Konkurrenceregler vedrørende teknologioverførselsaftaler

Meddelelse i henhold til artikel 5 i Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis, senest ændret ved forordning (EF) nr. 1/2003

(2003/C 235/04)

(EØS-relevant tekst)

Kommissionen opfordrer hermed alle interesserede parter til at indsende deres bemærkninger til følgende tekster:

— udkast til Kommissionens forordning om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler

— udkast til retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler.

Bemærkningerne sendes til Kommissionen senest otte uger efter datoen for offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*. Det er Kommissionens faste praksis at offentliggøre de bemærkninger, den modtager, som led i en offentlig høring. Der er imidlertid mulighed for at anmode om, at bemærkningerne eller dele heraf forbliver fortrolige. I så fald bedes De tydeligt angive på forsiden, at De ikke ønsker bemærkningerne offentliggjort, og De bedes samtidig indsende en ikke-fortrolig version af bemærkningerne til Kommissionen med henblik på offentliggørelse. Bemærkningerne indsendes enten med e-post til

COMP-TECHNOLOGY-TRANSFER@cec.eu.int

eller med post til

Europa-Kommissionen
Generaldirektoratet for Konkurrence
Direktorat A 1 — Politikudvikling (konkurrencebegrænsning/fusioner)
Teknologioverførselsaftaler
B-1049 Bruxelles.

Udkast til Kommissionens forordning om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis [1], senest ændret ved forordning (EF) nr. 1/2003 [2], særlig artikel 1,

efter offentliggørelse af udkast til denne forordning [3],

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

(1) Forordning nr. 19/65/EØF bemyndiger Kommissionen til ved forordning at erklære, at traktatens artikel 81, stk. 3, finder anvendelse på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler og tilsvarende samordnet praksis, der falder ind under artikel 81, stk. 1, når der i aftalen eller den samordnede praksis kun deltager to virksomheder.

(2) Med hjemmel i forordning nr. 19/65/EØF har Kommissionen bl.a. udstedt forordning (EF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler [4].

(3) Den 20. december 2001 offentliggjorde Kommissionen en evalueringsrapport om gruppefritagelsesforordning nr. 240/96 om teknologioverførselsaftaler [5]. Rapporten foranledigede en offentlig debat om anvendelsen af denne forordning og om anvendelsen generelt af traktatens artikel 81, stk. 1 og 3, på teknologioverførselsaftaler. Reaktionerne på evalueringsrapporten fra medlemsstaterne og tredjeparter har vist, at der generelt er tilslutning til en reform af Fællesskabets konkurrencepolitik med hensyn til teknologioverførselsaftaler. Det er derfor blevet besluttet, at forordning (EF) nr. 240/96 bør erstattes af en ny forordning.

(4) En ny forordning, der erstatter forordning (EF) nr. 240/96, skal både sikre effektiv konkurrence og give virksomhederne tilstrækkelig retssikkerhed. Som led i bestræbelserne på at opfylde disse mål bør der tages hensyn til behovet for at forenkle lovgivningen og anvendelsen heraf. Det vil være hensigtsmæssigt at opgive den hidtidige fremgangsmåde med at opregne, hvilke aftalebestemmelser der er omfattet af fritagelsen, og i stedet lægge større vægt på at fastlægge, dels hvilke kategorier af aftaler der er fritaget, når en nærmere fastsat grænse for markedsstyrke ikke er overskredet, dels hvilke begrænsninger eller bestemmelser sådanne aftaler ikke må indeholde. Dette stemmer overens med en økonomisk baseret fremgangsmåde bestående i at foretage en vurdering af aftalernes virkninger på det relevante marked. Det er også i overensstemmelse med en sådan fremgangsmåde at sondre mellem aftaler mellem konkurrenter og aftaler mellem ikke-konkurrenter.

(5) Teknologioverførselsaftaler vedrører meddelelse af licens på teknologi. Denne forordning bør kun omhandle de aftaler, hvor licensgiveren tillader licenstageren at udnytte den overførte teknologi til fremstilling af varer eller udførelse af tjenesteydelser. Den bør ikke beskæftige sig med licensaftaler med henblik på gennemførelse af supplerende forskning og udvikling. Den bør heller ikke beskæftige sig med licensaftaler, der indgås med henblik på oprettelse af patentpuljer, dvs. aftaler om samling af teknologier i puljer med det formål at meddele tredjeparter licens på den således sammensatte pakke af intellektuelle ejendomsrettigheder.

(6) Med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 3, ved forordning er det ikke nødvendigt at beskrive, hvilke teknologioverførselsaftaler der kan falde ind under artikel 81, stk. 1. Ved en individuel bedømmelse af aftaler i henhold til artikel 81, stk. 1, skal der tages hensyn til mange faktorer, navnlig markedsstrukturen på de relevante teknologi- og produktmarkeder.

(7) Gruppefritagelsen bør begrænses til de aftaler, som med tilstrækkelig stor sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3. For at kunne opnå fordelene ved og virkeliggøre målene for teknologioverførsel bør denne forordning også finde anvendelse på bestemmelser i teknologioverførselsaftaler, der ikke udgør det primære formål med disse aftaler, men som har direkte forbindelse til anvendelsen af den overførte teknologi.

(8) Aftaler om teknologioverførsel vil normalt forbedre den økonomiske effektivitet og fremme konkurrencen, da de kan lette spredningen af teknologi, forhindre dobbeltarbejde inden for forskning og udvikling, styrke incitamentet til at iværksætte indledende forskning og udvikling, fremme trinvis innovation og skabe konkurrence på produktmarkederne.

(9) Sandsynligheden for, at sådanne effektivitetsforbedrende og konkurrencefremmende virkninger vil opveje eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger forårsaget af begrænsninger indeholdt i teknologioverførselsaftaler, afhænger af de deltagende virksomheders markedsstyrke og derfor af, i hvilken udstrækning disse virksomheder møder konkurrence fra virksomheder, der ejer substituerbare teknologier eller fremstiller substituerbare produkter.

---

[1] EFT 36 af 6.3.1965, s. 533. (Specialudgave 1965-66, s. 31.)

[2] EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

[3] EFT C 235 af 1.10.2003, s. 10.

[4] EFT L 31 af 9.2.1996, s. 2.

[5] KOM(2001) 786 endelig af 20.12.2001.

(10) I forbindelse med teknologioverførselsaftaler mellem konkurrenter kan det formodes, at så længe parternes kombinerede andel af de relevante markeder ikke overstiger 20 %, og aftalerne ikke indeholder visse alvorligt konkurrencebegrænsende bestemmelser, bidrager de generelt til at forbedre produktionen eller distributionen og sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved.

(11) I forbindelse med teknologioverførselsaftaler mellem ikke-konkurrenter kan det formodes, at så længe parternes individuelle andel af de relevante markeder ikke overstiger 30 %, og aftalerne ikke indeholder visse alvorligt konkurrencebegrænsende bestemmelser, bidrager de generelt til at forbedre produktionen eller distributionen og sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved.

(12) Over disse tærskler for markedsandele kan det ikke formodes, at teknologioverførselsaftaler, der falder ind under artikel 81, stk. 1, normalt indebærer objektive fordele af en sådan art og et sådant omfang, at de opvejer de ulemper, de medfører for konkurrencen.

(13) Denne forordning bør ikke medføre fritagelse af teknologioverførselsaftaler, der indeholder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at forbedre produktionen eller distributionen. Navnlig bør teknologioverførselsaftaler, som indeholder visse alvorligt konkurrencebegrænsende bestemmelser, f.eks. om fastsættelse af priser i forhold til tredjeparter, ikke være omfattet af gruppefritagelsen i henhold til denne forordning, uanset de deltagende virksomheders markedsandele. Optræder der sådanne alvorlige konkurrencebegrænsninger, bør hele aftalen udelukkes fra gruppefritagelsen.

(14) Med henblik på at bevare virksomhedernes incitament til at innovere og sikre en korrekt udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder bør der knyttes visse betingelser til gruppefritagelsen. Således bør især fritagelsen for »grantback«-forpligtelser i tilknytning til selvstændige forbedringer begrænses til ikke-eksklusive forpligtelser. Når disse betingelser ikke er overholdt, er det kun den pågældende begrænsning, der bør udelukkes fra gruppefritagelsen.

(15) Markedsandelstærsklerne, ikke-fritagelsen af visse teknologioverførselsaftaler, der indeholder alvorligt konkurrencebegrænsende bestemmelser, og de betingelser, der fastsættes i denne forordning, vil normalt sikre, at de aftaler, som er omfattet af gruppefritagelsen, ikke giver de deltagende virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

(16) I konkrete tilfælde, hvor aftaler, der falder ind under denne forordning, alligevel har virkninger, der er uforenelige med artikel 81, stk. 3, kan Kommissionen erklære gruppefritagelsen uanvendelig. Det kan især ske, når incitamentet til at innovere svækkes, eller når adgangen til markeder hindres.

(17) Forordning (EF) nr. 1/2003 giver medlemsstaternes konkurrencemyndigheder beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen for så vidt angår teknologioverførselsaftaler, der har virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 81, stk. 3, på deres respektive områder eller på en del af disse områder, der frembyder et særskilt geografisk markeds karakteristika. Medlemsstaterne bør sikre, at udøvelsen af denne beføjelse ikke er til skade for en ensartet anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler overalt inden for fællesmarkedet, samt den effektive virkning af de foranstaltninger, der træffes til gennemførelse af disse regler.

(18) For at styrke tilsynet med parallelle netværk af teknologioverførselsaftaler, som har lignende konkurrencebegrænsende virkninger, og som dækker mere end 50 % af et givet marked, kan Kommissionen erklære denne forordning uanvendelig på teknologioverførselsaftaler, der indeholder bestemte begrænsninger, der vedrører det pågældende marked, hvorved artikel 81 igen finder fuld anvendelse på sådanne aftaler.

(19) Denne forordning dækker kun teknologioverførselsaftaler mellem en licensgiver og en licenstager. Den dækker sådanne aftaler, selv hvis de indeholder betingelser gældende for mere end et omsætningsled, f.eks. ved at indeholde et krav om, at licenstageren skal etablere et særligt distributionssystem eller ved at præcisere de forpligtelser, som licenstageren skal eller kan pålægge forhandlerne af de produkter, der fremstilles på licens. Sådanne betingelser og forpligtelser skal imidlertid være forenelige med konkurrencereglerne for leverings- og distributionsaftaler. Leverings- og distributionsaftaler indgået mellem en licenstager og dennes kunder er ikke omfattet af denne gruppefritagelsesforordning. Disse aftaler er kun fritaget, hvis de falder ind under en gruppefritagelsesforordning for leverings- og distributionsaftaler.

(20) Denne forordning berører ikke anvendelsen af artikel 82 —

UDSTEDT FØLGENDE FORORDNING:

Artikel 1

Definitioner

1. I denne forordning forstås ved:

a) »aftale«: en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis

b) »teknologioverførselsaftale«: en patentlicensaftale, en knowhow-licensaftale, en licensaftale om ophavsret til software eller en blandet licensaftale om patenter, knowhow og ophavsret til software, herunder aftaler, der indeholder bestemmelser vedrørende salg og indkøb af produkter eller vedrørende meddelelse af licens på andre intellektuelle ejendomsrettigheder eller overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, forudsat at disse bestemmelser ikke udgør det primære formål med aftalen og har direkte forbindelse til fremstillingen eller udførelsen af aftaleprodukterne. Overdragelser af patenter, knowhow, ophavsret til software eller en kombination heraf, hvor risikoen forbundet med udnyttelsen af teknologien forbliver hos den overdragende part, og især hvor den pris, der skal betales for overdragelsen, beror på den erhvervende parts omsætning fra de produkter, der fremstilles eller udføres ved hjælp af den overførte teknologi, mængden af således producerede produkter eller antallet af operationer gennemført ved hjælp af den pågældende teknologi, betragtes også som teknologioverførselsaftaler

c) »produkt«: en vare og/eller tjenesteydelse, herunder såvel mellemliggende varer og/eller tjenesteydelser som færdige varer og/eller tjenesteydelser

d) »aftaleprodukter«: produkter, der fremstilles eller udføres ved hjælp af den overførte teknologi

e) »intellektuelle ejendomsrettigheder«: også industrielle ejendomsrettigheder, ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder

f) »patenter«: patenter, patentansøgninger, brugsmodeller, ansøgninger om registrering af brugsmodeller, mønstre, halvlederprodukters topografi, supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler og andre produkter, for hvilke der kan udstedes supplerende beskyttelsescertifikater, og certifikater på plantenyheder

g) »knowhow«: en samling ikke-patentbeskyttet praktisk information opnået gennem forsøg og afprøvning, der er hemmelig, væsentlig og identificeret: i denne forbindelse forstås ved »hemmelig«, at denne knowhow ikke er almindeligt kendt eller let tilgængelig, ved væsentlig forstås, at den omfatter viden, der er nødvendig for fremstillingen eller udførelsen af aftaleprodukterne, og ved »identificeret« forstås, at den pågældende knowhow er beskrevet på en sådan måde, at det kan afgøres, om den opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne

h) »konkurrerende virksomheder«: virksomheder, der konkurrerer på det relevante teknologimarked og/eller det relevante produktmarked:

— virksomheder konkurrerer på det relevante teknologimarked, hvis de meddeler licens på konkurrerende teknologier (faktiske konkurrenter på teknologimarkedet)

— virksomheder konkurrerer på det relevante produktmarked, hvis de begge er aktive på de(t) relevante produktmarked(er) og geografiske marked(er), hvorpå aftaleprodukterne sælges (faktiske konkurrenter på produktmarkedet), eller hvis de på basis af realistiske forudsætninger ville foretage de nødvendige supplerende investeringer eller påtage sig andre omstillingsomkostninger for at trænge ind på de(t) relevante produktmarked(er) eller geografiske marked(er) som reaktion på en lille, men varig stigning i de relative priser (potentielle konkurrenter på produktmarkedet)

i) »selektivt distributionssystem«: et distributionssystem, hvor licensgiveren forpligter sig til udelukkende at meddele licens på fremstilling og udførelse af aftaleprodukterne til licenstagere, der udvælges på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse licenstagere forpligter sig til ikke at sælge aftaleprodukterne til uautoriserede forhandlere.

2. Begreberne »virksomhed«, »licensgiver« og »licenstager« omfatter deres respektive forbundne virksomheder.

Ved »forbundne virksomheder« forstås:

a) virksomheder, hvori en af aftaleparterne direkte eller indirekte

i) kan udøve mere end halvdelen af stemmerettighederne, eller

ii) kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne af bestyrelsen, direktionen eller andre organer, som repræsenterer virksomheden i retlig henseende, eller

iii) har ret til at lede virksomhedens forretninger

b) virksomheder, der direkte eller indirekte har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser over en af aftaleparterne

c) virksomheder, hvori en af de i litra b) omhandlede virksomheder direkte eller indirekte har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser

d) virksomheder, hvori en aftalepart sammen med en eller flere af de virksomheder, der er omhandlet i litra a), b) eller c), har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser, eller hvori to eller flere af sidstnævnte virksomheder i fællesskab har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser

e) virksomheder, hvori de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser i fællesskab indehaves af:

i) aftaleparter eller deres respektive forbundne virksomheder, jf. litra a) til d), eller

ii) en eller flere aftaleparter eller en eller flere af deres forbundne virksomheder, jf. litra a) til d), og en eller flere tredjeparter.

Artikel 2

Fritagelse

I medfør af traktatens artikel 81, stk. 3, og på de i denne forordning fastsatte betingelser erklæres traktatens artikel 81, stk. 1, uanvendelig på teknologioverførselsaftaler indgået mellem to virksomheder med henblik på fremstilling eller udførelse af aftaleprodukterne.

Denne fritagelse finder anvendelse, for så vidt som disse aftaler indeholder konkurrencebegrænsninger, der falder ind under artikel 81, stk. 1. Fritagelsen finder anvendelse, så længe den intellektuelle ejendomsrettighed på den overførte teknologi ikke er udløbet eller erklæret ugyldig eller, når det drejer sig om knowhow, forbliver en hemmelighed, undtagen når den pågældende knowhow bliver almindeligt kendt som følge af en handling begået af licenstageren, i hvilket tilfælde fritagelsen finder anvendelse i aftalens løbetid.

Artikel 3

Markedsandelstærskler

1. Når de virksomheder, der er parter i teknologioverførselsaftalen, er konkurrerende virksomheder, finder fritagelsen efter artikel 2 kun anvendelse, hvis deres sammenlagte markedsandel ikke overskrider 20 % på enten et relevant teknologimarked eller et relevant produktmarked.

2. Når de virksomheder, der er parter i teknologioverførselsaftalen, ikke er konkurrerende virksomheder, finder fritagelsen efter artikel 2 kun anvendelse, hvis hver parts særskilte markedsandel ikke overskrider 30 % på de relevante teknologi- og produktmarkeder.

3. Med henblik på anvendelse af stk. 1 og 2 beregnes en parts markedsandel på de(t) relevante teknologimarked(er) med udgangspunkt i den overførte teknologis udbredelse på de(t) relevante produktmarked(er). En licensgivers markedsandel på de(t) relevante teknologimarked(er) er lig med den sammenlagte markedsandel på de(t) relevante produktmarked(er), der indtages af aftaleprodukter fremstillet eller udført af licensgiveren og dennes licenstagere.

Artikel 4

Alvorlige begrænsninger

1. Når de virksomheder, der er parter i aftalen, er konkurrerende virksomheder, finder fritagelsen efter artikel 2 ikke anvendelse på aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål at:

a) begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjeparter

b) begrænse produktion eller salg, medmindre der er tale om en begrænsning af produktionen af aftaleprodukter, som pålægges licenstageren i en ikke-gensidig aftale

c) opdele markeder eller fordele kunder, dog med undtagelse af

i) en forpligtelse, som pålægges licenstageren i en ikke-gensidig aftale, til kun at udnytte den overførte teknologi inden for et eller flere tekniske anvendelsesområder eller på et eller flere produktmarkeder

ii) en forpligtelse for licenstageren til kun at fremstille eller udføre aftaleprodukterne til eget brug, herunder med henblik på salg af aftaleprodukterne som reservedele til licenstagerens egne produkter

d) begrænse licenstagerens muligheder for at udnytte egen teknologi eller begrænse aftaleparternes muligheder for at gennemføre forskning og udvikling, medmindre sidstnævnte begrænsning er nødvendig for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow.

2. Når de virksomheder, der er parter i aftalen, ikke er konkurrerende virksomheder, finder fritagelsen efter artikel 2 ikke anvendelse på aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål at:

a) begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjeparter, med forbehold af muligheden for at fastsætte maksimumssalgspriser eller vejledende salgspriser, forudsat at det ikke får karakter af faste salgspriser eller minimumssalgspriser som følge af pres eller incitamenter fra den ene af parterne

b) begrænse det område eller den kundegruppe, hvortil licenstageren må sælge aftaleprodukterne, undtagen når der er tale om:

i) begrænsning af salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, der er forbeholdt licensgiveren

ii) begrænsning af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som licensgiveren har tildelt en anden licenstager

iii) en forpligtelse for licenstageren til kun at fremstille eller udføre aftaleprodukterne til eget brug, herunder med henblik på salg af aftaleprodukterne som reservedele til licenstagerens egne produkter

iv) begrænsning af en licenstagers salg til slutbrugere, hvis licenstageren driver virksomhed i engrosleddet

v) begrænsning af salg til uautoriserede forhandlere, foretaget af medlemmerne af et selektivt distributionssystem

c) begrænse det aktive eller passive salg til slutbrugere, foretaget af en licenstager, der er medlem af et selektivt distributionssystem, og som driver virksomhed i detailleddet, med forbehold af mulighed for at forbyde et medlem af systemet at drive virksomhed fra et uautoriseret forretningssted.

Artikel 5

Betingelser

1. Fritagelsen efter artikel 2 finder ikke anvendelse på nogen af følgende forpligtelser indeholdt i teknologioverførselsaftaler:

a) en direkte eller indirekte forpligtelse for licenstageren til at meddele licensgiveren eller en tredjepart udpeget af licensgiveren eksklusivlicens på licenstagerens egne selvstændige forbedringer af den overførte teknologi eller på nye anvendelser af den overførte teknologi udviklet af licenstageren

b) en direkte eller indirekte forpligtelse for licenstageren til helt eller delvist at overdrage forbedringer eller nye anvendelser af den overførte teknologi til licensgiveren eller en tredjepart udpeget af licensgiveren

c) en direkte eller indirekte forpligtelse til ikke at anfægte gyldigheden eller den hemmelige eller væsentlige karakter af licensgiverens intellektuelle ejendomsrettigheder inden for fællesmarkedet, med forbehold af licensgiverens mulighed for at opsige licensaftalen, hvis licenstageren anfægter gyldigheden eller den hemmelige eller væsentlige karakter af de intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorpå der er meddelt licens.

2. Fritagelsen efter artikel 2 finder ikke anvendelse på eventuelle direkte eller indirekte forpligtelser indeholdt i ikke-gensidige teknologioverførselsaftaler mellem konkurrerende virksomheder, der begrænser licenstagerens produktion af aftaleprodukterne.

3. Når de virksomheder, der er parter i aftalen, ikke er konkurrerende virksomheder, finder fritagelsen efter artikel 2 ikke anvendelse på direkte eller indirekte forpligtelser, der tjener til at begrænse licenstagerens muligheder for at udnytte sin egen teknologi eller til at begrænse aftaleparternes adgang til at gennemføre forskning og udvikling, medmindre sidstnævnte begrænsning er nødvendig for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow.

Artikel 6

Inddragelse af gruppefritagelsen

1. I henhold til artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003 kan Kommissionen inddrage fritagelsen efter denne forordning, hvis den i et konkret tilfælde konstaterer, at en teknologioverførselsaftale, der er omfattet af denne forordning, alligevel har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, og især når:

a) markedsadgangen for teknologier tilhørende tredjeparter begrænses, f.eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ligeartede konkurrencebegrænsende aftaler, der forbyder licenstagere at udnytte teknologier tilhørende tredjeparter

b) markedsadgangen for potentielle licenstagere begrænses, f.eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ligeartede konkurrencebegrænsende aftaler, der forbyder licensgivere at meddele andre licenstagere licens

c) parterne uden nogen objektivt gyldig begrundelse undlader at udnytte den overførte teknologi.

2. Når en teknologioverførselsaftale, der er omfattet af fritagelsen efter artikel 2, i et konkret tilfælde har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, på en medlemsstats område eller på en del heraf, som frembyder alle de karakteristika, der kendetegner et særskilt geografisk marked, kan den pågældende medlemsstats konkurrencemyndighed inddrage fritagelsen efter denne forordning med hensyn til dette område på samme betingelser som dem, der er nævnt i stk. 1.

Artikel 7

Ikke-anvendelse af forordningen

1. I henhold til artikel 1a i forordning nr. 19/65/EØF kan Kommissionen ved forordning erklære, at når parallelle netværk af lignende teknologioverførselsaftaler dækker mere end 50 % af et relevant marked, finder nærværende forordning ikke anvendelse på teknologioverførselsaftaler, som indeholder bestemte begrænsninger vedrørende det pågældende marked.

2. En forordning udstedt i henhold til stk. 1 finder tidligst anvendelse seks måneder efter dens vedtagelse.

Artikel 8

Anvendelse af markedsandelstærsklerne

1. Ved anvendelsen af de i artikel 3 fastsatte markedsandelstærskler gælder følgende:

a) markedsandelen beregnes på grundlag af omsætningen på markedet; foreligger der ingen oplysninger om en deltagende virksomheds omsætning på markedet, kan dens markedsandel beregnes skønsmæssigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder dens salgsvolumen på markedet

b) markedsandelen beregnes på grundlag af oplysninger fra det foregående kalenderår

c) for de i artikel 1, stk. 2, litra e), nævnte virksomheder fordeles markedsandelen ligeligt mellem hver af de virksomheder, der besidder de i artikel 1, stk. 2, litra a), nævnte rettigheder eller beføjelser.

2. Hvis den i artikel 3, stk. 1 eller 2, nævnte markedsandel indledningsvis ikke overstiger henholdsvis 20 % og 30 %, men efterfølgende overskrider disse tærskler, uden dog at overstige henholdsvis 25 % og 35 %, gælder fritagelsen efter artikel 2 fortsat i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor 20 %-grænsen eller 30 %-grænsen første gang blev overskredet.

3. Hvis den i artikel 3, stk. 1 eller 2, nævnte markedsandel indledningsvis ikke overstiger henholdsvis 20 % og 30 %, men efterfølgende overskrider henholdsvis 25 % og 35 %, gælder fritagelsen efter artikel 2 fortsat i et kalenderår efter det år, hvor 25 %-grænsen eller 35 %-grænsen første gang blev overskredet.

4. Anvendelsen af stk. 2 og 3 kan ikke kombineres med det resultat, at en periode på to kalenderår overskrides.

Artikel 9

Overgangsperiode

1. Forordning (EF) nr. 240/96 ophæves med virkning fra den 1. maj 2004.

2. I perioden fra 1. maj 2004 til 31. oktober 2005 finder forbuddet i traktatens artikel 81, stk. 1, ikke anvendelse på aftaler, der allerede var i kraft den 30. april 2004, og som ikke opfylder betingelserne for fritagelse efter denne forordning, men som den 30. april 2004 opfyldte betingelserne for fritagelse efter forordning (EF) nr. 240/96.

Artikel 10

Gyldighed

Denne forordning træder i kraft den 1. maj 2004.

Den udløber den 30. april 2014.

Denne forordning er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat.

Udfærdiget i Bruxelles, den ...

Udkast til retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler

I. INDLEDNING

1. I disse retningslinjer fastsættes de principper, der lægges til grund ved vurderingen af teknologioverførselsaftaler efter traktatens artikel 81. Teknologioverførselsaftaler vedrører licensering af teknologi, hvorved licensgiver giver licenstager tilladelse til at udnytte den overførte teknologi til fremstilling af varer eller udførelse af tjenesteydelser, jf. Kommissionens forordning (EF) nr. . . ./2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler (herefter benævnt »gruppefritagelsesforordningen«) ([1]).

2. Formålet med disse retningslinjer er at give vejledning i dels anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen, dels anvendelsen af artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen. Retningslinjerne forhindrer ikke en eventuel parallel anvendelse af traktatens artikel 82 på licensaftaler. Anvendelsen af artikel 81, stk. 3, i individuelle sager eller til udstedelse af en gruppefritagelse er ikke til hinder for, at artikel 82 kan bringes i anvendelse ([2]).

3. De standarder, der fastsættes i disse retningslinjer, skal anvendes i overensstemmelse med de specifikke omstændigheder i hver enkelt sag. Dette udelukker en mekanisk anvendelse af retningslinjerne. Hver enkelt sag skal vurderes ud fra de konkrete sagsforhold, og retningslinjerne skal anvendes med fornuft og fleksibelt. Kommissionen vil løbende undersøge, hvordan gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne fungerer i praksis, for at tage stilling til, om der er behov for ændringer.

4. Disse retningslinjer foregriber ikke Domstolens eller Førsteinstansrettens fortolkning af artikel 81.

II. GENERELLE PRINCIPPER

1. Artikel 81 og intellektuelle ejendomsrettigheder

5. Formålet med artikel 81 som helhed er at beskytte konkurrencen på markedet og derigennem fremme forbrugernes velfærd og sikre en effektiv ressourceallokering. Artikel 81, stk. 1, forbyder alle aftaler mellem virksomheder og alle former for samordnet praksis samt vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder ([3]), der kan påvirke handelen mellem medlemsstater ([4]), og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen ([5]). Som en undtagelse fra denne regel giver artikel 81, stk. 3, mulighed for at erklære forbuddet i artikel 81, stk. 1, uanvendeligt på aftaler, der bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varer eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og som samtidig sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, uden at der pålægges virksomhederne begrænsninger, der ikke er nødvendige for at nå disse mål, og uden at virksomhederne får mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

6. Lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder giver enerettigheder til indehavere af patenter, ophavsrettigheder, mønsterrettigheder, varemærker og andre retligt beskyttede rettigheder. Indehaveren af intellektuel ejendom har i henhold til den pågældende lovgivning ret til at forhindre uautoriseret brug af sin intellektuelle ejendom og til at udnytte den intellektuelle ejendom ved bl.a. at meddele tredjeparter licens på den intellektuelle ejendom. Når først et produkt, hvortil der er knyttet en intellektuel ejendomsrettighed, er blevet markedsført på EØS-markedet af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke, er den intellektuelle ejendomsrettighed blevet konsumeret i den forstand, at rettighedshaveren ikke længere kan benytte den til at kontrollere salget af det pågældende produkt ([6]). Licensgiveren har ingen lovbeskyttet ret til at forhindre licenstagere eller aftagere i at sælge produkter, der inkorporer den overførte teknologi. På den anden side fører salget af eksemplarer af et beskyttet værk ikke til konsumption af fremførelsesrettigheder, herunder udlejningsrettigheder, knyttet til værket ([7]). Konsumptionsprincippet er i overensstemmelse med det grundlæggende formål med intellektuelle ejendomsrettigheder, der består i at give indehaveren ret til at forhindre andre i at udnytte hans intellektuelle ejendom uden hans samtykke.

