Mededingingsregels betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht

Mededeling overeenkomstig artikel 5 van Verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003

(2003/C 235/04)

(Voor de EER relevante tekst)

De Commissie nodigt alle belanghebbenden uit hun opmerkingen kenbaar te maken over de volgende teksten:

— voorstel voor een Verordening betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht,

— ontwerp-richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht.

Deze opmerkingen dienen uiterlijk acht weken na de datum van de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* aan de Commissie worden toegezonden. Het is het vaste gebruik van de Commissie de opmerkingen die als reactie op een openbare raadpleging worden ingediend, te publiceren. Het is echter mogelijk te vragen dat opmerkingen of delen ervan geheim blijven. Als u dat wilt doen, geef dan op de eerste bladzijde van de opmerkingen duidelijk aan dat u verzoekt uw opmerkingen niet openbaar te maken. In dat geval dient tevens een niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen aan de Commissie te worden toegezonden met het oog op bekendmaking. De opmerkingen kunnen worden ingediend, ofwel per e-mail op het volgende adres:

COMP-TECHNOLOGY-TRANSFER@cec.eu.int

Ofwel per brief op het volgende adres:

Europese Commissie
Directoraat-generaal Concurrentie
Eenheid A 1 — Beleidsontwikkeling (antitrustactiviteiten/concentraties)
Herziening technologieoverdracht
B-1049 Brussel.

Voorstel voor een verordening van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen [1], laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003 [2], en met name op artikel 1,

Na bekendmaking van de ontwerp-verordening [3],

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

(1) Verordening nr. 19/65/EEG machtigt de Commissie om artikel 81, lid 3, bij verordening toe te passen op bepaalde groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht en op vergelijkbare onderling afgestemde feitelijke gedragingen die onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen, wanneer bij die overeenkomsten of gedragingen slechts twee partijen betrokken zijn.

(2) Op grond van Verordening nr. 19/65/EEG heeft de Commissie met name Verordening (EEG) nr. 240/96 van 31 januari 1996 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht vastgesteld [4].

(3) Op 20 december 2001 heeft de Commissie een evaluatierapport inzake groepsvrijstellingsverordening nr. 240/96 betreffende technologieoverdracht bekendgemaakt [5]. Dit heeft een publieke discussie op gang gebracht over de toepassing van deze verordening en in het algemeen over de toepassing van artikel 81, leden 1 en 3, op overeenkomsten inzake technologieoverdracht. De lidstaten en derden die op het evaluatierapport hebben gereageerd, stonden over het algemeen gunstig ten aanzien van een hervorming van het mededingingsbeleid van de Gemeenschap met betrekking tot overeenkomsten inzake technologieoverdracht. De conclusie was dan ook dat Verordening (EG) nr. 240/96 diende te worden vervangen.

(4) Een nieuwe verordening ter vervanging van Verordening (EG) nr. 240/96 dient aan twee vereisten te voldoen: zij moet een daadwerkelijke mededinging waarborgen en zij moet de ondernemingen voldoende rechtszekerheid verschaffen. Bij het nastreven van deze doelstellingen dient rekening te worden gehouden met de noodzaak om de regelgeving en de toepassing daarvan te vereenvoudigen. Er dient te worden afgestapt van de methode waarbij een lijst van vrijgestelde bepalingen wordt opgesteld, en er dient meer aandacht te worden besteed aan de omschrijving van de groepen overeenkomsten waarvoor tot een bepaald niveau van marktmacht een vrijstelling geldt, en aan het aangeven van de beperkingen of bepalingen die niet in dergelijke overeenkomsten mogen voorkomen. Dit is in overeenstemming met een benadering op economische grondslag, waarbij wordt beoordeeld welke impact de overeenkomsten op de relevante markt hebben. Het is eveneens in overeenstemming met die benadering een onderscheid te maken tussen overeenkomsten onder concurrenten en overeenkomsten onder niet-concurrenten.

(5) Overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben betrekking op het in licentie geven van technologie. Deze verordening dient zich uitsluitend bezig te houden met overeenkomsten waarbij de licentiegever de licentienemer machtigt om de in licentie gegeven technologie te exploiteren voor de productie of levering van goederen of diensten. Zij dient zich niet bezig te houden met licentieovereenkomsten ten behoeve van verder onderzoek en ontwikkeling. Zij dient zich evenmin bezig te houden met licentieovereenkomsten met het oog op de vorming van octrooipools, d.w.z. overeenkomsten waarbij technologieën worden bijeengebracht met het doel de gevormde pakketten van intellectuele-eigendomsrechten aan derden in licentie te geven.

(6) Voor de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag bij verordening is het niet noodzakelijk te omschrijven welke overeenkomsten inzake technologieoverdracht onder de toepassing van artikel 81, lid 1, kunnen vallen. Bij de individuele toetsing van overeenkomsten aan artikel 81, lid 1, dient rekening te worden gehouden met verscheidene factoren, in het bijzonder de structuur van de relevante technologie- en productmarkten.

(7) Het voordeel van de groepsvrijstelling dient te worden beperkt tot die overeenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen. Om de voordelen en doelstellingen van technologieoverdracht te bereiken dient het voordeel van deze verordening ook te gelden voor bepalingen in overeenkomsten inzake technologieoverdracht die niet het primaire voorwerp van die overeenkomsten vormen maar die rechtstreeks verband houden met de toepassing van de in licentie gegeven technologie.

(8) Overeenkomsten inzake technologieoverdracht verbeteren gewoonlijk de economische efficiëntie en zijn concurrentie bevorderend, aangezien zij de verspreiding kunnen vergemakkelijken, doublures in onderzoek en ontwikkeling kunnen beperken, de prikkels voor het verrichten van oorspronkelijk onderzoek en ontwikkeling kunnen versterken, vervolginnovatie kunnen aanwakkeren en concurrentie op de productmarkt in het leven kunnen roepen.

(9) De waarschijnlijkheid dat dergelijke efficiëntiebevorderende en concurrentiebevorderende effecten opwegen tegen de mogelijke concurrentiebeperkende effecten die voortvloeien uit beperkingen die zijn opgenomen in overeenkomsten inzake technologieoverdracht, hangt af van de omvang van de marktmacht van de betrokken ondernemingen en bijgevolg van de mate waarin die ondernemingen concurrentie ondervinden van ondernemingen die beschikken over substitueerbare technologieën of ondernemingen die substitueerbare producten produceren.

[1] PB 36 van 6.3.1965, blz. 533/65.

[2] PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

[3] PB C 235, 1.10.2003, blz. 10.

[4] PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2.

[5] COM(2001) 786 def. 20.12.2001.

(10) Bij overeenkomsten inzake technologieoverdracht die worden gesloten tussen concurrenten, kan ervan worden uitgegaan dat, wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen niet groter is dan 20 % van de relevante markten en de overeenkomsten niet bepaalde soorten sterk concurrentieverstorende beperkingen bevatten, deze over het algemeen tot een verbetering van de productie of van de verdeling der producten leiden en een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt.

(11) Bij overeenkomsten inzake technologieoverdracht die worden gesloten tussen niet-concurrenten, kan ervan worden uitgegaan dat, wanneer het individuele marktaandeel van elk van de partijen niet groter is dan 30 % van de relevante markten en de overeenkomsten niet bepaalde soorten sterk concurrentieverstorende beperkingen bevatten, deze over het algemeen tot een verbetering van de productie of van de verdeling der producten leiden en een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt.

(12) Boven deze marktaandeeldrempels kan er niet van worden uitgegaan dat overeenkomsten inzake technologieoverdracht welke onder artikel 81, lid 1, vallen, gewoonlijk objectieve voordelen zullen meebrengen die naar hun aard en omvang opwegen tegen de uit deze overeenkomsten voortvloeiende nadelen voor de mededinging.

(13) Deze verordening mag geen vrijstelling verlenen voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht welke beperkingen bevatten die voor de verbetering van de productie of van de distributie niet onmisbaar zijn. In het bijzonder overeenkomsten inzake technologieoverdracht welke bepaalde sterk concurrentieverstorende beperkingen bevatten, zoals het toepassen van vaste prijzen ten aanzien van derden, dienen, ongeacht de marktaandelen van de betrokken ondernemingen, van het voordeel van de in deze verordening vervatte groepsvrijstelling te worden uitgesloten. Indien dergelijke zeer ingrijpende beperkingen („hardcore"-beperkingen) in de overeenkomst voorkomen, dient de gehele overeenkomst van het voordeel van de groepsvrijstelling te worden uitgesloten.

(14) Om prikkels tot innovatie en de aangewezen uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten te beschermen dienen aan de groepsvrijstelling bepaalde voorwaarden te worden verbonden. Daartoe dient met name de vrijstelling van „grant back"-verplichtingen voor scheidbare verbeteringen te worden beperkt tot niet-exclusieve verplichtingen. Wanneer die voorwaarden niet in acht worden genomen, dient alleen de desbetreffende beperking van het voordeel van de groepsvrijstelling te worden uitgesloten.

(15) De marktaandeeldrempels, de uitsluiting van overeenkomsten inzake technologieoverdracht die sterk concurrentieverstorende beperkingen bevatten, en de voorwaarden waarin deze verordening voorziet, bieden normaliter een afdoende garantie dat de overeenkomsten waarvoor de groepsvrijstelling geldt, de deelnemende ondernemingen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

(16) Wanneer in individuele gevallen overeenkomsten die aan de voorwaarden van deze verordening voldoen, toch met artikel 81, lid 3, onverenigbare gevolgen hebben, kan de Commissie het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken. Dit kan met name het geval zijn wanneer de stimulansen tot innovatie worden beperkt of wanneer de toegang tot de markten wordt belemmerd.

(17) Verordening (EG) nr. 1/2003 machtigt de bevoegde autoriteiten van de lidstaten om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken met betrekking tot overeenkomsten inzake technologieoverdracht die met artikel 81, lid 3, van het Verdrag onverenigbare gevolgen hebben, wanneer die gevolgen zich voordoen op hun grondgebied of een gedeelte daarvan, en dat grondgebied de kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont. De lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat de uitoefening van deze bevoegdheid tot intrekking geen afbreuk doet aan de eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels in de gehele gemeenschappelijke markt, noch aan de volle werking van de ter uitvoering van deze regels genomen maatregelen.

(18) Ter versterking van het toezicht op parallelle netwerken van overeenkomsten inzake technologieoverdracht die een soortgelijke concurrentiebeperkende werking hebben en meer dan 50 % van een bepaalde markt bestrijken, kan de Commissie deze verordening voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht die bepaalde met de betrokken markt verband houdende beperkingen bevatten, buiten toepassing verklaren, waardoor artikel 81 weer onverkort van toepassing wordt op deze overeenkomsten.

(19) Deze verordening heeft uitsluitend betrekking op overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen een licentiegever en een licentienemer. Dergelijke overeenkomsten vallen onder de verordening, zelfs indien er bepalingen in zijn opgenomen betreffende meer dan één handelsniveau, bijvoorbeeld wanneer aan de licentienemer de verplichting wordt opgelegd een bepaald distributiesysteem op te zetten en tevens wordt bepaald welke verplichtingen hij moet of mag opleggen aan de wederverkopers van de onder licentie vervaardigde producten. Die bepalingen en verplichtingen moeten evenwel stroken met de mededingingsregels die van toepassing zijn op leverings- en distributieovereenkomsten. Leverings- en distributieovereenkomsten tussen een licentienemer en zijn afnemers vallen niet onder de door deze verordening verleende vrijstelling. Dergelijke overeenkomsten zijn alleen vrijgesteld indien zij onder een groepsvrijstellingsverordening voor leverings- en distributieovereenkomsten vallen.

