordning. Alternativet hertil vil være at behandle de pågældende aftaleformer inden for rammerne af fremtidige retningslinjer udstukket af Kommissionen.

5.1.5 Gensidige licensaftaler og bilaterale puljer

(136) Der skal nævnes to punkter i denne forbindelse. For det første har virksomhederne kritiseret, at gruppefritagelsesforordningen indeholder forskelligartede regler for disse to indbyrdes tilsvarende fænomener. Gruppefritagelsesforordningen dækker nemlig kun bilaterale teknologipuljer mellem ikke-konkurrenter, hvis parterne ikke er pålagt territoriale begrænsninger, mens gensidige licensaftaler mellem ikke-konkurrenter er fritaget, selv hvis parterne tildeler hinanden områder med eneret. Da bilaterale puljer og gensidige licensaftaler normalt er begrundet i samme hensyn og frembringer stort set samme effektivitetsfremmende virkninger, anses gruppefritagelsesforordningens strengere behandling af bilaterale puljer at være ubegrundet.

(137) For det andet er gensidige licensaftaler og puljeordninger mellem konkurrenter omfattet af gruppefritagelsesforordningen, hvis parterne ikke er pålagt territoriale begrænsninger med hensyn til fremstilling, brug eller markedsføring af licensprodukterne eller teknologierne samlet i puljen. Der er imidlertid blevet gjort opmærksom på, at i kraft af denne regel lægger gruppefritagelsesforordningen særlig vægt på én bestemt konkurrencemæssig bekymring (nemlig deling af geografiske markeder), mens den ser bort fra andre potentielle konkurrencebegrænsende virkninger (f.eks. samordning af prissætnings-

eller produktionsbeslutninger) såvel som muligheden for effektivitetsgevinster (takket være elimineringen af blokerende stillinger).

5.1.6 *Joint ventures mellem konkurrenter*

(138) Licensaftaler vedrørende aktiviteterne udøvet af et joint venture dannet af konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, så længe joint ventures markedsandel er begrænset til 20 %, når licensen kun omfatter produktion, eller 10 %, når licensen omfatter såvel produktion som distribution. Disse tærskler blev fastlagt med henvisning til de tilsvarende tærskler i forordning nr. 417/85 om specialiseringsaftaler og forordning nr. 418/85 om F&U-aftaler. Med de ændringer, der blev indført med vedtagelsen af de to nye gruppefritagelsesforordninger nr. 2658/2000 og nr. 2659/2000, der bl.a. har hævet tærsklerne for fritagelse til henholdsvis 20 % og 25 %, er det nødvendigt at revurdere førnævnte bestemmelser i gruppefritagelsesforordningen.

5.2 **Specifikke begrænsninger**

5.2.1 *Territoriale begrænsninger og kunde begrænsninger*

(139) I *Nungesser*-dommen konstaterede Domstolen, at artikel 81, stk. 1, finder anvendelse på såkaldt "lukkede licensaftaler", dvs. licensaftaler indeholdende territoriale begrænsninger, der har indflydelse på tredjemands stilling. Begrebet "lukket licensaftale" dækker både aftaler, der forbyder en licenstagere at sælge licensproduktet til kunder, der agter at eksportere det til et område, på hvilket andre licenstagere eller licensgiveren nyder fuld områdebeskyttelse, og aftaler, der begrænser licenstagernes salg til kunder på andre licenstagernes områder.

(140) Artikel 3, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen forbyder den første form for begrænsning (forbud mod salg af licensprodukter beregnet til eksport), mens artikel 1, stk. 1, nr. 4, 5 og 6, gruppefritager den anden begrænsning (begrænsningen af licenstagernes aktive og passive salg på licensområder tildelt andre licenstagere). Med hensyn til begrænsningerne af en licenstagere passiv salg til kunder på andre licenstagere områder begrænser gruppefritagelsesforordningen den pågældende fritagelse til "et tidsrum på højst fem år regnet fra den dato, hvor licensproduktet første gang blev markedsført på fællesmarkedet *af en af licenstagerne*" (artikel 1, stk. 2 og 3, kursiv tilføjet).