7. Selv om lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder tilkender rettighedshaveren visse enerettigheder, betyder det ikke, at intellektuelle ejendomsrettigheder er immune over for konkurrenceretlige indgreb. Artikel 81 og 82 finder anvendelse på aftaler, hvorved licenshaveren meddeler en anden virksomhed licens til at udnytte licenshaverens intellektuelle ejendomsrettigheder ([8]). Det betyder heller ikke, at der er en iboende konflikt mellem intellektuelle ejendomsrettigheder og Fællesskabets konkurrenceregler. Faktisk deler de to lovkomplekser samme grundlæggende formål, nemlig at fremme forbrugernes velfærd og en effektiv ressourceallokering. Innovation udgør en essentiel og dynamisk komponent i en åben og konkurrencepræget markedsøkonomi. Intellektuelle ejendomsrettigheder fremmer en dynamisk konkurrence ved at tilskynde virksomhederne til at investere i udvikling af nye eller forbedrede produkter og produktionsmetoder. Det samme gør konkurrence, idet den tvinger virksomhederne til at innovere. Derfor er både intellektuelle ejendomsrettigheder og konkurrence nødvendige for at fremme innovationen og sikre en konkurrencepræget udnyttelse heraf.

8. Vurderingen efter artikel 81 fokuserer ikke blot på den fremtidige situation, hvor eneretten kan mindske rivaliseringen på markedet. For ikke at svække den dynamiske konkurrence er det vigtigt at erindre sig, at skabelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder ofte er forbundet med store investeringer og ofte er en risikabel affære. Mange intellektuelle ejendomsrettigheder er af ringe kommerciel værdi. For at fastholde incitamentet til at innovere er det vigtigt, at der ikke lægges unødvendige hindringer i vejen for innovatorens udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, der viser sig at være værdifulde.

9. Ved vurderingen af licensaftaler efter artikel 81 benytter Kommissionen i princippet samme analysegrundlag i forbindelse med intellektuelle ejendomsrettigheder som i forbindelse med enhver anden form for ejendom. Dette analysegrundlag er tilstrækkeligt fleksibelt til, at Kommissionen kan tage behørigt hensyn til de dynamiske aspekter af teknologilicenser. Det betyder især, at der ikke er nogen formodning for, at intellektuelle ejendomsrettigheder og licensaftaler giver anledning til konkurrenceproblemer. Licensaftaler begrænser ikke nødvendigvis konkurrencen, men kan til gengæld ene og alene medføre konkurrencefremmende effektivitetsgevinster. Selv konkurrencebegrænsende licensaftaler kan ofte resultere i konkurrencefremmende effektivitetsgevinster, der må vurderes efter artikel 81, stk. 3, og opvejes mod de negative følger for konkurrencen, der måtte følge af sådanne konkurrencebegrænsende aftaler ([9]).

2. De generelle rammer for anvendelsen af artikel 81

10. Artikel 81, stk. 1, finder anvendelse på såvel begrænsninger af konkurrencen mellem parterne i en aftale som begrænsninger af konkurrencen mellem aftaleparterne eller mellem en enkelt af aftaleparterne på den ene side og tredjeparter på den anden side. Disse konkurrencebegrænsninger kan enten være selve formålet med en aftale eller være en følge af aftalen. Førstnævnte begrænsninger er dem, der per definition begrænser konkurrencen. Der er her tale om begrænsninger, der i lyset af selve formålet med Fællesskabets konkurrenceregler formodes at have negative følger for konkurrencen, hvorfor det med henblik på anvendelse af artikel 81, stk. 1, ikke er nødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet ([10]). Desuden er det usandsynligt, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, vil være opfyldt i tilfælde af konkurrencebegrænsninger, der skyldes selve formålet med aftalen. Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen eller ej, bygger på en række forskellige faktorer. Disse faktorer omfatter bl.a. aftalens indhold og hensigten med aftalen. Det kan også være nødvendigt at se nærmere på den sammenhæng, hvori den anvendes eller vil blive anvendt, og parternes konkrete adfærd på markedet ([11]). Den måde, hvorpå en aftale gennemføres i praksis, kan afsløre, at den har til formål af begrænse konkurrencen, skønt den formelle aftale ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse herom. Vidnesbyrd om, at parterne har en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen er en relevant faktor, men ikke en nødvendig betingelse. I relation til licensaftaler er det Kommissionens opfattelse, at de begrænsninger, der optræder på listen over alvorlige konkurrencebegrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, er begrænsninger, der skyldes selve formålet med aftalen.

11. For at licensaftaler kan betragtes om aftaler, der har til følge at begrænse konkurrencen, skal de kunne påvirke konkurrencen i en sådan grad, at der med rimelig stor sandsynlighed kan forventes negative følger for priser, output og innovation eller udbuddet eller kvaliteten af varer og tjenesteydelser på det relevante marked. De sandsynlige negative konsekvenser for konkurrencen skal være mærkbare ([12]). Det er sandsynligt, at en aftale vil få konkurrencebegrænsende virkninger, når mindst en af aftaleparterne har eller opnår en vis markedsstyrke, og når aftalen bidrager til at skabe, fastholde eller forstærke denne markedsstyrke eller sætter aftaleparterne i stand til at udnytte den pågældende markedsstyrke. Markedsstyrke består i evnen til at fastholde priserne på et niveau, der ligger over det, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, eller fastholde et output, der i henseende til produktionsmængder, produktkvalitet, produktudbud eller innovation ligger under det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, i en længere periode.

12. Licensaftaler kan bidrage til at skabe, fastholde eller forstærke markedsstyrke ved at begrænse konkurrencen mellem aftaleparterne eller ved at begrænse konkurrencen fra tredjeparter. I forbindelse med vurderingen af de sandsynlige negative følger for konkurrencen er det vigtigt at tage hensyn til ikke blot aftalens følger for priser og output, men også eventuelle negative følger for innovationen. Licensaftaler med mærkbare negative følger for aftaleparternes eller tredjeparters innovation rammes af forbuddet i artikel 81, stk. 1.

13. For at kunne analysere de konkurrencebegrænsende virkninger af aftaler er det normalt nødvendigt at definere det relevante marked og foretage en undersøgelse og vurdering af bl.a. de berørte produkters og teknologiers art, parternes markedsstilling, konkurrenternes markedsstilling, aftagernes markedsstilling, tilstedeværelsen af potentielle konkurrenter og hindringerne for adgang til markedet.

14. Vurderingen af, om licensaftaler er konkurrencebegrænsende, skal foretages med udgangspunkt i den konkrete sammenhæng, hvori der ville optræde konkurrence uden aftalen og uden de konkurrencebegrænsninger, den angiveligt medfører ([13]). Som led i denne vurdering er det nødvendigt at tage hensyn til de sandsynlige følger af den angiveligt konkurrencebegrænsende aftale for interteknologi-konkurrencen (dvs. konkurrencen mellem virksomheder, der benytter konkurrerende teknologier) og for intrateknologi-konkurrencen (dvs. konkurrencen mellem virksomheder, der benytter samme teknologi) ([14]). Aftalens konsekvenser for konkurrencen kan bedømmes med udgangspunkt i følgende to spørgsmål:

a) Begrænser aftalen den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have eksisteret, hvis der ikke var blevet meddelt licens? Hvis ja, falder aftalen normalt ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, hvis handelen mellem medlemsstater kan blive mærkbart påvirket. Hvis f.eks. to virksomheder, der er etableret i forskellige medlemsstater, meddeler hinanden licens på konkurrerende teknologier og giver hinanden tilsagn om ikke at sælge produkter på deres respektive hjemmemarkeder, begrænses den (potentielle) konkurrence, der eksisterede forud for aftalen. Tilsvarende gælder det, at hvis en licensgiver påbyder sine licenstagere ikke at benytte konkurrerende teknologier, og disse påbud holder tredjeparters teknologier uden for markedet, idet der sker en begrænsning af den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have eksisteret uden den pågældende aftale.

b) Begrænser aftalen den konkurrence, der ville have eksisteret uden de(n) påståede konkurrencebegrænsning(er)? Dette spørgsmål har at gøre med, om begrænsningen er objektivt nødvendig for indgåelsen af aftalen eller ej. Hvis ja, rammes aftalen og dens begrænsninger ikke af forbuddet i artikel 81, stk. 1. Denne vurdering foretages på grundlag af objektive faktorer, som parterne selv ikke har nogen indflydelse på, og ikke på grundlag af parternes egne subjektive synspunkter og kendetegn. Spørgsmålet er ikke, om parterne i deres specifikke situation ville have accepteret at indgå en mindre konkurrencebegrænsende aftale, men om andre virksomheder i en tilsvarende kontekst ville have indgået en mindre konkurrencebegrænsende aftale, når henses til aftalens karakter og markedets kendetegn. Eksempelvis kan territoriale begrænsninger i en aftale mellem ikke-konkurrenter falde uden for artikel 81, stk. 1, hvis begrænsningerne er objektivt nødvendige for at trænge ind på et nyt marked. Det er ikke tilstrækkeligt at hævde, at udbyderen uden den pågældende begrænsning ville have benyttet sig af vertikal integration. En virksomheds beslutning om at lade sig vertikalt integrere eller ej afhænger af en lang række komplekse økonomiske faktorer, hvoraf nogle har at gøre med virksomhedens interne forhold. Under alle omstændigheder viser i almindelighed den oprindelige beslutning om at sætte sin lid til samarbejde snarere end vertikal integration, at den vertikale integration ikke var praktisabel.

15. Licensaftaler kan imidlertid ikke kun være til skade for konkurrencen. De kan også i høj grad være befordrende for konkurrencen. Licensaftaler kan fremme innovationen ved at sætte innovatorerne i stand til at opnå et økonomisk udbytte til dækning af i hvert fald en del deres udgifter til forskning og udvikling. Licensaftaler kan også føre til spredning af teknologier, der skaber værdi ved at mindske licenstagerens produktionsomkostninger eller ved at sætte licenstageren i stand til at fremstille nye eller forbedrede produkter. Effektivitetsgevinster på licenstagerniveau stammer normalt fra en kombination af licensgiverens teknologi på den ene side og licenstagerens aktiver og teknologier på den anden side. En sådan sammenkobling af komplementære aktiver kan føre til en cost/output-konfiguration, der ellers ikke ville have været mulig. Eksempelvis kan kombinationen af en licensgivers forbedrede teknologi og en licenstagers mere effektive produktions- eller distributionsmetoder mindske produktionsomkostningerne eller føre til produkter af en højere kvalitet.

16. Licensaftalernes konkurrencefremmende virkninger skal afvejes mod de konkurrencebegrænsende virkninger inden for rammerne af artikel 81, stk. 3. Når alle fire betingelser i artikel 81, stk. 3, er opfyldt, er den konkurrencebegrænsende aftale gyldig, og den kan håndhæves, uden at det er nødvendigt at træffe nogen forudgående beslutning herom ([15]). Alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder kun betingelserne i artikel 81, stk. 3, under helt exceptionelle omstændigheder. Sådanne aftaler opfylder almindeligvis ikke (mindst) en af de første to betingelser i artikel 81, stk. 3. De skaber normalt ingen objektive økonomiske fordele eller fordele for forbrugerne. Desuden opfylder disse typer aftaler normalt ikke nødvendighedskriteriet i den tredje betingelse. Hvis f.eks. to konkurrenter meddeler hinanden licens på deres respektive teknologier og som led i denne aftale begrænser hinandens frihed til selv at bestemme priserne på og outputtet af de produkter, der fremstilles ved hjælp af de pågældende teknologier, da vil aftalen normalt føre til et lavere output, en dårlig ressourceallokering og højere priser for forbrugerne. Pris- og produktionsbegrænsninger knyttet til de produkter, der skal fremstilles, er heller ikke nødvendige for at opnå de effektivitetsgevinster, som de to konkurrenter ellers ville kunne sikre sig takket være deres adgang til begge teknologier.

3. Afgrænsning af det relevante marked

17. Den metode, som Kommissionen benytter til afgrænsning af det relevante marked, er beskrevet i dens retningslinjer for afgrænsning af det relevante marked ([16]). Nærværende retningslinjer beskæftiger sig kun med de aspekter af markedsafgrænsningen, der er særlig vigtige på teknologilicensområdet.

18. Teknologi er et input, der integreres i enten et produkt eller en produktionsproces. Teknologioverførsel kan derfor påvirke konkurrencen på både inputmarkeder og outputmarkeder. En aftale mellem to parter, der sælger konkurrerende produkter, og som meddeler hinanden licens på de teknologier, der benyttes til fremstilling af de pågældende produkter, kan begrænse konkurrencen på det pågældende produktmarked. Den kan også begrænse konkurrencen på teknologimarkedet og muligvis også på andre inputmarkeder. Med henblik på vurderingen af de konkurrencemæssige følger af licensaftaler kan det derfor være nødvendigt at afgrænse både relevante markeder for varer og tjenesteydelser (produktmarkeder) og teknologimarkeder ([17]). Udtrykket »produktmarked« i gruppefritagelsesforordningens artikel 3 refererer til relevante markeder for varer og tjenesteydelser i såvel geografisk som produktmæssig henseende. Som det fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra h), benyttes udtrykket udelukkende med henblik på at skelne mellem relevante produktmarkeder og relevante teknologimarkeder.

19. Produktmarkeder omfatter især slutprodukter og mellemprodukter, der inkorporerer den overførte teknologi, samt alternativerne hertil.

20. Teknologimarkeder omfatter den overførte teknologi og alternativerne hertil, dvs. andre teknologier, som kunderne kan benytte som alternativer. Den metode, der benyttes til at afgrænse teknologimarkeder, følger samme principper som afgrænsningen af produktmarkeder. Med udgangspunkt i den teknologi, der markedsføres af parterne, er det nødvendigt at identificere de øvrige teknologier, som kunderne kan skifte til som reaktion på en lille, men permanent stigning i de relative priser, dvs. licensafgifterne (royalties).

21. Når først de relevante markedet er blevet afgrænset, kan markedsandelene fordeles på de forskellige kilder til konkurrence på markedet og benyttes som indikator for markedsdeltagernes relative styrke. I forbindelse med teknologimarkeder kan markedsandelen beregnes på basis af hver enkelt teknologis andel af de samlede licensindtægter, som svarer til en given teknologis andel af det marked, hvorpå der meddeles licens på konkurrerende teknologier. En alternativ metode, nemlig den, der benyttes i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 3, består i at beregne markedsandele på teknologimarkedet med udgangspunkt i salget af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, på produktmarkeder i efterfølgende led. Benyttes denne metode, tages der hensyn til al salg, uanset om produktet bygger på en overført teknologi eller ej. Ved at tage hensyn til teknologier, der (kun) benyttes internt, afviger artikel 3, stk. 3, fra normal praksis ([18]). I forbindelse med teknologimarkeder er den metode, der er beskrevet i artikel 3, stk. 3, dog berettiget. Denne metode giver i almindelighed et godt billede af teknologiens styrke. For det første fanger den al potentiel konkurrence fra virksomheder, der fremstiller produkter ved hjælp af deres egen teknologi, og som sandsynligvis vil begynde at meddele licens på denne teknologi i tilfælde af en lille, men permanent prisstigning på licenser. For det andet gælder det, at selv hvis det er usandsynligt, at andre teknologiejere vil begynde at meddele licens på deres teknologi, har licensgiveren ikke nødvendigvis markedsstyrke på teknologimarkedet, selv om han modtager en stor andel af licensindtægterne. Hvis det efterfølgende produktmarked er konkurrencepræget, kan konkurrencen på dette niveau reelt lægge bånd på licensgiveren. En stigning i licensafgifterne på markederne i forudgående led påvirker licenstagerens udgifter, gør ham mindre konkurrencedygtig og bevirker, at han mister salg. En teknologis markedsandel på produktmarkedet fanger også dette element og er derfor normalt en god indikator for licensgiverens markedsstyrke. I individuelle sager, der falder uden for gruppefritagelsesforordningens »sikre havn«, kan det imidlertid være nødvendigt at anvende begge de her beskrevne metoder for nøjagtigt at kunne vurdere licensgiverens markedsstyrke.

22. Nogle licensaftaler kan påvirke innovationen. I forbindelse med analysen af sådanne virkninger vil Kommissionen imidlertid normalt begrænse sig til at vurdere aftalens følger for konkurrencen på eksisterende produkt- og teknologimarkeder ([19]). Konkurrencen på sådanne eksisterende markeder kan blive påvirket af aftaler, der forsinker lanceringen af forbedrede produkter eller nye produkter, der med tiden vil erstatte de eksisterende produkter. I sådanne tilfælde udgør innovation en kilde til potentiel konkurrence, som skal tages med i betragtning ved vurdering af aftalens indflydelse på produktmarkeder og teknologimarkeder. I et begrænset antal sager kan det imidlertid være nyttigt og nødvendigt at afgrænse innovationsmarkeder. Det vil især være tilfældet, når aftalen påvirker innovation, der tager sigte på at skabe nye produkter, og når det på et tidligt tidspunkt er muligt at identificere F&U-centre ([20]). I sådanne sager kan man undersøge, om der efter gennemførelsen af aftalen vil være tilstrækkeligt mange konkurrerende F&U-centre tilbage til at fastholde en effektiv konkurrence på innovationsområdet.

4. **Sondringen mellem konkurrenter og ikke-konkurrenter**

23. Generelt udgør aftaler mellem konkurrenter en større risiko for konkurrencen end aftaler mellem ikke-konkurrenter. Konkurrence mellem virksomheder, der benytter samme teknologi (intrateknologi-konkurrence) udgør imidlertid et vigtigt supplement til konkurrence mellem virksomheder, der benytter konkurrerende teknologier (interteknologi-konkurrence). Eksempelvis kan intrateknologi-konkurrence føre til lavere priser på produkter, der inkorporerer den pågældende teknologi, hvilket ikke blot kan medføre direkte og øjeblikkelige fordele for forbrugerne af disse produkter, men også skærpe konkurrencen mellem virksomheder, der benytter konkurrerende teknologier. I forbindelse med licensaftaler skal der også tages hensyn til, at licenstagerne sælger deres eget produkt. De videresælger ikke et produkt leveret af en anden virksomhed. Der kan således være bedre muligheder for produktdifferentiering og kvalitetskonkurrence mellem licenstagere end i forbindelse med vertikale aftaler om videresalg af produkter.

24. For at kunne bestemme konkurrenceforholdet mellem parterne er det nødvendigt at undersøge, om parterne ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter uden aftalen. Hvis parterne ikke ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter på et relevant marked uden aftalen, betragtes de som ikke-konkurrenter. Hvis licensgiver og licenstager til gengæld begge er aktive på samme produktmarked eller teknologimarked, er de faktiske konkurrenter på det pågældende marked. Parterne betragtes som potentielle konkurrenter på produktmarkedet, hvis de uden aftalen sandsynligvis ville have foretaget de nødvendige ekstra investeringer for at trænge ind på det relevante marked som reaktion på en lille, men permanent stigning i produktpriser. Det er f.eks. sandsynligt, at parterne vil blive betragtet som potentielle konkurrenter på produktmarkedet, når licenstageren producerer på basis af egen teknologi på ét geografisk marked og begynder at producere på et andet geografisk marked på basis af en konkurrerende teknologi. Under disse omstændigheder er det sandsynligt, at licenstageren ville have været i stand til at trænge ind på det andet geografiske marked ved hjælp af sin egen teknologi, medmindre der er objektive faktorer, der forhindrer en sådan markedsindtrængen. Parterne betragtes som potentielle konkurrenter på teknologimarkedet, hvis de ejer indbyrdes substituerbare teknologier, selv hvis licenstageren i en konkret sag ikke meddeler licens på sin egen teknologi, forudsat at han kan forventes at ville gøre det i tilfælde af en lille, men permanent stigning i teknologipriser.

25. Hvis parterne ejer ensidigt eller gensidigt blokerende teknologier, betragtes de som ikke-konkurrenter på teknologimarkedet. Der foreligger en ensidig blokering, når en teknologi ikke kan udnyttes uden at krænke en anden teknologi. Det er f.eks. tilfældet, når et patent dækker en forbedring af en teknologi, der er dækket af et andet patent. I det tilfælde forudsætter udnyttelsen af patentet på forbedringen, at indehaveren af dette patent opnår licens på grundpatentet. Teknologier er gensidigt blokerende, når ingen af dem kan udnyttes uden at krænke den anden teknologi, i hvilket tilfældet ejerne må opnå licens eller rettighedsfrafald fra hinanden. Ved vurderingen af, om der foreligger en blokering, vil Kommissionen tage udgangspunkt i objektive faktorer og ikke parternes subjektive synspunkter. Kommissionen formoder, at ejerne af teknologier, som set ud fra en teknisk synsvinkel er indbyrdes substituerbare, er potentielle konkurrenter på teknologimarkedet, medmindre parterne kan fremlægge overbevisende beviser for, at der foreligger en blokering. Der er behov for særligt overbevisende beviser i tilfælde af gensidige blokeringer. Som bevismateriale kan benyttes endelige retsafgørelser eller udtalelser fra uvildige eksperter. I sidstnævnte tilfælde vil Kommissionen bl.a. nøje undersøge, hvordan eksperterne er blevet udvalgt.

26. I nogle tilfælde kan det også sluttes, at skønt licensgiveren og licenstageren fremstiller konkurrerende produkter, er de ikke konkurrenter på det relevante produktmarked og det relevante teknologimarked, fordi den overførte teknologi repræsenterer en så markant innovation, at licenstagerens teknologi er blevet forældet eller ukonkurrencedygtig. I sådanne tilfælde skaber licensgiverens teknologi enten et nyt marked, eller den udelukker licenstagerens teknologi fra markedet. Ofte er det imidlertid ikke muligt at konkludere noget sådant på tidspunktet for indgåelsen af aftalen. Det er normalt først, når teknologien eller de produkter, der inkorporerer teknologien, har været udbudt til forbrugerne i nogen tid, at det viser sig, at den ældre teknologi er blevet forældet eller ukonkurrencedygtig. Da f.eks. cd-teknologien blev udviklet, og afspillere og cd'er blev lanceret på markedet, var det ikke umiddelbart indlysende, at denne nye teknologi ville erstatte lp-teknologien. Det viste sig først nogle år senere. Parterne vil derfor blive betragtet som konkurrenter, hvis det på tidspunktet for indgåelsen af aftalen ikke er åbenlyst, at licenstagerens teknologi er forældet eller ukonkurrencedygtig. Eftersom anvendelsen af både artikel 81, stk. 1 og stk. 3, imidlertid skal tage udgangspunkt i den konkrete sammenhæng, som aftalen optræder i, er vurderingen følsom over for materielle ændringer i de faktuelle forhold. Klassificeringen af forholdet mellem parterne vil derfor ændre sig, hvis licenstagerens teknologi på et senere tidspunkt bliver forældet eller ukonkurrencedygtig på markedet.

III. ANVENDELSE AF GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGEN

1. Virkningerne af gruppefritagelsen

27. Teknologioverførselsaftaler, der opfylder betingelserne i gruppefritagelsesforordningen, er gruppefritaget fra forbuddet i artikel 81, stk. 1. Aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, er lovlige og kan håndhæves. Sådanne aftaler kan kun forbydes i fremtiden og kun efter en formel inddragelse af gruppefritagelsen fra Kommissionens side eller en national konkurrencemyndigheds side. I forbindelse med privatretlige tvister kan de nationale domstole ikke erklære aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, ugyldige med henvisning til konkurrencereglerne.

28. En gruppefritagelse af kategorier af konkurrencebegrænsende teknologioverførselsaftaler bygger på en formodning om, at sådanne aftaler opfylder de fire betingelser i artikel 81, stk. 3. Det formodes således, at aftalerne medfører økonomiske effektivitetsgevinster, at begrænsningerne indeholdt i aftalerne er nødvendige for at opnå disse effektivitetsgevinster, at forbrugerne på de berørte markeder sikres en rimelig andel af effektivitetsgevinsterne, og at aftalerne ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter. Markedsandelstærsklerne (artikel 3), listen over alvorlige begrænsninger (artikel 4) og betingelserne (artikel 5) tjener til at sikre, at kun de aftaler, der med rimelighed kan formodes at opfylde de fire betingelser i artikel 81, stk. 3, gruppefritages.

29. De fleste teknologioverførselsaftaler er ikke konkurrencebegrænsende i artikel 81, stk. 1's betydning. I en række tilfælde, hvoraf nogle er nævnt i afsnit IV nedenfor, falder individuelle licensaftaler uden for artikel 81, stk. 1, enten fordi de ikke begrænser konkurrencen overhovedet, eller fordi konkurrencebegrænsningen ikke er mærkbar ([21]). For så vidt som sådanne aftaler under alle omstændigheder ville være omfattet af gruppefritagelsesforordningen, er der ikke behov for at tage stilling til, om de fanges af forbuddet i artikel 81, stk. 1 ([22]).

30. Uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde bliver det relevant at undersøge, om aftalen i den konkrete sag fanges af forbuddet i artikel 81, stk. 1. I bekræftende fald må det undersøges, om betingelserne i artikel 81, stk. 3, er opfyldt. Der hersker ingen formodning om, at teknologioverførselsaftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, er uforenelige med artikel 81. Navnlig hersker der ikke nogen illegalitetsformodning, blot fordi parternes markedsandele overstiger de tærskler, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 3. Sådanne aftaler er ikke nødvendigvis konkurrencebegrænsende, og selv hvis de er det, kan de meget vel opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3. Ikke-anvendelse af gruppefritagelsen betyder blot, at der skal foretages en individuel vurdering af aftalen. Det er kun når aftalerne indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, at det normalt kan formodes, at de er forbudt i henhold til artikel 81.

2. **Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde og varighed**

2.1. *Aftaler mellem to parter*

31. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 1, dækker forordningen teknologioverførselsaftaler »indgået mellem to virksomheder«. Teknologioverførselsaftaler mellem mere end to virksomheder er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Den afgørende faktor ved sondringen mellem aftaler mellem henholdsvis to og flere parter, er, at sidstnævnte er indgået mellem mere end to parter.

32. Aftaler mellem to parter falder inden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde, selv hvis aftalen fastsætter betingelser for mere end et omsætningsled. Gruppefritagelsesforordningen finder f.eks. anvendelse på en licensaftale, der ikke blot har relation til produktionen af et produkt, men også til distributionen af produktet, idet den indeholder de forpligtelser, som licenstageren skal eller kan pålægge forhandlerne af de produkter, der fremstilles på licens ([23]).

33. Licensaftaler mellem mere end to virksomheder giver ofte anledning til samme problemstillinger som licensaftaler af samme art indgået mellem to parter. I forbindelse med sin individuelle vurdering af licensaftaler af samme art som dem, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, men som indgås mellem mere end to parter, vil Kommissionen anvende principperne i gruppefritagelsesforordningen analogt. Aftaler indgået mellem mere end to virksomheder, der ville være faldet ind under gruppefritagelsen, hvis de var blevet indgået mellem blot to virksomheder, vil i princippet blive behandlet som om de var omfattet af gruppefritagelsen.

2.2. *Aftaler om fremstilling eller udførelse af aftaleprodukter*

34. Det følger af artikel 2, stk. 1, at for at være omfattet af gruppefritagelsesforordningen skal licensaftaler være aftaler om »fremstilling eller udførelse af aftaleprodukter«, dvs. produkter, der inkorporer eller fremstilles ved hjælp af den overførte teknologi. Gruppefritagelsesforordningen dækker ikke teknologipuljer. Begrebet teknologipuljer dækker over aftaler, hvorved to eller flere parter enes om at samle deres respektive teknologier i en pulje og meddele licens herpå som en pakke. Begrebet teknologipuljer dækker også over arrangementer, hvorved to eller flere virksomheder enes om at meddele en tredjepart licens og give ham tilladelse til at meddele andre licens på pakken af teknologier. Teknologipuljer er nærmere behandlet i afsnit IV.4 nedenfor. Tilsvarende finder gruppefritagelsesforordningen ikke anvendelse på aftaler, hvorved licensgiveren giver licenstageren tilladelse til at meddele tredjeparter licens (underlicenser) til udnyttelse af licensgiverens teknologi. Kommissionen vil imidlertid per analogi anvende principperne i gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer på sådanne overordnede licensaftaler mellem licensgiver og licenstager. Aftaler indgået mellem licenstageren og underlicenstagerne er omfattet af gruppefritagelsesforordningen.