(20) Deze verordening doet geen afbreuk aan de toepassing van artikel 82,

HEEFT DE VOLGENDE VERORDENING VASTGESTELD:

Artikel 1

Definities

1. Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

a) „overeenkomsten": overeenkomsten, besluiten van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedragingen;

b) „overeenkomsten inzake technologieoverdracht": octrooilicentieovereenkomsten, knowhowlicentieovereenkomsten, licentieovereenkomsten betreffende het auteursrecht op software of gemengde octrooi-, knowhow- of software-auteursrechtlicentieovereenkomsten, met inbegrip van overeenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de aan- of verkoop van producten, het in licentie geven van andere intellectuele-eigendomsrechten of de verkoop van intellectuele-eigendomsrechten, voor zover die bepalingen niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen en rechtstreeks verband houden met de vervaardiging of verstrekking van de contractproducten; de verkoop van octrooien, knowhow, auteursrechten op software of een combinatie daarvan, waarbij het risico dat met de exploitatie van de technologie gepaard gaat bij de verkoper blijft berusten, met name wanneer het bedrag dat voor de verkoop moet worden betaald afhangt van de omzet die de koper behaalt met de producten die met behulp van de overgedragen technologie worden vervaardigd of geleverd, of van de hoeveelheid producten die wordt vervaardigd dan wel van het aantal verrichtingen uitgevoerd met behulp van de betrokken technologie, wordt eveneens beschouwd als een overeenkomst inzake technologieoverdracht.

c) „product": een goed en/of een dienst, daaronder begrepen zowel intermediaire goederen en/of diensten als finale goederen en/of diensten;

d) „contractproducten": producten die met behulp van de in licentie gegeven technologie worden vervaardigd of geleverd;

e) „intellectuele-eigendomsrechten": met name de industriële eigendomsrechten, het auteursrecht en naburige rechten;

f) „octrooien": octrooien, octrooiaanvragen, gebruiksmodellen, aanvragen tot inschrijving van gebruiksmodellen, (tekeningen en) modellen, topografieën van halfgeleiderproducten, aanvullende beschermingscertificaten voor geneesmiddelen of andere producten waarvoor een dergelijk aanvullend beschermingscertificaat kan worden verkregen en kwekerscertificaten;

g) „knowhow": een geheel van niet-geoctrooieerde praktische kennis die voortvloeit uit ervaring en onderzoek en die geheim, wezenlijk en bepaald is, waarbij „geheim" betekent dat de knowhow in het algemeen niet bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is; „wezenlijk" betekent dat de knowhow informatie omvat die onmisbaar is voor de vervaardiging of de levering van de contractproducten; „bepaald" betekent dat de knowhow zodanig volledig beschreven is, dat kan worden nagegaan of hij aan de criteria van geheim-zijn en wezenlijkheid voldoet;

h) „concurrerende ondernemingen": ondernemingen die concurreren op de relevante technologiemarkt en/of op de relevante productmarkt:

i) ondernemingen concurreren op de „relevante technologiemarkt" indien zij concurrerende technologieën in licentie geven (daadwerkelijke concurrenten op de technologiemarkt);

ii) ondernemingen concurreren op de „relevante productmarkt" indien zij actief zijn op de relevante product- en geografische markt(en) waarop de contractproducten worden verkocht (daadwerkelijke concurrenten op de productmarkt) of indien zij, op grond van realistische verwachtingen, de noodzakelijke bijkomende investeringen zouden doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten zouden maken om bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen de(ze) relevante product- en geografische markt(en) te kunnen betreden (potentiële concurrenten op de productmarkt);

i) „selectief distributiestelsel" betekent een distributiestelsel waarbij de licentiegever zich ertoe verbindt de vervaardiging en levering van de contractproducten slechts in licentie te geven aan licentienemers die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en waarbij deze licentienemers zich ertoe verbinden de contractproducten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen.

2. De begrippen „onderneming", „licentiegever" en „licentienemer" omvatten tevens hun respectieve verbonden ondernemingen.

Onder „verbonden ondernemingen" worden verstaan:

a) ondernemingen waarin een partij bij de overeenkomst rechtstreeks of middellijk:

i) hetzij de bevoegdheid heeft meer dan de helft van de stemrechten uit te oefenen;

ii) hetzij de bevoegdheid heeft meer dan de helft van de leden van de raad van toezicht, van de raad van bestuur of van de krachtens de wet tot vertegenwoordiging bevoegde organen te benoemen;

iii) hetzij het recht heeft de zaken van de onderneming te leiden;

b) ondernemingen die ten aanzien van een partij bij de overeenkomst rechtstreeks of middellijk over de onder a) bedoelde rechten of bevoegdheden beschikken;

c) ondernemingen waarin een onderneming zoals bedoeld onder b), rechtstreeks of middellijk over de onder a) genoemde rechten of bevoegdheden beschikt;

d) ondernemingen waarin één partij bij de overeenkomst gezamenlijk met één of meer van de ondernemingen zoals bedoeld onder a), b) of c), of waarin twee of meer van laatstgenoemde ondernemingen gezamenlijk over de onder a) bedoelde rechten of bevoegdheden beschikken;

e) ondernemingen waarin over de onder a) bedoelde rechten of bevoegdheden gezamenlijk wordt beschikt door:

i) partijen bij de overeenkomst of hun respectieve verbonden ondernemingen als bedoeld onder a), b), c) of d), of

ii) één of meer van de partijen bij de overeenkomst of één of meer van de met hen verbonden ondernemingen als bedoeld onder a), b), c), of d) en één of meer derde partijen.

Artikel 2

Vrijstelling

Overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het Verdrag en onder de in deze verordening vastgestelde voorwaarden wordt artikel 81, lid 1, buiten toepassing verklaard voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht die tussen twee ondernemingen worden gesloten met betrekking tot de vervaardiging of levering van contractproducten.

Deze vrijstelling is van toepassing voorzover deze overeenkomsten mededingingsbeperkingen bevatten die binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen. De vrijstelling geldt zolang het intellectuele-eigendomsrecht op de in licentie gegeven technologie niet is verstreken of nietigverklaard, of — in het geval van knowhow — zolang deze geheim blijft, behalve wanneer de knowhow algemeen bekend raakt door toedoen van de licentienemer, in welk geval de vrijstelling geldt voor de duur van de overeenkomst.

Artikel 3

Marktaandeeldrempels

1. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst inzake technologieoverdracht concurrerende ondernemingen zijn, geldt de vrijstelling van artikel 2 voor zover het gezamenlijke marktaandeel van de partijen niet meer dan 20 % bedraagt, ofwel op een relevante technologiemarkt, ofwel op een relevante productmarkt.

2. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst inzake technologieoverdracht geen concurrerende ondernemingen zijn, geldt de vrijstelling van artikel 2 voor zover het marktaandeel van elk van de partijen op de relevante technologie- en productmarkten niet meer dan 30 % bedraagt.

3. Voor de toepassing van de leden 1 en 2 wordt het marktaandeel van een partij op de relevante technologiemarkt(en) bepaald op basis van de aanwezigheid van de in licentie gegeven technologie op de relevante productmarkt(en). Het marktaandeel van de licentiegever op de relevante technologiemarkt(en) is het gezamenlijke marktaandeel van de door de licentiegever en zijn licentienemers vervaardigde en geleverde contractproducten op de relevante productmarkt(en).

Artikel 4

Meest ingrijpende beperkingen („hardcore"-beperkingen)

1. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst concurrerende ondernemingen zijn, geldt de vrijstelling van artikel 2 niet voor overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben:

a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken;

b) de productie of de verkoop te beperken, met uitzondering van beperkingen van de productie van contractproducten die aan de licentienemer worden opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst;

c) markten of klanten toe te wijzen, met uitzondering van:

i) de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentienemer wordt opgelegd om de in licentie gegeven technologie uitsluitend binnen één of meer technische gebruiksgebieden of één of meer productmarkten te exploiteren;

ii) de bepaling dat de licentienemer de contractproducten uitsluitend mag vervaardigen of leveren voor eigen gebruik, met inbegrip van verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;

d) de mogelijkheden van de licentienemer tot het exploiteren van zijn eigen technologie te beperken of de mogelijkheden van de partijen bij de overeenkomst tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling te beperken, tenzij die laatste beperking onmisbaar is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt.

2. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst geen concurrerende ondernemingen zijn, geldt de vrijstelling van artikel 2 niet voor overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben:

a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken, onverminderd de mogelijkheid om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden mits dit niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect heeft als een vaste prijs of minimumprijs;

b) het gebied waarin of de klanten aan wie de licentienemer de contractproducten mag verkopen te beperken, met uitzondering van:

i) de beperking van verkoop in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring, gereserveerd voor verkoop door de licentiegever;

ii) de beperking van actieve verkoop in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring, door de licentiegever toegewezen aan een andere licentienemer;

iii) de bepaling dat de licentienemer de contractproducten uitsluitend mag vervaardigen of leveren voor eigen gebruik, met inbegrip van verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;

iv) de beperking van de verkoop aan eindgebruikers door een op groothandelsniveau werkzame licentienemer;

v) de beperking van de verkoop aan niet-erkende distributeurs door de leden van een selectief distributiestelsel;

c) de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door licentienemers die lid zijn van een selectief distributiestelsel en die op detailhandelsniveau werkzaam zijn, te beperken, onverminderd de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn.

Artikel 5

Voorwaarden

1. De vrijstelling van artikel 2 geldt niet voor elk van de volgende in overeenkomsten inzake technologieoverdracht vervatte verplichtingen:

a) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde een exclusieve licentie te verlenen op zijn eigen scheidbare verbeteringen aan of zijn nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie;

b) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde geheel of gedeeltelijk de rechten op verbeteringen aan of nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie over te dragen;

c) elke directe of indirecte verplichting om niet de geldigheid, het geheim-zijn of de wezenlijkheid aan te vechten van intellectuele-eigendomsrechten die de licentiegever op de gemeenschappelijke markt bezit, onverminderd de mogelijkheid om te voorzien in de beëindiging van de overeenkomst inzake technologieoverdracht ingeval de licentienemer de geldigheid, het geheim-zijn of de wezenlijkheid van de in licentie gegeven technologie aanvecht.

2. De vrijstelling van artikel 2 geldt niet voor elke directe of indirecte verplichting die ertoe strekt de productie van contractproducten door de licentienemer te beperken in een niet-wederkerige overeenkomst inzake technologieoverdracht tussen concurrerende ondernemingen.

3. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst geen concurrerende ondernemingen zijn, geldt de vrijstelling van artikel 2 niet voor elke directe of indirecte verplichting die de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren of de mogelijkheden van de partijen bij de overeenkomst om onderzoek en ontwikkeling te verrichten beperkt, tenzij die laatste beperking onmisbaar is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt.

Artikel 6

Intrekking van het voordeel van de verordening

1. De Commissie kan overeenkomstig artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 het voordeel van deze verordening intrekken, wanneer zij in een bepaald geval vaststelt dat een overeenkomst inzake technologieoverdracht waarop deze verordening van toepassing is, desondanks gevolgen heeft die met de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag onverenigbaar zijn, en met name wanneer:

a) technologieën van derden de toegang tot de markt wordt belemmerd, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentienemers het gebruik van technologieën van derden verbieden;

b) de toegang van potentiële licentienemers tot de markt wordt beperkt, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentiegevers verbieden om licenties te verlenen aan andere licentienemers;

c) de partijen zonder enige objectieve, geldige reden de in licentie gegeven technologie niet exploiteren.

2. Wanneer in een individueel geval een overeenkomst inzake technologieoverdracht waarop de vrijstelling van artikel 2 van toepassing is, op het grondgebied van een lidstaat, of op een deel daarvan, dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont, met de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag onverenigbare gevolgen heeft, kan de mededingingsautoriteit van die lidstaat het voordeel van de toepassing van deze verordening met betrekking tot dat grondgebied intrekken, onder dezelfde omstandigheden als vermeld in lid 1.

Artikel 7

Niet-toepassing van de verordening

1. De Commissie kan overeenkomstig artikel 1 bis van Verordening nr. 19/65/EEG bij verordening verklaren dat, wanneer parallelle netwerken van gelijksoortige overeenkomsten inzake technologieoverdracht meer dan 50 % van een relevante markt bestrijken, deze verordening niet van toepassing is op overeenkomsten inzake technologieoverdracht die specifieke beperkingen met betrekking tot die markt omvatten.

2. Een verordening als bedoeld in lid 1 is niet eerder dan zes maanden na haar vaststelling van toepassing.

Artikel 8

Toepassing van de marktaandeeldrempels

1. Voor de toepassing van de in artikel 3 vervatte marktaandeeldrempels gelden de volgende regels:

a) het marktaandeel wordt berekend aan de hand van gegevens betreffende de waarde van de verkopen op de markt; ingeval geen gegevens betreffende de waarde van de verkopen op de markt beschikbaar zijn, kan voor de bepaling van het marktaandeel van de betrokken onderneming gebruik worden gemaakt van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder de omvang van de verkopen op de markt, gebaseerd zijn;

b) het marktaandeel wordt berekend aan de hand van gegevens die betrekking hebben op het voorafgaande kalenderjaar;

c) het marktaandeel van de in artikel 1, punt 2, onder e), bedoelde ondernemingen wordt in gelijke delen toegerekend aan elke onderneming die over de in artikel 1, punt 2, onder a), genoemde rechten of bevoegdheden beschikt.

2. Wanneer het in artikel 3, lid 1, of in artikel 3, lid 2, bedoelde marktaandeel aanvankelijk niet meer dan respectievelijk 20 % of 30 % bedraagt, maar vervolgens boven dit niveau stijgt zonder respectievelijk 25 % of 35 % te overschrijden, blijft de vrijstelling van artikel 2 van toepassing gedurende de twee opeenvolgende kalenderjaren volgend op het jaar waarin de drempel van respectievelijk 20 % of 30 % voor het eerst werd overschreden.

3. Wanneer het in artikel 3, lid 1, of in artikel 3, lid 2, bedoelde marktaandeel aanvankelijk niet meer dan respectievelijk 20 % of 30 % bedraagt, maar vervolgens stijgt tot boven respectievelijk 25 % of 35 %, blijft de vrijstelling van artikel 2 van toepassing gedurende één kalenderjaar volgend op het jaar waarin de drempel van respectievelijk 25 % of 35 % voor het eerst werd overschreden.