(141) Det skal bemærkes, at denne fritagelse af en begrænsning på passivt salg ikke er i overensstemmelse med Kommissionens politik over for vertikale begrænsninger. Ifølge artikel 4, litra b), i forordning nr. 2790/1999 betragtes enhver begrænsning af passivt salg som led i eneforhandlingsaftaler nemlig som en alvorlig begrænsning. Det skal også bemærkes, at anvendelsen af artikel 81, stk. 1, på en begrænsning af passivt salg som led i IER-licensaftaler ikke kan udelukkes med henvisning til det såkaldte konsumptionsprincip. Det forholder sig nemlig således, at salg af produkter som respons på uopfordrede bestillinger implicerer, at køberen søger og køber produktet på licenstagere område, hvilket fører til konsumtion af den overførte intellektuelle ejendomsrettighed, selv hvis denne bygger på national ret. Set ud fra en økonomisk synsvinkel kan det desuden betvivles, om de investeringer, som licenstagere foretager med henblik på at udnytte den overførte teknologi, er af en sådan art og størrelse, at de kan begrunde en mere omfattende beskyttelse af licenstagere (mod andre licenstagere "free riding") end af forhandlere i al almindelighed. Kommissionen opfordrer alle interesserede parter til at komme med oplysninger og bemærkninger angående dette emne, således at den kan tage stilling til, om gruppefritagelsesforordningen bør ændres på dette punkt.

(142) I modsætning til territoriale begrænsninger er kundebeholdninger ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Fordeling af kunder er totalt forbudt mellem konkurrenter (artikel 3, stk. 4) og er klassificeret som en grå klausul ved aftaler mellem ikke-konkurrenter.

(143) Som tidligere nævnt forholder det sig således, at når der består et vertikalt forhold mellem parterne, har territorial eksklusivitet og kundeeksklusivitet samme positive virkninger (beskyttelse mod "gratister" og forhalingstaktikker) og normalt også samme negative virkninger (markedsafskærmning og markedsdeling). Der er derfor noget, der tyder på, at disse to former for begrænsninger bør underkastes samme regler. Gruppefritagelsesforordningen er ikke konsekvent og logisk på dette punkt.

(144) Kommissionens politik med hensyn til vertikale (forhandlings)aftaler bygger på en formodning om, at der ikke er nogen nævneværdig forskel mellem de konkurrencemæssige virkninger af henholdsvis territoriale begrænsninger og kundebeholdninger. Derfor er begge former for begrænsninger underkastet det samme regelsæt i forordning nr. 2790/1999, der gruppefritager visse territoriale begrænsninger og kundebeholdninger, hvis de indgår i en aftale mellem ikke-konkurrerende virksomheder.

(145) Disse bemærkninger kunne give anledning til at konkludere, at hvis der er tale om en licensaftale mellem ikke-konkurrenter, kan gruppefritagelsesforordningens manglende dækning af kundebeholdninger forekomme noget overforsigtig og måske bevirke, at håndhævelsen af forordningen kommer til at fokusere for meget på den afskrækkende effekt.

5.2.2 Produktionsbegrænsninger og anlægslicenser

(146) Gruppefritagelsesforordningen bygger bl.a. på en forudsætning om, at "licensgiveren har ret til kun at overføre sin teknologi til afgrænsede formål" (betragtning nr. 22), uden at han dermed overtræder traktatens artikel 81, stk. 1. Dette princip er en naturlig følge af licensgiverens enerettigheder, der er beskyttet af lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder. I gruppefritagelsesforordningen anerkendes dette princip imidlertid kun i relation til bestemte klausuler, f.eks. dem, der begrænser licensen til et bestemt teknologisk anvendelsesområde eller et bestemt produktmarked, og i relation til eventuelle mængdebegrænsninger i "brugslicenser" eller "forsyningskildelicenser". Forordningen indeholder imidlertid ikke en generel fritagelse af mængdebegrænsninger, som er forbudt i henhold til artikel 3, stk. 4.

(147) Hvis licensgiveren imidlertid er i sin fulde ret til kun at overføre sin teknologi til afgrænsede formål, kunne man hævde, at mængdebegrænsninger kunne tjene som et legitimt middel til at begrænse formålet med licensen. Sådanne begrænsninger kunne faktisk begrundes i økonomiske hensyn. Hvis licensgiverens aktuelle produktion eksempelvis ikke kan dække efterspørgslen efter hans produkter, kan det være mere rentabelt for ham at give en anden virksomhed ret til at udnytte hans teknologi end at forøge hans egen produktionskapacitet. Licensgiveren vil imidlertid kun vælge denne løsning, hvis der er sikkerhed for, at den samlede produktion af det relevante produkt ikke overskrider det niveau, der sikrer ham størst mulig profit. I dette tilfælde kan mængdebegrænsninger være en afgørende forudsætning for meddelelsen af licensen og kan i sidste ende befordre (snarere end forhindre) en forøgelse af den samlede produktion.

(148) Der er større sandsynlighed for en effektivitetsgevinst, hvis aftaleparterne ikke er konkurrenter. I det tilfælde vil mængdebegrænsninger nemlig slet ikke begrænse konkurrencen mellem parterne, da licenstagere – uden licensaftalen – slet ikke ville optræde

på markedet. Sådanne begrænsninger medfører derfor ikke et fald i den samlede produktion, og de begrænser heller ikke interbrand-konkurrencen.