35. Gruppefritagelsesforordningen finder ikke anvendelse på licensaftaler, herunder gensidige licensaftaler, der tjener til at sikre, at den ene part ikke gør sine intellektuelle ejendomsrettigheder gældende med det formål at forhindre den anden part i at udnytte egen teknologi (herefter benævnt »ikke-påberåbelsesaftale«). Den finder heller ikke anvendelse på aftaler, der ene og alene tjener til at afgøre påstande om, at den ene parts intellektuelle ejendomsrettigheder krænker den anden parts intellektuelle ejendomsrettigheder og vice versa (herefter benævnt »forligsaftaler«). I ingen af disse tilfælde indgås aftalen med henblik på fremstilling eller udførelse af aftaleprodukter. Sådanne aftaler er behandlet i afsnit IV.3 nedenfor.

36. Ved »aftaleprodukter« forstås varer og tjenesteydelser, der henholdsvis fremstilles og udføres ved hjælp af den overførte teknologi. Dette er tilfældet, både når den overførte teknologi benyttes som led i produktionsprocessen, og når den inkorporeres i selve produktet. I disse retningslinjer er begge situationer dækket af udtrykket »produkter, der inkorporerer den overførte teknologi«. Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der overføres teknologi med det formål at fremstille varer og udføre tjenesteydelser, herunder i forbindelse med underleveranceaftaler indgået af licensgiveren ([24]).

37. Underleveranceaftaler er aftaler, hvorved licensgiveren overfører teknologi til licenstageren, der forpligter sig til at fremstille bestemte produkter for ene og alene licensgiveren på basis af den overførte teknologi. Underleveranceaftaler kan også indebære, at licensgiveren leverer udstyr til fremstilling/udførelse af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af aftalen. For at sidstnævnte form for underlicensaftaler kan henføres under gruppefritagelsesforordningen, skal det være den overførte teknologi og ikke det leverede udstyr, der er aftalens hovedgenstand.

38. Underleveranceaftaler falder normalt uden for artikel 81, stk. 1, når den overførte teknologi eller det leverede udstyr er nødvendigt for fremstillingen/udførelsen af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af aftalen. Det er ikke i sig selv konkurrencebegrænsende, når en virksomhed outsourcer produktion til en anden virksomhed og forpligter underleverandøren til kun at benytte den overførte teknologi til fremstilling/udførelse af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af aftalen, og til udelukkende at levere disse varer og tjenesteydelser til licensgiveren. Den eksklusive leveringsforpligtelse er en fast bestanddel af underleveranceaftaler og udgør ikke en kundebegrænsning med henblik på anvendelse af gruppefritagelsesforordningen. Nødvendighedstesten er opfyldt, hvis underleverandøren uden den pågældende aftale ikke kunne have fremstillet et produkt med samme egenskaber som det produkt, licensgiveren har afgivet ordre på.

39. Underleveranceaftaler kan imidlertid blive ramt af forbuddet i artikel 81, stk. 1, når de omfatter andet og mere end blot et simpelt underleverancearrangement som beskrevet ovenfor. Der kan f.eks. opstå bekymringer for konkurrencen, hvis aftalerne forringer underleverandørens evne eller tilskyndelse til at innovere, hvis de lukker markedet af for tredjeparter, eller hvis de muliggør ulovlig samordning på markedet. Forpligtelser for underleverandører til at gennemføre forskning og udvikling samt grant-back-forpligtelser behandles på samme måde som i forbindelse med enhver anden licensaftale. Det samme gælder konkurrenceklausuler, der forpligter underleverandøren til ikke at indgå aftaler med tredjeparter om produkter, der ikke fremstilles for licensgiveren, eller aftaler om teknologier, der ikke er overført fra licensgiveren. Det forhold, at den produktion, der foregår på grundlag af aftalen, optager hovedparten af eller hele underleverandørens kapacitet, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at slutte, at der optræder markedsafskærmning, forudsat at underleverandører ikke er forhindret i at udvide sin kapacitet.

40. Underleveranceaftaler, således som de er defineret, omfatter ikke underleveranceaftaler om forskning og udvikling, hvorved licenstageren påtager sig at udføre yderligere forskning og udvikling på det område, der er omfattet af den overførte teknologi, og returnere den forbedrede teknologipakke til licensgiveren. Hovedformålet med sådanne aftaler består i udførelse af forsknings- og udviklingsopgaver, der kan forbedre teknologien, og ikke i fremstilling af varer og udførelse af tjenesteydelser på basis af den overførte teknologi. Sådanne aftaler falder uden for gruppefritagelsesforordningens og nærværende retningslinjers anvendelsesområde.

41. Gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne dækker heller ikke aftaler, hvorved der meddeles licens på en teknologi med det formål at sætte licenstageren i stand til at gennemføre yderligere forskning og udvikling for egen regning med henblik på senere brug. Gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne dækker f.eks. ikke licenser på teknologiske forskningsredskaber, der benyttes om led i videre forskningsaktiviteter.

2.3. *Begrebet teknologioverførselsaftaler*

42. Gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer dækker aftaler om overførsel af teknologi. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra b) og f), dækker begrebet »teknologi« patenter og patentansøgninger, brugsmodeller og ansøgninger om brugsmodeller, mønsterrettigheder, forædlerrettigheder, halvlederprodukters topografi, supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler eller andre produkter, for hvilke der kan udstedes supplerende beskyttelsescertifikater, softwarerettigheder og knowhow.

43. Knowhow er defineret i artikel 1, stk. 1, litra g), som en pakke ikke-patentbeskyttet teknisk information opnået gennem forsøg og afprøvning, der er hemmelig, væsentlig og identificeret. Ved »hemmelig« forstås, at den pågældende knowhow ikke er almindeligt kendt eller let tilgængelig. Ved »væsentlig« forstås, at den omfatter viden, der er nødvendig for fremstillingen eller udførelsen af de produkter, der er omfattet af licensaftalen, eller for anvendelsen af den proces, der er omfattet af licensaftalen. Ved »identificeret« forstås, at den er beskrevet på en sådan måde, at det kan afgøres, om den opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne.

44. Begrebet »overførsel« skal forstås således, at teknologien skal strømme fra en virksomhed til en anden. Sådanne overførsler finder normalt sted på grundlag af licensaftaler, hvorved licensgiveren giver licenstageren ret til at benytte hans teknologi mod betaling af en licensafgift. De kan også foregå på grundlag af underlicensaftaler, hvorved en licenstager — efter at have indhentet tilladelse hos licensgiveren — meddeler tredjeparter licens (underlicens) til at udnytte teknologien. I forbindelse med underlicensaftaler er aftalen mellem licensgiveren og licenstageren imidlertid ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen, eftersom den pågældende licens ikke meddeles med henblik på fremstilling/udførelse af varer og tjenesteydelser på basis af den overførte teknologi, jf. punkt 34 ovenfor.

45. I henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), dækker gruppefritagelsesforordningen også aftaler om overdragelse af teknologi, forudsat at den overdragende part bevarer risikoen forbundet med udnyttelsen af den intellektuelle ejendom. Det gælder især, når det beløb, der skal betales som vederlag for overdragelsen, afhænger af den omsætning, som den erhvervende part opnår fra de produkter, der fremstilles eller udføres ved hjælp af den overdragne teknologi, mængden af således fremstillede produkter eller mængden af operationer foretaget ved hjælp af den pågældende teknologi. Sådanne overdragelser er i funktionel henseende beslægtet med en traditionel licensaftale. Det er et fælles træk ved licensaftaler, at det vederlag, der skal betales til licensgiveren, afhænger af licenstagerens udnyttelse af den overførte teknologi. Andre tilfælde af overdragelse er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen.

46. Gruppefritagelsesforordningen finder kun anvendelse på aftaler, hvis hovedformål består i overførsel af teknologi i modsætning til køb af varer eller tjenester eller meddelelse af licens på andre intellektuelle ejendomsrettigheder. Aftaler, der indeholder bestemmelser om køb eller salg af produkter, falder kun ind under gruppefritagelsesforordningen, hvis disse bestemmelser ikke udgør aftalens hovedformål og har direkte relation til anvendelsen af den overførte teknologi. Dette vil med al sandsynlighed være tilfældet, når de bundne produkter består af maskiner eller procesinput, der er skræddersyet til inkorporering af den overførte teknologi eller gør det muligt at udnytte den effektivt. Hvis på den anden side produktet blot er et andet input i slutproduktet, skal det nøje undersøges, om teknologioverførslen udgør aftalens hovedformål. Eksempelvis gælder det, at hvis licenstageren allerede fremstiller et slutprodukt på basis af en anden teknologi, skal licensen føre til en væsentlig forbedring af licenstagerens produktionsproces, der er af større værdi end værdien af det produkt, der købes hos licensgiveren. Kravet om, at de bundne produkter skal have direkte relation til teknologioverførslen, indebærer, at gruppefritagelsesforordningen ikke dækker køb af produkter, der ikke har relation til de produkter, der inkorporer den overførte teknologi. Det er eksempelvis tilfældet, når det bundne produkt ikke er beregnet til at blive benyttet sammen med licensproduktet, men har at gøre med aktiviteter på et særskilt produktmarked.

47. Gruppefritagelsesforordningen dækker kun overførsel af andre former for intellektuel ejendom, f.eks. varemærker og ophavsrettigheder, ekskl. softwarerettigheder, hvis overførslen heraf har direkte relation til udnyttelsen af den overførte teknologi og ikke udgør aftalens hovedformål. Denne betingelse sikrer, at aftaler vedrørende andre intellektuelle ejendomsrettigheder kun kan henføres under gruppefritagelsen, hvis disse øvrige intellektuelle ejendomsrettigheder tjener til at sætte licenstageren i stand til at sikre en bedre udnyttelse af den overførte teknologi. Licensgiveren kan f.eks. give licenstageren tilladelse til at benytte hans varemærke på produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Varemærkelicensen kan sætte licenstageren i stand til at udnytte den overførte teknologi bedre, idet der hos forbrugerne skabes en direkte sammenhæng mellem produktet og de karakteristika, det har fået tilført via den overførte teknologi. En forpligtelse for licenstageren til at benytte licensgiverens varemærke kan også fremme spredningen af teknologi, idet licensgiveren identificeres som kilden til den underliggende teknologi. Når den overførte teknologi imidlertid er af begrænset værdi for licenstageren, fordi han allerede benytter en identisk eller meget lignende teknologi, og når aftalens centrale emne er varemærket, finder gruppefritagelsesforordningen ikke anvendelse ([25]).

48. Overførsel af ophavsrettigheder med henblik på reproduktion og distribution af det beskyttede værk, dvs. fremstilling af kopier med henblik på videresalg, anses at svare til overførsel af teknologi. Eftersom sådanne licensaftaler vedrører fremstilling og salg af produkter på basis af en intellektuel ejendomsrettighed, anses de at være af samme art som teknologioverførselsaftaler og giver normalt anledning til samme problemstillinger. I almindelighed vil Kommissionen derfor tage udgangspunkt i principperne i gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer ved vurderinger efter artikel 81 af sådanne aftaler om overførsel af ophavsrettigheder.

49. På den anden side giver licensaftaler om fremførelsesrettigheder og andre rettigheder forbundet med ophavsret anledning til nogle særlige problemstillinger, og det kan derfor være uberettiget at foretage en vurdering af sådanne licensaftaler på basis af principperne i disse retningslinjer. I forbindelse med de forskellige rettigheder forbundet med fremførelser er det ikke reproduktionen og salget af kopier, der skaber værdi, men de enkelte fremførelser af det beskyttede værk. Denne udnyttelse kan antage forskellige former, herunder fremførelse, fremvisning eller udlejning af beskyttet materiale såsom film, musik eller sportsarrangementer. Ved anvendelsen af artikel 81 skal der tages hensyn til værkets særlige kendetegn og den måde, hvorpå det udnyttes ([26]). Kommissionen vil derfor ikke per analogi anvende gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer på licensaftaler om disse øvrige rettigheder.

50. Kommissionen vil ej heller anvende de i gruppefritagelsesforordningen og i disse retningslinjer fastlagte principper på varemærkelicenser. Aftaler om varemærkelicenser optræder imidlertid ofte i forbindelse med distribution og videresalg af varer og tjenesteydelser og er almindeligvis mere beslægtet med distributionsaftaler end med teknologioverførselsaftaler. Når en varemærkelicens har direkte relation til brugen, salget eller videresalget af varer og tjenesteydelser og ikke udgør aftalens hovedgenstand, falder licensaftalen ind under Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis ([27]).

2.4. *Varighed*

51. Gruppefritagelsen finder anvendelse, så længe den af licensen omfattede ejendomsret ikke er udløbet eller blevet erklæret ugyldig. Med hensyn til knowhow finder gruppefritagelsen anvendelse, så længe den af licensen omfattede knowhow forbliver en hemmelighed, medmindre den bliver almindeligt kendt som følge af en handling begået af licenstageren, i hvilket tilfælde fritagelsen gælder i aftalens løbetid, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 2.

52. Gruppefritagelsen gælder for hver af de overførte ejendomsrettigheder, der er omfattet af aftalen, og ophører med at finde anvendelse på den dato, hvor den sidste intellektuelle ejendomsrettighed, der udgør »teknologi« som omhandlet i gruppefritagelsesforordningen (se punkt 42 ovenfor), udløber, erklæres ugyldig eller bliver almindeligt tilgængelig.

53. Når en licensaftale falder uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde, kan vurderingen variere alt afhængigt af den intellektuelle ejendomsrettigheds art og afhængigt af, om aftalen f.eks. vedrører et grundpatent eller en forbedring af et grundpatent, der er udløbet.

2.5. *Forholdet til andre gruppefritagelsesforordninger*

54. Gruppefritagelsesforordningen dækker aftaler mellem to parter om overførsel af teknologi med henblik på fremstilling eller udførelse af aftaleprodukter. Teknologi kan imidlertid også være et element i andre typer aftaler. Desuden sælges de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, efterfølgende på markedet. Det er derfor nødvendigt at se på samspillet mellem gruppefritagelsesforordningen og Kommissionens forordning (EF) nr. 2658/2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af specialiseringsaftaler ([28]), Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler ([29]) og Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis ([30]).

2.5.1. Gruppefritagelsesforordningerne om specialiserings- og F & U-aftaler

55. I henhold til artikel 1, stk. 1, litra c), i forordning (EF) nr. 2658/2000 om specialiseringsaftaler dækker den forordning bl.a. fælles produktionsaftaler, hvorved to eller flere parter aftaler at producere bestemte produkter i fællesskab. Forordningen finder også anvendelse på bestemmelser om overdragelse eller brug af intellektuelle ejendomsrettigheder, forudsat at de ikke udgør hovedformålet med aftalen, men er direkte knyttet til og nødvendige for dens gennemførelse.

56. Når virksomheder etablerer et produktions-joint venture og giver joint venture-selskabet licens til at udnytte teknologi, der benyttes i produktionen af joint venture-selskabets produkter, er denne licensering underlagt reglerne i forordning (EF) nr. 2658/2000 og ikke gruppefritagelsesforordningen. Det betyder, at licensering i forbindelse med et produktions-joint venture normalt skal vurderes med udgangspunkt i forordning (EF) nr. 2658/2000. Hvis joint venture-selskabet imidlertid begynder at meddele tredjeparter licens på teknologien, er aktiviteten ikke længere knyttet til joint venture-selskabets produktion og derfor ikke omfattet af forordning (EF) nr. 2658/2000. Sådanne licensarrangementer, der bringer parternes teknologier sammen, udgør teknologipuljer, der er nærmere behandlet i afsnit IV.4 nedenfor.

57. Forordning (EF) nr. 2659/2000 om forsknings- og udviklingsaftaler dækker aftaler, hvorved to eller flere virksomheder aftaler at gennemføre fælles forskning og udvikling og at udnytte resultaterne heraf i fællesskab. I henhold til artikel 2, nr. 11, forudsætter fælles forskning og udvikling og fælles udnyttelse af resultaterne, at arbejdet i forbindelse hermed udføres af et fælles forskerhold, en fælles enhed eller en fælles virksomhed, i fællesskab overlades til tredjemand eller fordeles mellem parterne, således at de specialiserer sig i forskning, udvikling, produktion eller distribution, herunder meddelelse af licenser.

58. Det følger, at forordning (EF) nr. 2659/2000 dækker licensering parterne imellem og parternes meddelelse af licens til en fælles enhed som led i en forsknings- og udviklingsaftale. Som led i en sådan aftale kan parterne også fastsætte betingelserne for licensering af resultaterne af F&U-aftalen til tredjeparter. Da tredjepartslicenstagere ikke er part i F&U-aftalen, er den individuelle licensaftale indgået med tredjeparter ikke omfattet af forordning (EF) nr. 2659/2000. Sådanne licensaftaler er gruppefritaget, når de opfylder betingelserne i gruppefritagelsesforordningen.

2.5.2. Gruppefritagelsesforordningen om vertikale aftaler

59. Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 om vertikale aftaler dækker aftaler mellem to eller flere virksomheder, der med henblik på gennemførelsen af aftalerne virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenesteydelser. Den dækker således leverings- og distributionsaftaler ([31]).

60. Eftersom gruppefritagelsesforordningen kun dækker aftaler mellem to parter, og eftersom en licenstager, der sælger produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, er en leverandør med henblik på anvendelse af forordning (EF) nr. 2790/1999, er der en tæt forbindelse mellem de to gruppefritagelsesforordninger. Aftalen mellem licensgiver og licenstager falder ind under gruppefritagelsesforordningen, mens aftaler indgået mellem en licenstager og købere falder ind under forordning (EF) nr. 2790/1999 og retningslinjerne for vertikale begrænsninger ([32]).

61. Gruppefritagelsesforordningen medfører også fritagelse af aftaler mellem licensgiver og licenstager, der pålægger licenstager forpligtelser med hensyn til, hvordan han skal sælge de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Licenstageren kan således være forpligtet til at etablere en bestemt slags distributionssystem såsom et eksklusivt distributionssystem eller et selektivt distributionssystem. Distributionsaftaler, der indgås med henblik på at indføre sådanne forpligtelser, skal imidlertid, for at kunne blive gruppefritaget, overholde bestemmelserne i forordning (EF) nr. 2790/1999. Licensgiveren kan eksempelvis pålægge licenstageren at etablere et system baseret på eksklusiv distribution i overensstemmelse med bestemte regler. Det følger imidlertid af artikel 4, litra b), i forordning (EF) nr. 2790/1999, at forhandlerne skal kunne foretage passivt salg ind i andre forhandleres eneforhandlingsområder.

62. Desuden skal forhandlere i princippet frit kunne foretage såvel aktivt som passivt salg ind i områder omfattet af distributionssystemer tilhørende andre licenstagere, der fremstiller deres egne produkter på basis af den overførte teknologi. Med henblik på anvendelse af forordning (EF) nr. 2790/1999 betragtes hver enkelt licenstager som en særskilt leverandør. De begrundelser, der ligger til grund for gruppefritagelsen i den forordning, kan imidlertid også anvendes, når de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, sælges af licenstagerne under et fælles mærke tilhørende licensgiveren. Når de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, sælges under et fælles mærke, kan der være samme effektivitetsbegrundelser for at gøre samme typer begrænsninger gældende mellem licenstageres distributionssystemer som inden for et enkelt vertikalt distributionssystem. I sådanne tilfælde er det ikke sandsynligt, at Kommissionen vil anfægte begrænsninger, når betingelserne i forordning (EF) nr. 2790/1999 per analogi er opfyldt. En fælles mærkeidentitet fordrer, at produkterne sælges og markedsføres under et fælles mærke, der er fremherskende og signalerer kvalitet og andre relevante oplysninger for forbrugerne. Det er ikke tilstrækkeligt, at produktet — foruden licenstagernes mærker — bærer licensgiverens mærke, der identificerer denne som kilde til den overførte teknologi.

3. **Gruppefritagelsesforordningens »sikre havn«**

63. I henhold til artikel 3 i gruppefritagelsesforordningen er gruppefritagelsen af konkurrencebegrænsende aftaler betinget af, at de deltagende parters markedsandele ikke overskrider bestemte tærskler, hvorved gruppefritagelsens anvendelsesområde begrænses til aftaler, der generelt kan formodes at opfylde betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3.

64. Den gældende tærskel afhænger af, om aftalen indgås mellem konkurrenter eller ikke-konkurrenter. Med henblik på anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen betragtes virksomheder som konkurrenter på det relevante teknologimarked, når de meddeler licens på konkurrerende teknologier til tredjeparter. Der tages ikke hensyn til den potentielle konkurrence på teknologimarkedet ved anvendelse af markedsandelstærsklerne. Uden for den såkaldte »sikre havn« tages der til gengæld hensyn til den potentielle konkurrence på teknologimarkedet, og det kan føre til en omklassificering af konkurrenceforholdet mellem parterne, jf. især punkt 24 ovenfor.

65. Virksomheder er konkurrenter med hensyn til de relevante produkter, når de begge er aktive på det eller de relevante produktmarkeder og geografiske markeder, hvorpå der sælges produkter, der inkorporerer den overførte teknologi (faktiske konkurrenter). De betragtes også som konkurrenter, når de realistisk set vil være indstillet på at gennemføre ekstra investeringer eller påtage sig omkostninger til omlægning af deres produktion med det formål at trænge ind på det eller de relevante produktmarkeder og geografiske markeder som reaktion på en lille, men permanent stigning i de relative priser (potentielle konkurrenter).

66. Det følger af punkt 64 og 65, at to virksomheder ikke er konkurrenter i relation til gruppefritagelsesforordningen, når licensgiveren hverken er en faktisk eller potentiel udbyder af produkter på det relevante marked, og licenstageren, der allerede er aktiv på produktmarkedet, ikke meddeler licens på en konkurrerende teknologi, selv om vedkommende ejer en konkurrerende teknologi og producerer på basis heraf. Parterne bliver imidlertid konkurrenter, hvis licenstageren på et senere tidspunkt begynder at meddele licens på sin teknologi, eller hvis licensgiveren bliver en faktisk eller potentiel udbyder af produkter på det relevante marked. Når markedsandelstærsklen er overskredet, tages der desuden hensyn til den potentielle konkurrence på teknologimarkedet, jf. punkt 61 ovenfor.

67. Ved aftaler mellem konkurrenter ligger markedsandelstærsklen på 20 %, mens den ved aftaler mellem ikke-konkurrenter ligger på 30 %, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 1 og 2. Når parterne til licensaftalen ikke er konkurrenter, er aftalen omfattet af gruppefritagelsen, forudsat at ingen af dem har en markedsandel på over 30 % på de relevante teknologi- og produktmarkeder. Når aftaleparterne er konkurrenter, er aftalen omfattet af gruppefritagelsen, så længe parternes kombinerede markedsandel ikke overskrider 20 % på de relevante teknologi- og produktmarkeder. Det følger heraf, at markedsandelstærsklerne finder anvendelse på både teknologimarkeder og markeder for produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Hvis den gældende markedsandelstærskel overskrides på et bestemt relevant marked, bortfalder gruppefritagelsen for aftalen vedrørende det marked.

68. Når der er tale om teknologimarkeder, beregnes licensgiverens markedsandel med udgangspunkt i licensgiverens, licenstagerens og andre licenstageres samlede salg af produkter, der inkorporerer licensgiverens teknologi, og dét særskilt for hvert enkelt produktmarked, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 3 ([33]). Når parterne er konkurrenter på teknologimarkedet, lægges salget af produkter, der inkorporerer licenstagerens teknologi, til salget af produkter, der inkorporerer licensgiverens teknologi. Når det drejer sig om nye teknologier, der endnu ikke har genereret noget salg, fastsættes markedsandelen til nul. Når salget kommer i gang, vil teknologien begynde at akkumulere markedsandele.

69. Når der er tale om produktmarkeder, beregnes licenstagerens markedsandel med udgangspunkt i hans salg af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, og hans salg af konkurrerende produkter, dvs. licenstagerens samlede salg på det pågældende produktmarked. Når også licensgiveren udbyder produkter på det relevante marked, tages licensgiverens salg på det pågældende produktmarked også med i betragtning. Ved beregningen af produktmarkedsandele tages der dog ikke hensyn til andre licenstageres salg i forbindelse med beregningen af licenstagerens og/eller licensgiverens markedsandel.

70. Markedsandele beregnes på grundlag af værdibaserede salgsdata, hvis sådanne findes. Sådanne data giver normalt et mere præcist billede af en teknologis styrke end mængdebaserede data. Hvis der ikke er adgang til værdibaserede salgsdata, kan beregningen imidlertid foretages på grundlag af anden pålidelig markedsinformation, herunder mængdebaserede data.

71. Ovennævnte principper kan illustres med følgende eksempler:

Licensaftaler mellem ikke-konkurrenter

Eksempel 1

Virksomhed A er specialiseret i udvikling af bioteknologiske produkter og teknikker og har udviklet et nyt produkt kaldet Xeran. Virksomheden er ikke aktiv som storproducent af Xeran, da den ikke råder over de fornødne produktions- eller distributionsfaciliteter. Virksomhed B er en af producenterne af konkurrerende produkter, som fremstilles ved hjælp af frit tilgængelige teknologier. I år 0 solgte virksomhed B produkter fremstillet ved hjælp af de frit tilgængelige teknologier til en værdi af 25 mio. EUR. I år 1 meddeler virksomhed A virksomhed B licens til at producere Xeran. I det år sælger virksomhed B produkter fremstillet ved hjælp af de frit tilgængelige teknologier til en værdi af 15 mio. EUR og Xeran til en værdi af 15 mio. EUR. I år 2 og de efterfølgende år fremstiller og sælger virksomhed B kun Xeran til en værdi af 40 mio. EUR om året. I år 1 meddeler virksomhed A også virksomhed C licens. C har ikke tidligere været aktiv på det pågældende produktmarked. Virksomhed C fremstiller og sælger kun Xeran, nemlig til en værdi af 10 mio. EUR i år 1 og 15 mio. EUR i år 2 og de efterfølgende år. Det antages, at det samlede marked for Xeran og alternativerne til Xeran, på hvilket virksomhed B og C begge er aktive, repræsenterer en værdi af 200 mio. EUR hvert år.

I år 1, dvs. det år, hvor licensaftalen indgås, udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 0 %, da dens markedsandel skal beregnes på basis af det samlede salg af Xeran i det forudgående år. I år 2 udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 12,5 % beregnet ud fra værdien af virksomhed B's og C's Xeran-produktion i det forudgående år. I år 3 og derefter udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 27,5 % beregnet ud fra værdien af virksomhed B's og C's Xeran-produktion i det forudgående år.

I år 1 udgør virksomhed B's markedsandel på produktmarkedet 12,5 % beregnet ud fra virksomhed B's salg på 25 mio. EUR i år 0. I år 2 udgør virksomhed B's markedsandel 15 %, fordi dens salg voksede til 30 mio. EUR i år 1. I år 3 og derefter ligger virksomhed B's markedsandel på 20 %, eftersom dens salg udgør 40 mio. EUR om året. Virksomhed C's markedsandel på produktmarkedet udgør 0 % i år 1, 1,5 % i år 2 og 7,5 % i årene derefter.

Da der er tale om en aftale mellem ikke-konkurrenter, og da markedsandelen for virksomhed A, B og C ligger under 30 % hvert år, falder aftalerne automatisk ind under gruppefritagelsesforordningen.

Eksempel 2

Situationen er den samme som i eksempel 1, men nu opererer virksomhed B og C på forskellige geografiske markeder. Det antages, at det samlede marked for Xeran og alternativerne til Xeran repræsenterer en værdi af 100 mio. EUR på hvert marked.

I dette tilfælde skal virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet beregnes for hvert af de to geografiske markeder. På det marked hvor virksomhed B er aktiv, afhænger virksomhed A's markedsandel af virksomheds B's salg af Xeran. Da det i dette eksempel antages, at det samlede marked repræsenterer en værdi af 100 mio. EUR, dvs. halvdelen af markedets værdi i eksempel 1, udgør virksomhed A's markedsandel 0 % i år 1, 15 % i år 2 og 40 % derefter. Virksomhed B's markedsandel udgør 25 % i år 1, 30 % i år 2 og 40 % i år 3. I år 1 og 2 overskrider hverken virksomhed A's eller virksomhed B's markedsandel tærsklen på 30 %. Tærsklen er imidlertid overskredet fra og med år 3, og i henhold til artikel 8, stk. 3, i gruppefritagelsesforordningen betyder det, at efter år 4 kan aftalen mellem virksomhed A og B ikke automatisk tilgodeses af gruppefritagelsen, men må gøres til genstand for en individuel vurdering.