4. Het voordeel van het bepaalde in de leden 2 en 3 kan niet zodanig worden gecombineerd dat dit tot een langere periode dan twee kalenderjaren zou leiden.

Artikel 9

Overgangsperiode

1. Verordening (EG) nr. 240/96 wordt met ingang van 1 mei 2004 ingetrokken.

2. Het verbod van artikel 81, lid 1, van het Verdrag is gedurende de periode van 1 mei 2004 tot en met 31 oktober 2005 niet van toepassing op overeenkomsten die op 30 april 2004 reeds van kracht waren en die niet aan de in deze verordening vastgestelde voorwaarden voor vrijstelling voldoen, maar die op 30 april 2004 wel aan de in Verordening (EG) nr. 240/96 vastgestelde voorwaarden voor vrijstelling voldeden.

Artikel 10

Geldigheidsduur

Deze verordening treedt in werking op 1 mei 2004.

De geldigheidsduur ervan verstrijkt op 30 april 2014.

Deze verordening is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

Gedaan te Brussel, . . .

Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht

I. INLEIDING

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet voor de toetsing van overeenkomsten inzake technologieoverdracht aan artikel 81 van het Verdrag. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben betrekking op het in licentie geven van technologie, waarbij de licentiegever de licentienemer machtigt om de in licentie gegeven technologie te exploiteren voor de productie of levering van goederen of diensten, overeenkomstig de definitie een Verordening (EG) nr. . . ./2004 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op een groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (de GVTO) ([1]).

2. Het doel van de richtsnoeren is aanwijzingen te geven voor de toepassing van de GVTO, alsmede voor de toepassing van artikel 81 op overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten de werkingssfeer van de GVTO vallen. De richtsnoeren doen geen afbreuk aan de eventuele gelijktijdige toepassing van artikel 82 van het Verdrag op licentieovereenkomsten. De toepassing van artikel 81, lid 3, in individuele gevallen dan wel via een groepsvrijstelling staat aan de toepassing van artikel 82 niet in de weg ([2]).

3. De in deze richtsnoeren gegeven regels moeten worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elk geval. Dit sluit een mechanische toepassing uit. Elk geval moet worden beoordeeld op grond van de feitelijke omstandigheden en de richtsnoeren moeten op redelijke en soepele wijze worden toegepast. De Commissie zal toezien op het functioneren van de GVTO en de richtsnoeren, om na te gaan of wijzigingen noodzakelijk zijn.

4. Deze richtsnoeren doen geen afbreuk aan de interpretatie die mogelijk door het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg aan artikel 81 wordt gegeven.

II. ALGEMENE BEGINSELEN

1. Artikel 81 en intellectuele-eigendomsrechten

5. Het doel van artikel 81 in zijn geheel is de bescherming van de mededinging op de markt met het oog op de bevordering van het welzijn van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Artikel 81, lid 1, verbiedt alle overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen, alsmede besluiten van ondernemersverenigingen ([3]) die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden ([4]) en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst ([5]). Bij wijze van uitzondering op deze regel bepaalt artikel 81, lid 3, dat het verbod van artikel 81, lid 1, buiten toepassing kan worden verklaard voor overeenkomsten die bijdragen tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn of hen de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

6. De wetgeving inzake intellectuele eigendom kent rechten toe aan de houders van octrooien, auteursrechten, modelrechten, merken en andere wettelijk beschermde rechten. De eigenaar van intellectuele eigendom is krachtens de wetgeving inzake intellectuele eigendom gerechtigd ongeoorloofd gebruik van zijn intellectuele eigendom te voorkomen en deze te exploiteren, onder meer door haar in licentie gegeven aan derden. Wanneer een product waarin een intellectuele-eigendomsrecht is verwerkt, door de houder of met zijn toestemming eenmaal binnen de EER op de markt is gebracht, is het intellectuele-eigendomsrecht uitgeput, dit wil zeggen dat de houder het niet langer kan gebruiken om zeggenschap te houden over de verkoop van het product ([6]). De licentiegever heeft geen wettelijk beschermd recht om verkopen door licentienemers of afnemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te verhinderen. De verkoop van kopieën van een beschermd werk leidt evenwel niet tot de uitputting van de uitvoeringsrechten, met inbegrip van verhuurrechten, op het werk ([7]). Het beginsel van de uitputting strookt met de wezenlijke functie van intellectuele-eigendomsrechten, die erin bestaat de houder het recht toe te kennen om anderen te beletten zijn intellectuele eigendom zonder zijn toestemming te exploiteren.

7. Het feit dat de wetgeving inzake intellectuele eigendom exclusieve exploitatierechten verleent, betekent niet dat intellectuele-eigendomsrechten geheel buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht vallen. De artikelen 81 en 82 zijn van toepassing op overeenkomsten waarbij een rechthebbende aan een andere onderneming een licentie geeft om zijn intellectuele-eigendomsrechten te exploiteren ([8]). Dit betekent evenmin dat er noodzakelijkerwijs een conflict is tussen intellectuele-eigendomsrechten en de communautaire mededingingsregels. Beide groepen rechtsregels hebben immers hetzelfde fundamentele doel, namelijk de bescherming van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Innovatie is een wezenlijk en dynamisch bestanddeel van een open en concurrerende markteconomie. Intellectuele-eigendomsrechten bevorderen een dynamische mededinging doordat zij ondernemingen aanmoedigen om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen. Dat doet ook een vrije mededinging, aangezien die voor ondernemingen een prikkel vormt om te innoveren. Zowel intellectuele-eigendomsrechten als vrije mededinging zijn derhalve noodzakelijk om innovatie te bevorderen en een concurrerende exploitatie daarvan te waarborgen.

8. Bij de toetsing aan artikel 81 wordt niet alleen gekeken naar de uiteindelijke situatie, waarin het exclusieve recht wellicht het niveau van de strijd tussen rivalen op de markt beperkt. Wil men een dynamische concurrentie op peil houden, dan mag niet uit het oog worden verloren dat voor de totstandkoming van intellectuele-eigendomsrechten vaak aanzienlijke investeringen vereist zijn en grote risico's moeten worden genomen. Veel intellectuele-eigendomsrechten hebben slechts een geringe commerciële waarde. Om de prikkel tot innovatie te handhaven mag de innovator dan ook niet teveel worden beperkt in de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten die waardevol blijken te zijn.

9. Bij de toetsing van licentieovereenkomsten aan artikel 81 past de Commissie op intellectuele-eigendomsrechten in beginsel dezelfde analytische methode toe als op elke andere soort eigendom. Deze methode is soepel genoeg om de Commissie in staat te stellen afdoende rekening te houden met de dynamische aspecten van het in licentie geven van technologie. Dit betekent met name dat niet wordt uitgegaan van een vermoeden dat intellectuele-eigendomsrechten en licentieovereenkomsten op zichzelf aanleiding zouden geven tot problemen uit mededingingsoogpunt. Licentieovereenkomsten kunnen niet-concurrentiebeperkend zijn en alleen concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweegbrengen. Ook beperkende licentieovereenkomsten kunnen vaak leiden tot concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen, die in het kader van artikel 81, lid 3, in aanmerking dienen te worden genomen en dienen te worden afgewogen tegen de negatieve effecten voor de mededinging die uit dergelijke beperkende overeenkomsten voortvloeien ([9]).

2. **Het algemene kader voor de toepassing van artikel 81**

10. Artikel 81, lid 1, is zowel van toepassing op beperkingen van de mededinging tussen de partijen bij een overeenkomst als op beperkingen van de mededinging tussen de partijen of een van de partijen en derden. Deze concurrentiebeperkingen kunnen ofwel door hun doel ofwel door hun gevolgen beperkend zijn. Beperkend door hun doel zijn concurrentiebeperkingen die door hun aard zelf de mededinging beperken. Het gaat om beperkingen die in het licht van de door de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen geacht worden negatieve effecten te hebben voor de mededinging en waarbij het derhalve voor de toepassing van artikel 81, lid 1, niet noodzakelijk is aan te tonen dat er daadwerkelijke gevolgen zijn op de markt ([10]). Bovendien is het in geval van beperkingen door hun doel onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. De afweging of een overeenkomst al dan niet ten doel heeft de mededinging te beperken, geschiedt op basis van een aantal factoren. Deze factoren zijn onder meer de inhoud van de overeenkomst en de objectieve oogmerken ervan. Het kan tevens noodzakelijk zijn rekening te houden met de context waarin de overeenkomst wordt toegepast of bedoeld is om te worden toegepast, of met de feitelijke gedragingen van de partijen op de markt ([11]). De wijze waarop een overeenkomst daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd kan een beperking door het doel ervan aan het licht brengen, zelfs wanneer de formele overeenkomst geen uitdrukkelijke bepaling in die zin bevat. Het bewijs van de subjectieve intentie van de partijen om de mededinging te beperken is een relevante factor maar geen noodzakelijke voorwaarde. Voor licentieovereenkomsten gaat de Commissie ervan uit dat de beperkingen die zijn opgenomen in de lijst van meest ingrijpende concurrentiebeperkingen in artikel 4 van de GVTO beperkend zijn door hun doel zelf.

11. Licentieovereenkomsten beperken de mededinging door hun gevolgen indien zij de mededinging in die mate ongunstig kunnen beïnvloeden dat met een behoorlijke mate van waarschijnlijkheid op de relevante markten negatieve effecten te verwachten zijn voor de prijzen, de productie, de innovatie of de diversiteit of kwaliteit van goederen en diensten. De vermoedelijke negatieve effecten voor de mededinging moeten merkbaar zijn ([12]). Concurrentieverstorende effecten zullen zich waarschijnlijk voordoen wanneer tenminste één van de partijen in zekere mate marktmacht heeft of verkrijgt en de overeenkomst bijdraagt tot het tot stand brengen, handhaven of versterken van die marktmacht dan wel de partijen in staat stelt van die marktmacht gebruik te maken. Marktmacht is het vermogen om een prijsniveau in stand te houden dat boven het niveau van concurrerende prijzen ligt c.q. om een productie in stand te houden die qua omvang, productkwaliteit en -diversiteit of qua innovatie beneden het concurrerende niveau ligt, en dit gedurende een aanzienlijke tijdspanne.

12. Licentieovereenkomsten kunnen bijdragen tot de totstandbrenging, handhaving of versterking van marktmacht door de concurrentie tussen de partijen te beperken of door de concurrentie van derden te verzwakken. Bij de beoordeling van de te verwachten negatieve effecten voor de mededinging is het van belang niet alleen rekening te houden met de effecten op het stuk van prijzen en productie, maar ook met een eventuele negatieve invloed op innovatie. Licentieovereenkomsten die een merkbare negatieve invloed hebben op innovatie door de partijen bij de overeenkomst of door derden, vallen onder artikel 81, lid 1.

13. Om de concurrentiebeperkende effecten van overeenkomsten te kunnen analyseren is normaliter vereist dat de relevante markt wordt afgebakend en dat onder meer de aard van de betrokken producten en technologieën, de marktpositie van de partijen, de marktpositie van hun concurrenten, de marktpositie van hun afnemers, de aanwezigheid van potentiële concurrenten en de hoogte van de drempels voor het betreden van de markt worden bestudeerd en beoordeeld.

14. De beoordeling of een licentieovereenkomst de concurrentie beperkt moet plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de concurrentie zich zou afspelen zonder de overeenkomst waarvan wordt beweerd dat ze beperkend is ([13]). Bij het maken van deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de waarschijnlijke invloed van de mogelijk beperkende overeenkomst op de inter-technologie mededinging (d.w.z. de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken) en op de intra-technologie mededinging (d.w.z. de mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken) ([14]). De invloed van de overeenkomst op de mededinging kan worden vastgesteld aan de hand van de volgende twee vragen:

    a) Beperkt de overeenkomst de daadwerkelijke of potentiële concurrentie die zou hebben bestaan indien geen licentie was verleend? Indien dat het geval is, valt de overeenkomst normaliter onder het verbod van artikel 81, lid 1, voorzover de handel tussen lidstaten er merkbaar door kan worden beïnvloed. Wanneer bijvoorbeeld twee ondernemingen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, elkaar wederzijds licenties verlenen op concurrerende technologieën en de verbintenis aangaan geen producten te verkopen op elkaars thuismarkten, wordt de (potentiële) mededinging die vóór de overeenkomst bestond beperkt. En wanneer een licentiegever aan zijn licentienemers de verplichting oplegt geen concurrerende technologieën te gebruiken en die verplichtingen de technologieën van derden uitsluiten van de markt, wordt de daadwerkelijke of potentiële mededinging die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan beperkt.

b) Beperkt de overeenkomst de concurrentie die zou hebben bestaan zonder de vermeende beperking(en) van de mededinging? Deze vraag houdt verband met de vraag of de beperking al dan niet objectief noodzakelijk is voor het sluiten van de overeenkomst. Indien dat het geval is, valt de overeenkomst ondanks haar beperkingen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1. Deze afweging geschiedt aan de hand van objectieve factoren die los staan van de partijen zelf, en niet op grond van de subjectieve meningen en kenmerken van de partijen. De vraag is niet of de partijen in hun specifieke situatie zouden hebben aanvaard een minder beperkende overeenkomst te sluiten, maar of, gelet op de aard van de overeenkomst en de kenmerken van de markt, een minder beperkende overeenkomst zou zijn gesloten door ondernemingen in een soortgelijke situatie. Zo kunnen bijvoorbeeld territoriale beperkingen in een overeenkomst tussen niet-concurrenten buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen indien die beperkingen objectief gezien noodzakelijk zijn om een nieuwe markt te betreden. De bewering dat de leverancier zonder de overeenkomst zou zijn overgegaan tot verticale integratie, is niet voldoende. Besluiten om al dan niet tot verticale integratie over te gaan, hangen af van een brede waaier van complexe economische factoren, waaronder een aantal interne overwegingen binnen de betrokken onderneming. De initiële keuze voor samenwerking in plaats van verticale integratie wijst er in het algemeen hoe dan ook reeds op dat verticale integratie niet voor de hand lag.