(149) Mængdebegrænsninger aftalt mellem ikke-konkurrenter kan imidlertid begrænse konkurrencen ved at mindske incitamentet for licenstagere til at konkurrere med hinanden. I henhold til gruppefritagelsesforordningen kan mængdebegrænsninger også have samme virkning som et eksportforbud (betragtning nr. 24), skønt sandsynligheden for en virkning af denne art bestrides i nogle af de indsendte bemærkninger, eftersom aftalen ikke hindrer licenstagere i at sælge på tværs af landegrænser.

(150) Når det til gengæld drejer sig om en licensaftale mellem konkurrenter, kan mængdebegrænsninger få alvorlige følger for konkurrencen, da overgangen til den nye teknologi normalt får licenstagere til enten at opgive sin egen fremstillingsproces eller undlade at investere i ekstrakapacitet på produktionsfaciliteter, der bygger på hans egen teknologi. Produktionskvoter indeholdt i licensaftaler mellem konkurrenter kan således nemt føre til en regulær produktionsbegrænsning. Hvis mængdebegrænsningen desuden også omfatter andre alternative produkter fremstillet af licenstagere på basis af hans egen teknologi, vil aftalen være at betragte som en kartellignende aftale.

(151) Med henvisning til det foregående opfordres interesserede parter til at tilkendegive, om og i hvilket omfang mængdebegrænsninger fortsat, med udgangspunkt i en mere økonomisk orienteret tilgang, bør betragtes som alvorlige begrænsninger.

(152) Der rejser sig nogle specifikke spørgsmål i relation til *anlægslicenser*⁴⁹. En anlægslicens kan defineres som en licens, hvorved licensgiveren forsyner licenstagere med al den teknologi, der er nødvendig for at etablere, drive og vedligeholde et bestemt produktionsanlæg. I visse tilfælde er licenstagere berettiget til at udvide det pågældende anlægs kapacitet eller etablere nye anlæg på normale forretningsvilkår. I så fald giver anlægslicensen ikke anledning til produktionsbegrænsninger. I andre tilfælde er licensen imidlertid begrænset til et anlæg med en ganske bestemt kapacitet, i hvilket tilfælde licensen er ledsaget af en produktionsbegrænsning.

(153) Spørgsmålet er, om førnævnte skelnen mellem aftaler mellem konkurrenter og aftaler mellem ikke-konkurrenter også bør bringes i anvendelse på anlægslicenser, der indebærer en produktionsbegrænsning.

5.2.3 Konkurrenceforbud

(154) Artikel 3, nr. 2), i gruppefritagelsesforordningen forbyder alle forpligtelser, der forhindrer en af parterne i "at konkurrere [...] med den anden part, med virksomheder, der er forbundet med denne, eller med andre virksomheder inden for områderne forskning og udvikling, fremstilling eller anvendelse og afsætning af konkurrerende produkter". Gruppefritagelsesforordningen betragter med andre ord alle former for forpligtelser til ikke at konkurrere som alvorlige begrænsninger, uanset det konkurrencemæssige forhold mellem parterne og deres stilling på det relevante marked. Desuden skelnes der i gruppefritagelsesforordningen ikke mellem begrænsninger, der har indflydelse på

⁴⁹ Anlægslicenser kom navnlig i søgelyset, da Kommissionen i april 1997 som følge af en klage fra Repsol Quimica udsendte en klagepunktsmeddelelse vedrørende en aftale mellem Arco Chemical og Repsol, der forhindrede sidstnævnte i at udvide sin eksisterende kapacitet ved at bygge et nyt produktionsanlæg i Spanien.

licenstagerens evne til at udføre egen forskning og udvikling, til at benytte tredjeparters eller sin egen konkurrerende teknologi eller til at afsætte konkurrerende produkter.

(155) Det fremgår af Kommissionens hidtidige praksis i sager vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder, at den generelt har nedlagt forbud mod forpligtelser til ikke at konkurrere⁵⁰. Domstolens retspraksis er imidlertid mere afbalanceret. I f.eks. sagen *Kai Ottung mod Klee & Weilbach* fastslog Domstolen, at forpligtelser til ikke at konkurrere "kan [...], afhængigt af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen er indgået, udgøre en begrænsning af konkurrencen, der er omfattet af artikel 85, stk. 1" (kursiv tilføjet)⁵¹.

(156) Den første skelnen, der skal foretages, går på, om licensaftalen er en aftale mellem konkurrenter eller mellem ikke-konkurrenter. Konkurrenceforbud i licensaftaler mellem konkurrenter kan forøge risikoen for hemmelige aftaler om f.eks. at udelukke tredjeparters teknologi fra markedet, begrænse parternes selvstændige forskning og udvikling eller styrke lighedspunkterne mellem parterne, takket være udnyttelse af samme teknologi.