På det marked, hvor virksomhed C er aktiv, afhænger virksomhed A's markedsandel af virksomhed C's salg af Xeran. Beregnet med udgangspunkt i virksomhed C's salg i det forudgående år udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet derfor 0 % i år 1, 10 % i år 2 og 15 % derefter. Virksomhed C's markedsandel på produktmarkedet er den samme, nemlig 0 % i år 1, 10 % i år 2 og 15 % derefter. Licensaftalen mellem virksomhed A og C er derfor automatisk omfattet af gruppefritagelsen i hele perioden.

Licensaftaler mellem konkurrenter

Eksempel 1

Virksomhederne A og B er aktive på det samme relevante marked for et bestemt kemisk produkt. De besidder også hver især et patent på forskellige teknologier, der benyttes til fremstilling af dette produkt. I år 1 indgår virksomhed A og B en aftale, hvorved de meddeler hinanden licens til at benytte deres respektive teknologier. I år 0 producerer virksomhed A og B kun ved hjælp af deres egne teknologier, og virksomhed A sælger for 15 mio. EUR af produktet, mens virksomhed B sælger for 20 mio. EUR af produktet. Fra år 1 benytter de begge både deres egen og den anden parts teknologi. Fra og med det år sælger virksomhed A for 10 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af egen teknologi og for 10 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af virksomhed B's teknologi. Fra år 1 sælger virksomhed B for 15 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af egen teknologi og for 10 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af virksomhed A's teknologi. Det antages, at det samlede marked for produktet og alternativerne hertil repræsenterer en værdi af 100 mio. EUR hvert år.

Med henblik på vurderingen af licensaftalen efter gruppefritagelsesforordningen skal virksomhed A's og B's markedsandele beregnes på både teknologimarkedet og produktmarkedet. Virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet afhænger af den mængde af produktet, der blev solgt det forudgående år, og som blev fremstillet af enten virksomhed A eller B ved hjælp af virksomhed A's teknologi. I år 1 udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet derfor 15 %, hvilket afspejler virksomhedens egen produktion og eget salg på 15 mio. EUR i år 0. Fra og med år 2 udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 20 %, hvilket afspejler salget på 20 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af virksomhed A's teknologi og fremstillet og solgt af virksomhed A og B (10 mio. EUR hver). Tilsvarende i år 1 udgør virksomhed B's markedsandel på teknologimarkedet 20 % og i de efterfølgende år 25 %.

Virksomhed A's og B's markedsandele på produktmarkedet afhænger af deres respektive salg af produktet det forudgående år, uanset hvilken teknologi de har benyttet. Virksomhed A's markedsandel på produktmarkedet udgør 15 % i år 1 og 20 % derefter. Virksomhed B's markedsandel på produktmarkedet udgør 20 % i år 1 og 25 % derefter.

Da der er tale om en aftale mellem konkurrenter, må deres kombinerede markedsandel på såvel teknologimarkedet som produktmarkedet ikke overskride markedsandelstærsklen på 20 %, hvis aftalen skal kunne tilgodeses af en automatisk fritagelse. Det er tydeligvis ikke tilfældet i dette eksempel. Deres kombinerede markedsandel på teknologimarkedet og produktmarkedet udgør 35 % i år 1 og 45 % derefter. Det er derfor nødvendigt at foretage en individuel vurdering af denne aftale mellem konkurrenter.

4. Alvorlige konkurrencebegrænsninger efter gruppefritagelsesforordningen

4.1. *Generelle principper*

72. Artikel 4 i gruppefritagelsesforordningen indeholder en liste over alvorlige konkurrencebegrænsninger. Karakteriseringen af en konkurrencebegrænsning som alvorlig bygger på begrænsningens art og erfaringer, der viser, at sådanne begrænsninger næsten altid er til skade for konkurrencen. I henhold til Domstolens og Førsteinstansrettens retspraksis ([34]) kan en sådan begrænsning skyldes selve formålet med aftalen eller de specifikke omstændigheder i en given sag, jf. punkt 10 ovenfor. Det kan derfor være nødvendigt at undersøge de kendsgerninger, der ligger til grund for aftalen, og den kontekst, inden for hvilke aftalen fungerer, før det kan afgøres, om en bestemt begrænsning udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning.

73. Når en teknologioverførselsaftale indeholder en alvorlig konkurrencebegrænsning, følger det af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1 og 2, at aftalen som helhed falder uden for gruppefritagelsen. Alvorlige begrænsninger kan ikke adskilles fra resten af aftalen. Kommissionen er desuden af den opfattelse, at i forbindelse med individuelle vurderinger af aftaler vil alvorlige konkurrencebegrænsninger kun under exceptionelle omstændigheder opfylde de fire betingelser i artikel 81, stk. 3, jf. punkt 16 ovenfor.

74. I gruppefritagelsesforordningens artikel 4 skelnes der mellem aftaler mellem konkurrenter og aftaler mellem ikke-konkurrenter.

4.2. *Aftaler mellem konkurrenter*

75. Artikel 4, stk. 1, opregner forskellige alvorlige begrænsninger i forbindelse med licensaftaler mellem konkurrenter. Ifølge denne bestemmelse dækker gruppefritagelsesforordningen ikke aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål at:

a) begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjeparter

b) begrænse produktion eller salg, dog med undtagelse af begrænsninger af produktionen af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, som pålægges en licenstager i en ikke-gensidig aftale

c) opdele markeder eller fordele kunder, dog med undtagelse af:

i) en forpligtelse, som pålægges licenstageren i en ikke-gensidig aftale, til kun at udnytte den overførte teknologi inden for et eller flere tekniske anvendelsesområder eller på et eller flere produktmarkeder

ii) en forpligtelse for licenstageren til kun at fremstille eller udføre aftaleprodukterne til eget brug, herunder med henblik på salg af aftaleprodukterne som reservedele til licenstagerens egne produkter

d) begrænse licenstagerens muligheder for at udnytte egen teknologi eller begrænse aftaleparternes muligheder for at gennemføre forskning og udvikling, medmindre sidstnævnte begrænsning er nødvendig for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow.

76. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er nævnt i artikel 4, stk. 1, litra a), vedrører aftaler indgået mellem konkurrenter, der som formål har at fastætte priser på produkter, der sælges til tredjeparter. Prisfastsættelse mellem konkurrenter tjener et konkurrencebegrænsende formål. Prisfastsættelse kan f.eks. tage form af en direkte aftale om den nøjagtige pris, der skal kræves, eller om en prisliste med angivelse af de maksimalt tilladte rabatter. Prisfastsættelse kan også foregå indirekte ved at afskrække licenstageren fra at afvige fra et aftalt prisniveau, f.eks. ved at fastsætte, at licensafgiften vil blive forhøjet, hvis priserne på produkterne sænkes til under et bestemt niveau.

77. Prisfastsættelse kan også forekomme, når parter, der sælger konkurrerende produkter, gensidigt meddeler hinanden licens på teknologier, der inkorporeres i de pågældende produkter. Når licensafgifter beregnes på grundlag af salget af individuelle produkter, har licensafgiftens størrelse direkte indflydelse på produktets grænseomkostninger og dermed også direkte indflydelse på produktprisen ([35]). Konkurrenter kan derfor benytte licensafgifter som et middel til at koordinere priserne på produktmarkeder i efterfølgende led ([36]). Når konkurrenter indgår en aftale om gensidig licensudstedelse og gensidige licensafgifter baseret på salget af slutproduktet, vil Kommissionen behandle arrangementet som en prisaftale, hvis aftalen ikke fører til en væsentlig integration af komplementære teknologier. Hvis sidstnævnte ikke finder sted, tjener aftalen ikke noget konkurrencefremmende formål, og den udgør ikke et ægte licensarrangement. I de tilfælde, hvor arrangementet virkelig udgør et ægte licensarrangement, fordi det fører til en væsentlig integration af komplementære teknologier, vil aftalen normalt ikke falde ind under artikel 4, stk. 1, litra a), og vil i så fald være omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 20 %. Kommissionen vil kun betragte arrangementet som en prisaftale, hvis parterne rimeligvis kunne have valgt en mindre restriktiv betalingsordning såsom betaling af et engangsbeløb eller ensidig betaling af nettolicensafgifter, og hvis licensafgiften er af en sådan størrelsesorden, at den kan forventes at få en ikke ubetydelig indflydelse på prisniveauet.

78. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er nævnt i artikel 4, stk. 1, litra a), dækker også aftaler, i henhold til hvilke licensafgifter beregnes på basis af det samlede salg af produkter, hvad enten den overførte teknologi benyttes eller ej. Sådanne aftaler rammes også af artikel 4, stk. 1, litra d), der fastsætter, at der ikke må lægges hindringer i vejen for licenstagerens mulighed for at udnytte sin egen teknologi, jf. punkt 89 nedenfor. Ifølge selve deres natur tjener sådanne aftaler til at begrænse konkurrencen, da de gør det dyrere for licenstageren at benytte sin egen konkurrerende teknologi og begrænser den konkurrence, der eksisterede forud for aftalens indgåelse ([37]). Det gælder i forbindelse med såvel gensidig som ikke-gensidig licensering. En aftale, der indebærer, at licensafgifterne beregnes på grundlag af det samlede produktsalg, kan imidlertid undtagelsesvist opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, i individuelle sager, hvis det ud fra en række objektive forhold kan godtgøres, at begrænsningen er nødvendig for at sikre konkurrencefremmende licensering. Dette vil kunne forekomme, hvis det uden begrænsningen vil være umuligt eller urimeligt vanskeligt at beregne og kontrollere, hvor meget licenstageren skal betale i licensafgifter, f.eks. fordi licensgiverens teknologi ikke efterlader noget synligt spor på slutproduktet, og der ikke findes andre brugbare kontrolmetoder.

79. Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra b), vedrører salgs- og produktionsbegrænsninger. Når konkurrenter indgår en aftale om gensidige produktionsbegrænsninger, svarer aftalen til et kartel. Det samme gælder aftaler, der forringer parternes tilskyndelse til at udvide produktionen, f.eks. ved at tvinge en af parterne til at betale den anden part et vist beløb, hvis han overskrider et bestemt produktionsniveau.

80. Mængdebegrænsninger, der pålægges licenstageren som led i en ikke-gensidig aftale, optræder ikke på listen over alvorlige begrænsninger, og de er heller ikke gruppefritaget, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra b), og artikel 5, stk. 2. Med henblik på anvendelsen af disse bestemmelser er en aftale ikke-gensidig, når en konkurrent opnår licens på en teknologi fra en anden konkurrent, men ikke selv meddeler licens på en konkurrerende teknologi. Modsat er en licens gensidig, når en konkurrent meddeler en anden konkurrent licens på en teknologi og opnår licens på en konkurrerende teknologi fra denne konkurrent ([38]). Det er kun mængdebegrænsninger, der pålægges licenstageren som led i en ikke-gensidig aftale, der ikke optræder på listen over alvorlige begrænsninger. Begrænsninger, der pålægges licensgiveren med hensyn til, hvor og hvor meget han må producere eller sælge og til hvilken pris, betragtes som en alvorlig begrænsning. Den mere favorable behandling af mængdebegrænsninger for licenstageren bygger på følgende to betragtninger: For det første er risikoen for, at aftalen ikke er en ægte licensaftale, mindre, når begrænsningen kun pålægges licenstageren. Når en licenstager er villig til at acceptere en ensidig begrænsning, er det sandsynligt, at aftalen vil resultere i en reel integration af komplementære teknologier eller en effektivitetsforbedrende integration af licensgiverens mere avancerede teknologi med licenstagerens produktionsmidler. I forbindelse med gensidige aftaler med produktionsbegrænsninger er der til gengæld en betydelig risiko for, at aftalen har til formål og til følge at mindske produktionen og hæve priserne. For det andet kan det være nødvendigt at pålægge licenstageren en produktionsbegrænsning for at tilskynde licensgiveren til at give andre adgang til hans teknologi. Når den overførte teknologi imidlertid ikke giver licenstageren mulighed for at opnå omkostningsfordele eller andre effektivitetsgevinster i nogen større udstrækning, vil aftalen blive behandlet som en alvorlig begrænsning, fordi den sandsynligvis vil medføre en begrænsning af den konkurrence, der eksisterede forud for aftalens indgåelse, og ikke har til formål at fremme konkurrencen. Kommissionen vil også undersøge, om der i forbindelse med den praktiske anvendelse af aftalen pålægges licensgiveren begrænsninger med hensyn til hans forretningsaktiviteter. Hvis det er tilfældet, er der tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, som må henføres under gruppen af alvorlige konkurrencebegrænsninger.

81. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra c), vedrører opdeling af markeder og fordeling af kunder. Aftaler, hvorved konkurrenter deler markeder og kunder mellem sig, f.eks. ved at tildele hinanden eneforhandlingsområder eller kundegrupper, har til formål at begrænse konkurrencen. Begrænsninger af denne art kan f.eks. tage form af gensidige licensaftaler, hvorved hver part tildeles eneret til udnyttelse af den overførte teknologi inden for et bestemt geografisk område. De kan også tage form af ikke-gensidige licensaftaler, hvorved licenstageren tildeles et eksklusivområde, mens licenstageren forbeholder sig selv ret til et andet område. Selv hvis licensgiveren ikke pålægges eksplicitte eller implicitte begrænsninger, er der tale om en alvorlig konkurrencebegrænsning, hvis licensaftalen medfører, at licenstageren ikke selv kan bestemme, hvor og til hvem han vil sælge sine produkter. Sådanne begrænsninger begrænser den konkurrence, der eksisterede før indgåelsen af aftalen. Desuden er de heller ikke nødvendige for spredningen af teknologi. Denne interesse er tilstrækkeligt tilgodeset i og med, at ensidige produktionsbegrænsninger og begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der pålægges licenstageren, falder uden for artikel 4, og i og med, at licensafgiftsforpligtelser er omfattet af gruppefritagelsen. Artikel 4, stk. 1, litra c), finder anvendelse, uanset om licenstageren fortsat kan benytte sin egen teknologi. Når først licenstageren har tilpasset sit produktionsudstyr til licensgiverens teknologi, kan det være dyrt at benytte en anden teknologi. Henset til begrænsningens konkurrencebegrænsende potentiale, kan licenstageren desuden have ringe tilskyndelse til at benytte sin egen teknologi.

82. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra c), omfatter også aftaler, hvorved licensgiveren meddeler en anden part eksklusivlicens og forpligter sig til ikke selv at udnytte den overførte teknologi. En sådan licens indebærer, at licensgiveren må forlade det marked, på hvilket parterne konkurrerer, og der er således tale om en ekstrem form for markedsopdeling. Artikel 4, stk. 1, litra c), forbyder imidlertid ikke aftaler om eksklusivlicenser, der forpligter licensgiveren til ikke at meddele andre tredjeparter licens inden for bestemt geografisk område. Denne form for eksklusivitet er omfattet af gruppefritagelsen og behandles nærmere i afsnit IV.2.2 nedenfor.

83. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde ([39]) i aftaler mellem konkurrenter kan tjene til at opdele markeder eller fordele kunder, og i så fald fanges de af forbuddet i artikel 4, stk. 1, litra c). En begrænsning med hensyn til anvendelsesområde indebærer, at licensen er begrænset til enten et eller flere tekniske anvendelsesområder eller til et eller flere produktmarkeder. Artikel 4, stk. 1, litra c), finder anvendelse, når konkurrenter meddeler hinanden licens på konkurrerende teknologier og pålægger hinanden gensidige begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der dækker separate produktmarkeder eller tekniske anvendelser. Hvis f.eks. virksomhed A og virksomhed B meddeler hinanden licens på konkurrerende teknologier, og virksomhed A begrænser licensen til produktmarked X, og virksomhed B begrænser sin licens til produktmarked Y, resulterer aftalen i opdeling af produktmarkeder. Artikel 4, stk. 1, litra c), finder også anvendelse på en begrænsning med hensyn til anvendelsesområde, der pålægges licensgiveren som led i en ikke-gensidig aftale, eftersom en sådan begrænsning tjener til at forbeholde licenstageren de(t) pågældende marked(er). I begge tilfælde er der imidlertid kun tale om en alvorlig begrænsning, hvis begrænsningen dækker et marked, på hvilket parterne er faktiske eller potentielle konkurrenter. Artikel 4, stk. 1, litra c), finder ikke anvendelse på begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der dækker markeder, hvor parterne hverken er faktiske eller potentielle konkurrenter. I sådanne tilfælde behandles aftalen på samme måde som en aftale mellem ikke-konkurrenter. Aftalen falder også uden for artikel 4, stk. 1, litra c), når begrænsningen med hensyn til anvendelsesområde er symmetrisk i den forstand, at begge parter kun må udnytte den overførte teknologi inden for samme anvendelsesområde(r). I forbindelse med aftaler mellem konkurrenter kræver 4, stk. 1, litra c), ikke, at licenstageren skal kunne udnytte den overførte teknologi inden for alle faktiske eller potentielle anvendelsesområder. Der er derfor ikke tale om en alvorlig konkurrencebegrænsning, når konkurrenter meddeler hinanden licens med henblik på anvendelse af den overførte teknologi inden for samme anvendelsesområde(r).

84. I henhold til artikel 4, stk. 1, litra c), nr. i), er der ikke tale om en alvorlig konkurrencebegrænsning, når licenstageren som led i en ikke-gensidig aftale pålægges en begrænsning med hensyn til anvendelsesområde. Det forhold, at licensen er begrænset til et eller flere produktmarkeder eller til et eller flere tekniske anvendelsesområder, er ikke i sig selv udtryk for markedsopdeling, forudsat at licenstageren har ubegrænset ret til at udnytte sin egen teknologi, jf. artikel 4, stk. 1, litra d). Er det tilfældet, kan det ikke formodes, at begrænsningen med hensyn til anvendelsesområde vil foranledige licenstageren til at trække sig ud af de markeder, der er udelukket ved begrænsningen.

85. Artikel 4, stk. 1, litra c), nr. ii), indeholder en anden undtagelse, nemlig den begrænsning, der består i, at licenstageren kun må producere produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, til eget brug ([40]). Når aftaleproduktet er en komponent, kan licenstageren således forpligtes til kun at fremstille den pågældende komponent til inkorporering i egne produkter og forpligtes til ikke at sælge komponenterne til andre producenter. Licenstageren skal imidlertid kunne sælge komponenterne som reservedele til sine egne produkter og derfor have mulighed for at levere til tredjeparter, der udfører eftersalgsservice på disse produkter. Det kan være nødvendigt at forpligte licenstageren til at kun at benytte den overførte teknologi til eget brug for at fremme spredningen af teknologi, navnlig mellem konkurrenter, og begrænsninger af denne art er derfor omfattet af gruppefritagelsen. Disse begrænsninger behandles nærmere i afsnit IV.2.5 nedenfor.

86. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er nævnt i artikel 4, stk. 1, litra d), dækker først og fremmest begrænsninger på parternes forsknings- og udviklingsaktiviteter. Begge parter skal frit kunne gennemføre selvstændig forskning og udvikling. Denne regel gælder, uanset om begrænsningen vedrører et af de områder, der er omfattet af licensen, eller andre områder. Den finder imidlertid ikke anvendelse på begrænsninger af en parts ret til at gennemføre forskning og udvikling sammen med tredjeparter, hvis en sådan begrænsning er nødvendig for at sikre, at licensgiverens knowhow ikke afsløres. Der er særlig stor sandsynlighed for, at betingelserne for at gøre denne undtagelse gældende vil være opfyldt, når den pågældende tredjepart er en faktisk eller potentiel konkurrent til licensgiveren på teknologimarkedet.

87. Ifølge artikel 4, stk. 1, litra d), må der heller ikke lægges hindringer i vejen for licenstagerens udnyttelse af sin egen konkurrerende teknologi, forudsat at han i den forbindelse ikke gør brug af den teknologi, han har fået overført fra licensgiveren. Når det gælder hans egen teknologi, må licenstageren ikke pålægges begrænsninger med hensyn til, hvor og hvor meget han vil producere og sælge og til hvilken pris. Han må heller forpligtes til at betale licensafgift af produkter produceret på basis af egen teknologi, jf. punkt 78 ovenfor. Licenstageren skal desuden uhindret kunne meddele tredjeparter licens på sin egen teknologi. Hvis licenstageren pålægges begrænsninger med hensyn til brugen af egen teknologi eller på forsknings- og udviklingsområdet, bliver licenstagerens teknologi mindre konkurrencedygtig. Dette vil svække konkurrencen på de eksisterende produkt- og teknologimarkeder og svække licenstagerens tilskyndelse til at investere i videreudvikling og forbedring af sin egen teknologi. Konkurrencen på innovationsområdet lider også skade, når der lægges hindringer i vejen for licensgiverens forskning og udvikling.

4.3. *Aftaler mellem ikke-konkurrenter*

88. Artikel 4, stk. 2, opregner forskellige alvorlige begrænsninger i forbindelse med licensering mellem ikke-konkurrenter. Ifølge denne bestemmelse dækker gruppefritagelsesforordningen ikke aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål at:

a) begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjeparter, med forbehold af muligheden for at fastsætte maksimumssalgspriser eller vejledende salgspriser, forudsat at det ikke får karakter af faste salgspriser eller minimumssalgspriser som følge af pres eller incitamenter fra den ene af parterne

b) begrænse det område eller den kundegruppe, hvortil licenstageren må sælge aftaleprodukterne, undtagen når der er tale om følgende begrænsninger:

i) begrænsning af salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, der er forbeholdt licensgiveren

ii) begrænsning af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som licensgiveren har tildelt en anden licenstager

iii) begrænsning bestående i, at licenstageren kun må fremstille eller udføre aftaleprodukterne til eget brug og sælge aftaleprodukterne som reservedele til egne produkter

iv) begrænsning af en licenstagers salg til slutbrugere, hvis licenstageren driver virksomhed i engrosleddet

v) begrænsning af det salg til uautoriserede forhandlere, der foretages af medlemmerne af et selektivt distributionssystem

c) begrænse det aktive eller passive salg til slutbrugere, der foretages af licenstagere, der er medlemmer af et selektivt distributionssystem, og som driver virksomhed i detailleddet, dog således at det skal være muligt at forbyde et medlem af systemet at drive virksomhed fra et uautoriseret forretningssted.

Som nævnt i punkt 31 ovenfor dækker gruppefritagelsen licensaftaler, der indeholder de forpligtelser, som licenstageren ifølge licensgiveren skal eller kan påtvinge sine købere, herunder sine forhandlere. Disse forpligtelser udgør ikke salgsbegrænsninger som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 2, litra b). De pågældende forpligtelser skal imidlertid være i overensstemmelse med de konkurrenceregler, der gælder for leverings- og distributionsaftaler. Eftersom gruppefritagelsesforordningen er begrænset til aftaler mellem to parter, er aftaler indgået mellem licenstageren og hans købere om overholdelsen af disse forpligtelser ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Sådanne aftaler er kun gruppefritaget, når de overholder bestemmelserne i forordning (EF) nr. 2790/1999, jf. afsnit 2.5.2 ovenfor.

89. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er omhandlet i artikel 4, stk. 2, litra a), vedrører fastsættelsen af salgspriser ved salg af produkter til tredjeparter. Mere præcist dækker denne bestemmelse sådanne begrænsninger, der direkte eller indirekte tjener til at fastsætte en fast salgspris eller en minimumssalgspris eller et fast prisniveau eller et minimumsprisniveau, som licensgiveren eller licenstageren skal respektere ved salg af produkter til tredjeparter. Når der indgås aftaler, der direkte fastsætter salgsprisen, er begrænsningen åbenlys. Fastsættelsen af salgspriser kan imidlertid også foregå mere indirekte. Der kan eksempelvis nævnes aftaler, der bestemmer avancen, aftaler, der fastsætter den maksimalt tilladte rabat i forhold til et bestemt prisniveau, aftaler, der binder den foreskrevne videresalgspris til konkurrenternes videresalgspriser, trusler, intimidering, advarsler, sanktioner eller opsigelse af aftaler, hvis et bestemt prisniveau ikke respekteres. De direkte eller indirekte metoder, der benyttes til prisfastsættelse, kan gøres mere effektive, hvis de kombineres med foranstaltninger, der går ud på at afsløre underbudspriser, f.eks. et prisovervågningssystem eller et krav om, at licenstagerne skal indberette konstaterede afvigelser fra det fastsatte prisniveau. Den direkte eller indirekte prisfastsættelse kan også gøres mere effektiv, hvis den kombineres med foranstaltninger, der gør det mindre attraktivt for licenstageren at sænke sine salgspriser, som f.eks. når licensgiveren forpligter licenstageren til at anvende en mestbegunstigelsesklausul, dvs. en forpligtelse til at indrømme en kunde samme gunstige vilkår, som indrømmes enhver anden kunde.

90. Den alvorlige konkurrencebegrænsning, der er omhandlet i artikel 4, stk. 2, litra b), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse licenstagernes salg af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Artikel 4, stk. 2, litra b), dækker ikke salgsbegrænsninger, der pålægges licensgiveren, Alle salgsbegrænsninger, der pålægges licensgiveren, er således omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen, Salgsbegrænsninger, der pålægges licenstageren, kan være et resultat af direkte forpligtelser, f.eks. en forpligtelse til ikke at sælge til bestemte kunder eller til kunder i et bestemt område eller en forpligtelse til at give ordrer fra sådanne kunder videre til andre licenstagere. De kan også opstå som følge af indirekte foranstaltninger, der tjener til at få licenstageren til at afholde sig fra at sælge til sådanne kunder, f.eks. finansielle incitamenter og etablering af et overvågningssystem, der kan benyttes til at verificere, hvor produkterne reelt ender. Der findes imidlertid en række vigtige undtagelser fra denne generelle alvorlige begrænsning vedrørende licenstagernes salg.

91. Begrænsninger af licenstagernes aktive og passive salg ([41]) ind i et eksklusivområde eller til en eksklusiv kundegruppe, der er forbeholdt licensgiveren, udgør ikke en alvorlig konkurrencebegrænsning, jf. artikel 4, stk. 2, litra b), nr. i). De er faktisk omfattet af gruppefritagelsen. Det formodes, at så længe markedsandelstærsklen ikke er overskredet, bidrager sådanne begrænsninger, ifald de begrænser konkurrencen, til en konkurrencefremmende spredning af teknologi og til integrationen af sådanne teknologier i licenstagerens produktionsmidler.

92. Begrænsninger af det aktive salg mellem geografiske områder eller kundegrupper, der er forbeholdt forskellige licenstagere, er omfattet af gruppefritagelsen, forudsat at den beskyttede licenstager har fået tildelt et eksklusivområde eller en eksklusiv kundegruppe, jf. artikel 4, stk. 2, litra b), nr. ii). Gruppefritagelsen af aktivt salg bygger på en formodning om, at sådanne begrænsninger fremmer konkurrencen på andet end prisen og forbedrer servicekvaliteten ved at løse de såkaldte frihjulsproblemer ([42]). Hvis der ikke er blevet tildelt eksklusivområder eller eksklusive kundegrupper, fanges begrænsningen af andre licenstageres aktive salg af forbuddet i artikel 4, stk. 2, litra b).

93. Begrænsninger af det passive salg mellem licenstagere er omfattet af listen over alvorlige begrænsninger. Når begrænsninger af passivt salg falder ind under artikel 81, stk. 1, vil betingelserne i artikel 81, stk. 3, næppe være opfyldt. Især gælder det, at sådanne begrænsninger næppe vil være nødvendige for tilvejebringelsen af effektivitetsgevinster ([43]). Begrænsninger af andre licenstageres passive (og aktive) salg ind i en bestemt licenstagers eksklusivområde falder imidlertid ofte uden for artikel 81, stk. 1, i en vis periode efter indgåelsen af aftalen med denne licenstager. Licenstagere skal ofte foretage betydelige investeringer i produktionsudstyr og salgsfremmende aktiviteter for at opdyrke og videreudvikle et nyt salgsområde. En ny licenstager løber derfor en række store risici, navnlig fordi hans udgifter til salgsfremmende aktiviteter og investeringer i udstyr, der kan benyttes til at fremstille produkter på grundlag af en bestemt teknologi, ofte er af en sådan art, at han ikke kan få dækning for dem, hvis han beslutter at trække sig ud af markedet. Under disse omstændigheder er det usandsynligt, at licenstagere vil indgå licensaftalen uden at være beskyttet i et vist tidsrum mod andre licenstageres passive (og aktive) salg ind i deres områder. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at begrænsninger af andre licenstageres passive salg ind i en licenstagers eksklusivområde normalt falder uden for forbuddet i artikel 81, stk. 1, i en periode på to år beregnet fra den dato, hvor produktet, der inkorporer den overførte teknologi, blev markedsført for første gang af den pågældende licenstager.