15. Licentieovereenkomsten kunnen evenwel niet alleen concurrentiebeperkende effecten hebben. Zij hebben ook een aanzienlijk concurrentiebevorderend potentieel. Licentieovereenkomsten kunnen innovatie in de hand werken doordat zij innovatoren de mogelijkheid bieden een rendement te halen waardoor zij althans gedeeltelijk hun onderzoek- en ontwikkelingskosten kunnen dekken. Licentieovereenkomsten kunnen leiden tot een verspreiding van technologieën, hetgeen een waarde creëert doordat de productiekosten van de licentienemer worden verminderd of doordat hij in staat wordt gesteld nieuwe of verbeterde producten te produceren. Efficiëntieverbeteringen bij de licentienemer zijn meestal het resultaat van een combinatie van de technologie van de licentiegever met de productiemiddelen en technologieën van de licentienemer. Dit samenvoegen van complementaire productiemiddelen kan leiden tot een kosten/baten-verhouding die anders niet had kunnen worden bereikt. Zo kan bijvoorbeeld de combinatie van een verbeterde technologie van de licentiegever met doeltreffender productie- of distributiemethoden van de licentienemer de productiekosten verminderen of leiden tot de productie van een product van hogere kwaliteit.

16. De concurrentiebevorderende effecten van licentieovereenkomsten moeten in het kader van artikel 81, lid 3, worden afgewogen tegen de beperkende effecten. Wanneer aan elk van de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan, is de beperkende licentieovereenkomst geldig en afdwingbaar, zonder dat daartoe een voorafgaande beslissing vereist is ([15]). „Hardcore"-beperkingen van de mededinging voldoen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dergelijke overeenkomsten voldoen over het algemeen niet aan (minstens) een van de eerste twee voorwaarden van artikel 81, lid 3. Zij creëren over het algemeen geen objectieve economische voordelen of voordelen voor de consument. Daarenboven voldoet dit soort overeenkomsten over het algemeen niet aan de onmisbaarheidstoets waarvan sprake is in de derde voorwaarde. Indien bijvoorbeeld twee concurrenten elkaar hun respectieve technologieën in licentie geven en in het kader van die overeenkomst elkaar beperkingen opleggen inzake prijsstelling of de productie van de met die technologieën vervaardigde producten, zal dit normaliter leiden tot een geringere productie en een ondoeltreffende besteding van middelen, en uiteindelijk tot hogere prijzen voor de consument. De prijs- en productiebeperkingen met betrekking tot de vervaardigde producten zijn evenmin onmisbaar om de eventuele efficiëntieverbeteringen te bereiken die zouden voortvloeien uit het feit dat beide concurrenten over de twee technologieën beschikken.

3. **Omschrijving van de markt**

17. De benadering van de Commissie ten aanzien van de omschrijving van de markt is terug te vinden in haar richtsnoeren inzake de bepaling van de relevante markt ([16]). Hier wordt alleen ingegaan op die aspecten van de omschrijving van de markt die van specifiek belang zijn bij het in licentie geven van technologie.

18. Technologie is een input, die verwerkt wordt in een product dan wel een productieproces. Het in licentie geven van technologie kan derhalve een invloed hebben op zowel inputmarkten als outputmarkten. Een overeenkomst tussen twee partijen die concurrerende producten verkopen en die elkaar wederzijds technologieën in licentie geven die worden gebruikt voor de vervaardiging van die producten, kan de mededinging op de betrokken productmarkt beperken. Zij kan tevens de concurrentie beperken op de technologiemarkt en mogelijk ook op andere inputmarkten. Voor de beoordeling van de mededingingseffecten van licentieovereenkomsten kan het derhalve noodzakelijk zijn zowel relevante markten voor goederen en diensten (productmarkten) als technologiemarkten af te bakenen ([17]). De term „productmarkt", zoals gebruikt in artikel 3 van de GVTO, verwijst naar de relevante markten van goederen en diensten, met zowel een geografische als een productdimensie. Zoals duidelijk blijkt uit artikel 1, lid 1, onder h), van de GVTO wordt de term enkel gebruikt om de relevante markten van goederen en diensten te onderscheiden van de relevante technologiemarkten.

19. Productmarkten omvatten met name de eindproducten en halffabrikaten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en hun vervangproducten.

20. Technologiemarkten betreffen de in licentie gegeven technologie en haar substituten, d.w.z. andere technologieën die de afnemers ter vervanging ervan zouden kunnen gebruiken. De methode voor het afbakenen van technologiemarkten is gebaseerd op dezelfde beginselen als die welke bij de afbakening van productmarkten worden gehanteerd. Uitgaand van de technologie die door de partijen op de markt wordt gebracht, moet worden nagegaan op welke andere technologieën de afnemers zouden kunnen overschakelen bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen, d.w.z. de royalty's.

21. Wanneer de relevante markten eenmaal zijn afgebakend, kunnen marktaandelen worden toegekend aan de diverse bronnen van concurrentie op de markt en worden gebruikt als een aanwijzing voor de relatieve sterkte van de marktdeelnemers. Bij technologiemarkten is een mogelijke werkwijze de marktaandelen te berekenen op basis van het aandeel van elke technologie in de totale licentieopbrengsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van de betrokken technologie vertegenwoordigt op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Een andere aanpak – en deze wordt in artikel 3, lid 3, van de GVTO toegepast – bestaat erin de marktaandelen op de technologiemarkt te berekenen aan de hand van de omzet van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, op de stroomafwaartse productmarkten. Bij deze benadering wordt rekening gehouden met alle verkopen, ongeacht of in het product een in licentie gegeven technologie is verwerkt. Door rekening te houden met technologieën die (alleen) intern worden gebruikt, wijkt artikel 3, lid 3, af van het algemene gebruik ([18]). In het geval van technologiemarkten wordt de aanpak van artikel 3, lid 3, evenwel gerechtvaardigd geacht. Deze aanpak geeft immers vaak het best de sterkte van de technologie aan. Om te beginnen wordt rekening gehouden met eventuele potentiële concurrentie van ondernemingen die produceren op basis van een eigen technologie en die deze technologie wellicht in licentie zouden beginnen te geven bij een kleine maar duurzame stijging van de prijzen voor licenties. Zelfs indien het onwaarschijnlijk is dat technologiebezitters zouden beginnen te licentiëren, moet daarenboven worden vastgesteld dat de licentiegever niet noodzakelijk marktmacht heeft op de technologiemarkt, zelfs indien hij een groot aandeel heeft in de totale opbrengsten van licenties. Indien de stroomafwaartse productmarkt concurrerend is, kan concurrentie op dat niveau de licentiegever daadwerkelijk aan banden leggen. Een verhoging van de royalty's stroomopwaarts heeft invloed op de kosten van de licentienemer, maakt hem minder concurrerend en doet hem omzet verliezen. Als men uitgaat van het aandeel van de technologie op de productmarkt, wordt ook hiermee rekening gehouden en deze aanpak is derhalve normaliter een goede indicator voor de marktmacht van de licentiegever. Bij de beoordeling van individuele gevallen die buiten de vrijstelling van de GVTO vallen, kan het evenwel noodzakelijk zijn beide werkwijzen toe te passen om nauwkeurig de marktmacht van de licentiegever te bepalen.

22. Sommige licentieovereenkomsten kunnen een invloed hebben op de innovatie. Bij het onderzoeken van dergelijke effecten zal de Commissie zich doorgaans evenwel beperken tot een onderzoek van de invloed van de overeenkomsten op de concurrentie binnen de bestaande product- en technologiemarkten ([19]). De mededinging op dergelijke bestaande markten kan worden beïnvloed door overeenkomsten die de invoering vertragen van verbeterde of nieuwe producten die mettertijd de bestaande producten zullen vervangen. In dergelijke gevallen is innovatie een bron van potentiële concurrentie waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de invloed van de overeenkomst op de product- en technologiemarkten. In een beperkt aantal gevallen kan het echter nuttig en nodig zijn de innovatiemarkten af te bakenen. Dit is met name het geval wanneer de overeenkomst gevolgen heeft voor innovatie die gericht is op de totstandbrenging van nieuwe producten en wanneer in een vroeg stadium O&O-pools kunnen worden onderkend ([20]). In dergelijke gevallen kan worden nagegaan of na de overeenkomst een voldoende aantal concurrerende O&O-pools zal overblijven voor een daadwerkelijke mededinging op het gebied van innovatie.

4. **Het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten**

23. Over het algemeen vormen overeenkomsten tussen concurrenten een groter risico voor de mededinging op de markt dan overeenkomsten tussen niet-concurrenten. De mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken (intra-technologie concurrentie) vormt evenwel een belangrijke aanvulling op de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken (inter-technologie concurrentie). Zo kan intra-technologie concurrentie bijvoorbeeld leiden tot lagere prijzen voor de producten waarin de betrokken technologie is verwerkt, hetgeen niet alleen de consumenten van die producten rechtstreeks en onmiddellijk voordeel kan opleveren, maar ook de concurrentie tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken verder kan aanwakkeren. In een licentiëringscontext moet er tevens rekening mee worden gehouden dat licentienemers hun eigen product verkopen. Zij zijn geen wederverkopers van een product dat door een andere onderneming is geleverd. Er is dus wellicht meer ruimte voor productdifferentiatie en kwaliteitsverbetering door concurrentie tussen licentienemers dan in het geval van verticale overeenkomsten voor de wederverkoop van producten.

24. Om de concurrentieverhouding tussen de partijen te bepalen, moet worden nagegaan of zij zonder de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn geweest. Indien de partijen zonder de overeenkomst op geen van de relevante markten daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn geweest, worden zij geacht niet-concurrenten te zijn. Wanneer daarentegen de licentiegever en de licentienemer beiden actief zijn op dezelfde productmarkt of dezelfde technologiemarkt, zijn zij daadwerkelijke concurrenten op de betrokken markt. De partijen worden geacht potentiële concurrenten op de productmarkt te zijn, indien zij zonder de overeenkomst waarschijnlijk de vereiste extra investeringen hadden verricht om bij een kleine maar duurzame stijging van de productprijzen de relevante markt te betreden. Zo zullen de partijen waarschijnlijk als potentiële concurrenten op de productmarkt worden beschouwd wanneer de licentienemer op de ene geografische markt produceert op basis van zijn eigen technologie en op een andere geografische markt begint te produceren op basis van een concurrerende technologie. In een dergelijk geval zou de licentienemer waarschijnlijk de tweede geografische markt kunnen betreden op basis van zijn eigen technologie, tenzij dat wordt verhinderd door objectieve factoren. De partijen worden geacht potentiële concurrenten op de technologiemarkt te zijn, indien zij beschikken over eigen vervangtechnologieën, zelfs in het specifieke geval waarin de licentienemer zijn eigen technologie niet in licentie geeft, voorzover hij dat waarschijnlijk wel zou doen bij een kleine maar duurzame stijging in de technologieprijzen.

25. Indien de partijen technologieën bezitten die in één richting of in twee richtingen een blokkeringspositie behelzen, worden de partijen geacht niet-concurrenten te zijn op de technologiemarkt. Van een blokkeringspositie in één richting is sprake wanneer een technologie niet kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op een andere technologie. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een octrooi betrekking heeft op de verbetering van een technologie die onder een ander octrooi valt. In dat geval veronderstelt de exploitatie van het verbeteringsoctrooi dat de houder een licentie verkrijgt op het basisoctrooi. Er is sprake van een blokkeringspositie in twee richtingen wanneer geen van beide technologieën kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op de andere en wanneer de houders derhalve van elkaar een licentie of een gebruiksrecht moeten verkrijgen. Bij de vaststelling of er een blokkeringspositie bestaat, zal de Commissie zich baseren op objectieve factoren en niet op het subjectieve standpunt van de partijen. De Commissie gaat ervan uit dat bezitters van technologieën die uit technisch oogpunt substitueerbaar zijn, potentiële concurrenten zijn op de technologiemarkt, tenzij de partijen op overtuigende wijze het bewijs leveren dat er sprake is van een blokkeringspositie. Bijzonder overtuigend bewijsmateriaal is vereist in het geval van een blokkeringspositie in twee richtingen. Relevant bewijsmateriaal zijn in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen over de kwestie en rapporten van onafhankelijke deskundigen. In het laatste geval zal de Commissie met name zorgvuldig nagaan hoe de deskundige is gekozen.