(157) I praksis optræder der imidlertid hyppigst et konkurrenceforbud i licensaftaler mellem ikke-konkurrenter. Den mest sandsynlige negative effekt er i det tilfælde udelukkelse af tredjeparters teknologier eller produkter fra markedet. Denne negative effekt afhænger bl.a. af licensgiverens markedsstyrke, andre hindringer for adgang til markedet, aftalens løbetid og eventuelle kumulative virkninger af tilsvarende aftaler. Den væsentligste positive effekt af et konkurrenceforbud består i, at det kan bidrage til at løse "gratist-problemer". En licensgiver kunne bl.a. undlade at meddele licens, hvis han ikke er sikker på, at hans knowhow eller teknologi ikke vil tilgodese fremstillingen og afsætningen af konkurrerende produkter.

(158) I analogi med forordning nr. 2790/1999, der dækker accessoriske bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder i tilknytning til forhandlingsaftaler (f.eks. franchising), kunne det i forbindelse med licensaftaler mellem ikke-konkurrenter antages, at når licensgiverens markedsandel ikke overskrider en bestemt tærskel, er det usandsynligt, at en forpligtelse for licenstageren til ikke at udnytte en konkurrerende teknologi eller benytte eller sælge konkurrerende produkter vil have en nævneværdig afskærmningseffekt på enten teknologi- eller produktmarkedet. Det betyder, at sådanne aftaler generelt vil kunne henføres under gruppefritagelsen, hvilket ikke er tilfældet i dag.

(159) Når licensgiveren begrænser licenstagerens ret til at udføre konkurrerende forskning og udvikling, er det næppe sandsynligt, at der er tale om en licensaftale mellem ikke-konkurrenter. Aftalens begrundelse i effektivitetshensyn kan også være mindre stærkt, og risikoen for at forsinke innovation kan være større. Denne risiko forøges, når forpligtelsen til ikke at konkurrere på F&U-området dækker eller påvirker teknologiske områder, der er uden tilknytning til licensaftalen.

(160) Der er tæt sammenhæng mellem disse spørgsmål og debatten om brug af markedsandelstærskler i forbindelse med teknologioverførselsaftaler. Interesserede parter bedes tilkendegive, om og i hvilket omfang konkurrenceforbud bør være omfattet af gruppefritagelsen.

⁵⁰ Se *AOIP/Beyrard*-beslutningen af 2.12.1975 og *Vassen/Morris*-beslutningen af 10.1.1979.

⁵¹ Sag 320/87, Sml. 1989, s. 1177.

5.2.4 Koblingssalg

(161) Kommissionen har hidtil indtaget en negativ holdning til koblingssalg, når sammenkoblingen har omfattet ikke-patentbeskyttede produkter leveret af licensgiveren direkte⁵² eller af virksomheder udvalgt af licensgiveren⁵³. I *Windsurfing*-dommen⁵⁴ stadfæstede Domstolen Kommissionens beslutning om at skride ind over for en licensaftale, ifølge hvilken licensgiveren gjorde en patentlicens (på rigge til sejlbrætter) betinget af, at licenstagere accepterede en forpligtelse til kun at købe, benytte og sælge brætter, som licensgiveren allerede havde godkendt. I denne sag omfattede licensgiverens patent ikke de produkter, der var omfattet af klausulen om koblingssalg (dvs. de sejlbrætter, der skulle benyttes sammen med riggene). Omstændighederne taget i betragtning fastslog Domstolen, at "den forpligtelse, der vilkårligt [var] pålagt licenstagere til alene at sælge det patentbeskyttede produkt i forbindelse med et produkt, der ikke [var omfattet] af patentet, [var ikke] uomgængelig for udnyttelsen af patentet", hvorfor den anfægtede klausul var uforenelig med artikel 85, stk. 1. Domstolen gik imidlertid ikke ind i diskussionen om, hvorvidt en sådan forpligtelse kan henføres under artikel 81, stk. 3. Domstolens retspraksis udelukker derfor ikke muligheden for at bringe artikel 81, stk. 3, i anvendelse med henvisning til de effektivitetsgevinster, der eventuelt måtte følge af koblingssalget.

(162) Den konkurrencemæssige nettoeffekt af koblingssalg afhænger almindeligvis af licenstagere markedsstyrke på det relevante teknologi- og produktmarked. Koblingssalget kan således være til skade for konkurrencen, hvis en licensgiver med markedsstyrke benytter denne begrænsning til at overføre sin styrke fra markedet for det primære produkt til markedet for det sekundære produkt, således at han kan holde sine rivaler ude fra sidstnævnte marked eller presse priserne urimeligt højt i vejret. Samme ræsonnement kunne gøres gældende, når sammenkoblingen benyttes til at tvinge licenstagere til at acceptere andre licenser.