94. Artikel 4, stk. 2, litra b), nr. iii), medfører også gruppefritagelse af en begrænsning bestående i, at licenstageren kun må producere produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, til eget brug. Hvis aftaleproduktet er en komponent, kan licenstageren derfor forpligtes til kun at benytte dette produkt til indbygning i egne produkter og til ikke at sælge produktet til andre producenter. Licenstageren skal imidlertid have mulighed for at sælge produkterne som reservedele til sine egne produkter, og han skal derfor have ret til at levere til tredjeparter, der udfører eftersalgsservice på disse produkter. Begrænsningerne med hensyn til eget brug er nærmere behandlet i afsnit IV.2.5 nedenfor.

95. Artikel 4, stk. 2, litra b), nr. iv), medfører gruppefritagelse af en forpligtelse for licenstageren til ikke at sælge til slutbrugere og således til kun at sælge til detailhandlende. En sådan forpligtelse gør det muligt for licensgiveren at tildele licenstageren en distributionsfunktion på grossistniveau, og den falder normalt uden for forbuddet i artikel 81, stk. 1 ([44]).

96. Endelig medfører artikel 4, stk. 2, litra b), nr. v), gruppefritagelse af et forbud mod, at licenstageren sælger til uautoriserede forhandlere. Denne undtagelse gør det muligt for licensgiveren at forpligte licenstageren til at deltage i et selektivt distributionssystem. I så fald skal licenstageren imidlertid i henhold til artikel 4, stk. 2, litra c), have ret til at sælge såvel aktivt som passivt til slutbrugere, uden at dette berører muligheden for at begrænse licenstagerens virksomhed til virksomhed på grossistniveau, jf. artikel 4, stk. 2, litra b), nr. iv) (se foregående punkt).

5. **Betingelserne i gruppefritagelsesforordningen**

97. I gruppefritagelsesforordningens artikel 5 er der nævnt fem typer begrænsninger, der ikke er gruppefritaget, og som derfor kræver en individuel vurdering af deres konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger. Det følger af artikel 5, at selv om en licensaftale indeholder en eller flere af de deri nævnte begrænsninger, betyder det ikke, at gruppefritagelsen ikke kan bringes i anvendelse på resten af aftalen. Det er kun den individuelle begrænsning, der ikke er gruppefritaget, og som derfor kræver en individuel vurdering. Med andre ord finder adskillelsesprincippet anvendelse på de begrænsninger, der er nævnt i artikel 5.

98. I artikel 5, stk. 1, nævnes følgende tre betingelser:

a) Licenstageren må ikke være forpligtet til at meddele licensgiveren eller en tredjepart udpeget af licensgiveren eksklusivlicens på licenstagerens egne selvstændige forbedringer af den overførte teknologi eller på nye anvendelser af den overførte teknologi udviklet af licenstageren. Ved en selvstændig forbedring forstås en forbedring, der kan udnyttes uden at krænke den overførte teknologi eller uden at gøre brug af den overførte knowhow.

b) Licenstageren må ikke være forpligtet til at overdrage forbedringer eller nye anvendelser af den overførte teknologi til licensgiveren eller en tredjepart udpeget af licensgiveren.

c) Licenstageren må ikke forhindres i at anfægte gyldigheden eller den væsentlige eller hemmelige karakter af licensgiverens intellektuelle ejendomsrettigheder inden for fællesmarkedet. Hvis licenstageren imidlertid anfægter gyldigheden af den overførte teknologi, giver gruppefritagelsesforordningen licensgiveren ret til at opsige licensaftalen.

Formålet med artikel 5, stk. 1, litra a)-c), er at forhindre gruppefritagelse af aftaler, der kan forringe licenstagernes tilskyndelse til at innovere.

99. En forpligtelse for licenstageren til at overdrage egne selvstændige forbedringer af den overførte teknologi til licensgiveren eller til at meddele licensgiveren eksklusivlicens herpå vil sandsynligvis reducere licenstagerens tilskyndelse til at innovere, da det vil forhindre licenstageren i at udnytte sine egne forbedringer, herunder gennem licensaftaler med tredjeparter. Dette vil være tilfældet, uanset om der er tale om en forbedring, der vedrører samme anvendelse som den overførte teknologi, eller nyudviklede anvendelser af den overførte teknologi. Sådanne forpligtelser er ikke omfattet af gruppefritagelsen, jf. artikel 5, stk. 1, litra a) og b). På den anden side dækker gruppefritagelsen ikke-eksklusive grant-back-forpligtelser. Det gælder også, når grant-back-forpligtelsen er ensidig, dvs. kun pålægges licenstageren, og når licensgiveren i henhold til aftalen har ret til at give forbedringerne videre til andre licenstagere. En ensidig grant-back-forpligtelse kan fremme innovationen og spredningen af ny teknologi, idet den giver licensgiveren frihed til selv at bestemme, om og i hvilket omfang han ønsker at give sine egne forbedringer videre til sine licenstagere. En klausul om videregivelse af forbedringer kan også fremme spredningen af teknologi, fordi hver enkelt licenstager — på det tidspunkt, hvor han indgår licensaftalen — vil vide, at han står på lige fod med andre licenstagere med hensyn til den teknologi, han benytter til sin produktion. Gruppefritagelsen dækker desuden eksklusive grant-back-forpligtelser vedrørende forbedringer, der ikke kan adskilles fra den oprindeligt overførte teknologi. Denne forpligtelse falder imidlertid normalt uden for artikel 81, stk. 1, fordi forbedringen ikke kan udnyttes uafhængigt af den overførte teknologi.

100. Anvendelsen af artikel 5, stk. 1, litra a) og b), er ikke betinget af, om licensgiveren betaler en købspris for forbedringen eller licensafgifter til gengæld for en eksklusivlicens eller ej. Foretages der sådanne betalinger, vil der imidlertid blive taget hensyn hertil i forbindelse med en individuel vurdering efter artikel 81. Når der indrømmes grant-backs mod betaling, er der mindre sandsynlighed for, at forpligtelsen vil forringe licenstagerens tilskyndelse til at innovere.

101. Ved vurderingen af grant-backs uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde udgør licensgiverens position på teknologimarkedet også en relevant faktor. Jo stærkere licensgiverens stilling er, desto mere sandsynligt er det, at grant-back-forpligtelser vil begrænse konkurrencen inden for innovation. Jo stærkere en stilling licensgiverens teknologi indtager, desto mere sandsynligt er det, at licenstageren vil være en vigtig kilde til innovation og fremtidig konkurrence. Konsekvenserne af grant-back-forpligtelser kan blive endnu større i tilfælde af parallelle netværk af licensaftaler, der indeholder sådanne forpligtelser. Når de disponible teknologier kontrolleres af et begrænset antal licensgivere, der pålægger licenstagerne grant-back-forpligtelser, er risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger større, end når der findes en række teknologier, hvoraf kun nogle licenseres på grant-back-vilkår.

102. Risikoen for negative virkninger for innovationen er større i tilfælde af gensidige licensaftaler mellem konkurrenter, hvor en grant-back-forpligtelse kombineres med en forpligtelse for begge licensgivere til at dele forbedringer af deres egen teknologi med den anden part. Delingen af alle forbedringer mellem konkurrenter forhindrer begge konkurrenter i at tage et forspring i konkurrencen.

103. Betingelsen i artikel 5, stk. 1, litra c), vedrører ikke-anfægtelsesklausuler, dvs. en forpligtelse til ikke at anfægte gyldigheden af licensgiverens intellektuelle ejendom. Begrundelsen for at udelukke sådanne begrænsninger fra gruppefritagelsens anvendelsesområde er, at det normalt er licenstagerne, der har de bedste forudsætninger for at bedømme, om en intellektuel ejendomsrettighed er gyldig eller ej. Med henblik på at sikre, at konkurrenceforholdene ikke fordrejes, og i overensstemmelse med de principper, der ligger til grund for beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, bør ugyldige intellektuelle ejendomsrettigheder elimineres. Ugyldige intellektuelle ejendomsrettigheder kvæler innovationen i stedet for at fremme den. Artikel 81, stk. 1, vil sandsynligvis finde anvendelse på ikke-anfægtelsesklausuler, hvis den overførte teknologi er værdifuld og derfor forringer konkurrenceevnen for virksomheder, der forhindres i at benytte teknologien eller kun må benytte den mod betaling af licensafgifter ([45]). I sådanne tilfælde vil betingelserne i artikel 81, stk. 3, næppe være opfyldt, medmindre ikke-anfægtelsesforpligtelsen pålægges som led i bilæggelsen af en tvist om et patent.

104. Gruppefritagelsesforordningen dækker dog det tilfælde, hvor licensgiveren har ret til at opsige licensaftalen, hvis den overførte teknologi anfægtes. Licensgiveren er således ikke forpligtet til at handle med en licenstager, der anfægter selve genstanden for licensaftalen, hvilket indebærer, at en licenstager, der fortsætter med at benytte den anfægtede teknologi efter opsigelsen af aftalen, gør det på egen risiko. Artikel 5, stk. 1, sikrer imidlertid, at gruppefritagelsesforordningen ikke dækker kontraktlige forpligtelser, der forpligter licenstageren til ikke at anfægte den overførte teknologi, idet licensgiveren derved ville få mulighed for at retsforfølge licenstageren for kontraktbrud og dermed ville kunne afskrække licenstageren yderligere fra at anfægte gyldigheden af licensgiverens teknologi. Den pågældende bestemmelse sikrer således, at licenstageren ligestilles med tredjeparter.

105. Den begrænsning, der er omhandlet i artikel 5, stk. 2, og som vedrører mængdebegrænsninger, der pålægges licenstagere som led i ikke-gensidige licensaftaler mellem konkurrenter, er allerede beskrevet i punkt 80 ovenfor.

106. I henhold til artikel 5, stk. 3, finder gruppefritagelsen, i forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter, ikke anvendelse på direkte eller indirekte forpligtelser, der begrænser licenstagerens muligheder for at udnytte egen teknologi eller begrænser aftaleparternes muligheder for at gennemføre forskning og udvikling, medmindre begrænsningen er nødvendig for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow. Denne betingelse svarer indholdsmæssigt til betingelsen i artikel 4, stk. 1, litra d), vedrørende alvorlige begrænsninger i aftaler mellem konkurrenter, der er behandlet i punkt 80 og 81 ovenfor. Ved aftaler mellem ikke-konkurrenter kan man imidlertid ikke umiddelbart gå ud fra, at sådanne begrænsninger har en negativ indvirkning på konkurrencen, og at betingelserne i artikel 81, stk. 3, generelt ikke er opfyldt ([46]). Der er i disse tilfælde behov for en individuel vurdering.

107. Ved aftaler mellem ikke-konkurrenter er licenstageren normalt ikke ejer af en konkurrerende teknologi. Der kan imidlertid være tilfælde, hvor parterne med henblik på gruppefritagelsen betragtes som ikke-konkurrenter, selv om licenstageren rent faktisk ejer en konkurrerende teknologi. Det er tilfældet, når licenstageren ejer en teknologi, men ikke meddeler licens på teknologien, og licensgiveren ikke er en faktisk eller potentiel udbyder på produktmarkedet. Med henblik på gruppefritagelsen er parterne i så fald hverken konkurrenter på teknologimarkedet eller konkurrenter på produktmarkedet ([47]). I sådanne tilfælde er det vigtigt at sikre, at licenstageren ikke begrænses i sine muligheder for at udnytte egen teknologi og videreudvikle denne teknologi. Denne teknologi udgør en kilde til konkurrence på markedet, som bør bevares. I denne situation vil begrænsninger derfor normalt blive anset for at være konkurrencebegrænsende og for ikke at opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3.

108. Når licenstageren ikke ejer en konkurrerende teknologi eller ikke er i færd med at udvikle en sådan teknologi, kan en begrænsning af parternes adgang til at gennemføre selvstændig forskning og udvikling være konkurrencebegrænsende, hvis der kun er adgang til et lille antal teknologier. I så fald kan parterne være en vigtig (potentiel) kilde til innovation på markedet. Det vil især forholde sig således, når parterne er i besiddelse af de nødvendige aktiver og kundskaber til at kunne gennemføre yderligere forskning og udvikling. I så fald vil betingelserne i artikel 81, stk. 3, næppe være opfyldt. I andre tilfælde, hvor der er adgang til flere teknologier, og hvor parterne ikke er i besiddelse af særlige aktiver eller kundskaber, vil begrænsningen vedrørende forskning og udvikling sandsynligvis enten falde uden for forbuddet i artikel 81, stk. 1, da den ikke vil være konkurrencebegrænsende, eller opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3. Begrænsningen kan fremme spredningen af ny teknologi ved at sikre licensgiveren, at licensen ikke medfører, at der opstår en ny konkurrent, og ved at anspore licenstageren til at fokusere på udnyttelsen og udviklingen af den overførte teknologi.

6. **Inddragelse og ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen**

6.1. *Inddragelse*

109. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 6 kan Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder bestemme, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse på individuelle aftaler, der ikke opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3. Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder har kun beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen, hvis det relevante geografiske marked ikke er større end den pågældende medlemsstats eget territorium.

110. De fire betingelser i artikel 81, stk. 3, er kumulative og skal være opfyldt samtidigt, for at undtagelsesreglen kan bringes i anvendelse ([48]). Gruppefritagelsen kan derfor inddrages, hvis en bestemt aftale ikke opfylder en eller flere af de fire betingelser.

111. Når gruppefritagelsen inddrages, er det den inddragende myndighed, der bærer bevisbyrden for, at aftalen falder ind under artikel 81, stk. 1, og ikke opfylder alle fire betingelser i artikel 81, stk. 3. Eftersom en inddragelse indebærer, at den pågældende aftale er konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 81, stk. 1, og ikke opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, ledsages en inddragelse nødvendigvis af en negativ beslutning i henhold til artikel 5, 7 eller 9 i forordning (EF) nr. 1/2003.

112. I henhold til artikel 6 kan det især være berettiget at inddrage gruppefritagelsen under følgende omstændigheder:

a) når markedsadgangen for teknologier tilhørende tredjeparter begrænses, f.eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ensartede konkurrencebegrænsende aftaler, der pålægger licenstagere ikke at benytte tredjeparters teknologi

b) når markedsadgangen for potentielle licenstagere begrænses, f.eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ensartede konkurrencebegrænsende aftaler, der forhindrer licensgivere i at meddele andre licenstagere licens

c) når parterne uden nogen objektivt gyldig begrundelse undlader at udnytte den overførte teknologi.

113. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4 og 5, der indeholder listen over alvorlige begrænsninger og bestemmelser, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, har til formål at sikre, at aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, ikke mindsker incitamentet til at innovere, ikke forsinker spredningen af teknologi og ikke medfører en urimelig begrænsning af konkurrencen mellem licensgiver og licenstager eller mellem licenstagere. Listen over alvorlige begrænsninger og betingelser tager imidlertid som sådan ikke højde for virkningen af en aftale for tredjeparter. Især gælder det, at gruppefritagelsen ikke tager højde for eventuelle kumulative virkninger af ensartede begrænsninger indeholdt i netværk af licensaftaler. Licensaftaler kan føre til udelukkelse af tredjeparter på både licensgiverniveau og licenstagerniveau. Udelukkelsen af andre licensgivere fra markedet kan stamme fra den kumulative effekt af netværk af licensaftaler, der forpligter licenstagerne til ikke at benytte konkurrerende teknologier, hvilket fører til udelukkelse af andre (potentielle) licensgivere. Der vil med stor sandsynlighed forekomme markedsafskærmning i sager, hvor de fleste af de virksomheder på markedet, der (effektivt) ville kunne erhverve en konkurrerende licens, forhindres i at gøre dette som følge af konkurrencebegrænsende aftaler, og i sager, hvor potentielle licensgivere konfronteres med forholdsvis høje barrierer for adgang til markedet. Udelukkelsen af andre licenstagere fra markedet kan være en følge af den kumulative virkning af licensaftaler, der forpligter licensgiverne til ikke at meddele licens til andre licenstagere, hvorved potentielle licenstagere forhindres i at få adgang til den nødvendige teknologi. Afskærmningsproblematikken behandles mere detaljeret i afsnit IV.2.7 nedenfor.

114. Kommissionen vil sandsynligvis også inddrage gruppefritagelsen, hvis parterne undlader at udnytte den overførte teknologi, medmindre der findes en objektiv begrundelse herfor. Når parterne ikke udnytter den overførte teknologi, finder der nemlig ingen effektivitetsfremmende integration af aktiviteter sted, og dermed falder selve begrundelsen for gruppefritagelsen til jorden. I forbindelse med licensering mellem konkurrenter kan det forhold, at parterne ikke udnytter den overførte teknologi, være tegn på, at arrangementet er et forklædt kartel, som optræder blandt de alvorlige konkurrencebegrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4. Når det står klart, at licenstageren ikke agter at benytte den overførte teknologi til fremstilling af varer og tjenester, der inkorporerer den overførte teknologi, udgør aftalen ikke en teknologioverførselsaftale i den betydning, der anvendes i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, og gruppefritagelsen finder derfor ikke anvendelse. Af alle disse årsager vil Kommissionen foretage en meget grundig undersøgelse i de sager, hvor den overførte teknologi ikke udnyttes.

6.2. *Ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen*

115. I henhold til artikel 7 i gruppefritagelsesforordningen kan Kommissionen ved forordning bestemme, at den ikke finder anvendelse på parallelle netværk af ensartede aftaler, når disse dækker over 50 % af et relevant marked. En sådan foranstaltning er ikke rettet mod individuelle virksomheder, men berører alle virksomheder, hvis aftaler er defineret i forordningen om ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen.

116. Mens Kommissionens inddragelse af gruppefritagelsesforordningen i overensstemmelse med artikel 6 indebærer, at der vedtages en beslutning efter artikel 7 eller 9 i forordning (EF) nr. 1/2002, tjener en forordning om ikke-anvendelse vedtaget af Kommissionen i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 7 blot til at annullere gruppefritagelsesforordningen for så vidt angår de pågældende begrænsninger og markeder, således at artikel 81, stk. 1 og 3, igen finder fuld anvendelse. Efter vedtagelse af en forordning, der fastslår, at gruppefritagelsesforordningen ikke gælder for et bestemt marked for så vidt angår aftaler indeholdende bestemte begrænsninger, vil de kriterier, der er blevet fastlagt i Domstolens og Førsteinstansrettens retspraksis på området og i meddelelser og tidligere beslutninger vedtaget af Kommissionen, fungere som rettesnor for anvendelsen af artikel 81 på individuelle aftaler. Når det er hensigtsmæssigt vil Kommissionen vedtage en beslutning i en given sag, der kan tjene som vejledning for alle de virksomheder, der opererer på det pågældende marked.

117. Ved beregningen af, om markedsdækningsgraden ligger over eller under 50 %, skal der tages hensyn til markedsandelen for de enkelte netværk af licensaftaler, der indeholder begrænsninger eller kombinationer af begrænsninger med ensartede virkninger på markedet.

118. Artikel 7 forpligter ikke Kommissionen til at gribe ind, når markedsdækningsgraden overskrider 50 %. Det vil normalt være hensigtsmæssigt at erklære gruppefritagelsesforordningen for uanvendelig, når adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette marked kan blive mærkbart begrænset. Når Kommissionen skal vurdere, om det er nødvendigt at anvende artikel 7, vil den overveje, om en individuel inddragelse af fritagelsen vil være et mere velegnet middel. Dette kan især afhænge af antallet af konkurrerende virksomheder, der bidrager til en kumulativ virkning på et marked, eller af antallet af geografiske markeder inden for Fællesskabet, der påvirkes.

119. Enhver forordning, der vedtages i henhold til artikel 7, skal have et klart defineret anvendelsesområde. Dette indebærer for det første, at Kommissionen skal afgrænse de(t) relevante produktmarked(er) og geografiske marked(er), og for det andet, at den klart skal fastslå, hvilke typer begrænsninger i licensaftaler der ikke længere er omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Hvad sidstnævnte aspekt angår, kan Kommissionen tilpasse forordningens anvendelsesområde efter de konkurrenceproblemer, forordningen tjener til at løse. Selv om det f.eks. forholder sig således, at alle parallelle netværk af aftaler med konkurrenceklausuler skal tages med i betragtning ved beregningen af, om markedsdækningsgraden overskrider 50 % eller ej, kan Kommissionen dog begrænse forordningens rækkevidde til kun at omfatte konkurrenceklausuler af en varighed, der overskrider en nærmere bestemt grænse. Det er således muligt, at kortere aftaler eller aftaler af mindre restriktiv karakter ikke vil blive berørt, da de fører til en langt mindre grad af markedsafskærmning. Kommissionen kan eventuelt også give vejledning ved at angive, hvor lille en markedsandel skal være på et bestemt marked, for at en individuel virksomhed kan anses ikke at bidrage væsentligt til den kumulative virkning. Generelt forholder det sig således, at når markedsandelen for produkter, der bygger på teknologi overført fra en individuel licensgiver, ikke overskrider 5 %, da anses aftalen eller netværket af aftaler vedrørende denne teknologi ikke at bidrage væsentligt til en kumulativ afskærmningseffekt ([49]).

120. Den overgangsperiode på mindst seks måneder, som Kommissionen skal fastsætte i henhold til artikel 7, stk. 2, skulle gøre det muligt for de berørte virksomheder at tilpasse deres aftaler for at tage hensyn til den forordning, der fastsætter, at gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse.

121. En forordning, der fastsætter, at gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse, vil ikke få indflydelse på gruppefritagelsen af de pågældende aftaler i perioden forud for forordningens ikrafttræden.

IV. AFTALER, DER FALDER UDEN FOR GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGENS ANVENDELSESOMRÅDE

1. De generelle rammer for analysen

122. Aftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, f.eks. fordi markedsandelstærsklen er overskredet, eller fordi der er mere end to parter i aftalen, skal behandles individuelt. Aftaler, der enten ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, eller opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, er gyldige og kan gennemføres. Der erindres om, at der ikke hersker nogen illegalitetsformodning i forbindelse med aftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, forudsat at de ikke indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger. Især gælder det, at der ikke hersker nogen formodning om, at aftalen er konkurrencebegrænsende, blot fordi markedsandelstærsklerne er overskredet. Der må foretages en særskilt vurdering.

1.1. *Relevante faktorer*

123. Ved anvendelse af artikel 81, stk. 1, i individuelle sager er det nødvendigt at tage behørigt hensyn til den måde, hvorpå konkurrencen fungerer på det pågældende marked. Følgende faktorer er særlig relevante i denne henseende:

a) aftalens karakter

b) parternes markedsstilling

c) konkurrenternes markedsstilling

d) den markedsstilling, som aftagerne af licensprodukterne indtager

e) hindringer for markedsadgang

f) markedets modenhed

g) andre faktorer.

Betydningen af de enkelte faktorer kan variere fra sag til sag og afhænger af alle de øvrige faktorer. Hvis f.eks. parterne har en stor markedsandel, er det normalt tegn på markedsstyrke, men hvis hindringerne for markedsadgang er lave, er den ikke nødvendigvis tegn på markedsstyrke. Det er derfor ikke muligt at formulere faste regler for de enkelte faktorers betydning.

124. Teknologioverførselsaftaler kan antage mange former. Det er derfor vigtigt at analysere *aftalens karakter* med hensyn til det konkurrencemæssige forhold mellem parterne og de begrænsninger, aftalen indeholder. Hvad sidstnævnte angår er det ikke tilstrækkeligt blot at analysere aftalens udtrykkelige ordlyd. Eventuelle implicitte konkurrencebegrænsninger kan fremgå af den måde, hvorpå parterne har gennemført aftalen, og af de incitamenter, de står over for.

125. *Parternes markedsstilling* giver en indikation af den markedsstyrke, som licensgiveren, licenstageren eller begge måtte besidde. Jo større en markedsandel de har, desto større kan deres markedsstyrke forventes at være. Det gælder især, når markedsandelene afspejler omkostningsfordele eller andre konkurrencefordele i forhold til konkurrenterne. Disse konkurrencefordele kan f.eks. skyldes, at en given virksomhed har været den første til at trænge ind på markedet eller er i besiddelse af vigtige patenter eller overlegen teknologi.

126. I forbindelse med en analyse af konkurrenceforholdet mellem parterne er det undertiden nødvendigt at gå længere end den analyse, der er omtalt i afsnit II.3 ovenfor om afgrænsning af det relevante marked og i afsnit II.4 ovenfor om sondringen mellem konkurrenter og ikke-konkurrenter. Selv når licensgiveren ikke er en faktisk eller potentiel udbyder på produktmarkedet, og licenstageren ikke er en faktisk eller potentiel konkurrent på teknologimarkedet, er det relevant for analysen, om licenstageren ejer konkurrerende teknologi, som han ikke meddeler licens på. Hvis licenstageren indtager en stærk stilling på produktmarkedet, kan en aftale, hvorved han opnår eksklusivlicens på en konkurrerende teknologi, resultere i en betydelig begrænsning af konkurrencen sammenlignet med en situation, hvor licensgiveren ikke meddeler eksklusivlicens eller også meddeler andre virksomheder licens.

127. Markedsandele og mulige fordele og ulemper i konkurrencen benyttes også til at vurdere *konkurrenternes markedsstilling*. Jo stærkere de faktiske konkurrenter er, og jo flere der er af dem, desto mindre er risikoen for, at parterne individuelt ville kunne udnytte deres markedsstyrke. Hvis antallet af konkurrenter imidlertid er forholdsvist lille, og hvis deres markedsstillinger (målt i størrelse, omkostninger, F&U-potentiale osv.) er stort set identiske, kan denne markedsstruktur forøge risikoen for ulovlig samordning.

128. *Aftagernes markedsstilling* giver et indikation af, om en eller flere aftagere besidder køberstyrke. Det første tegn på køberstyrke er aftagerens markedsandel på indkøbsmarkedet, som afspejler, hvor vigtig hans efterspørgsel er for eventuelle udbydere. Andre indikatorer fokuserer på aftagerens markedsstilling på videresalgsmarkedet, herunder f.eks. den geografiske spredning af hans salgssteder og hans image blandt de endelige forbrugere. I visse situationer kan køberstyrke forhindre licensgiveren og/eller licenstageren i at udnytte deres markedsstyrke på markedet og dermed løse et konkurrenceproblem, der ellers ville have eksisteret. Det vil især være tilfældet, når stærke aftagere har kapacitet og vil være tilskyndet til at introducere nye forsyningskilder på markedet i tilfælde af en lille, men permanent stigning i de relative priser. Når stærke aftagere blot opnår gunstige vilkår hos udbyderen eller bare vælter eventuelle prisstigninger over på deres kunder, indtager de ikke en stilling, der gør det muligt for dem at forhindre licensgiveren eller licenstageren i at udnytte deres markedsstyrke på produktmarkedet, og derfor heller ikke en stilling, der som sådan kan løse konkurrenceproblemet på det pågældende marked ([50]).

129. *Hindringer for markedsadgang* måles ud fra, om de etablerede virksomheder på markedet kan hæve deres priser til over det niveau, der ville være fremherskende på et konkurrencepræget marked, uden at tiltrække nye virksomheder. I en situation uden adgangsbarrierer vil nye virksomheders muligheder for nemt og hurtigt at trænge ind på markedet gøre sådanne prisstigninger urentable. Hvis det er sandsynligt, at nye virksomheder vil kunne trænge ind på markedet i løbet af et til to år og svække eller forhindre udnyttelsen af markedsstyrke, betragtes adgangsbarriererne som lave. Adgangsbarrierer kan skyldes en lang række forskellige faktorer, f.eks. stordriftsfordele, statslig regulering (især tildeling af enerettigheder), statsstøtte, importtold, intellektuelle ejendomsrettigheder, ejendomsret til ressourcer, der er knappe på grund af f.eks. naturlige begrænsninger, væsentlige faciliteter, at en virksomhed kan udnytte fordelen ved at have været den første til at trænge ind på markedet samt forbrugernes mærkeloyalitet opbygget efter intensiv reklamevirksomhed over en længere periode. Konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder kan også virke som adgangsbarrierer ved at gøre det vanskeligere for (potentielle) konkurrenter at trænge ind på markedet. Der kan opstå adgangsbarrierer på alle F&U-stadier og på alle stadier af produktions- og distributionsprocessen. Spørgsmålet om, hvorvidt alle disse faktorer skal betragtes som adgangsbarrierer, afhænger af, om de har betydning for de såkaldte »sunk costs«, dvs. de omkostninger, der kræves for at trænge ind på markedet eller for at operere på markedet, og som går tabt, når virksomheden trækker sig ud af markedet igen. Jo flere omkostninger, der er »sunk costs«, desto mere må potentielle konkurrenter foretage en afvejning af den risiko, der er forbundet med at trænge ind på det pågældende marked, og med desto større overbevisning kan de etablerede virksomheder true med at matche den nye konkurrence, eftersom »sunk costs« gør det dyrt for de etablerede virksomheder at trække sig ud af markedet. Generelt er det at trænge ind på et nyt marked forbundet med større eller mindre »sunk costs«. Derfor er den faktiske konkurrence normalt mere effektiv og vil veje tungere i vurderingen af konkrete sager end den potentielle konkurrence.