26. In sommige gevallen kan wellicht ook worden geconcludeerd dat, hoewel de licentiegever en de licentienemer concurrerende producten vervaardigen, zij niet-concurrenten zijn op de relevante productmarkt en op de relevante technologiemarkt, omdat de in licentie gegeven technologie een zo drastische innovatie inhoudt dat de technologie van de licentienemer achterhaald en niet meer concurrerend is. In dergelijke gevallen schept de technologie van de licentiegever een nieuwe markt of stoot zij de technologie van de licentienemer uit de markt. Vaak is het evenwel niet mogelijk tot deze conclusie te komen op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten. Gewoonlijk wordt pas wanneer de technologie of de producten waarin zij verwerkt is reeds enige tijd ter beschikking van de consument staan, duidelijk dat de oude technologie achterhaald of niet meer concurrerend is geworden. Toen bijvoorbeeld de cd-technologie werd ontwikkeld en de eerste spelers en schijfjes op de markt werden gebracht, lag het niet voor de hand dat deze nieuwe technologie de lp-technologie zou vervangen. Dit is pas enkele jaren later duidelijk geworden. Bijgevolg zullen de partijen worden beschouwd als concurrenten indien het op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst niet duidelijk is dat de technologie van de licentienemer achterhaald en niet meer concurrerend is. Aangezien zowel artikel 81, lid 1, als artikel 81, lid 3, moeten worden toegepast met inachtneming van de feitelijke omstandigheden waarin de overeenkoms ten uitvoer wordt gelegd, kunnen ingrijpende wijzigingen in de feitelijke omstandigheden gevolgen hebben voor de beoordeling. De classificatie van de verhouding tussen de partijen zal dan ook worden aangepast indien later blijkt dat de technologie van de licentienemer achterhaald raakt en niet meer concurrerend is op de markt.

III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

1. De gevolgen van de groepsvrijstelling

27. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht die voldoen aan de in de GVTO gestelde voorwaarden, krijgen als groep ontheffing van het verbod van artikel 81, lid 1. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten zijn geldig in rechte en afdwingbaar. Dergelijke overeenkomsten kunnen alleen voor de toekomst worden verboden, en alleen na een formele intrekking van de groepsvrijstelling door de Commissie of door een mededingingsautoriteit van een lidstaat. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten kunnen door een nationale rechter in het kader van een geschil tussen particulieren niet ongeldig worden verklaard om mededingingsredenen.

28. De groepsgewijze vrijstelling van categorieën beperkende overeenkomsten inzake technologieoverdracht is gebaseerd op het vermoeden dat dergelijke overeenkomsten voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3. Vermoed wordt derhalve dat de overeenkomsten economische verbeteringen opleveren, dat de in de overeenkomsten opgenomen beperkingen onmisbaar zijn voor het bereiken van die verbeteringen, dat een billijk aandeel in de efficiëntieverbeteringen de gebruikers op de betrokken markten ten goede zal komen en dat de overeenkomsten aan de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid zullen geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. De marktaandeeldrempels (artikel 3), de lijst van „hardcore"-beperkingen (artikel 4) en de voorwaarden (artikel 5) beogen te garanderen dat alleen overeenkomsten die redelijkerwijs geacht mogen worden aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, te voldoen onder de groepsvrijstelling vallen.

29. De meeste overeenkomsten inzake technologieoverdracht zijn niet concurrentiebeperkend in de zin van artikel 81, lid 1. In een aantal gevallen, waarvan sommige worden besproken in deel IV, vallen individuele licentieovereenkomsten buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, ofwel omdat zij de concurrentie in het geheel niet beperken, ofwel omdat de beperking van de mededinging niet merkbaar is ([21]). Voor zover dergelijke overeenkomsten toch onder de toepassing van de GVTO zouden vallen, is het niet nodig vast te stellen of zij onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen ([22]).

30. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling wordt het relevant te onderzoeken of de overeenkomst in het concrete geval onder het verbod van artikel 81, lid 1, valt, en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. Er bestaat geen vermoeden dat overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten de groepsvrijstelling vallen, onverenigbaar zijn met artikel 81. Met name is er geen vermoeden van onwettigheid op grond van het loutere feit dat de marktaandelen van de partijen boven de in artikel 3 van de GVTO gestelde marktaandeeldrempels liggen. Het is mogelijk dat dergelijke overeenkomsten niet concurrentiebeperkend zijn of, indien zij beperkend zijn, dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. De niet-toepassing van de groepsvrijstelling betekent alleen dat een individuele beoordeling vereist is. Alleen wanneer de overeenkomsten „hardcore"-beperkingen bevatten, kan normaliter worden vermoed dat zij verboden zijn krachtens artikel 81.

2. **Werkingssfeer en geldigheidsduur van de groepsvrijstellingsverordening**

2.1. *Overeenkomsten tussen twee partijen*

31. Overeenkomstig artikel 2, eerste alinea, van de GVTO heeft de verordening betrekking op overeenkomsten inzake technologieoverdracht „tussen twee ondernemingen". Overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen vallen niet onder de GVTO. Doorslaggevend voor het onderscheid tussen overeenkomsten tussen twee partijen en multilaterale overeenkomsten is of de betrokken overeenkomst gesloten is tussen meer dan twee partijen.

32. Overeenkomsten die gesloten zijn tussen twee partijen, vallen onder de toepassing van de GVTO, zelfs indien de overeenkomst voorwaarden bevat voor meer dan een handelsniveau. Zo is de GVTO bijvoorbeeld van toepassing op een licentieovereenkomst die niet alleen betrekking heeft op het productiestadium maar ook op het distributiestadium en die voorschrijft welke verplichtingen de licentienemer moet of mag opleggen aan wederverkopers van de producten die in licentie worden vervaardigd ([23]).

33. Licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen meer dan twee ondernemingen, geven vaak aanleiding tot dezelfde problemen als licentieovereenkomsten van dezelfde aard die tussen twee partijen worden gesloten. Bij de individuele beoordeling van licentieovereenkomsten die van dezelfde aard zijn als die welke onder de groepsvrijstelling vallen maar die zijn gesloten tussen meer dan twee partijen, zal de Commissie naar analogie de in de GVTO vervatte beginselen toepassen. Overeenkomsten tussen meer dan twee ondernemingen die onder de groepsvrijstelling zouden vallen indien zij slechts tussen twee ondernemingen waren gesloten, zullen in beginsel worden behandeld alsof zij onder de groepsvrijstelling vielen.

2.2. *Overeenkomsten betreffende de vervaardiging of levering van contractproducten*

34. Uit artikel 2 volgt dat licentieovereenkomsten slechts onder de GVTO vallen indien zij zijn gesloten *met betrekking tot de vervaardiging of levering van contractproducten*, d.w.z. producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt of die ermee zijn vervaardigd. De GVTO is niet van toepassing op technologiepools. Het begrip technologiepools slaat op overeenkomsten waarbij twee of meer partijen overeenkomen hun respectieve technologieën bijeen te brengen in een pool en deze als een pakket in licentie te geven. Het begrip technologiepools dekt tevens regelingen waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen een licentie te geven aan een derde en deze machtigen het technologiepakket verder in licentie te geven. Technologiepools worden onder IV.4 besproken. De GVTO is evenmin van toepassing op overeenkomsten waarbij de licentienemer door de licentiegever wordt gemachtigd om aan derden (sub-licentienemers) licenties te verlenen voor de exploitatie van de technologie van de licentiegever. De Commissie zal evenwel naar analogie de principes van de GVTO en deze richtsnoeren toepassen op dergelijke „hoofdlicentieovereenkomsten" tussen de licentiegever en de licentienemer. De overeenkomsten tussen de licentienemer en de sub-licentienemers vallen onder de toepassing van de GVTO.

35. De GVTO is niet van toepassing op licentieovereenkomsten — met inbegrip van wederzijdse licentieovereenkomsten — die beogen te voorkomen dat een van de partijen zich op haar intellectuele-eigendomsrechten beroept om de andere partij te verhinderen haar eigen technologie te exploiteren (overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten). Evenmin is zij van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend ten doel hebben geschillen over de vraag of de intellectuele-eigendomsrechten van de ene partij inbreuk zouden maken op die van de andere, en vice versa, te beslechten (schikkingen). In geen van beide gevallen wordt de overeenkomst gesloten met het oog op de vervaardiging of levering van contractproducten. Dergelijke overeenkomsten worden behandeld onder IV.3.

36. De term „contractproducten" omvat goederen die zijn vervaardigd of diensten die worden verstrekt met gebruikmaking van de in licentie gegeven technologie. Dit is zowel het geval wanneer de in licentie gegeven technologie wordt gebruikt in het productieproces als wanneer deze in het product zelf is verwerkt. In deze richtsnoeren worden met de term „producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt" beide situaties bedoeld. De GVTO is van toepassing in alle gevallen waarin technologie in licentie wordt gegeven met het oog op de vervaardiging van goederen of de levering van diensten, ook bij het sluiten van toeleveringscontracten door de licentiegever ([24]).

37. Een toeleveringscontract is een overeenkomst waarbij de licentiegever technologie in licentie geeft aan de licentienemer, die zich ertoe verbindt op grond daarvan bepaalde producten exclusief voor de licentiegever te vervaardigen. Toelevering kan ook behelzen dat de licentiegever apparatuur ter beschikking stelt die moet worden gebruikt bij de productie van de goederen en diensten die onder de overeenkomst vallen. Wil het laatstgenoemde soort toeleveringscontract onder de GVTO vallen, dan moet de in licentie gegeven technologie en niet de ter beschikking gestelde apparatuur het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen.

38. Toeleveringscontracten vallen op zichzelf normaliter buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, wanneer de in licentie gegeven technologie en/of de ter beschikking gestelde apparatuur noodzakelijk zijn voor de productie van de goederen en diensten die onder de overeenkomst vallen. Het is op zichzelf niet concurrentiebeperkend dat een onderneming een bepaalde productie uitbesteedt aan een andere onderneming en de toeleverancier ertoe verplicht de in licentie gegeven technologie uitsluitend te gebruiken voor de productie van de goederen en diensten die onder de overeenkomst vallen, en de betrokken goederen en diensten uitsluitend aan de licentiegever te leveren. Deze exclusieve leveringsverplichting is eigen aan toelevering en vormt geen beperking van de klantenkring in de zin van de GVTO. Aan het noodzakelijkheidscriterium is voldaan indien de toeleverancier zonder de overeenkomst niet in staat zou zijn geweest een product met dezelfde kenmerken als de door de licentiegever gevraagde te vervaardigen.

39. Toeleveringscontracten kunnen evenwel onder artikel 81, lid 1, vallen indien zij verder gaan dan gewone uitbesteding zoals beschreven in het vorige punt. Zo kunnen er bijvoorbeeld bezwaren rijzen uit mededingingsoogpunt wanneer toeleveringsovereenkomsten voor de toeleverancier de mogelijkheden of de prikkels tot innovatie verkleinen, wanneer zij derden uitsluiten of wanneer zij ongeoorloofde afspraken op de markt in de hand werken. Beperkingen die aan de toeleverancier worden opgelegd met betrekking tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling en *grant back* -verplichtingen worden op dezelfde wijze behandeld als in het kader van elke andere licentieovereenkomst. Hetzelfde geldt voor niet-concurrentiebedingen, waarbij aan de toeleverancier een verbod wordt opgelegd om zaken te doen met derden wanneer het gaat om producten die niet vervaardigd zijn voor de licentiegever of om technologieën die niet door hem in licentie zijn gegeven. Het feit dat voor de productie die op grond van de overeenkomst plaatsvindt de gehele, of bijna de gehele capaciteit van de toeleverancier wordt gebruikt, is op zichzelf evenwel niet voldoende om te concluderen dat er sprake zou zijn van marktafscherming, mits de toeleverancier niet wordt verhinderd zijn capaciteit uit te breiden.

40. Toelevering zoals hier gedefinieerd omvat niet toelevering op het gebied van onderzoek en ontwikkeling, waarbij de licentienemer zich ertoe verbindt verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten op het gebied dat door de in licentie gegeven technologie wordt bestreken en het verbeterde technologiepakket aan de licentiegever terug te geven. Het voorwerp van dergelijke overeenkomsten is in hoofdzaak de levering van diensten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling met het doel de technologie te verbeteren, en niet de productie van goederen en diensten op basis van de in licentie gegeven technologie. Dergelijke overeenkomsten vallen buiten de werkingssfeer van de GVTO en van de richtsnoeren.