(163) Gruppefritagelsesforordningen siger intet om potentielle effektivitetsgevinster som følge af fælles produktion, fælles afsætning eller kvalitetsstandardisering, men der erindres om, at Kommissionens indstilling til koblingssalg har ændret sig betydeligt i kølvandet på revisionen af dens politik med hensyn til vertikale begrænsninger. Reglen er således nu, at koblingsklausuler i aftaler mellem ikke-konkurrenter med en markedsandel på under 30 % er gruppefritaget i henhold til forordning nr. 2790/1999.

(164) Hermed melder der sig spørgsmålet om, hvorvidt gruppefritagelsesforordningen bør revideres for at fjerne koblingsklausuler i aftaler mellem ikke-konkurrenter fra den uvisse grå zone og gruppefritage dem, når aftaleparternes markedsandele ikke overskrider en vis tærskel, jf. de regler, der finder anvendelse på vertikale begrænsninger. Bemærkninger fra interesserede parter vil være velkomne.

5.2.5 Grant-backs

(165) Som nævnt i afsnit 2.2 er ikke-eksklusive gensidige grant-back-forpligtelser mellem licensgiver og licenstagere omfattet af gruppefritagelsesforordningen, mens ikke-gensidige grant-back-forpligtelser for licenstagere eller eksklusive grant-back-forpligtelser i tilknytning til selvstændige forbedringer ikke er omfattet af gruppefritagelsen og betragtes som grå klausuler.

⁵² Se f.eks. Kommissionens beslutning af 10.1.1979 i *Vassen/Morris*-sagen.

⁵³ Se f.eks. Kommissionens beslutning af 26.7.1988 i *Velcro/Aplix*-sagen.

⁵⁴ Sag 193/83, Sml. 1986, s. 611.

(166) I økonomisk henseende kan grant-backs sætte parterne i stand til at dele risikoen og omkostningerne forbundet med den efterfølgende innovation baseret på den overførte teknologi, hvilket igen kan fremme innovationsindsatsen og den efterfølgende meddelelse af licens på innovationsresultaterne. På den anden side kan grant-backs også være til skade for konkurrencen, hvis de resulterer i en væsentlig svækkelse af licenstagernes incitament til at investere i forbedringer af den overførte teknologi. Sammenlignet med en eksklusiv grant-back-forpligtelse vil en ikke-eksklusiv grant-back-forpligtelse normalt ikke være til skade for konkurrencen. Til gengæld kan eksklusive grant-back-forpligtelser allerede fra starten forringe licenstagernes incitament til at videreudvikle den overførte teknologi.

(167) Det er tvivlsomt, om udelukkelsen af ikke-gensidige forpligtelser fra gruppefritagelsen er nødvendig for at sikre licenstagernes incitament til at innovere.

(168) Gruppefritagelsesforordningen bør derfor tages op til revision med henblik på at afklare, om ikke-gensidige og visse eksklusive grant-back-forpligtelser bør henføres under gruppefritagelsen.

5.2.6 Ikke-anfægtelsesklausuler

(169) Med henblik på afskaffelsen af anmeldelsessystemet er det også nødvendigt at revurdere den retlige behandling af ikke-anfægtelsesklausuler, der i dag behandles som grå klausuler i gruppefritagelsesforordningen.

(170) For at retfærdiggøre en eventuel udvidelse af gruppefritagelsen til også at omfatte denne form for begrænsninger kan det hævdes, at ikke-anfægtelsesklausuler under visse omstændigheder kan lette meddelelsen af en licens og spredningen af en given teknologi. Som eksempel kan nævnes den situation, hvor et lille teknologifirma påtænker at meddele et større firma licens på sin knowhow, men hvor det lille firma kunne frygte, at licenstageren efterfølgende vil absorbere den pågældende knowhow og derpå anfægte patentets gyldighed. På den anden side set kan det også hævdes, at hvis det patent, hvorpå der meddeles patent, reelt er ugyldigt, eller hvis den overførte knowhow ikke er af nogen betydningsfuld karakter, da kan ikke-anfægtelsesklausuler være til stor skade for konkurrencen uden samtidig at medføre fordele af nogen art. De kan føre til højere priser på licensproduktet, eftersom licenstageren vil skulle fortsætte med at betale licensafgifter. De kan også forhindre licenstageren i at konkurrere med licensgiveren. Det kan f.eks. være tilfældet, hvis licenstageren forhindres i at anfægte gyldigheden af intellektuelle ejendomsrettigheder, der falder uden for licensaftalen.