130. Et *modent marked* er et marked, der har eksisteret i nogen tid, hvor den anvendte teknologi er velkendt og udbredt og ikke ændrer sig særlig meget, og hvor efterspørgslen er forholdsvis stabil eller aftagende. På et sådant marked er der større sandsynlighed for negative virkninger end på mere dynamiske markeder.

131. Ved vurderingen af konkrete begrænsninger vil det undertiden være nødvendigt at tage *andre faktorer* i betragtning. Disse faktorer omfatter bl.a. den kumulative virkning, dvs. ensartede aftalers dækningsgrad på markedet, aftalernes løbetid, de lovgivningsmæssige rammer og adfærd, der kan være tegn på eller lette ulovlig samordning i form af f.eks. prisførerskab, forudgående annoncering af prisændringer og drøftelser om den »rette« pris, prisstivhed som reaktion på overkapacitet, prisdiskrimination samt tidligere ulovlig samordning.

1.2. *De negative virkninger af licensaftaler*

132. Teknologioverførselsaftaler kan især have følgende negative virkninger for konkurrencen på et marked:

a) de kan mindske interteknologi-konkurrencen mellem virksomheder, der er aktive på et teknologimarked eller på et marked for produkter, der inkorporerer de pågældende teknologier, og således lette såvel eksplicitte som stiltiende former for ulovlig samordning

b) de kan forhindre konkurrenter i at trænge ind på markedet ved at hæve deres omkostninger, begrænse deres adgang til essentielle input eller på anden vis skabe adgangsbarrierer

c) de kan mindske intrateknologi-konkurrencen mellem virksomheder, der fremstiller produkter på basis af samme teknologi.

133. Teknologioverførselsaftaler kan svække interteknologi-konkurrencen, dvs. konkurrencen mellem virksomheder, der meddeler licens eller fremstiller produkter på basis af indbyrdes substituerbare teknologier. Det er især tilfældet, når aftaleparterne pålægger hinanden gensidige forpligtelser. Når f.eks. konkurrenter overfører konkurrerende teknologier til hinanden og pålægger hinanden en gensidig forpligtelse til at stille fremtidige forbedringer til rådighed for hinanden, begrænses konkurrencen på innovationsområdet mellem parterne, fordi ingen af dem vil kunne opnå et teknologisk forspring i forhold til den anden. Når sådanne aftaler ikke fører til en effektivitetsfremmende integration af teknologier, som kan opveje den konkurrencebegrænsende effekt, falder de ind under forbuddet i artikel 81.

134. Licensering mellem konkurrenter kan også lette ulovlig samordning. Ulovlig samordning kræver normalt, at markedet er koncentreret, og at de pågældende virksomheder har en sammenfaldende opfattelse af, hvad der er i deres fælles interesse, og hvordan samordningsmekanismerne bør fungere. For at den ulovlige samordning kan fungere, skal virksomhederne være i stand til at overvåge hinandens adfærd på markedet, og de skal kunne reagere på og forhindre afvigelser fra den fælles politik på markedet. Aftaler kan lette ulovlig samordning ved at gøre markedet mere gennemsigtigt og skabe adgangsbarrierer. Ulovlig samordning kan også gøres lettere via licensaftaler, der fører til en høj grad af ensartethed i omkostningsstrukturerne, fordi virksomheder med ensartede omkostninger med større sandsynlighed vil have en sammenfaldende opfattelse af, hvordan samordningen skal foregå ([51]). Brugen af samme teknologi kan føre til en høj grad af ensartethed i omkostningsstrukturerne. Det er dog ikke nødvendigvis tilfældet. Selv når den produktion, der foregår på grundlag af den overførte teknologi, tegner sig for en betydelig del af de pågældende virksomheders omkostninger, udnytter de individuelle virksomheder ikke nødvendigvis teknologien lige effektivt, og de kan også benytte forskellige input, hvilket vil føre til uensartede omkostninger.

135. I forbindelse med licensaftaler kan licensafgifter benyttes som et direkte middel til ulovlig samordning, jf. punkt 77. Risikoen for ulovlig samordning er særlig markant ved gensidig licensering mellem konkurrenter. Der kan opstå en tilsvarende risiko, når én konkurrent meddeler en anden konkurrent licens på en bestemt teknologi mod betaling af en licensafgift og derefter hos denne konkurrent køber en komponent, der inkorporeres i det produkt, som deres indbyrdes konkurrence bygger på.

136. Licensaftaler kan også påvirke interteknologi-konkurrencen ved at skabe hindringer for konkurrenters indtrængen på markedet og for deres ekspansion. Sådanne afskærmningseffekter kan stamme fra begrænsninger, der forhindrer licenstagere i at modtage licens fra tredjeparter eller afskrækker dem fra at gøre det. Tredjeparter kan eksempelvis blive holdt uden for markedet, når de etablerede licensgivere pålægger licenstagerne konkurrenceklausuler i en sådan udstrækning, at tredjeparter kun har adgang til et utilstrækkeligt antal licenstagere, og når det er vanskeligt at trænge ind på markedet på licenstagerniveau. Udbydere af alternativ teknologi kan også blive udelukket fra markedet, hvis en licensgiver med tilstrækkelig stor markedsstyrke sammenkobler forskellige dele af en teknologi og meddeler licens herpå som en pakke, selv om det kun er en del af denne pakke, der er nødvendig for fremstillingen af et bestemt produkt.

137. Licensaftaler kan også svække intrateknologi-konkurrencen, dvs. konkurrencen mellem virksomheder, hvis produktion bygger på samme teknologi. En aftale, der pålægger licenstagerne visse territoriale begrænsninger og forhindrer dem i at sælge på hinandens områder, mindsker konkurrencen mellem dem. Intrateknologi-konkurrencen svækkes også, når licensgiveren forpligter sig til at udvælge blot én eller et begrænset antal licenstagere eller til at begrænse deres produktion til en bestemt mængde. Sådanne aftaler afskærmer markedet for potentielle licenstagere og kan også svække konkurrencen mellem eksisterende licenstagere. Licensaftaler kan også svække intrateknologi-konkurrencen ved at muliggøre ulovlig samordning mellem licenstagere. Desuden kan licensaftaler, der svækker intrateknologi-konkurrencen, gøre det mere fristende for ejere af konkurrerende teknologier at etablere et hemmeligt samarbejde, eller de kan mindske interteknologi-konkurrencen ved at skabe adgangsbarrierer.

1.3. *De positive virkninger af konkurrencebegrænsende licensaftaler og rammerne for vurdering af sådanne virkninger*

138. Konkurrencebegrænsende licensaftaler kan også have konkurrencefremmende virkninger i form af effektivitetsgevinster, der kan opveje deres konkurrencebegrænsende virkninger. Vurderingen heraf finder sted med udgangspunkt i artikel 81, stk. 3, der indeholder en undtagelse fra forbuddet i artikel 81, stk. 1. For at denne undtagelsesbestemmelse kan bringes i anvendelse, skal licensaftalen medføre objektive økonomiske fordele, konkurrencebegrænsningerne skal være nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelen herved, og aftalen må ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter.

139. Licensaftaler kan især resultere i effektivitetsgevinster, fordi de giver mulighed for at forene komplementære teknologier og andre aktiver med det formål at lancere nye eller forbedrede produkter på markedet eller reducere omkostningerne til produktion af eksisterende produkter. Når bortses fra hardcore-karteller, finder licensering ofte sted, fordi det er mere effektivt for licensgiveren at meddele licens på sin teknologi end at udnytte den selv. Det kan især være tilfældet, når licenstageren allerede har adgang til de nødvendige produktionsmidler. Aftalen giver licenstageren adgang til en teknologi, der kan kombineres med disse produktionsmidler, således at han kan udnytte nye eller forbedrede teknologier. Som et andet eksempel på potentielt effektivitetsfremmende licensering kan nævnes den situation, hvor licenstageren allerede råder over en bestemt teknologi, og hvor en kombination af denne teknologi og licensgiverens teknologi giver anledning til synergieffekter. Når de to teknologier kombineres, kan licenstageren måske opnå et forhold mellem omkostninger og produktion, som ellers ikke ville være muligt. Licensaftaler kan også frembringe effektivitetsgevinster på distributionsniveauet på samme måde som vertikale distributionsaftaler. Sådanne effektivitetsgevinster kan tage form af omkostningsbesparelser eller levering af værdifulde tjenesteydelser til forbrugerne. De positive virkninger af vertikale aftaler er beskrevet i retningslinjerne for vertikale begrænsninger ([52]). Som et andet eksempel på potentielle effektivitetsgevinster kan nævnes aftaler, hvorved teknologiejere sammensætter en teknologipakke med henblik på licensering til tredjeparter. Sådanne puljeaftaler kan først og fremmest mindske transaktionsomkostningerne, da licenstagerne ikke behøver at indgå særskilte licensaftaler med hver enkelt licensgiver.

140. Når den tager stilling til, om nødvendighedskriteriet i henhold til artikel 81, stk. 3, er opfyldt, vil Kommissionen især undersøge, om individuelle begrænsninger gør det muligt at udføre den pågældende aktivitet mere effektivt, end det ville have været tilfældet uden aftalen eller begrænsningen. Hvis et øjensynligt mindre restriktivt alternativ vil medføre et betydeligt effektivitetstab, betragtes den pågældende begrænsning som nødvendig. I nogle tilfælde kan der imidlertid være behov for at undersøge, om aftalen som sådan er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne. Det kan f.eks. være tilfældet i forbindelse med teknologipuljer, der inkluderer komplementære, men ikke essentielle teknologier ([53]), i hvilket tilfælde det må undersøges, om inkluderingen af sådanne teknologier i puljen medfører særlige effektivitetsgevinster, eller om puljen uden noget større tab af effektivitetsgevinster kan begrænses til teknologier, for hvilke der ikke findes alternativer. I tilfælde af en simpel licensaftale mellem to parter er det som hovedregel ikke nødvendigt at gå længere end at undersøge, om de enkelte begrænsninger er nødvendige. Normalt findes der ikke noget mindre konkurrencebegrænsende alternativ til licensaftalen som sådan.

141. Betingelsen om, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene, betyder, at forbrugerne af de produkter, der fremstilles på licens, i det mindste skal kompenseres for aftalens negative virkninger ([54]). Det betyder, at effektivitetsgevinsterne til fulde skal opveje de forventede negative virkninger af aftalen for priser og output. Det kan ske ved at påvirke de berørte virksomheders omkostningsstrukturer og derved give dem et incitament til at sænke deres priser eller ved at give forbrugerne adgang til nye eller forbedrede produkter og herved kompensere for eventuelle prisstigninger.

142. Den sidste betingelse i artikel 81, stk. 3, hvorefter aftalen ikke må give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, nødvendiggør en analyse af det tilbageværende konkurrencepres på markedet og aftalens konsekvenser for sådanne kilder til konkurrence. Ved anvendelse af den sidste betingelse i artikel 81, stk. 3, skal der tages hensyn til forholdet mellem artikel 81, stk. 3, og artikel 82. Ifølge fast retspraksis kan anvendelse af artikel 81, stk. 3, ikke udelukke anvendelse af artikel 82 ([55]). Eftersom artikel 81 og 82 begge tjener til at fastholde effektiv konkurrence på markedet, er det af hensyn til konsistensen nødvendigt at fortolke artikel 81, stk. 3, på en sådan måde, at det er udelukket at anvende undtagelsesreglen på konkurrencebegrænsende aftaler, der udgør misbrug af en dominerende stilling ([56]).

143. Det forhold, at aftalen i væsentlig grad svækker én konkurrencedimension, betyder ikke nødvendigvis, at konkurrencen udelukkes i artikel 81, stk. 3's betydning. Eksempelvis kan en teknologipulje munde ud i en industristandard, der fører til en situation, hvor der kun optræder en ringe grad af konkurrence, når det gælder det teknologiske format. Når først markedets hovedaktører begynder at benytte et bestemt format, kan netværkseffekter gøre det meget vanskeligt for alternative formater at overleve. Dette betyder dog ikke, at enhver

skabelse af en *de facto*-industristandard udelukker konkurrencen som omhandlet i den sidste betingelse i artikel 81, stk. 3. Inden for rammerne af den pågældende standard kan udbydere konkurrere på pris, kvalitet og andre produktegenskaber. For imidlertid at sikre, at aftalen ikke strider mod artikel 81, stk. 3, er det vigtigt, at den ikke begrænser denne konkurrence eller begrænser den fremtidige innovation unødigt.

2. Anvendelse af artikel 81 på forskellige typer begrænsninger i forbindelse med licensaftaler

144. I dette afsnit gennemgås forskellige typer begrænsninger, der ofte forekommer i licensaftaler, og som kan være konkurrencebegrænsende. De begrænsninger, der allerede er blevet behandlet i tidligere afsnit af disse retningslinjer, navnlig i afsnit III.4 og III.5, behandles kun i begrænset omfang i dette afsnit.

145. Dette afsnit dækker både aftaler mellem ikke-konkurrenter og aftaler mellem konkurrenter. Med hensyn til sidstnævnte skelnes der om nødvendigt mellem gensidige og ikke-gensidige aftaler. Der er ikke behov for denne sondring, når der er tale om aftaler mellem ikke-konkurrenter. Når virksomheder hverken er faktiske eller potentielle konkurrenter på et relevant teknologimarked eller på et marked for produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, adskiller gensidige licensaftaler sig praktisk talt ikke fra to særskilte licensaftaler. Gensidig licensering defineres som et arrangement, hvorved én part meddeler en anden part licens og modtager licens fra denne anden part, og begge overførte teknologier er til intern brug. Gensidig licensering omfatter ikke et arrangement, hvorved parterne sammensætter en teknologipakke for derefter at meddele tredjeparter licens herpå. Sådanne arrangementer betegnes som teknologipuljer, der er nærmere behandlet i afsnit 4.

146. Dette afsnit beskæftiger sig ikke med forpligtelser i licensaftaler, der uanset sagens omstændigheder ikke er konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 81, stk. 1. Disse forpligtelser kan bl.a. bestå i a) fortrolighedsforpligtelser, b) forpligtelser for licenstagere til ikke at meddele underlicens, c) forpligtelser til ikke at benytte den overførte teknologi efter aftalens udløb, forudsat at den overførte teknologi fortsat er gyldig og i kraft, d) forpligtelser til at bistå licensgiveren med håndhævelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorpå der er meddelt licens, e) forpligtelser til at betale en mindsteafgift eller fremstille et vist antal produkter, der inkorporerer den overførte teknologi og f) forpligtelser til at benytte licensgiverens varemærke eller angive licensgiverens navn på produktet.

2.1. *Afgiftsforpligtelser*

147. Parterne i en licensaftale kan normalt selv bestemme, hvor meget licenstageren skal betale i licensafgift, og hvordan afgiften skal betales, uden at blive ramt af forbuddet i artikel 81, stk. 1. Dette princip finder anvendelse på aftaler mellem såvel konkurrenter som ikke-konkurrenter, idet der dog henvises til det, der allerede er sagt om licensaftaler mellem konkurrenter i punkt 77 og 135 angående betaling af gensidige licensafgifter og i punkt 78 angående licensafgifter på produkter, der ikke inkorporerer den overførte teknologi. I forbindelse med gensidige licensaftaler mellem konkurrenter kan en forpligtelse til at betale licensafgift i visse tilfælde sidestilles med prisaftaler og dermed udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning. Når forpligtelsen til at betale licensafgift også omfatter produkter produceret ved hjælp af licenstagerens egen teknologi, forøger aftalen licenstagerens omkostninger og gør hans teknologi mindre konkurrencedygtig.

148. Licensafgifter kan f.eks. tage form af et engangsbeløb, en procentdel af salgsprisen eller et fast beløb for hvert produkt, der inkorporerer den overførte teknologi. Når den overførte teknologi har relation til et input, der inkorporeres i et slutprodukt, er det som hovedregel ikke konkurrencebegrænsende at beregne licensafgifter på basis af prisen på det endelige produkt, forudsat at den overførte teknologi er inkorporeret i produktet. Licensgiveren kan normalt også afkræve de forskellige licenstagere uensartede licensafgifter uden at overtræde artikel 81, stk. 1.

149. Selv om gruppefritagelsen kun finder anvendelse, så længe teknologien er gyldig og i brug, kan parterne normalt — uden at overtræde artikel 81, stk. 1 — aftale at forlænge forpligtelsen til at betale licensafgift ud over gyldighedsperioden for de intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorpå der er meddelt licens. Når først disse rettigheder udløber, kan tredjeparter lovligt udnytte den pågældende teknologi og konkurrere med aftaleparterne. Denne form for faktisk og potentiel konkurrence vil normalt være tilstrækkelig til at sikre, at den pågældende forpligtelse ikke får nogen mærkbar konkurrencebegrænsende virkning. Undtagelsesvist kan artikel 81, stk. 1, imidlertid finde anvendelse, når tredjeparter konfronteres med betydelige adgangsbarrierer, der forhindrer eller forsinker deres indtrængen på markedet som en reel konkurrencedygtig aktør. Under sådanne omstændigheder kan aftalen gøre det muligt for en licensgiver med stor markedsstyrke at fastholde denne markedsstyrke ved at forøge omkostningerne for hans (tidligere) licenstagere, hvis udnyttelse af teknologien ikke længere afhænger af aftalen.

150. I forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter dækker gruppefritagelsen aftaler, ifølge hvilke der beregnes licensafgift på basis af alle produkter, uanset om den overførte teknologi benyttes eller ej. Sådanne ordninger kan lette udmålingen af licensafgifter, men de kan også føre til markedsafskærmning ved at forøge tredjeparters udgifter til input, og de kan således have samme virkninger som en konkurrenceklausul. Hvis licenstageren tager licens på en teknologi fra en tredjepart, forøges prisen på licensen med den licensafgift, der skal betales til licensgiveren. Ved aftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, må det derfor undersøges, om begrænsningen fører til markedsafskærmning. Til det formål vil det være nyttigt at benytte det analysegrundlag, der er beskrevet i afsnit 2.7. Hvis aftalerne har mærkbare markedsafskærmende virkninger, rammes de af forbuddet i artikel 81, stk. 1, og de vil næppe opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3.

2.2. *Eksklusivlicenser og salgsbegrænsninger*

151. En licens er eksklusiv med henblik på disse retningslinjer, når licensgiveren giver tilsagn om ikke at meddele licens til andre overhovedet eller om ikke at meddele licens til andre inden for et bestemt område eller for en bestemt gruppe af kunder. En eksklusivlicens indebærer ikke i sig selv, at licensgiveren pålægges begrænsninger med hensyn til, hvor han fremstiller produkter baseret på den overførte teknologi, eller at licensgiveren og andre licenstagere pålægges begrænsninger med hensyn til deres salg ind i det eksklusive område eller til en eksklusiv gruppe af kunder. Med hensyn til salgsbegrænsninger er det vigtigt at skelne mellem licensering mellem henholdsvis konkurrenter og ikke-konkurrenter. Salgsbegrænsninger, der optræder i licensaftaler mellem konkurrenter, betragtes som alvorlige begrænsninger i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c) (se punkt 81). Salgsbegrænsninger, der optræder i licensaftaler mellem ikke-konkurrenter, behandles nedenfor (i punkt 157-161).

152. Mellem konkurrenter kan en begrænsning bestående i, at licensgiveren generelt ikke må meddele andre licens eller ikke må meddele licens til andre inden for et bestemt område eller for en bestemt kundegruppe, især skade konkurrencen derved, at andre (potentielle) licenstagere holdes uden for markedet. Ved at begrænse markedsadgangen kan dette desuden gør det nemmere for parterne at etablere et hemmeligt samarbejde og begrænse interteknologi-konkurrencen. Det vil især være tilfældet, når parter, der indtager en stærk position på et marked, indgår en gensidig aftale om at give hinanden eksklusivlicens på deres respektive teknologier. I så fald aftaler parterne, at de ikke vil meddele tredjeparter licens inden for rammerne af den aftalte eksklusivitet.

153. Mellem ikke-konkurrenter kan en begrænsning bestående i, at licensgiveren generelt ikke må meddele andre licens eller ikke må meddele licens til andre inden for et bestemt område eller for en bestemt kundegruppe, som licenstageren har fået tildelt, især have to konkurrencebegrænsende virkninger: Den kan a) holde andre (potentielle) licenstagere uden for markedet og b) mindske intrateknologi-konkurrencen mellem licensgiver og licenstagere og mellem licenstagerne, navnlig i kombination med salgsbegrænsninger.

154. Eksklusivlicenser kan imidlertid også give anledning til effektivitetsgevinster. Eksklusivitet kan eksempelvis tilskynde licenstageren til at investere hurtigere i udnyttelsen af den overførte teknologi. Eksklusivitet kan også tilskynde licenstageren til at foretage kontinuerlige investeringer ved at eliminere free-riding. Hvorvidt free-riding er et problem, afhænger af karakteren af de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, og af, i hvor høj grad licenstageren er involveret i markedsføring og førsalgsservice. Når licenstageren sælger produkterne under sit eget mærke, er mulighederne for free-riding mere begrænset, end når produkterne sælges under et fælles mærke.

155. Det følger af ovenstående, at den største risiko for konkurrencen i tilknytning til eksklusivlicenser uden salgsbegrænsninger består i, at potentielle licenstagere kan blive udelukket fra markedet. Når det drejer sig om aftaler mellem konkurrenter, er eksklusivlicensaftaler omfattet af gruppefritagelsen op til en markedsandelstærskel på 20 %. Over denne tærskel kan eksklusivlicensaftaler mellem konkurrenter især blive ramt af forbuddet i artikel 81, stk. 1, når licenstageren har betydelig markedsstyrke, når det er vanskeligt at trænge ind på teknologimarkedet, og når den overførte teknologi udgør en reel kilde til konkurrence på markedet. Under sådanne omstændigheder kan en eksklusivlicens afskærme markedet for tredjeparter og gøre det muligt for licenstageren at fastholde sin markedsstyrke. For at hindre nye konkurrenter i at trænge ind på markedet eller for at hindre eksisterende konkurrenter i at ekspandere vil licenstageren sandsynligvis være villig til at dele sin avance med licensgiveren. For at beskytte sin markedsstilling kan licenstageren faktisk meget vel være villig til at betale mere for eksklusivlicensen end de tredjeparter, der ville blive udsat for konkurrence fra licenstagerens side. I den situation er det meget usandsynligt, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, vil være opfyldt. Selv når kombinationen af de to teknologier giver anledning til effektivitetsgevinster, vil især eksklusivitet næppe blive betragtet som nødvendig.

156. Ved gensidige aftaler mellem konkurrenter, hvorved parterne giver hinanden eksklusivlicens på deres respektive teknologier, hersker der foruden risikoen for, at andre licenstagere holdes uden for markedet, en risiko for, at aftalen forringer interteknologi-konkurrencen mellem parterne. Uden eksklusiviteten ville begge parter kunne meddele licens til tredjeparter, hvilket ville udgøre

en ny kilde til konkurrence på markedet. Ved at aftale, at de ikke vil gøre det, sikrer parterne sig, at de forbliver de eneste kilder til produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Sådanne aftaler vil sandsynligvis blive ramt af forbuddet i artikel 81, stk. 1, når parterne har betydelig markedsstyrke. For at betingelserne i artikel 81, stk. 3, kan erklæres opfyldt, vil det skulle påvises, at licenserne fører til en effektivitetsforbedrende integration af teknologier til gavn for forbrugerne, og at eksklusiviteten er nødvendig for sikringen af disse effektivitetsgevinster. Eksklusivitet vil normalt kun blive betragtet som nødvendig, når brugen af den overførte teknologi nødvendiggør store »sunk«-investeringer. Når det er tilfældet, kan risiciene for licenstagerne være så store, at eksklusiviteten er nødvendig for at tilskynde dem til at foretage de pågældende investeringer.

157. Når det drejer sig om aftaler mellem ikke-konkurrenter, er eksklusivlicenser omfattet af gruppefritagelsen op til en markedsandelstærskel på 30 %. Over denne tærskel vil eksklusivlicenser næppe i sig selv give anledning til nogen mærkbar afskærmningseffekt, medmindre der kun er adgang til et begrænset antal levedygtige teknologier på markedet, og der er meddelt eksklusivlicens på de fleste af disse teknologier. Afskærmningseffekten er alvorligere, når to eller flere licensgivere i særskilte bilaterale aftaler meddeler samme licenstager en eksklusivlicens, end når forskellige licenstagere modtager licens på teknologierne. Flere eksklusivlicenser til en og samme licenstager kan også give anledning til ulovlig samordning mellem licensgivere, der konkurrerer på samme teknologimarked. Ved at give licens til samme licenstager eller licenstagere kan licensgiverne også samordne deres licensafgifter, dvs. prisen på licensen. En sådan samordning vil dog formentlig være vanskeligere at gennemføre i forbindelse med licensaftaler end i forbindelse med forhandlingsaftaler, hvor flere eneforhandlingsrettigheder kan medføre alvorlige konkurrenceproblemer ([57]). Som det er tilfældet i forbindelse med aftaler mellem konkurrenter, kan en eksklusivlicens imidlertid være nødvendig for at tilskynde licenstageren til at investere i den overførte teknologi, og i så fald kan betingelserne i artikel 81, stk. 3, være opfyldt. Når licenstageren står over for betydelige »sunk«-investeringer, er det sandsynligt, at en eksklusivlicensaftale opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, undtagen når der ikke findes nogen reelle alternativer til licensgiverens teknologi på markedet, eller når én og samme licenstager har modtaget licens på de fleste af de tilgængelige teknologier.

158. Salgsbegrænsninger, der pålægges parterne i forbindelse med en eksklusivlicens, er behandlet i afsnit II.4 som led i gennemgangen af listen over alvorlige konkurrencebegrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4 og i punkt 151 for så vidt angår eksklusivlicensaftaler mellem konkurrenter. Med hensyn til salgsbegrænsninger mellem ikke-konkurrenter erindres der om, at sådanne begrænsninger er omfattet gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 2, litra b) (se punkt 90-96). Salgsbegrænsninger betragtes i princippet som alvorlige begrænsninger, dog med en række vigtige undtagelser.

159. Der erindres om, at i forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter er salgsbegrænsninger mellem licensgiveren og individuelle licenstagere omfattet af gruppefritagelsen op til en bestemt markedsandelstærskel. Over denne tærskel kan begrænsninger på aktivt og passivt salg mellem områder eller kundegrupper, der er forbeholdt licensgiveren, og områder og kundegrupper, der er blevet tildelt licenstageren på eksklusivt grundlag, falde ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1. Dette kan være tilfældet, både når licensgiveren alene har betydelig markedsstyrke, og når der optræder en kumulativ virkning af ensartede aftaler indgået af licensgivere, der tilsammen indtager en stærk position på markedet. Hvis aftaleparterne imidlertid ikke er konkurrenter, og hvis det på basis af objektive faktorer kan godtgøres, at der ikke ville finde nogen licensering sted uden salgsbegrænsningerne, rammes aftalen ikke af forbuddet i artikel 81, stk. 1. Det kan være tilfældet, når licensgiveren er aktiv på samme produktmarked som licenstageren, som dog ikke ville have befundet sig på markedet uden at have modtaget licens. Ejeren af en teknologi kan normalt ikke forventes at skabe direkte konkurrence mod sig selv på sit eget teknologiområde.

160. Hvis de rammes af forbuddet i artikel 81, stk. 1, vil salgsbegrænsninger, der pålægges en licensgiver, sandsynligvis opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, medmindre der ikke findes nogen reelle alternativer til licensgiverens teknologi, eller licenstageren har taget licens på sådanne alternativer. Sådanne begrænsninger og især begrænsninger på licensgiverens aktive salg er sandsynligvis nødvendige for at tilskynde licenstageren til at investere i produktion, markedsføring og salg af de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Licenstagerens tilskyndelse til at investere kan forventes at blive kraftigt svækket, hvis han udsættes for direkte konkurrence fra licensgiveren, hvis produktionsomkostninger ikke tynges af licensafgifter, og det kan resultere i et suboptimalt investeringsniveau.

161. Hvad angår forholdet mellem licenstagere, er begrænsninger på aktivt salg mellem eksklusivområder eller eksklusive kundegrupper omfattet af gruppefritagelsen. Ved overskridelse af markedsandelstærsklen medfører begrænsninger på aktivt salg mellem licenstagernes eksklusivområder eller eksklusive kundegrupper, at intrateknologi-konkurrencen begrænses, og de pågældende begrænsninger vil sandsynligvis falde ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, når den enkelte licenstager har betydelig markedsstyrke. Sådanne begrænsninger kan imidlertid opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, når de er nødvendige for at forhindre free-riding og for at tilskynde licenstageren til at foretage de investeringer, der er nødvendige for at sikre en effektiv udnyttelse af den overførte teknologi inden for sit licensområde, og for at fremme salget af de produkter, der fremstilles på licens. Begrænsninger af passivt salg optræder på listen over alvorlige begrænsninger i artikel 4, stk. 2, litra b), jf. punkt 93. Det er ikke sandsynligt, at sådanne begrænsninger vil opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3.