41. De GVTO en de richtsnoeren zijn evenmin van toepassing op overeenkomsten waarbij een technologie in licentie wordt gegeven om de licentienemer in staat te stellen met het oog op latere exploitatie voor eigen rekening onderzoek en ontwikkeling te verrichten. Zo zijn de GVTO en de richtsnoeren bijvoorbeeld niet van toepassing op de licentiëring van een technologisch onderzoeksinstrument dat in het kader van verder onderzoekswerk wordt gebruikt.

2.3. *Het begrip overeenkomsten inzake technologieoverdracht*

42. De GVTO en deze richtsnoeren hebben betrekking op overeenkomsten voor de overdracht van technologie. Volgens artikel 1, lid 1, onder b) en onder f), van de GVTO omvat het begrip *technologie* octrooien en octrooiaanvragen, gebruiksmodellen en aanvragen om gebruiksmodellen, modellenrechten, kwekersrechten, topografieën van halfgeleiderproducten, aanvullende beschermingscertificaten voor geneesmiddelen of andere producten waarvoor dergelijke aanvullende beschermingscertificaten kunnen worden verkregen, auteursrechten op software en knowhow.

43. Knowhow wordt in artikel 1, lid 1, onder g), gedefinieerd als een geheel van niet-geoctrooieerde praktische kennis die voortvloeit uit ervaring en onderzoek en die geheim, wezenlijk en bepaald is. *Geheim* betekent dat de knowhow in het algemeen niet bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is. *Wezenlijk* betekent dat de knowhow informatie omvat die onmisbaar is voor de vervaardiging of levering van de producten die onder de licentieovereenkomst vallen, of voor de toepassing van het procédé waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft. *Bepaald* betekent dat de knowhow zodanig volledig beschreven is dat kan worden nagegaan of hij aan de criteria van geheim-zijn en wezenlijkheid voldoet.

44. Het begrip „overdracht" houdt in dat de technologie moet overgaan van de ene onderneming naar de andere. Een dergelijke overdracht vindt normaliter plaats in de vorm van een licentie, waarbij de licentiegever aan de licentienemer het recht verleent om zijn technologie te gebruiken tegen betaling van royalty's. Het kan ook in de vorm van een sublicentie, waarbij een licentienemer, die daarvoor de toestemming van de licentiegever heeft, licenties verleent aan derden (sub-licentienemers) voor de exploitatie van de technologie. Ingeval van sub-licentiëring valt de overeenkomst tussen de licentiegever en de licentienemer evenwel niet onder de toepassing van de GVTO, aangezien die licentie niet is verleend met het oog op de productie van goederen en diensten op grond van de in licentie gegeven technologie (zie punt 34).

45. Krachtens artikel 1, lid 1, onder b), van de GVTO is de verordening eveneens van toepassing op overeenkomsten waarbij de technologie wordt verkocht (niet slechts in licentie gegeven), mits het risico dat met de exploitatie van de technologie gepaard gaat bij de verkoper blijft berusten. Dit is met name het geval wanneer het bedrag dat voor de verkoop moet worden betaald afhangt van de omzet die de overnemer behaalt met de producten die met behulp van de overgedragen technologie worden vervaardigd of geleverd, van de hoeveelheid producten die wordt vervaardigd dan wel van het aantal verrichtingen met behulp van de betrokken technologie. Het is een algemeen kenmerk van licentieovereenkomsten dat het aan de licentiegever te betalen bedrag afhangt van het gebruik dat de licentienemer maakt van de in licentie gegeven technologie. Andere gevallen van verkoop vallen niet onder de toepassing van de GVTO.

46. De GVTO is alleen van toepassing op overeenkomsten die als hun primaire voorwerp de overdracht van technologie hebben, en niet de verkoop van goederen en diensten of de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom. Overeenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de aan- en verkoop van producten vallen slechts onder de GVTO voorzover die bepalingen niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen en rechtstreeks verbonden zijn met de toepassing van de in licentie gegeven technologie. Dit zal waarschijnlijk het geval zijn wanneer de verplicht aan te kopen producten bestaan uit machines of procédés die specifiek bestemd zijn om de in licentie gegeven technologie in de eindproducten te verwerken of die het mogelijk moeten maken deze efficiënt te exploiteren. Indien het product daarentegen een gewone grondstof is voor de vervaardiging van het eindproduct, moet zorgvuldig worden nagegaan of de in licentie gegeven technologie het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt. Ingeval bijvoorbeeld de licentienemer reeds met behulp van een andere technologie een eindproduct vervaardigt, moet de licentie leiden tot een significante verbetering van het productieproces van de licentienemer, die de waarde van het van de licentiegever betrokken product overtreft. Het vereiste dat de gekoppelde producten rechtstreeks verband moeten houden met de licentiëring van de technologie brengt mee dat de GVTO niet van toepassing is op de aankoop van producten die geen verband houden met de producten waarin de in licentie gegeven technologie wordt verwerkt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het gekoppelde product niet bestemd is om met het in licentie vervaardigde product worden gebruikt, maar verband houdt met een activiteit op een afzonderlijke productmarkt.

47. De GVTO is slechts van toepassing op de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom, zoals merken en auteursrechten op andere werken dan software, voorzover die rechtstreeks verband houden met de exploitatie van de in licentie gegeven technologie en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat de groepsvrijstelling slechts geldt voor overeenkomsten betreffende andere soorten intellectuele-eigendomsrechten voorzover die andere intellectuele-eigendomsrechten dienen om de licentienemer in staat te stellen de in licentie gegeven technologie beter te exploiteren. De licentiegever kan bijvoorbeeld de licentienemer machtigen om zijn merk te gebruiken voor de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. De merklicentie maakt het de licentienemer wellicht mogelijk de in licentie gegeven technologie beter te exploiteren doordat de consumenten gemakkelijker een rechtstreeks verband kunnen leggen tussen het product en de kenmerken die het ontleent aan de in licentie gegeven technologie. Een verplichting voor de licentienemer om het merk van de licentiegever te gebruiken kan eveneens de verspreiding van de technologie bevorderen doordat de licentiegever zich beter kan bekendmaken als de bron van de technologie waarop de producten zijn gebaseerd. Wanneer de waarde van de in licentie gegeven technologie voor de licentienemer echter beperkt is omdat hij reeds een identieke of zeer vergelijkbare technologie gebruikt, en het belangrijkste voorwerp van de overeenkomst het merk is, is de GVTO niet van toepassing ([25]).

48. De licentiëring van een auteursrecht met het oog op de verveelvoudiging en verspreiding van het beschermde werk, d.w.z. de productie van kopieën voor wederverkoop, wordt geacht vergelijkbaar te zijn met de licentiëring van technologie. Aangezien dergelijke licentieovereenkomsten betrekking hebben op de productie en verkoop van producten op grond van een intellectuele-eigendomsrecht, worden zij geacht hetzelfde karakter te hebben als overeenkomsten inzake technologieoverdracht en roepen zij normaliter dezelfde problemen op. In het algemeen zal de Commissie derhalve de in de GVTO en deze richtsnoeren neergelegde beginselen hanteren bij de toetsing aan artikel 81 van dit soort licentiëring van een auteursrecht.

49. De licentiëring van rechten op uitvoeringen en andere aan het auteursrecht verwante rechten daarentegen roept bijzondere problemen op en het is niet te verantwoorden dit soort licenties te beoordelen op basis van de beginselen die in deze richtsnoeren worden ontwikkeld. In het geval van de diverse rechten die betrekking hebben op uitvoeringen, wordt de waarde gecreëerd niet door de verveelvoudiging en verkoop van kopieën van een product maar door elke individuele uitvoering van het beschermde werk. Dit soort exploitatie kan diverse vormen aannemen, waaronder uitvoering, vertoning of verhuring van beschermd materiaal zoals films, muziek of sportgebeurtenissen. Bij de toepassing van artikel 81 moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van het werk en de wijze waarop het wordt geëxploiteerd ([26]). De Commissie zal de GVTO en deze richtsnoeren derhalve niet naar analogie toepassen op de licentiëring van deze andere rechten.

50. De Commissie zal de in de GVTO en deze richtsnoeren ontwikkelde beginselen evenmin uitbreiden tot merklicenties. Merklicenties worden echter vaak verleend in het kader van de distributie en wederverkoop van goederen en diensten, en leunen over het algemeen nauwer aan bij distributieovereenkomsten dan bij technologielicentieovereenkomsten. Wanneer een merklicentie rechtstreeks verband houdt met het gebruik, de verkoop of wederverkoop van goederen en diensten en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt, valt de licentieovereenkomst onder de toepassing van Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ([27]).

2.4. *Duur van de vrijstelling*

51. De groepsvrijstelling geldt zolang het in licentie gegeven eigendomsrecht niet is verstreken of nietigverklaard. In het geval van knowhow geldt de groepsvrijstelling zolang de in licentie gegeven knowhow geheim blijft, behalve wanneer de knowhow algemeen bekend raakt door toedoen van de licentienemer, in welk geval de vrijstelling geldt voor de duur van de overeenkomst (zie artikel 2 van de GVTO).

52. De groepsvrijstelling geldt voor elk in licentie gegeven eigendomsrecht dat onder de overeenkomst valt, en vervalt op het ogenblik van het verstrijken, de nietigverklaring of de algemene bekendwording van het laatste intellectuele-eigendomsrecht dat als „technologie" wordt beschouwd in de zin van de GVTO (zie punt 42).

53. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling kan de beoordeling verschillen naargelang van het intellectueleeigendomsrecht waar het om gaat en naargelang de overeenkomst bijvoorbeeld een basisoctrooi of een verbetering op een verstreken basisoctrooi betreft.

2.5. *Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen*

54. De GVTO heeft betrekking op overeenkomsten tussen twee partijen betreffende het in licentie geven van technologie met het oog op de vervaardiging of levering van contractproducten. Technologie kan evenwel ook een onderdeel vormen van andere soorten overeenkomsten. Overigens worden de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is vervolgens op de markt verkocht. Bijgevolg moet de relatie worden onderzocht tussen de GVTO en Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten ([28]), Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten ([29]) en Verordening (EG) nr. 2790/1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ([30]).

2.5.1. De groepsvrijstellingsverordeningen inzake specialisatie- en O & O-overeenkomsten

55. Volgens artikel 1, lid 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 2658/2000 inzake specialisatieovereenkomsten heeft die verordening onder meer betrekking op overeenkomsten betreffende gezamenlijke vervaardiging, waarbij twee of meer partijen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te vervaardigen. De verordening is ook van toepassing op bepalingen betreffende de verkoop of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten, voorzover die niet het voornaamste voorwerp van die overeenkomsten vormen, maar rechtstreeks daarmee verband houden en voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk zijn.

56. Wanneer ondernemingen een productie-GO oprichten en aan deze gemeenschappelijke onderneming een licentie geven om de technologie te exploiteren die wordt gebruikt bij de productie van de producten die door de gemeenschappelijke onderneming worden vervaardigd, valt die licentie onder Verordening (EG) nr. 2658/2000 en niet onder de GVTO. Licenties in het kader van een productie-GO dienen derhalve normaliter te worden getoetst aan Verordening (EG) nr. 2658/2000. Wanneer de GO echter aan derden licenties op de technologie verleent, heeft deze activiteit geen verband met de productie door de GO zelf en valt zij derhalve niet onder die verordening. Dergelijke licentieregelingen, waarbij de technologieën van de partijen worden bijeengebracht, zijn technologiepools, waarop onder IV.4 nader wordt ingegaan.

57. Verordening (EG) nr. 2659/2000 inzake onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten heeft betrekking op overeenkomsten waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling te verrichten en gemeenschappelijk de resultaten daarvan te exploiteren. Volgens artikel 2, punt 11, geschieden onderzoek en ontwikkeling, en de exploitatie van de resultaten ervan, gemeenschappelijk wanneer de daarmee verbonden taken door een gemeenschappelijke werkgroep, een gemeenschappelijke eenheid of onderneming worden verricht, gemeenschappelijk aan een derde partijen worden toevertrouwd, of onder de partijen volgens specialisatie bij onderzoek, ontwikkeling, productie en distributie (met inbegrip van licentiëring) worden verdeeld.

58. Daaruit volgt dat Verordening (EG) nr. 2659/2000 van toepassing is op licentiëring tussen de partijen en op licentiëring door de partijen aan een gemeenschappelijke eenheid in het kader van een onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst. In het kader van een dergelijke overeenkomst kunnen de partijen tevens de voorwaarden vaststellen voor het in licentie geven van de vruchten van de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst aan derden. Aangezien derden-licentienemers evenwel geen partijen zijn bij de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst, valt een individuele licentieovereenkomst die met derden wordt gesloten niet onder Verordening (EG) nr. 2659/2000. Voor dergelijke licentieovereenkomsten geldt een groepsvrijstelling indien zij voldoen aan de voorwaarden van de GVTO.