(171) Domstolens retspraksis synes endnu ikke at være færdigudviklet på dette punkt. I sagen *Bayer mod Süllhöfer* fastslog Domstolen, at "en ikke-angrebsklausul optaget i en patentlicensaftale kan under hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng være konkurrencebegrænsende i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 1" (kursiv tilføjet)⁵⁵. Domstolen tilføjede, at det er vigtigt at få afgjort, "om klausulen under hensyn til den stilling, som de pågældende virksomheder indtager på markedet for de omhandlede produkter, er af en sådan karakter, at den begrænser konkurrencen væsentligt"⁵⁶. I sin tidligere *Windsurfing*-dom havde Domstolen udtalt, at "en sådan klausul åbenbart ikke henhører under patentets særlige genstand" og er i strid med artikel 81, stk. 1⁵⁷.

⁵⁵ Domstolens dom af 27.9.1988 i sag 65/86, Sml. 1988, s. 5249, præmis 16.

⁵⁶ Se præmis 19 i samme dom.

⁵⁷ Domstolens dom af 25.2.1986 i sag 193/83, Sml. 1986, s. 611, præmis 92 og 93.

(172) Der erindres endvidere om, at Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 ikke dækker F&U-aftaler, som forhindrer parterne i at anfægte gyldigheden af de relevante intellektuelle ejendomsrettigheder, idet dette dog ikke berører deres "mulighed for at aftale, at forsknings- og udviklingsaftalen ophører i tilfælde af, at en af parterne anfægter gyldigheden af sådanne intellektuelle ejendomsrettigheder"⁵⁸.

(173) Interesserede parter anmodes om at tilkendegive, om det vil være hensigtsmæssigt at bygge en fremtidig gruppefritagelse for licensaftaler på den tilgang, man finder i forordning nr. 2659/2000.

6. KONKLUSIONER OG VALGMULIGHEDER FOR FREMTIDEN

(174) Ovenstående gennemgang af gruppefritagelsesforordningen viser, at der er gode grunde til at tage forordningen op til grundig revision.

(175) For det første betragtes gruppefritagelsesforordningen som værende alt for formalistisk og kompliceret. Desuden er dens anvendelsesområde for snævert. Den dækker ikke en række licensarrangementer, der ikke er til større fare for konkurrencen, og dette problem synes at vokse i takt med fremkomsten af nye licensformer. Gruppefritagelsesforordningen pålægger virksomhederne unødige administrative byrder og lægger industrien i en slags retlig spændetrøje, hvilket i visse tilfælde kan bevirke, at håndhævelsen af forordningen kommer til at fokusere for meget på den afskrækkende effekt, og det kan være til skade for den dynamiske effektivitet.

(176) For det andet lægges der i forordningen ikke tilstrækkelig stor vægt på interbrand-konkurrencespørgsmål, og tilgangen til det konkurrencemæssige forhold mellem licensgivere og licenstagere er ikke konsekvent. Den kan derfor tænkes at dække licensarrangementer, der ikke burde være dækket af forordningen, fordi de kan være til skade for konkurrencen og resultere i en svækkelse af den dynamiske effektivitet og en u hensigtsmæssig ressourcefordeling.

(177) Endelig er gruppefritagelsesforordningen ud af trit med de seneste reformer med hensyn til vertikale og horisontale aftaler, hvilket påvirker den indre sammenhæng i EU's konkurrencepolitik og reglernes forudsigelighed.

(178) Det kan derfor blive nødvendigt for Kommissionen at udforme nye konkurrenceregler for licensaftaler. Disse kunne tage form af en bred, altomfattende gruppefritagelsesforordning kombineret med et sæt retningslinjer. Den nye gruppefritagelsesforordning vil skulle dække en bredere vifte af patent- og knowhow-licensaftaler end den nuværende, men det vil også være nødvendigt at undersøge, om det vil være hensigtsmæssigt at medtage andre aftaler om intellektuelle ejendomsrettigheder, navnlig licensaftaler om ophavsrettigheder. Den nye forordning vil blive udformet på en måde, der ligger på linje med den nye form for gruppefritagelsesforordninger. Den vil således blive mindre præskriptiv og bygge på en begrænset liste over alvorlige begrænsninger.

(179) Det skal også overvejes, om anvendelsesområdet for en så bred gruppefritagelse skal indsnævres ved hjælp af markedsandelstærskler eller andre tærskler af hensyn til en effektiv beskyttelse af konkurrencen og innovationen. Her kunne et af udgangspunkterne være, at en stor markedsandel eller markedsstyrke ikke nødvendigvis bør opfattes som noget negativt, da

⁵⁸ Artikel 5 i Kommissionens forordning nr. 2659/2000.

den ofte vil være resultatet af vellykkede innovative aktiviteter, og det er disse aktiviteter, der er behov for at beskytte. Det forholder sig imidlertid også således, at de fleste negative virkninger for konkurrencen opstår i situationer, hvor licensgiveren eller licenstageren har opnået en vis markedsstyrke, og i de situationer kunne en generel gruppefritagelse være mindre hensigtsmæssig. Der kan desuden peges på følgende forhold:

- brugen af markedsandelstærskler er mere hensigtsmæssig i tilknytning til begrænsninger, der ikke er forbundet med udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder, end i tilknytning til begrænsninger, der er forbundet hermed
- med hensyn til begrænsninger uden tilknytning til de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder er brugen af markedsandelstærskler mere hensigtsmæssig i forbindelse med licensaftaler mellem konkurrenter end i forbindelse med licensaftaler mellem ikke-konkurrenter
- det vil være u hensigtsmæssigt at lade en gruppefritagelse omfatte licenser meddelt af virksomheder, der indtager en dominerende stilling på markedet, da konkurrencebegrænsende aftaler indgået af sådanne virksomheder i princippet ikke kan fritages. I retningslinjerne kunne man dog redegøre for de situationer, hvor begrænsninger i forbindelse med meddelelse af licens ikke falder ind under artikel 81, stk. 1.

(180) I visse situationer, hvor der meddeles licens, kan det være vanskeligere end normalt at afgrænse markeder og beregne markedsandele. Det vil næppe være tilfældet, når de intellektuelle ejendomsrettigheder kun vedrører en lille forbedring af eksisterende teknologier eller produkter, i hvilket tilfælde det er de eksisterende produkt- eller teknologimarkeder, der berøres af licensaftalen, der vil være de relevante markeder. Det kan til gengæld være tilfældet, når de intellektuelle ejendomsrettigheder vedrører en større eller epokegørende forbedring af eksisterende teknologier eller produkter. I sådanne situationer må det undersøges, om konkurrenceanalysen nødvendiggør en definition af markeder for forskning og udvikling (innovationsmarkeder), og om der kan benyttes en anden målestok til måling af markedsstyrke.

(181) Kommissionen vil skulle undersøge, om det findes nødvendigt at lade den fremtidige gruppefritagelsesforordning omfatte licensaftaler mellem mere end to parter. I bekræftende fald vil det fordrø en ændring af Rådets forordning nr. 19/65, der i dag kun muliggør fritagelse af aftaler mellem to parter.

(182) Uden at ville udelukke andre muligheder, der også bør drøftes, sender Kommissionen hermed følgende rammeforslag til en fremtidig ordning til offentlig høring:

(183) Det er først og fremmest vigtigt at skelne mellem licensaftaler mellem henholdsvis konkurrenter og ikke-konkurrenter. Kommissionen vil skulle overveje, hvordan denne skelnen kan og bør foretages. Som udgangspunkt for disse drøftelser henvises der til punkt 125 og 126 ovenfor.

(184) For så vidt angår licensaftaler *mellem ikke-konkurrenter*, kunne den fremtidige gruppefritagelse bygge på følgende principper:

- den kunne behandle begrænsninger, der er uden tilknytning til udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder, f.eks. konkurrenceforbud og koblingssalg, på samme måde som forordning nr. 2790/1999 (markedsandelstærskel på 30 %, visse alvorlige begrænsninger og bestemte vilkår)
- den kunne begrænse muligheden for fritagelse af begrænsninger, der har tilknytning til udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder, f.eks. territoriale begrænsninger, kundebegrænsninger og begrænsninger med hensyn til anvendelsesformål, med udgangspunkt i en "dominantstærskel". Gruppefritagelsen vil indeholde en begrænset liste over alvorlige begrænsninger omfattende navnlig prisbegrænsninger og muligvis visse territoriale begrænsninger. Den kunne også indeholde en redegørelse for de vilkår, der automatisk vil udelukke visse begrænsninger fra gruppefritagelsens anvendelsesområde (adskillelsesmulighed)
- under markedsandelstærsklen og dominantstærsklen vil annullationsmekanismen blive fastholdt.

(185) For begrænsninger, der ikke har tilknytning til udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder, vil denne behandling sikre kohærens mellem den nye gruppefritagelsesforordning og gruppefritagelsesforordning nr. 2790/1999. Sammenlignet med gruppefritagelsesforordningen om teknologioverførselsaftaler vil det betyde, at nogle af de begrænsninger, der i dag optræder på den sorte eller grå liste, vil blive fritaget, forudsat at den fastsatte markedsandelstærskel ikke overskrides. Alternativet ville bestå i slet ikke at lade gruppefritagelsen dække sådanne begrænsninger, således som det er tilfældet i dag.