162. Licensaftaler, hvorved to eller flere parter meddeler hinanden eksklusivlicens på teknologier, giver anledning til særlige bekymringer, når den samlede pakke af teknologier skaber en *de facto*-industristandard, som tredjeparter må have adgang til for kunne konkurrere effektivt på markedet. I sådanne tilfælde skaber aftalen en lukket standard, der er forbeholdt parterne. Kommissionen vil vurdere sådanne arrangementer ud fra samme principper som dem, der anvendes i forbindelse med vurderingen af teknologipuljer (se afsnit 4). Der vil normalt blive stillet krav om, at tredjeparter skal have adgang til licens på de teknologier, der understøtter standarden, på rimelige vilkår ([58]). Når aftaleparterne konkurrerer med tredjeparter på et produktmarked, og licensaftalerne har relation til dette produktmarked, kan aftaler om eksklusivitet få alvorlige markedsafskærmende virkninger. Denne negative indflydelse på konkurrencen kan kun undgås ved også at meddele tredjeparter licens. Når den overførte teknologi sætter parterne i stand til at opbygge et nyt marked, hvor de produkter, der fremstilles ved hjælp af den overførte teknologi, således ikke konkurrerer med eksisterende produkter, vil eksklusiviteten blive vurderet på samme måde som andre licensaftaler. Begrænsninger, der pålægges parter ved meddelelse af licens på egen teknologi, kan falde ind under artikel 81, men parterne vil normalt ikke være forpligtet til kollektivt at meddele tredjeparter licens til hele pakken.

2.3. *Produktionsbegrænsninger*

163. Produktionsbegrænsninger i licensaftaler mellem konkurrenter udgør en alvorlig begrænsning, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra b), dog med undtagelse af ensidige produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstageren. Sidstnævnte begrænsning optræder ikke på listen over alvorlige begrænsninger, men er udelukket fra gruppefritagelsen, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 2 (se punkt 80 og 105). Produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstageren, kan begrænse konkurrencen, når licenstagerens eller licenstagernes markedsstyrke ikke er ubetydelig, og når aftalen sætter en reel øvre grænse for licenstagerens samlede produktion. I så fald medfører aftalen en mærkbar begrænsning af den konkurrence, der eksisterede forud for aftalen. I forbindelse med vurderingen af sager af denne art er det relevant at sammenligne mængdebegrænsningen med licenstagerens produktion forud for aftalen og den forventede vækst på markedet. Der skal også tages hensyn til, om der er sandsynlighed for, at licenstageren vil skifte helt over til licensgiverens teknologi, eller om han vil fortsætte med at benytte sin egen teknologi på stand-alone-basis eller rent faktisk allerede gør det.

164. Ensidige produktionsbegrænsninger i aftaler mellem konkurrenter kan imidlertid også være til gavn for konkurrencen. De kan især være nødvendige for at tilskynde licensgiveren til at sprede sin teknologi så meget som muligt. En licensgiver kunne f.eks. være tilbageholdende med at meddele sine konkurrenter licens, hvis han ikke kunne begrænse licensen til et bestemt produktionsanlæg med en bestemt kapacitet (en anlægslicens). Når licensaftalen fører til en reel integration af komplementære aktiver, kan produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstageren, derfor opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3. Det vil imidlertid næppe være tilfældet, når parterne har stor markedsstyrke, og når aftalen fører til en reel begrænsning af licenstagerens produktion.

165. Produktionsbegrænsninger i licensaftaler mellem ikke-konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen op til en markedsandelstærskel på 30 %, forudsat at licensgiveren ikke er forpligtet til at begrænse andre licenstageres produktion eller samtlige licenstageres produktion. Er det tilfældet, antages det normalt, at aftalen gennemfører en samordnet praksis, der begrænser produktionen på licenstagerniveau.

166. Den væsentligste risiko for konkurrencen som følge af de produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstagere som led i aftaler mellem ikke-konkurrenter, består i en svækkelse af intrateknologi-konkurrencen mellem licenstagere. Betydningen af sådanne konkurrencebegrænsninger afhænger af licensgiverens og licenstagernes position på markedet og af, om produktionsbegrænsningen medfører en reel begrænsning af hver enkelt licenstagers salg.

167. Produktionsbegrænsninger kan også benyttes til at opdele markeder og til at udvide den territoriale beskyttelse ud over, hvad der er tilladt i henhold til gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer. Kommissionen vil imidlertid ikke på forhånd antage, at produktionsbegrænsninger i sig selv tjener dette formål. Det vil den til gengæld, når mængdebegrænsninger benyttes til at udmønte en underliggende aftale om markedsopdeling. Der kan være tegn på noget sådant, hvis produktionsmængden justeres over tiden for kun at dække den lokale efterspørgsel, hvis licensafgifterne differentieres alt afhængigt af produkternes bestemmelsessted, eller hvis der føres kontrol med bestemmelsesstedet for de produkter, der sælges af individuelle licenstagere.

168. Når produktionsbegrænsninger kombineres med eksklusive områder eller eksklusive kundegrupper, forstærkes de konkurrencebegrænsende virkninger. En kombination af de to typer begrænsninger gør det mere sandsynligt, at aftalen tjener til at opdele markeder.

169. Det kan også være til gavn for konkurrencen at pålægge licenstagerne produktionsbegrænsninger, idet de kan fremme spredningen af teknologi. Som udbyder af teknologi bør licensgiveren, på samme måde som udbydere af fysiske varer, normalt selv kunne bestemme, hvor meget han vil sælge. Eftersom intellektuel ejendom inkorporeres i enten en produktionsproces eller et produkt, kan licensgiveren kun bestemme sit output ved at begrænse licenstagerens brug af den overførte teknologi til et bestemt antal operationer eller en bestemt mængde. Hvis licensgiveren ikke havde frihed til at begrænse licenstagerens produktion, vil en række licensaftaler måske slet ikke blive indgået, hvilket vil være til skade for spredningen af ny teknologi. Det kan især forventes at være tilfældet, når licensgiveren også er producent, for i det tilfælde kan licenstagernes produktion tænkes at finde vej tilbage til licensgiverens hovedforretningsområde og således få direkte indflydelse på disse aktiviteter. På den anden siden er det mindre sandsynligt, at produktionsbegrænsninger er nødvendige af hensyn til spredningen af licensgiverens teknologi, når de kombineres med salgsbegrænsninger, som forhindrer licenstageren i at afsætte sine produkter inden for et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, der er forbeholdt licensgiveren.

2.4. *Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde*

170. Når en licenstager pålægges begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, er licensen begrænset til enten en eller flere tekniske anvendelser eller et eller flere produktmarkeder. I mange tilfælde kan den samme teknologi benyttes til at fremstille forskellige produkter, eller den kan inkorporeres i produkter tilhørende forskellige produktmarkeder. En ny støbeteknologi kan f.eks. benyttes til at lave plasticflasker og plasticglas, der tilhører to forskellige produktmarkeder. Den afgørende faktor er, om de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, tilhører forskellige produktmarkeder. En begrænsning, der pålægges licenstageren med udgangspunkt i køberens brug af de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, er ikke en begrænsning med hensyn til anvendelsesområde i disse retningslinjers forstand. En sådan begrænsning udgør en kundebegrænsning. Som eksempel kan nævnes licensaftaler, hvorved én licenstager får licens til at fremstille gearkasser til biler med motorer med fire eller færre cylindre, mens en anden licenstager får licens til at fremstille de samme gearkasser til biler med motorer med flere end fire cylindre. Sådanne licensaftaler fordeler kunderne mellem licenstagerne og behandles ikke som en begrænsning med hensyn til anvendelsesområde. Kundebegrænsninger falder ind under gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), og artikel 4, stk. 2, litra b), og er behandlet i punkt 77 og punkt 84-90.

171. Ved aftaler mellem konkurrenter betragtes gensidige begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde og ikke-gensidige begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der pålægges licensgiveren, som alvorlige konkurrencebegrænsninger i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), jf. punkt 82. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der falder ind under artikel 4, stk. 1, litra c), rammes af forbuddet i artikel 81, stk. 1, og det er meget usandsynligt, at de opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, navnlig den tredje betingelse vedrørende nødvendighed.

172. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde i tilknytning til en ikke-gensidig licensaftale mellem konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 20 %. Den væsentligste konkurrencemæssige bekymring i forbindelse med sådanne begrænsninger består i risikoen for, at licenstageren ophører med at med være en konkurrencefaktor inden for det område, der er omfattet af begrænsningen. Der kan især opstå bekymringer for konkurrencen, når licenstagerens produktionsfaciliteter, der er udstyret til at benytte den overførte teknologi, også benyttes til fremstilling af produkter, der er omfattet af begrænsningen med hensyn til anvendelsesområde. Hvis det i sådanne tilfælde er sandsynligt, at aftalen vil få eller har haft negative følger for licenstagerens muligheder for at udnytte egen teknologi inden for det område, der er dækket af den begrænsning med hensyn til anvendelsesområde, som licenstageren har pålagt ham, og dermed vil få licenstageren til at indskrænke produktionen, medfører aftalen en begrænsning af den konkurrence, der eksisterede forud for aftalens indgåelse. I så fald vil aftalen sandsynligvis blive fanget af forbuddet i artikel 81, stk. 1, og den vil næppe opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, da forbrugerne af de produkter, der er omfattet af begrænsningen med hensyn til anvendelsesområde, næppe vil være sikret en rimelig andel af fordelene ([59]). Hvis aftalen i sådanne tifælde er gruppefritaget, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget.

173. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde i forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter, hvorved licensgiveren forbeholder sig selv et eller flere produktmarkeder eller tekniske anvendelsesområder, er i almindelighed enten ikke konkurrencebegrænsende eller effektivitetsforøgende. De er til gavn for spredningen af ny og værdifuld teknologi, idet de giver licensgiveren et incitament til at meddele licens på udnyttelse af teknologien på områder, hvor han ikke selv agter at gøre det. Hvis licensgiveren ikke kan forhindre licenstagere i at operere på områder, hvor han selv udnytter sin teknologi, vil han sandsynligvis afholde sig fra at give andre licens.

174. Licenstageren er normalt også berettiget til at meddele forskellige licenstagere licenser, der er begrænset til et eller flere anvendelsesområder. Da de relevante produkter tilhører forskellige produktmarkeder, jf. punkt 170, giver sådanne begrænsninger ikke anledning til fordeling af kunder eller territorier. I kombination med eksklusivitet, dvs. en forpligtelse for licensgiveren til ikke at give licens til andre inden for et specifikt anvendelsesområde, medfører sådanne begrænsninger dog en indskrænkning af intrateknologi-konkurrencen mellem licenstagere i lighed med eksklusivlicenser, og de analyseres på samme måde, jf. afsnit 2.2.

2.5. *Kun produktion til eget brug*

175. En begrænsning bestående i, at der kun må produceres til eget brug, indebærer en forpligtelse for licenstageren til at begrænse sin produktion af licensproduktet til den mængde, der er nødvendig for produktionen af hans egne produkter og for vedligeholdelse og reparation af hans egne produkter. Denne form for brugsbegrænsning (herefter benævnt »captive use-begrænsning«) består med andre ord i en forpligtelse for licenstageren til kun at benytte de produkter, der inkorporer den overførte teknologi, som et input til inkorporering i hans egen produktion, mens den til gengæld ikke dækker salg af licensproduktet med henblik på inkorporering i andre producenters produkter.

176. Captive use-begrænsninger er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklerne på henholdsvis 20 % og 30 %. Uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde er det nødvendigt at se nærmere på begrænsningens konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger. I den forbindelse skal der skelnes mellem aftaler mellem henholdsvis ikke-konkurrenter og konkurrenter.

177. Ved licensaftaler mellem konkurrenter medfører en begrænsning, der påtvinger licenstageren kun at benytte den overførte teknologi til fremstilling af komponenter til inkorporering i egne produkter, at han er forhindret i at optræde som leverandør af komponenter til andre producenter. Hvis licenstageren forud for indgåelsen af aftalen hverken var en faktisk eller potentiel leverandør af komponenter til andre producenter, ændrer captive use-begrænsningen intet sammenlignet med den tidligere situation. Under sådanne omstændigheder behandles begrænsningen på samme måde, som når der er tale om aftaler mellem ikke-konkurrenter. Hvis på den anden side licenstageren er en faktisk eller potentiel komponentleverandør, indskrænker begrænsningen den konkurrence, der eksisterede forud for aftalen, og den kan få alvorlige negative virkninger på markedet. Hvis konkurrerende komponentudbydere pålægger hinanden en captive use-begrænsning, kan den resultere i markedsopdeling mellem parterne, navnlig i forbindelse med gensidige licensaftaler indeholdende en gensidig captive use-begrænsning. Hvis det desuden ikke kun er brugen af den overførte teknologi, men også brugen af licenstagerens egen teknologi, der begrænses, vil der være tale om en alvorlig begrænsning i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c).

178. I forbindelse med licensaftaler mellem ikke-konkurrenter hersker der to hovedrisici for konkurrencen som følge af captive use-begrænsninger: a) begrænsning af intrateknologi-konkurrencen på markedet for udbud af input og b) udelukkelse af arbitrage mellem licenstagere, hvilket giver licensgiveren bedre mulighed for at pålægge licenstagerne diskriminerende licensafgifter.

179. Captive use-begrænsninger kan imidlertid også fremme konkurrencen. Hvis licensgiveren udbyder komponenter, kan begrænsningen være nødvendig af hensyn til teknologispredningen. Hvis det på basis af objektive faktorer kan sandsynliggøres, at licensgiveren ikke ville meddele licens uden den pågældende begrænsning, fordi han ellers ville skabe direkte konkurrence til sig selv på komponentmarkedet, falder begrænsningen slet ikke ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1. Det er dog en betingelse, at licenstageren ikke forhindres i at sælge licensproduktet som reservedel til sine egne produkter. Licenstageren skal have mulighed for at betjene eftermarkedet, herunder selvstændige servicevirksomheder, der yder service på og reparerer de produkter, som licenstageren fremstiller.

180. Når licensgiveren ikke udbyder komponenter på det relevante marked, kan ovennævnte begrundelser for at påtvinge licenstagerne captive use-begrænsninger ikke gøres gældende. I sådanne tilfælde kan begrænsningen i princippet være til gavn for teknologispredningen ved at sikre, at licenstagerne ikke sælger til producenter, der konkurrerer med licensgiveren på andre markeder. Dog vil en forpligtelse for licenstageren til ikke at sælge til bestemte kundegrupper, der er forbeholdt licensgiveren, normalt udgøre et mindre konkurrencebegrænsende alternativ. I sådanne tilfælde er en captive use-begrænsning derfor normalt ikke nødvendig for spredningen af teknologi.

181. Captive use-begrænsninger kan desuden fremme licenseringen, idet de giver licensgiveren mulighed for at føre mere effektiv kontrol med betalingen af licensafgifter. Det kan være lettere at føre kontrol, når der kan opkræves licensafgifter af hvert enkelt produkt, der inkorporerer input fremstillet på basis af den overførte teknologi. Når licensgiveren har betydelig markedsstyrke, er det dog ikke sandsynligt, at denne effektivitetsgevinst vil opveje de konkurrencebegrænsende virkninger.

2.6. *Sammenkobling*

182. I forbindelse med teknologioverførsel optræder der koblingssalg, når licensgiveren gør meddelelsen af licens på én teknologi (det primære produkt) betinget af, at licenstageren tager licens på en anden teknologi eller køber et bestemt produkt hos licensgiveren eller en af ham udpeget virksomhed (det bundne produkt). Der er ikke tale om koblingssalg, når det primære produkt ikke er et særskilt produkt i forhold til det bundne produkt. Teknologier eller produkter betragtes som særskilte, når licenstageren/køberen i en situation uden koblingssalg ville anse dem for at tilhøre særskilte markeder. Dette er normalt ikke tilfældet, når teknologierne eller produkterne kobles sammen på en sådan måde, at den overførte teknologi ikke kan udnyttes uden det bundne produkt.

183. Koblingssalg er omfattet af gruppefritagelsen i forbindelse med aftaler mellem konkurrenter op til markedsandelstærsklen på 20 % og i forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter op til markedsandelstærsklen på 30 %. Over disse markedsandelstærskler er det nødvendigt at afveje de konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger af koblingssalg.

184. Når licensgiveren har markedsstyrke på markedet for det bundne produkt snarere end på markedet for det primære produkt, analyseres begrænsningen som en konkurrenceklausul eller en mængdeforpligtelse for at afspejle det forhold, at ethvert konkurrenceproblem hidrører fra markedet for det bundne produkt og ikke fra markedet for det primære produkt ([60]). Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, der gør anvendelsen af gruppefritagelsen betinget af, at visse markedsandelstærskler ikke er overskredet, sikrer, at sådanne aftaler ikke kan henføres under gruppefritagelsen, hvis markedsandelstærsklerne på henholdsvis 20 % og 30 % er overskredet. Disse tærskler gælder for ethvert relevant teknologi- eller produktmarked, herunder markedet for det bundne produkt.

185. Den væsentligste konkurrencebegrænsende virkning af koblingssalg består i, at konkurrerende udbydere af det bundne produkt holdes uden for markedet. Koblingssalg kan imidlertid også sætte licensgiveren i stand til at forøge licensafgifterne, især når det primære produkt og det bundne produkt til en vis grad er indbyrdes substituerbare, og når de to produkter ikke anvendes i faste proportioner. Koblingssalg forhindrer licenstageren i at skifte til andre input i tilfælde af stigende licensafgifter på det primære produkt. Disse konkurrenceproblemer berøres ikke af, om aftaleparterne er konkurrenter eller ej. Sandsynligheden for, at koblingssalg vil resultere i en begrænsning af konkurrencen, opstår, når licensgiveren har betydelig markedsstyrke på markedet for det primære produkt og kan benytte denne markedsstyrke til at begrænse konkurrencen på markedet for det bundne produkt. Uden markedsstyrke på markedet for det primære produkt kan licensgiveren ikke udnytte sin teknologi til at begrænse konkurrencen ved at holde udbydere af det bundne produkt uden for markedet. Som det er tilfældet i forbindelse med konkurrenceklausuler, skal koblingsklausulen dække en vis del af markedet for det bundne produkt, før der opstår markedsafskærmning.

186. Koblingssalg kan også resultere i effektivitetsgevinster. Det er eksempelvis tilfældet, når det bundne produkt er nødvendigt for en teknisk set tilfredsstillende udnyttelse af den overførte teknologi og for at garantere, at produktionen under licensen lever op til de kvalitetskrav, som licensgiveren og andre licenstagere opfylder. I sådanne tilfælde er koblingsklausulen normalt enten ikke konkurrencebegrænsende eller omfattet af artikel 81, stk. 3. Når licenstagerne benytter licensgiverens varemærke eller mærke, eller når det på anden vis er oplagt for forbrugerne, at der er en forbindelse mellem det produkt, der inkorporerer den overførte teknologi, og licensgiveren, har licensgiveren en legitim interesse i at sikre sig, at kvaliteten af produkterne er tilstrækkelig høj og ikke undergraver værdien af hans teknologi eller hans omdømme som økonomisk aktør. Når forbrugerne ved, at licenstagerne (og licensgiveren) producerer på basis af samme teknologi, er det desuden usandsynligt, at licenstagerne vil være villige til at tage licens på teknologien, medmindre den udnyttes på teknisk tilfredsstillende vis af alle.

187. Koblingssalg kan også være konkurrencefremmende, når det bundne produkt giver licenstageren mulighed for at udnytte den overførte teknologi langt mere effektivt end andre tilgængelige alternativer. Når licensgiveren f.eks. meddeler licens på en bestemt procesteknologi, kan parterne også aftale, at licenstageren køber en katalysator hos licensgiveren, der er udviklet med henblik på anvendelse sammen med den overførte teknologi, og som gør det muligt at udnytte teknologien mere effektivt end sammen med andre katalysatorer. Når en sådan begrænsning falder ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, er det sandsynligt, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, vil være opfyldt, også selv om markedsandelstærsklerne måtte være overskredet.

2.7. *Konkurrenceklausuler*

188. Konkurrenceklausuler i forbindelse med teknologilicenser tager form af en forpligtelse for licenstageren til ikke at benytte andre teknologier, der konkurrerer med den overførte teknologi. Konkurrenceklausuler, der dækker et produkt eller en supplerende teknologi leveret af licensgiveren, er behandlet i det forudgående afsnit om koblingssalg.

189. Gruppefritagelsesforordningen medfører fritagelse af konkurrenceklausuler indeholdt i aftaler mellem såvel konkurrenter som ikke-konkurrenter op til markedsandelstærsklen på henholdsvis 20 % og 30 %.

190. Den største fare for konkurrencen som følge af konkurrenceklausuler består i, at teknologier tilhørende tredjeparter kan blive holdt uden for markedet. Konkurrenceklausuler kan også gøre det nemmere for licenstagere at samordne deres adfærd, såfremt de benyttes kumulativt. Ved at udelukke konkurrerende teknologier fra markedet mindskes konkurrencepresset på de licensafgifter, som

licensgiveren opkræver, og samtidig svækkes konkurrencen mellem de etablerede teknologier, da licenstagernes muligheder for at skifte mellem konkurrerende teknologier forringes. Da hovedproblemet i begge tilfælde er markedsafskærmning, kan der normalt foretages samme analyse af aftaler mellem henholdsvis konkurrenter og ikke-konkurrenter. Ved gensidige licensaftaler mellem konkurrenter, hvor begge parter indvilger i ikke at benytte tredjeparters teknologier, kan der imidlertid opstå en risiko for ulovlig samordning mellem aftaleparterne på produktmarkedet, hvilket er begrundelsen for den lavere markedsandelstærskel på 20 %.

191. Der kan opstå markedsafskærmning, når en stor del af de potentielle licenstagere allerede er bundet til en eller i tilfælde af kumulative virkninger flere teknologikilder og er forhindret i at benytte konkurrerende teknologier. Afskærmningseffekter kan være en følge af aftaler indgået af en enkelt licensgiver med betydelig markedsstyrke eller opstå som følge af den kumulative virkning af aftaler indgået af flere licensgivere, selv når den enkelte aftale eller det enkelte netværk af aftaler er omfattet af gruppefritagelsesforordningen. I så fald er det dog usandsynligt, at der vil opstå en alvorlig kumulativ effekt, så længe mindre end 50 % af markedet er bundet. Overskrides denne tærskel, er det sandsynligt, at markedet vil blive afskærmet i væsentlig grad, når adgangsbarrierne for nye licenstagere er forholdsvis høje. Hvis hindringerne for adgang er lave, kan nye licenstagere trænge ind på markedet og udnytte kommercielt attraktive teknologier tilhørende tredjeparter og således repræsentere et reelt alternativ til de etablerede licenstagere. For at kunne afgøre, om tredjeparter har reelle muligheder for at trænge ind på markedet og for at ekspandere, er det også nødvendigt at tage hensyn til, i hvilken udstrækning distributørerne er bundet til licenstagere i kraft af konkurrenceklausuler. Tredjeparters teknologier har kun en realistisk mulighed for at trænge ind på markedet, hvis de har adgang til de nødvendige produktions- og distributionsfaciliteter. Den lethed, hvormed det er muligt at trænge ind på markedet, afhænger med andre ord ikke blot af adgangen til potentielle licenstagere, men også af, om disse licenstagere har adgang til distribution. Ved vurderingen af afskærmningseffekter på distributionsniveauet vil Kommissionen benytte de analysemetoder, der er beskrevet i afsnit IV.2.1 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger ([61]).

192. Når licensgiveren har betydelig markedsstyrke, kan det føre til mærkbar markedsafskærmning, hvis licenstagerne forpligtes til kun at hente deres teknologi hos licensgiveren. Jo stærkere en markedsstilling licensgiveren indtager, desto større er risikoen for udelukkelse af konkurrerende teknologier fra markedet. De mærkbare afskærmningseffekter opstår ikke nødvendigvis kun, når konkurrenceklausulerne dækker en betydelig del af markedet. De kan også opstå, når konkurrenceklausulerne er rettet mod de virksomheder, der med størst sandsynlighed vil søge licens på konkurrerende teknologier. Risikoen for markedsafskærmning er særlig stor, når der kun findes et begrænset antal potentielle licenstagere, og licensaftalen vedrører en teknologi, der benyttes af licenstagerne til at fremstille et input til eget brug. I sådanne tilfælde begrænser efterspørgslen på markedet sig til licenstagerne. Der er mindre risiko for markedsafskærmning, når teknologien benyttes til fremstilling af et produkt, der sælges til tredjeparter, for i det tilfælde binder begrænsningen kun produktionskapaciteten og ikke efterspørgslen efter det produkt, der inkorporerer den overførte teknologi. For at trænge ind på markedet i sidstnævnte situation har licensgiverne kun behov for adgang til licenstagere med passende produktionskapacitet, og medmindre der kun er et lille antal virksomheder, der er i besiddelse af eller kan skaffe sig de aktiver, der er nødvendige for at kunne tage licens, er det ikke sandsynligt, at licensgiveren vil kunne nægte konkurrenter adgang til effektive licenstagere ved at pålægge sine licenstagere konkurrenceklausuler.

193. Konkurrenceklausuler kan også være til gavn for konkurrencen. De kan for det første fremme spredningen af teknologi ved at mindske risikoen for uretmæssig tilegnelse af den overførte teknologi og navnlig af knowhow. Hvis en licenstager har ret til at tage licens på konkurrerende teknologier hos tredjeparter, er der risiko for, at især overført knowhow vil blive benyttet i forbindelse med udnyttelsen af konkurrerende teknologier og dermed komme konkurrenter til gode. Når en licenstager også benytter konkurrerende teknologier, bliver det som regel også vanskeligere at føre kontrol med betalingen af licensafgifter, hvilket kan fjerne tilskyndelsen til at meddele licens.

194. For det andet kan konkurrenceklausuler være nødvendige for at give licenstageren et incitament til at investere i og udnytte den overførte teknologi på effektiv vis. I de tilfælde, hvor aftalen rammes af forbuddet i artikel 81, stk. 1, vil det med henblik herpå dog ofte være tilstrækkeligt at pålægge licenstageren en forpligtelse til at producere et vist minimum eller til at betale licensafgifter. Risikoen for, at konkurrerende teknologier holdes uden for markedet, er normalt mindre i forbindelse med sådanne forpligtelser.

195. For det tredje gælder det, at hvis licensgiveren giver tilsagn om at foretage store kundespecifikke investeringer i f.eks. uddannelse og for at skræddersy den overførte teknologi til licenstagerens behov, kan konkurrenceklausuler eller eventuelt et pålæg om en minimumsproduktion eller betaling af licensafgifter være nødvendigt for at tilskynde licensgiveren til at foretage de pågældende investeringer og for at undgå forhalingsproblemer. Normalt vil licensgiveren dog kunne kræve direkte betaling for sådanne investeringer i form af et engangsbeløb, hvilket vil sige, at der findes mindre konkurrencebegrænsende alternativer.

3. **Forligsaftaler og ikke-påberåbelsesaftaler**

196. Teknologioverførselsaftaler vedrører overførsel af teknologi fra licensgiver til licenstager med det formål at sætte licenstageren i stand til at udnytte licensgiverens teknologi. Inden for visse sektorer er licensering i stigende grad

begyndt at fungere som et middel til at bilægge tvister eller til at undgå, at den ene part hævder sine intellektuelle ejendomsrettigheder for at forhindre den anden part i at udnytte egen teknologi. Gensidig licensering som led i forligsaftaler eller ikke-påberåbelsesaftaler er som sådan ikke konkurrencebegrænsende, da aftalerne sætter parterne i stand til at konkurrere efterfølgende. Dog kan de individuelle vilkår knyttet til sådanne aftaler falde ind under artikel 81, stk. 1.

197. Aftaler, der pålægger parterne begrænsninger med hensyn til udnyttelsen af deres respektive teknologier, herunder med hensyn til meddelelse af licens til tredjeparter, vil sandsynligvis falde ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1. Selv hvis det fastslås, at parterne ikke er konkurrenter, fordi der optræder en gensidig blokering, jf. punkt 25, vil en sådan begrænsning sandsynligvis falde blive fanget af forbuddet i artikel 81, stk. 1, da den ikke er objektivt nødvendig, jf. punkt 14. Desuden vil sådanne aftaler næppe opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3. Hovedfordelen ved aftalen består i, at den bringer en ende på tvisten eller forhindrer, at der opstår tvister i fremtiden. En gensidig licensaftale uden begrænsninger vil være tilstrækkelig til at opnå dette.