2.5.2. De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten

59. Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie inzake verticale overeenkomsten heeft betrekking op overeenkomsten die worden gesloten tussen twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Zij is dus van toepassing op leverings- en distributieovereenkomsten ([31]).

60. Aangezien de GVTO alleen betrekking heeft op overeenkomsten tussen twee partijen en een licentienemer die producten verkoopt waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt een leverancier is in de zin van Verordening (EG) nr. 2790/1999, bestaat er een nauw verband tussen deze twee groepsvrijstellingsverordeningen. De overeenkomst tussen de licentiegever en de licentienemer valt onder de GVTO, terwijl overeenkomsten tussen een licentienemer en zijn afnemers onderworpen zijn aan Verordening (EG) nr. 2790/1999 en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen ([32]).

61. De GVTO verleent een groepsvrijstelling voor overeenkomsten tussen de licentiegever en de licentienemer, ook wanneer de overeenkomst aan de licentienemer verplichtingen oplegt met betrekking tot de wijze waarop hij de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt moet verkopen. Met name kan de licentienemer ertoe verplicht worden een bepaald type distributiesysteem op te zetten, zoals exclusieve of selectieve distributie. Om in aanmerking te komen voor een groepsvrijstelling moeten de distributieovereenkomsten die voor het nakomen van die verplichtingen worden gesloten evenwel in overeenstemming zijn met Verordening (EG) nr. 2790/1999. De licentiegever kan de licentienemer bijvoorbeeld verplichten een systeem op te zetten dat gebaseerd is op exclusieve distributie volgens bepaalde regels. Uit artikel 4, onder b), van Verordening (EG) nr. 2790/1999 kan evenwel worden afgeleid dat passieve verkoop in het gebied van andere exclusieve distributeurs geoorloofd moet zijn.

62. Voorts moet het de distributeurs in principe vrij staan zowel actief als passief te verkopen in gebieden die bestreken worden door de distributiesystemen van andere licentienemers die op basis van de in licentie gegeven technologie hun eigen producten vervaardigen. Voor de toepassing van Verordening (EG) nr. 2790/1999 is elke licentienemer een afzonderlijke leverancier. De redenen die aan de door die verordening verleende groepsvrijstelling ten grondslag liggen, kunnen echter eveneens gelden wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is door de licentienemers verkocht worden onder een gemeenschappelijke merknaam, die aan de licentiegever toebehoort. Wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is onder een gemeenschappelijke merknaam verkocht worden, kan hetzelfde streven naar doeltreffendheid een reden zijn om dezelfde soorten beperkingen toe te passen tussen distributiesystemen van licentienemers onderling als binnen een enkel verticaal distributiesysteem. In dergelijke gevallen is het onwaarschijnlijk dat de Commissie beperkingen zou aanvechten wanneer naar analogie aan de vereisten van Verordening (EG) nr. 2790/1999 is voldaan. Wil er sprake zijn van verkoop onder een gemeenschappelijke merknaam, dan moeten de producten worden verkocht en op de markt gebracht onder eenzelfde merknaam die dominerend is op de markt doordat hij aan de consument een boodschap van kwaliteit en andere relevante informatie overbrengt. Het is niet voldoende dat het product naast de merknamen van de licentienemers ook die van de licentiegever draagt, die hem identificeert als de bron van de in licentie gegeven technologie.

3. De door de groepsvrijstellingsverordening geboden veilige haven

63. Krachtens artikel 3 van de GVTO geldt de groepsvrijstelling voor beperkende overeenkomsten slechts beneden bepaalde marktaandeeldrempels, die de werkingssfeer van de groepsvrijstelling beperken tot overeenkomsten die over het algemeen geacht mogen worden te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3.

64. Welke drempel toepasselijk is, hangt af van de vraag over de overeenkomst is gesloten tussen concurrenten of tussen niet-concurrenten. Voor de toepassing van de GVTO zijn ondernemingen concurrenten op de relevante technologiemarkt wanneer zij concurrerende technologieën in licentie geven aan derden. Potentiële concurrentie op de technologiemarkt wordt niet in aanmerking genomen voor de toepassing van de marktaandeel drempels. Buiten de vrijplaats van de groepsvrijstelling wordt op de technologiemarkt met potentiële mededinging rekening gehouden en kan deze leiden tot een andere kwalificatie van de concurrentieverhouding tussen de partijen (zie met name punt 24).

65. Ondernemingen zijn concurrenten voor de betrokken producten wanneer zij beide actief zijn op de relevante product- en geografische markt(en) waarop de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, worden verkocht (daadwerkelijke concurrenten). Zij worden eveneens als concurrenten beschouwd wanneer zij, op grond van realistische verwachtingen, de noodzakelijke bijkomende investeringen zouden doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten zouden maken om bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen de relevante product- en geografische markt(en) te kunnen betreden (potentiële concurrenten).

66. Uit de punten 64 en 65 volgt dat twee ondernemingen geen concurrenten zijn in de zin van de GVTO wanneer de licentiegever noch een daadwerkelijke, noch een potentiële leverancier van producten is op de relevante markt en de licentienemer — die reeds aanwezig is op de productmarkt — geen licenties verleent op een concurrerende technologie, zelfs indien hij een concurrerende technologie bezit en op basis daarvan produceert. De partijen worden evenwel concurrenten indien de licentienemer op een later tijdstip zijn technologie in licentie begint te geven of indien de licentiegever een daadwerkelijke of potentiële leverancier van producten op de relevante markt wordt. Daarenboven wordt, zoals aangegeven in punt 61, boven de marktaandeeldrempel uitgegaan van potentiële concurrentie op de technologiemarkt.

67. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten is de marktaandeeldrempel 20 % en in het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten is die 30 % (zie artikel 3, lid 1 en lid 2, van de GVTO). Indien de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst geen concurrenten zijn, valt de overeenkomst onder de groepsvrijstelling voor zover het marktaandeel van elk van de partijen op de relevante technologie- en productmarkten niet groter is dan 30 %. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst concurrenten zijn, valt de overeenkomst onder de groepsvrijstelling voor zover het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de relevante technologie- en productmarkten niet groter is dan 30 %. De marktaandeeldrempels gelden beide dus zowel voor de technologiemarkten als voor de markten van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Indien de toepasselijke marktaandeeldrempel op een van de relevante markten wordt overschreden, is de groepsvrijstelling voor die relevante markt niet van toepassing op de overeenkomst.

68. Voor technologiemarkten dient het marktaandeel van de licentiegever, overeenkomstig artikel 3, lid 3, van de GVTO, te worden berekend op basis van alle verkopen door de licentiegever, de licentienemer en alle andere licentienemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en dit voor elke productmarkt afzonderlijk ([33]). Wanneer de partijen concurrenten zijn op de technologiemarkt, moet de verkoop van producten waarin de technologie van de licentienemer is verwerkt worden opgeteld bij de verkoop van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. In het geval van nieuwe technologieën die nog geen verkoop hebben opgeleverd, wordt een marktaandeel van 0 % toegekend. Wanneer met de verkoop wordt begonnen, begint de technologie een marktaandeel op te bouwen.

69. Voor productmarkten dient het marktaandeel van de licentienemer te worden berekend op basis van de verkoop door de licentienemer van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt en van concurrerende producten, d.w.z. de totale omzet van de licentienemer op de betrokken productmarkt. Wanneer de licentiegever tevens een leverancier van producten is op de relevante markt, moet de omzet van de licentiegever op de betrokken productmarkt eveneens in aanmerking worden genomen. Bij de berekening van de marktaandelen op de productmarkt wordt evenwel met de omzet van andere licentienemers geen rekening gehouden bij de berekening van het marktaandeel van de licentienemer en/of de licentiegever.

70. De marktaandelen dienen te worden berekend aan de hand van gegevens betreffende de waarde van de verkopen voorzover die beschikbaar zijn. Die gegevens geven normaliter een nauwkeuriger indicatie van de sterkte van technologie dan gegevens betreffende het verkochte volume. Wanneer gegevens betreffende de waarde van de verkopen echter niet beschikbaar zijn, kan gebruik worden gemaakt van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder gegevens betreffende de omvang van de verkopen op de markt, gebaseerd zijn.

71. De hierboven uiteengezette beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de volgende voorbeelden:

Licentiëring tussen niet-concurrenten

Voorbeeld 1

Onderneming A is gespecialiseerd in de ontwikkeling van biotechnologische producten en technieken en heeft een nieuw product Xeran ontwikkeld. Zij houdt zich niet zelf bezig met de massaproductie van Xeran, waarvoor zij noch de productie- noch de distributiefaciliteiten heeft. Onderneming B is een van de producenten van concurrerende producten, die worden vervaardigd op basis van vrij toegankelijke, niet-beschermde technologieën. In jaar 0 verkocht B voor 25 miljoen EUR aan producten die op basis van vrij toegankelijke technologie waren vervaardigd. In jaar 1 verleent A een licentie aan B voor de productie van Xeran. In dat jaar verkoopt B voor 15 miljoen EUR producten op basis van vrij toegankelijke technologieën en voor 15 miljoen EUR Xeran. In jaar 2 en de daaropvolgende jaren produceert en verkoopt B alleen Xeran, voor een bedrag van 40 miljoen EUR per jaar. Daarnaast verleent A in jaar 1 tevens een licentie aan C. C was niet eerder actief op die productmarkt. C produceert en verkoopt uitsluitend Xeran, voor 10 miljoen EUR in jaar 1 en voor 15 miljoen EUR in jaar 2 en de daaropvolgende jaren. Bij veronderstelling staat vast dat de totale markt voor Xeran en vervangproducten, waarop B en C actief zijn, een waarde van 200 miljoen EUR per jaar vertegenwoordigt.

In jaar 1, het jaar waarin de licentieovereenkomst wordt gesloten, bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 0 %, aangezien dit marktaandeel moet worden berekend op basis van de totale verkoop van Xeran in het voorafgaande jaar. In jaar 2 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 12,5 %, hetgeen de waarde vertegenwoordigt van de in het voorafgaande jaar 1 door B en C geproduceerde Xeran. In jaar 3 en in de daaropvolgende jaren bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 27,5 %, hetgeen de waarde vertegenwoordigt van de in het voorafgaande jaar door B en C geproduceerde Xeran.

In jaar 1 bedraagt het marktaandeel van B op de productmarkt 12,5 %, hetgeen de 25 miljoen EUR omzet van B in jaar 0 vertegenwoordigt. In jaar 2 bedraagt het marktaandeel van B 15 %, omdat haar omzet is gestegen tot 30 miljoen EUR in jaar 1. In jaar 3 en in de daaropvolgende jaren en bedraagt het marktaandeel van B 20 %, met een jaaromzet van 40 miljoen EUR. Het marktaandeel van C op de productmarkt bedraagt 0 % in jaar 1, 5 % in jaar 2 en 7,5 % in de daaropvolgende jaren.

Aangezien het een overeenkomst tussen niet-concurrenten betreft en het marktaandeel van A, B en C elk jaar minder dan 30 % bedraagt, vallen de overeenkomsten onder de door de GVTO geboden vrijstelling.

Voorbeeld 2

Dezelfde situatie als in voorbeeld 1, maar B en C zijn nu actief op verschillende geografische markten. Bij veronderstelling staat vast dat de totale markt voor Xeran en vervangproducten een waarde vertegenwoordigt van 100 miljoen EUR per jaar op elke markt.

In dit geval moet het marktaandeel van A op de technologiemarkt worden berekend voor elk van de twee geografische markten. Op de markt waarop B actief is, hangt het marktaandeel van A af van de omzet die B behaalt met Xeran. Aangezien de totale markt in dit voorbeeld bij hypothese 100 miljoen EUR bedraagt, d.w.z. dat hij half zo groot is als in voorbeeld 1, bedraagt het marktaandeel van A 0 % in jaar 1, 15 % in jaar 2 en 40 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van B bedraagt 25 % in jaar 1, 30 % in jaar 2 en 40 % in jaar 3. In jaar 1 en 2 bedraagt het marktaandeel van zowel A als B minder dan de 30%-drempel. De drempel wordt echter overschreden vanaf jaar 3 en dit betekent dat, krachtens artikel 8, lid 3, van de GVTO, de licentieovereenkomst tussen A en B na jaar 4 niet meer in aanmerking komt voor de vrijstelling en individueel moet worden beoordeeld.

Op de markt waarop C actief is, hangt het marktaandeel van A af van de omzet die C behaalt met Xeran. Het marktaandeel van A op de technologiemarkt, op basis van de omzet van C in het voorafgaande jaar, bedraagt derhalve 0 % in jaar 1, 10 % in jaar 2 en 15 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van C op de productmarkt is hetzelfde: 0 % in jaar 1, 10 % in jaar 2 en 15 % in de daaropvolgende jaren. De licentieovereenkomst tussen A en C valt derhalve gedurende de gehele periode onder de vrijstelling.