(186) For begrænsninger, der har tilknytning til udnyttelsen af de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder, f.eks. territorial eneret, eneret på bestemte kunder og eneret på bestemte former for anvendelse, vil dominantstærsklen ikke kun være nødvendig med henvisning til den sidste betingelse i artikel 81, stk. 3, men også være nyttig for at undgå risikoen for markedsafskærmning. Den pågældende tærskel vil kun blive bragt i anvendelse, hvis aftalen under alle omstændigheder falder ind under artikel 81, stk. 1, f.eks. i tilfælde af markedsafskærmning. Et sæt ledsagende retningslinjer vil kunne beskrive de situationer, hvor eksklusivlicenser næppe vil være omfattet af artikel 81, stk. 1, navnlig med henvisning til den situation, der ville kendetegne markedet uden licensaftalen. Der vil også blive opstillet en mere begrænset liste over alvorlige begrænsninger, således at visse begrænsninger ikke længere vil være ulovlige i sig selv. Listen kunne omfatte mængdebegrænsninger, visse kundebegrænsninger og begrænsninger med hensyn til maksimale og vejledende priser. For de territoriale begrænsningers vedkommende vil der være behov for en mere nuanceret tilgang. Listen over alvorlige begrænsninger vil tage udgangspunkt i gruppefritagelsesforordning nr. 2790/1999, men samtidig tage hensyn til licensaftalernes særlige karakteristika.

(187) For så vidt angår licensaftaler *mellem konkurrenter*, kunne den fremtidige gruppefritagelse bygge på følgende principper:

- dens anvendelsesområde kunne begrænses til aftaler mellem virksomheder med markedsandele på maksimalt 25 %
- den kunne forsynes med en liste over alvorlige begrænsninger, der direkte eller indirekte tjener følgende formål:
 - prisfastsættelse

- begrænsning af produktion eller salg
- fordeling af områder eller kunder
- den kunne indeholde en fortegnelse over de vilkår, der automatisk udelukker visse begrænsninger fra gruppefritagelsens anvendelsesområde (adskillelsesmulighed).

(188) Dette vil sikre kohærens mellem den nye gruppefritagelsesforordning og gruppefritagelsesforordning nr. 2659/2000. Sammenlignet med den nugældende gruppefritagelsesforordning vil dette medføre en mere nuanceret tilgang til puljeordninger, gensidige licensaftaler, licensaftaler vedrørende joint ventures og begrænsninger, der ikke vedrører selve udnyttelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, f.eks. konkurrenceforbud og koblingssalg. Disse begrænsninger er i dag enten helt udelukket fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde eller opført på den sorte liste. Det vil med rette medføre en ringere beskyttelse af territoriale begrænsninger i eksklusivlicensaftaler mellem konkurrenter.

(189) Ved overskridelse af de fastsatte tærskler vil retningslinjerne skulle klarificere de gældende konkurrencepolitiske regler med passende henvisning til de eksisterende retningslinjer for horisontale samarbejdsaftaler og for vertikale begrænsninger.

(190) I forbindelse med revisionen af de nuværende regler og udformningen af den fremtidige ordning skal der tages højde for, at produktinnovation og teknologisk innovation udgør den ultimative kilde til skærpet konkurrence på lang sigt. Lægges der for stor vægt på en effektiv ressourcefordeling på kort sigt, kan der opstå en i samfundsmæssig henseende ufordelagtig afvejning mellem statisk og dynamisk effektivitet.

(191) Hvad angår tidsrammen for denne revision, skal det bemærkes, at skønt gruppefritagelsesforordningens gyldighedsperiode løber til den 31. marts 2006, kan det være nødvendigt at ændre eller erstatte den inden da. Med henvisning til Kommissionens forslag om at modernisere forordning nr. 17 kan der især ske det, at systemet med den såkaldte "grå liste" og den hermed forbundne indsigelsesprocedure bliver forældet. Reglerne for teknologioverførselsaftaler vil da skulle tilpasses de nye retlige forhold for at sikre størst mulig gennemsigtighed i den førte politik og den indbyrdes overensstemmelse mellem de forskellige lovgivningsmæssige instrumenter, der beskæftiger sig med intellektuelle ejendomsrettigheder.

(192) For at finde frem til de bedst egnede fremtidige regler på dette område opfordres tredjeparter til at fremsætte bemærkninger til denne rapport og navnlig til ovennævnte rammeforslag. Alle bemærkninger bedes fremsendt inden den 26.04.2002:

- Med post til følgende adresse:

Europa-Kommissionen
Kontor: J 70 - 5/93
Generaldirektoratet for Konkurrence
B-1049 Bruxelles
Belgien

- Med elektronisk post til

comp-technology-transfer@cec.eu.int

Denne Rapport findes desuden på alle EU-sprog på Internettet på adressen

http://comm/competition/antitrust/technology_transfer/

Fortrolighed: Såfremt Deres bemærkninger ikke må videregives til tredjemand, bedes dette angives tydeligt.