198. Når parterne i henhold til aftalen er berettiget til at benytte hinandens teknologi, og aftalen også dækker den fremtidige udvikling heraf, er det nødvendigt at undersøge aftalens konsekvenser for parternes innovationslyst. Når parterne har betydelig markedsstyrke, og når aftalen forhindrer dem i at overhale hinanden i konkurrencen, vil aftalen sandsynligvis blive fanget af forbuddet i artikel 81, stk. 1, og den vil næppe opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, navnlig kravet om nødvendighed. For at opfylde formålet med aftalen, der består i at sikre, at parterne kan fortsætte med at udnytte deres egen teknologi uden at blive blokeret af den anden part, er det ikke nødvendigt for parterne at indgå aftale om deling af fremtidige innovationer.

199. Licensafgifter og andre betalingsordninger i forbindelse med forligsaftaler og ikke-påberåbelsesaftaler kan falde ind under artikel 81, stk. 1, når de gør det muligt for parterne at samordne deres prissætning, og de vurderes på samme måde som licensafgifter i forbindelse med aftaler mellem konkurrenter, jf. punkt 77 og 147. Licenser bør være afgiftsfri eller, hvis de pågældende teknologier ikke er af samme værdi, have form af en nettolicensafgift (dvs. forskellen mellem de to licensafgifter) eller et fast engangsbeløb, der afspejler den objektive forskel i værdi.

200. I forbindelse med forligsaftaler og ikke-påberåbelsesaftaler vil ikke-anfægtelsesklausuler normalt falde uden for artikel 81, stk. 1. Det ligger i sådanne aftaler, at parterne er enige om, at de ikke efterfølgende vil anfægte de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er omfattet af aftalen. Selve formålet med aftalen består jo i at bilægge eksisterende tvister og/eller forhindre tvister i fremtiden.

201. Gruppefritagelsen finder anvendelse, hvis aftalen ikke indeholder nogen af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er beskrevet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4. Som nævnt i punkt 34 erindres der imidlertid om, at i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2 finder gruppefritagelsen kun anvendelse, når licensaftalen indgås mellem to virksomheder med henblik på fremstilling af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Det følger heraf, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse, når der meddeles licens med det ene formål at bilægge en tvist eller undgå tvister i fremtiden og ikke med henblik på produktion.

4. **Teknologipuljer**

202. Teknologipuljer defineres som arrangementer, hvorved to eller flere parter samler en pakke af teknologier, som ikke blot puljemedlemmerne modtager licens på, men som også tredjeparter kan modtage licens på. Med hensyn til deres opbygning kan teknologipuljer tage form af et simpelt arrangement mellem et begrænset antal parter eller et detaljeret organisatorisk arrangement, der overlader det til en særskilt enhed at stå for meddelelsen af licenser på puljeteknologierne. I begge tilfælde kan puljen give licenstagerne mulighed for at operere på markedet på basis af en enkelt licens.

203. I nogle tilfælde understøtter teknologierne i puljen (helt eller delvist) en faktisk eller ved lov indført industristandard. Der er imidlertid ingen naturlig forbindelse mellem teknologipuljer og standarder. Når teknologipuljer rent faktisk understøtter en industristandard, understøtter de ikke nødvendigvis en enkelt standard. Teknologipuljer kan understøtte konkurrerende standarder ([62]).

204. Aftaler om oprettelse af teknologipuljer og fastsættelse af de nærmere regler for, hvordan de skal fungere, er ikke — uanset antallet af puljemedlemmer — omfattet af gruppefritagelsen, jf. afsnit III.2.2. Sådanne aftaler er kun omfattet af disse retningslinjer. Puljeordninger giver anledning til en række specifikke spørgsmål vedrørende udvælgelsen af de teknologier, der indgår i puljen, og den måde, hvorpå puljen fungerer. Disse spørgsmål melder sig ikke i forbindelse med andre former for licensering. De individuelle licenser, som puljen meddeler tredjeparter, behandles imidlertid på samme måde som andre licensaftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, når betingelserne i gruppefritagelsesforordningen er opfyldt, herunder bestemmelserne i artikel 4 vedrørende alvorlige konkurrencebegrænsninger.

205. Teknologipuljer kan være konkurrencebegrænsende. Oprettelsen af en teknologipulje indebærer nødvendigvis fælles salg af de teknologier, der er samlet i puljen, hvilket i tilfælde af puljer sammensat af indbyrdes substituerbare teknologier svarer til et priskartel. Foruden at mindske konkurrencen mellem parterne kan teknologipuljer også, navnlig når de understøtter en industristandard eller i praksis etablerer en industristandard, begrænse konkurrencen inden for innovation ved at holde alternative teknologier uden for markedet. Standarden og den hermed forbundne teknologipulje kan gøre det vanskeligt for nye og forbedrede teknologier at trænge ind på markedet.

206. Teknologipuljer kan også være til fordel for konkurrencen, navnlig fordi de mindsker transaktionsomkostningerne. Puljen gør det muligt at samle meddelelsen af licenser på puljeteknologierne på ét sted. Dette er særlig vigtigt inden for sektorer, hvor intellektuelle ejendomsrettigheder er almindeligt udbredt, og hvor det er nødvendigt at indhente licenser fra et stort antal licensgivere for at kunne operere på markedet. Når licenstagere modtager løbende tjenester i forbindelse med anvendelsen af den overførte teknologi, kan fælles licensering og servicering føre til yderligere besparelser.

4.1. *Puljeteknologiernes art*

207. De konkurrencemæssige risici og de potentielle effektivitetsgevinster forbundet med teknologipuljer afhænger i vid udstrækning af forholdet mellem de teknologier, der indgår i puljen, og forholdet mellem disse teknologier og teknologier uden for puljen. Der må foretages to grundlæggende sondringer, nemlig mellem a) komplementære teknologier og indbyrdes substituerbare teknologier og b) essentielle og ikke-essentielle teknologier.

208. To teknologier er *komplementære* teknologier i modsætning til *indbyrdes substituerbare* teknologier, når de begge, set ud fra en teknologisk synsvinkel, er nødvendige for at producere et givet produkt eller gennemføre den proces, som teknologierne har relation til. Omvendt er to teknologier indbyrdes substituerbare, når de begge, set ud fra en teknologisk synsvinkel, kan benyttes til at producere et givet produkt eller gennemføre den proces, som teknologierne har relation til. En teknologi betragtes som *essentiel* i modsætning til *ikke-essentiel*, når der ikke findes nogen erstatning for den pågældende teknologi inden for og uden for puljen, og når den pågældende teknologi udgør en nødvendig del af pakken af teknologier beregnet til fremstilling af det eller de produkter eller gennemførelse af den eller de processer, som puljen har relation til. Essentielle teknologier er nødvendigvis også komplementære teknologier.

209. Når de teknologier, der indgår i en pulje, er indbyrdes substituerbare, vil licensafgifterne sandsynligvis være højere, end de ellers ville være, fordi licenstagerne ikke kan udnytte rivaliseringen mellem de pågældende teknologier. Når de teknologier, der indgår i en pulje, er komplementære teknologier, mindsker ordningen transaktionsomkostningerne, og den kan også føre til, at de samlede licensafgifter bliver lavere, eftersom parterne kan fastsætte en fælles licensafgift for hele pakken i stedet for hver især at fastsætte en licensafgift, der ikke tager hensyn til de licensafgifter, som andre har fastsat.

210. Sondringen mellem komplementære og indbyrdes substituerbare teknologier er ikke altid helt klar, eftersom teknologier kan være delvis indbyrdes substituerbare og delvis komplementære. Når det er sandsynligt, at licenstagerne vil efterspørge begge teknologier på grund af de effektivitetsgevinster, som en kombination af teknologierne kan føre med sig, behandles teknologierne som komplementære teknologier, selv om de til en vis grad er indbyrdes substituerbare. I sådanne tilfælde er det sandsynligt, at hvis teknologipuljen ikke fandtes, ville licenstagerne forsøge at opnå licens på begge teknologier som følge af de ekstra økonomiske fordele, der følger af at anvende begge teknologier i stedet for blot en enkelt af dem.

211. Set ud fra en juridisk synsvinkel er to teknologier også komplementære, når de er gensidigt blokerende. Som hovedregel vil Kommissionen dog ikke betragte oprettelsen af en pulje som værende nødvendig for at kunne frigøre de blokerende stillinger. Som nævnt i afsnit 3 kan

parterne løse problemet med de blokerende stillinger ved at meddele hinanden licens eller indgår ikke-påberåbelsesaftale, som vil gøre det muligt for dem at udnytte deres respektive teknologier selvstændigt. Kommissionen vil derfor behandle teknologipuljer, der omfatter blokerende patenter, på samme måde som teknologipuljer, der indeholder indbyrdes substituerbare teknologier.

212. Optagelsen af indbyrdes substituerbare teknologier i puljen begrænser interteknologi-konkurrencen inden for puljen og må betragtes som kollektiv sammenkobling. Når den overvejende del af puljen består af indbyrdes substituerbare teknologier, må ordningen desuden betragtes som et middel til prisfastsættelse mellem konkurrenter. Kommissionen mener som hovedregel, at når der i puljen indgår indbyrdes substituerbare teknologier, foreligger der en overtrædelse af artikel 81, stk. 1. Kommissionen mener også, at det er usandsynligt, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, vil være opfyldt i sådanne tilfælde. Eftersom de pågældende teknologier er alternativer til hinanden, fører begge teknologiers tilstedeværelse i puljen ikke til en mindskelse af transaktionsomkostningerne. Hvis puljen ikke havde eksisteret, ville licenstagerne ikke have efterspurgt begge teknologier. Det er ikke tilstrækkeligt, at parterne bevarer deres ret til at meddele licenser uafhængigt af hinanden. Parterne vil næppe have nogen tilskyndelse til at gøre dette, idet de ellers ville kunne underminere puljen, som gør det muligt for dem at udnytte deres markedsstyrke i fællesskab.

213. Når en pulje består af teknologier, der er essentielle og dermed nødvendigvis også komplementære, falder oprettelsen af puljen som sådan normalt uden for artikel 81, stk. 1, uanset parternes markedsstilling. De vilkår, på hvilke der meddeles licens, kan imidlertid blive fanget af forbuddet i artikel 81, stk. 1.

214. Når der i puljen indgår ikke-essentielle, men komplementære patenter, er der risiko for, at markedet afskærmes for teknologier tilhørende tredjeparter. Når først en teknologi optages i puljen og gives i licens som en del af den samlede pakke, vil licenstagerne næppe have nogen særlig tilskyndelse til at søge licens på en konkurrerende teknologi, når den licensafgift, der betales for pakken, allerede dækker en alternativ teknologi. Optagelsen af teknologier, der ikke er nødvendige for fremstillingen af det eller de produkter eller gennemførelsen af den eller de processer, som puljen har relation til, tvinger også licenstagerne til at betale for teknologi, de ikke har behov for. Optagelsen af komplementære patenter må således betragtes som udtryk for kollektiv sammenkobling. Når en pulje omfatter ikke-essentielle teknologier, vil aftalen sandsynligvis falde ind under artikel 81, stk. 1, hvis puljen indtager en stærk position på et relevant marked.

215. Ved vurderingen af teknologipuljer, der omfatter ikke-essentielle teknologier, som der findes alternativer til uden for puljen, eller som ikke er nødvendige for fremstillingen af et eller flere af de produkter, som puljen har relation til, vil Kommissionen tage hensyn til bl.a. følgende faktorer:

a) om det af konkurrencefremmende årsager er nødvendigt at tage ikke-essentielle teknologier med i puljen

b) om licensgiverne fortsat kan meddele licens på deres respektive teknologier uafhængigt af hinanden. Når puljen består af et begrænset antal teknologier, og der findes alternative teknologier uden for puljen, kan det være rentabelt for licenstagerne at sammensætte deres egne teknologipakker ved hjælp af teknologier fra puljen og teknologier tilhørende tredjeparter

c) om der kun kan opnås adgang til teknologien i puljen som en samlet pakke, eller om licenstagerne har mulighed for at tage licens på kun en del af pakken og opnå en modsvarende nedsættelse af licensafgiften. Denne mulighed er ikke kun relevant, når puljen omfatter ikke-essentielle teknologier, men også når teknologierne i puljen har forskellige anvendelser, hvoraf nogle ikke forudsætter, at alle teknologierne i puljen anvendes. I førstnævnte tilfælde vil retten til kun at tage licens på en del af pakken mindske risikoen for, at markedet afskærmes for tredjeparters teknologier, der ikke indgår i puljen. I sidstnævnte tilfælde vil retten til at tage licens på kun en del af pakken forhindre, at teknologier, der ikke er nødvendige for et bestemt produkt eller en bestemt proces, kobles sammen med essentielle teknologier. Licensering af kun en del af pakken er kun et reelt alternativ, hvis licenstageren opnår en modsvarende nedsættelse af licensafgifterne. Dette forudsætter, at hver enkelt teknologi i puljen tildeles en bestemt andel af de samlede licensafgifter. Når licensaftalerne indgået mellem puljen og de individuelle licenstagere har en forholdsvis lang løbetid, og teknologien i puljen understøtter en *de facto*-industristandard, skal der tages højde for, at puljen kan medføre afskærmning af markedet for nye teknologier, der kan substituere teknologien i puljen. Ved vurdering af risikoen for markedsafskærmning i sådanne sager er det relevant at tage hensyn til, om licenstagerne har ret til med et rimeligt varsel opsige dele af licensaftalen og opnå en modsvarende nedsættelse af licensafgifterne.

4.2. *Vurdering af individuelle begrænsninger*

216. Formålet med dette afsnit er at se nærmere på nogle begrænsninger, som i en eller anden form ofte optræder i forbindelse med teknologipuljer, og som skal vurderes som led i den overordnede bedømmelse af puljen. Som nævnt i punkt 204 finder gruppefritagelsesforordningen, herunder forordningens artikel 4 om alvorlige konkurrencebegrænsninger, anvendelse på licensaftaler indgået mellem puljen og tredjeparter. Dette afsnit beskæftiger sig derfor kun med selve oprettelsen af puljen og de særlige licensproblemer, der knytter sig til licensering via teknologipuljer.

217. Kommissionen vil bygge sin vurdering på følgende hovedprincipper:

a) Jo stærkere puljens markedsstilling er, desto større er risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger.

b) Puljer, der indtager en stærk stilling på markedet, skal være åbne og ikke-diskriminerende.

c) Puljer må ikke i unødig grad holde tredjeparters teknologier uden for markedet eller begrænse oprettelsen af alternative puljer.

218. Virksomheder, der opretter en teknologipulje, kan som regel frit forhandle om og fastsætte licensafgifterne for teknologipakken og hver enkelt teknologis andel af licensafgifterne. En aftale herom er væsentlig for dannelsen af en pulje og kan ikke i sig selv betragtes som konkurrencebegrænsende. Når udvælgelsen af de teknologier, der skal indgå i en pulje, foretages af en uvildig ekspert, kan der faktisk opstå konkurrence mellem de disponible teknologiske løsninger. På den anden side skal licenstagerne have ret til selv at bestemme, hvor mange produkter de vil fremstille på grundlag af licensen, og prisen på disse produkter.

219. Når puljen indtager en stærk stilling på markedet, må licensafgifter og andre licensbetingelser ikke være diskriminerende, og licenserne bør ikke være eksklusive. Begge disse krav er nødvendige for at sikre, at puljen er åben og ikke fører til markedsafskærmning og andre konkurrencebegrænsninger på markeder i efterfølgende led. De udelukker imidlertid ikke, at der kan beregnes forskellige licensafgifter for forskellige anvendelser. Det betragtes normalt ikke som konkurrencebegrænsende at anvende forskellige licensafgifter på forskellige produktmarkeder, men der må ikke forekomme nogen forskelsbehandling på det enkelte produktmarked. Behandlingen af licenstagere må især ikke afhænge af, om de er licensgivere eller ej. Kommissionen vil derfor tage hensyn til, om licensgivere også skal betale licensafgifter.

220. Licensgivere og licenstagere skal have ret til at udvikle konkurrerende produkter og standarder, og de skal også have ret til at indgå licensaftaler uden for puljen. Disse krav er nødvendige for at begrænse risikoen for, at teknologier tilhørende tredjeparter holdes uden for markedet, og for at sikre, at puljen ikke bremser innovationen og forhindrer konkurrerende teknologiske løsninger i at se dagens lys. Når en pulje i praksis skaber en industristandard, og når parterne er underlagt konkurrenceklausuler, opstår der en særlig risiko for, at puljen kan lægge hindringer i vejen for udviklingen af nye og forbedrede teknologier og standarder.

221. Grant-back-forpligtelser bør være ikke-eksklusive og begrænses til udvikling, som er nødvendig for brugen af den teknologi, der indgår i puljen. Dette gør det muligt for puljen at drage fordel af forbedringer, der har tæt forbindelse til den teknologi, der indgår i puljen, og giver samtidig ejerne ret til ikke at meddele puljen licens på selvstændige forbedringer. Parterne har en berettiget interesse i at kunne sikre, at udnyttelsen af den teknologi, der indgår i puljen, ikke forsinkes af licenstagere, der er i besiddelse af eller opnår essentielle patenter.

222. Et af de problemer, der er blevet konstateret i relation til patentpuljer, består i, at puljerne kan dække over ugyldige patenter. Samlingen af patenter i puljer gør det dyrere og mere risikabelt at anfægte gyldigheden af patenter, for sagen falder til jorden, hvis blot ét af patenterne i puljen er gyldigt. Beskyttelsen af ugyldige patenter i puljen kan resultere i højere licensafgifter for licenstagerne og kan også hindre innovation på det område, der er dækket af et ugyldigt patent. For at mindske denne risiko må retten til at opsige en licens i tilfælde af, at gyldigheden af et patent anfægtes, begrænses til den teknologi, der ejes af den licensgiver, som sagen rejses mod, og ikke omfatte hele den pakke af teknologier, der indgår i puljen.

4.3. *De institutionelle rammer for en teknologipulje*

223. Den måde, hvorpå en teknologipulje dannes, organiseres og drives, kan mindske risikoen for, at den har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og give sikkerhed for, at den fremmer konkurrencen.

224. Når deltagelse i processen er åben for alle interesserede parter, der repræsenterer forskellige interesser, er der større sandsynlighed for, at de teknologier, der udvælges til puljen, udvælges under hensyn til pris og kvalitet, end når puljen oprettes af en snæver gruppe af teknologiejere. Tilsvarende gælder det, at når puljens forskellige organer sammensættes af personer, der repræsenterer forskellige interesser, er der større sandsynlighed for, at licensbetingelserne, herunder licensafgifterne, vil være åbne og ikkediskriminerende og afspejle værdien af den overførte teknologi, end når puljen kontrolleres af repræsentanter for licensgiverne.

225. En anden relevant faktor er det omfang, i hvilket uafhængige eksperter deltager i puljens oprettelse og drift. Eksempelvis er vurderingen af, om en teknologi er essentiel for puljen eller ej, ofte en kompliceret øvelse, der kræver særlig ekspertise. Inddragelsen af uafhængige eksperter i udvælgelsesprocessen kan gøre meget til at sikre, at et tilsagn om kun at medtage essentielle teknologier overholdes i praksis.

226. Kommissionen vil tage hensyn til, hvordan eksperterne udvælges, og hvilke præcise opgaver de skal udføre. Eksperterne skal være uafhængige af de virksomheder, der har dannet puljen. Hvis eksperterne på nogen måde har tilknytning til licensgiverne eller på anden vis er afhængige af dem, vil deres deltagelse ikke blive tillagt nogen vægt. Eksperterne skal også være i besiddelse af den nødvendige tekniske ekspertise til at kunne udføre de forskellige opgaver, de måtte blive tillagt. De uafhængige eksperter kan bl.a. få til opgave at vurdere, om de teknologier, der foreslås optaget i puljen, er gyldige eller ej, og om de er essentielle for den teknologipakke, der er ved at blive sammensat, dvs. om teknologierne er nødvendige for fremstillingen af det eller de produkter eller gennemførelsen af den eller de processer, som puljen har relation til.

227. Det er også relevant at undersøge, hvordan parternes udveksling af følsomme oplysninger foregår. På oligopolistiske markeder kan udveksling af følsomme oplysninger om f.eks. priser og produktion lette muligheden for ulovlig samordning mellem parterne ([63]). I sådanne tilfælde vil Kommissionen tage hensyn til, hvilke sikkerhedsforanstaltninger der er blevet truffet for at forhindre udveksling af følsomme oplysninger. En uafhængig ekspert eller et uafhængigt licensorgan kan spille en vigtig rolle i denne henseende ved at sikre, at produktions- og salgsdata, der kan være nødvendige for beregningen og kontrollen af licensafgifter, ikke udleveres til virksomheder, der er konkurrenter på de berørte markeder.

228. Endelig er det relevant at se nærmere på puljeaftalens mekanisme til bilæggelse af tvister. Jo mere behandlingen af tvister overlades til organer og personer, der er uafhængige af puljen og dens medlemmer, desto større er sandsynligheden for en upartisk behandling af tvister.

([1]) EUT L . . . Gruppefritagelsesforordningen erstatter Kommissionens forordning (EF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler (EFT L 31 af 9.2.1996, s. 2).

([2]) Se dom af 16.3.2000 i de forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge, Saml. 2000, s. I-1365, præmis 130, og punkt 97 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C . . .).

([3]) I det følgende dækker udtrykket »aftale« også over samordnet praksis og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder.

([4]) Se Kommissionens meddelelse om begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82 (EUT C . . .).

([5]) I det følgende dækker udtrykket »begrænsning« også over hindring og fordrejning af konkurrencen.

([6]) Dette fællesskabskonsumptionsprincip er f.eks. knæsat i artikel 7, stk. 1, i direktiv 104/89/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 40 af 11.2.1989, s. 1), der bestemmer, at et varemærke ikke giver indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

([7]) Se dom af 17.5.1988 i sag 158/86, Warner Brothers og Metronome Video, Saml. 1988, s. 2605, og dom af 22.9.1998 i sag C-61/97, Foreningen af danske videogramdistributører, Saml. 1998, s. I-5171.

([8]) Se f.eks. dom af 13.7.1966 i de forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig, Saml. 1966, s. 429.

([9]) Den måde, hvorpå artikel 81, stk. 3, anvendes, er beskrevet i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, se fodnote 2.

([10]) Se f.eks. dom af 6.7.1999 i sag C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Saml. 1999, s. I-4125, præmis 99.

([11]) Se dom af 28.4.1984 i de forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink, Saml. 1984, s. 1679, præmis 26, og dom af 8.11.1983 i de forenede sager 96/82 m.fl., ANSEAU-NAVEWA, Saml. 1983, s. 3369, præmis 23-25.

([12]) Nærmere oplysninger om mærkbarhedskriteriet findes i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indbærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1 (EFT C 368 af 22.12.2001, s. 13). I meddelelsen defineres mærkbarhed ved at beskrive, hvad der ikke udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning. Aftaler, der falder uden for bagatelmeddelelsens anvendelsesområde, medfører ikke nødvendigvis en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Der må foretages en individuel vurdering.

([13]) Se dom af 30.6.1966 i sag 56/65, Société Technique Minière, Saml. 1966, s. 337, og dom af 28.5.1998 i sag C-7/95 P, John Deere, Saml. 1998, s. I-3111, præmis 76.

([14]) Se dom af 13.7.1966 i de forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig, Saml. 1966, s. 429.

([15]) Se artikel 1, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1).

([16]) Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).

(17) Med hensyn til disse sondringer henvises der også til Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler (EFT C 3 af 6.1.2001, s. 2, punkt 44-52).

(18) Se f.eks. punkt 98 i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT C 291 af 13.10.2000, s. 1).

(19) Se punkt 50-52 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler, jf. fodnote 16.

(20) Ibid, punkt 51.

(21) Se meddelelsen om aftaler af ringe betydning, jf. fodnote 12.

(22) Ifølge artikel 3, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003 kan aftaler, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke er forbudt i henhold til artikel 81, ikke forbydes ved national konkurrenceret.

(23) Se betragtning 19 i gruppefritagelsesforordningen.

(24) Disse retningslinjer erstatter Kommissionens meddelelse om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til traktatens artikel 81, stk. 1 (EFT C 1 af 3.1.1979, s. 2).

(25) Se Kommissionens beslutning vedrørende Moosehead/Whitbread (EFT L 100 af 20.4.1990, s. 32).

(26) Se dom af 6.10.1982 i sag 262/81, Coditel (II), Saml. 1982, s. 3381.

(27) EFT L 336 af 29.12.1999, s. 21.

(28) EFT L 304 af 5.12.2000, s. 3.

(29) EFT L 304 af 5.12.2000, s. 7.

(30) Se fodnote 27.

(31) Se vejledningen »Konkurrencepolitikken i Europa — Konkurrencereglerne for leverings- og distributionsaftaler«, 2002.

(32) Se fodnote 18 og 27.

(33) Begrundelserne for denne beregningsregel er forklaret i punkt 21.

(34) Se f.eks. de i fodnote 11 nævnte domme.

(35) Se punkt 84 i retningslinjerne for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 2.

(36) Dette er også tilfældet, når den ene part meddeler den anden part licens og accepterer at købe et fysisk input af licenstageren. Købsprisen kan tjene samme funktion som licensafgiften.

(37) Se dom af 25.2.1986 i sag 193/83, Windsurfing International, Saml. 1986, s. 611, præmis 67, og punkt 14 ovenfor, hvori det hedder, at aftaler, der begrænser den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have eksisteret i en situation uden aftalen, fanges af forbuddet i artikel 81, stk. 1.

(38) Gensidig licensering af forskellige ikke-konkurrerende teknologier behandles som to ikke-gensidige licenser.

(39) Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde er defineret i afsnit IV.2.4 nedenfor.

(40) Begrænsninger med hensyn til eget brug er også behandlet i afsnit IV.2.5 nedenfor.

(41) Med hensyn til sondringen mellem aktivt og passivt salg henvises der til punkt 50 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger, se fodnote 18.

(42) Se punkt 116 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger, jf. fodnote 18.

(43) Se dom af 8.6.1982 i sag 258/78, Nungesser, Saml. 1982, s. 2015, præmis 77.

(44) Se dom af 25.10.1977 i sag 26/76, Metro (I), Saml. 1977, s. 1875.

(45) Hvis den overførte teknologi er forældet, opstår der ingen konkurrencebegrænsning, jf. dom af 27.9.1988 i sag 65/86, Bayer mod Süllhofer, Saml. 1988, s. 5249.

(46) Se punkt 10.

(47) Se punkt 66.

(48) Se punkt 38 i retningslinjerne for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 2.

(49) Se punkt 8 i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, jf. fodnote 12.

(50) Se dom af 7.10.1999 i sag T-228/97, Irish Sugar, Saml. 1999, s. II-2969, præmis 101.

(51) Se punkt 23 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler, jf. fodnote 17.

(52) Se fodnote 18. Der henvises især til punkt 115 ff.

(53) Med hensyn til disse begreber henvises der til afsnit IV.4.1.

(54) Se punkt 74 i retningslinjerne for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 2.

(55) Se præmis 130 i den i fodnote 2 nævnte dom. Tilsvarende udelukker anvendelse af artikel 81, stk. 3, ikke anvendelse af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital. Disse bestemmelser finder under visse omstændigheder anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis som omhandlet i artikel 81, stk. 1. Se dom af 19.2.2002 i sag C-309/99, Wouters, Saml. 2002, s. I-1577, præmis 120.

(56) Se dom af 10.7.1990 i sag T-51/89, Tetra Pak (I), Saml. 1990, s. II-309. Se også punkt 98 i de i fodnote 2 nævnte retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3.

(57) Se punkt 164 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger, jf. fodnote 18.

(58) Se Kommissionens meddelelse vedrørende Canon/Kodak-sagen (EFT C 330 af 1.11.1997, s. 10).

(59) Fordelene for en gruppe af forbrugere kan ikke afvejes mod de negative virkninger for en anden gruppe af forbrugere, jf. punkt 39 i retningslinjerne for anvendelse af artikel 81, stk. 3 (se fodnote 2).

(60) Med hensyn til analysegrundlaget henvises der til punkt 138 ff. i retningslinjerne for vertikale begrænsninger, jf. fodnote 18.

(61) Se fodnote 18.

(62) Se Kommissionens pressemeddelelse IP/02/1651 om patentlicenser til tredje generation (3G) af mobiltjenester. Sagen drejede sig om fem teknologipuljer, der skabte fem forskellige teknologier, der alle kunne benyttes til at fremstille 3G-udstyr.

(63) Se dommen i sagen vedrørende John Deere, jf. fodnote 13.