Licentiëring tussen concurrenten

Voorbeeld 1

De ondernemingen A en B zijn actief op dezelfde relevante markt voor een bepaald scheikundig product. Zij bezitten elk ook een octrooi op verschillende technologieën die worden gebruikt voor de vervaardiging van dat product. In jaar 1 ondertekenen A en B een wederzijdse licentieovereenkomst, waarbij zij elkaar een licentie verlenen voor het gebruik van hun respectieve technologieën. In jaar 0 produceren A en B uitsluitend op basis van hun eigen technologie en verkoopt A voor 15 miljoen EUR van het product en B voor 20 miljoen EUR. Vanaf jaar 1 gebruiken zij beide hun eigen en elkaars technologie. Vanaf dat jaar verkoopt A voor 10 miljoen EUR van het product op basis van haar eigen technologie en voor 10 miljoen EUR op basis van de technologie van B. B verkoopt vanaf jaar 1 voor 15 miljoen EUR van het product op basis van haar eigen technologie en voor 10 miljoen EUR op basis van de technologie van A. Bij veronderstelling staat vast dat de totale markt voor het product en zijn vervangproducten een waarde van 100 miljoen EUR per jaar vertegenwoordigt.

Om de licentieovereenkomst in het kader van de GVTO te beoordelen, moeten de marktaandelen van A en B, zowel op de technologiemarkt als op de productmarkt, worden berekend. Het marktaandeel van A op de technologiemarkt hangt af van de hoeveelheid van het product die in het voorgaande jaar is verkocht en die door A of B is geproduceerd op basis van de technologie van A. In jaar 1 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt derhalve 15 %, hetgeen overeenkomt met haar eigen productie en verkoop van 15 miljoen EUR in jaar 0. Vanaf jaar 2 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 20 %, hetgeen overeenkomt met de omzet van 20 miljoen EUR die werd behaald met de verkoop van het product dat op basis van de technologie van A is geproduceerd en verkocht door A en door B (10 miljoen EUR elk). Op dezelfde wijze berekend, bedraagt het marktaandeel van B op de technologiemarkt in jaar 1 20 % en in de daaropvolgende jaren 25 %.

De marktaandelen van A en B op de productmarkt hangen af van hun respectieve omzet van het product in het voorafgaande jaar, ongeacht de gebruikte technologie. Het marktaandeel van A op de productmarkt bedraagt 15 % in jaar 1 en 20 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van B op de productmarkt bedraagt 20 % in jaar 1 en 25 % in de daaropvolgende jaren.

Aangezien het een overeenkomst tussen concurrenten betreft, moet hun gezamenlijke marktaandeel, zowel op de technologiemarkt als op de productmarkt, beneden de marktaandeeldrempel van 20 % blijven om in aanmerking te komen voor de vrijstelling. Het is duidelijk dat dat hier niet het geval is. Het gezamenlijke marktaandeel op de technologiemarkt en op de productmarkt bedraagt 35 % in jaar 1 en 45 % in de daaropvolgende jaren. Deze overeenkomst tussen concurrenten zal derhalve individueel moeten worden beoordeeld.

4. „Hardcore"-beperkingen van de mededinging in het kader van de groepsvrijstellingsverordening

4.1. *Algemene beginselen*

72. Artikel 4 van de GVTO bevat een lijst van meest ingrijpende beperkingen („hardcore"-beperkingen) van de mededinging. De classificering van een beperking als een „hardcore"-beperking van de mededinging is gebaseerd op de aard van de beperking en op de ervaring, die leert dat dergelijke beperkingen bijna altijd concurrentieverstorend zijn. In overeenstemming met de jurisprudentie van de communautaire rechtscolleges ([34]) kan een dergelijke beperking blijken uit het klaarblijkelijke doel van de overeenkomst of uit de omstandigheden van het individuele geval (zie punt 10). Een onderzoek van de feiten die aan de overeenkomst ten grondslag liggen en van de specifieke omstandigheden waarin zij wordt toegepast, kan derhalve noodzakelijk zijn om uit te maken of een bepaalde beperking een „hardcore"-beperking van de mededinging is.

73. Wanneer een overeenkomst inzake technologieoverdracht een „hardcore"-beperking van de mededinging bevat, valt de overeenkomst krachtens artikel 4, lid 1 en lid 2, van de GVTO buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling. Er is geen scheidbaarheid voor „hardcore"-beperkingen. Voorts is de Commissie van mening dat „hardcore"-beperkingen bij een individuele beoordeling slechts in uitzonderlijke omstandigheden zullen voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3.

74. Artikel 4 van de GVTO maakt onderscheid tussen overeenkomsten tussen concurrenten en overeenkomsten tussen niet-concurrenten.

4.2. *Overeenkomsten tussen concurrenten*

75. Artikel 4, lid 1, bevat een lijst van de „hardcore"-beperkingen bij het verlenen van licenties tussen concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, rechtstreeks of middellijk, op zichzelf dan wel in combinatie met andere factoren waarop de partijen vat hebben, ten doel hebben:

a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken;

b) de productie of de verkoop te beperken, met uitzondering van beperkingen van de productie van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, die aan de licentienemer wordt opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst;

c) markten of klanten toe te wijzen, met uitzondering van:

i) de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentienemer wordt opgelegd om de in licentie gegeven technologie uitsluitend binnen één of meer technische gebruiksgebieden of één of meer productmarkten te exploiteren, en

ii) de bepaling dat de licentienemer de contractproducten uitsluitend mag vervaardigen of leveren voor eigen gebruik, met inbegrip van verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;

d) de mogelijkheden van de licentienemer tot het exploiteren van zijn eigen technologie te beperken of de mogelijkheden van de partijen bij de overeenkomst tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling te beperken, tenzij die laatste beperking noodzakelijk is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt.

76. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder a), betreft overeenkomsten tussen concurrenten die ten doel hebben prijzen vast te stellen voor de verkoop van producten aan derden. Prijsafspraken tussen concurrenten vormen door hun doel zelf een beperking van de mededinging. Prijsafspraken kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van een rechtstreekse overeenkomst over de exacte prijs die moet worden berekend of over een prijslijst met maximum toegestane kortingen. Prijsbinding kan ook indirect tot stand komen door het gebruik van prikkels om afwijkingen van een overeengekomen prijsniveau te ontmoedigen, bijvoorbeeld door te bepalen dat het tarief van de royalty's zal toenemen indien de productprijzen beneden een bepaald niveau zakken.

77. Er kan ook sprake zijn van prijsbinding wanneer partijen die concurrerende producten verkopen elkaar de technologieën in licentie gegeven die in die producten zijn verwerkt. Wanneer de royalty's worden berekend op basis van de individuele omzet van de betrokken producten, heeft het bedrag van de royalty's een rechtstreekse invloed op de grenskosten van het product en dus ook op de productprijzen ([35]). Concurrenten kunnen derhalve royalty's gebruiken als een middel om de prijzen te coördineren op stroomafwaartse productmarkten ([36]). Wanneer concurrenten een overeenkomst sluiten die voorziet in wederzijdse licenties en wederzijdse royaltybetalingen op basis van de verkoop van het eindproduct, zal de Commissie deze regeling beschouwen als een prijsafspraak indien de overeenkomst niet leidt tot een significante integratie van complementaire technologieën. Bij gebreke daarvan heeft de overeenkomst geen enkel concurrentiebevorderend doel en vormt zij geen bonafide licentieovereenkomst. Wanneer de overeenkomst wel een bonafide licentieovereenkomst is omdat zij leidt tot een significante integratie van complementaire technologieën, zal de overeenkomst normaliter niet onder de toepassing van artikel 4, lid 1, onder a), vallen en valt zij tot de marktaandeeldrempel van 20 % onder de groepsvrijstelling. De Commissie zal de overeenkomst alleen dan als een prijsafspraak beschouwen wanneer de partijen redelijkerwijs een minder beperkende betalingsregeling konden hebben gekozen, zoals een betaling ineens of een eenzijdige betaling van netto royalty's en wanneer het bedrag van de royalty's van dien aard is dat het waarschijnlijk een niet insignificante invloed op de prijzen zal hebben.

78. De „hardcore"-beperking waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder a), heeft eveneens betrekking op overeenkomsten waarbij de royalty's worden berekend op basis van de totale omzet van alle producten, ongeacht of de in licentie gegeven technologie is gebruikt. Dergelijke overeenkomsten vallen eveneens onder artikel 4, lid 1, onder d), volgens hetwelk de licentienemer niet mag worden beperkt in de mogelijkheid om zijn eigen technologie te gebruiken (zie punt 89). Dergelijke overeenkomsten zijn door hun aard zelf concurrentiebeperkend, aangezien de overeenkomst de kosten van het gebruik van de eigen concurrerende technologie van de licentienemer verhoogt en de mededinging die zonder de overeenkomst bestond beperkt ([37]). Dit geldt zowel voor wederkerige als voor niet-wederkerige overeenkomsten. Uitzonderlijk kan een overeenkomst waarbij de royalty's worden berekend op basis van de totale omzet van alle producten in een individueel geval toch voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wanneer op basis van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat de beperking onmisbaar is voor de concurrentiebevorderende licentiëring. Dit kan het geval zijn wanneer het zonder de beperking onmogelijk of bijzonder moeilijk zou zijn de door de licentienemer te betalen royalty's te berekenen en te controleren, bijvoorbeeld omdat de technologie van de licentiegever geen zichtbare sporen nalaat in het eindproduct en er geen andere, praktisch toepasbare controlemethodes voorhanden zijn.

79. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder b), betreft beperkingen van de verkoop en de productie. Wanneer concurrenten instemmen met wederzijdse beperkingen van de productie, komt de overeenkomst neer op een kartel. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten die ertoe leiden dat de partijen minder geprikkeld worden om de productie te verhogen, bijvoorbeeld doordat aan de ene partij de verplichting wordt opgelegd aan de andere partij een vergoeding te betalen indien een bepaald productieniveau wordt overschreden.

80. Hoeveelheidsbeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd in niet-wederkerige overeenkomsten, zijn niet opgenomen in de lijst van „hardcore"-beperkingen van de mededinging, maar vallen evenmin onder de groepsvrijstelling (zie artikel 4, lid 1, onder b), en artikel 5, lid 2, van de GVTO). Voor de toepassing van deze artikelen is een overeenkomst niet-wederkerig wanneer een concurrent een technologie in licentie krijgt van een andere concurrent maar zelf geen licentie verleent op een concurrerende technologie. Omgekeerd is een licentie wederkerig wanneer een concurrent een technologie aan een andere concurrent in licentie geeft en zelf van die concurrent een licentie op een concurrerende technologie verkrijgt ([38]). De uitsluiting van de „hardcore"-lijst heeft alleen betrekking op hoeveelheidsbeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst. Beperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd met betrekking tot de plaats waar hij produceert of verkoopt, de hoeveelheid die hij produceert of verkoopt, en tegen welke prijs hij verkoopt, vallen onder de „hardcore"-lijst. De gunstiger behandeling van hoeveelheidsbeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd, is gebaseerd op de volgende twee overwegingen: in de eerste plaats is het risico dat de overeenkomst geen bonafide licentieovereenkomst is geringer wanneer de beperking alleen wordt opgelegd aan de licentienemer. Wanneer een licentienemer bereid is een eenzijdige beperking te aanvaarden, is het waarschijnlijk dat de overeenkomst leidt tot een echte integratie van complementaire technologieën of tot een efficiëntieverbetering die de integratie van de superieure technologie van de licentiegever met de productiemiddelen van de licentienemer vergroot. Bij wederkerige overeenkomsten zonder productiebeperkingen daarentegen bestaat er een aanzienlijk risico dat het doel en de gevolgen van de overeenkomst zijn dat de productie vermindert en dat de prijzen stijgen. In de tweede plaats kan het opleggen van een productiebeperking aan de licentienemer noodzakelijk zijn om de licentiegever een prikkel te geven om zijn technologie te verspreiden. Wanneer de in licentie gegeven technologie de licentienemer evenwel niet in staat stelt in noemenswaardige mate kosten te besparen of andere voordelen te behalen, zal de overeenkomst worden behandeld als een „hardcore"-beperking, omdat de overeenkomst waarschijnlijk de mededinging zal beperken die vóór de overeenkomst bestond, zonder dat dit enig concurrentiebevorderend doel dient. De Commissie zal tevens nagaan of bij de praktische toepassing van de overeenkomst de licentiegever onderworpen is aan beperkingen met betrekking tot zijn commerciële activiteiten. Indien dat het geval is, is de overeenkomst beperkend door haar doel en valt zij onder de lijst van „hardcore"-beperkingen van de mededinging.

81. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder c), betreft de toewijzing van markten en klanten. Overeenkomsten waarbij concurrenten markten en klanten verdelen, bijvoorbeeld door het toewijzen van de exclusieve verkoopgebieden of klantenkringen, hebben de beperking van de mededinging ten doel. Dit soort beperkingen kan bijvoorbeeld de vorm aannemen van overeenkomsten inzake wederzijdse licentiëring, waarbij aan elke partij een exclusief recht wordt toegekend om de in licentie gegeven technologie in een bepaald gebied te exploiteren. Zij kunnen eveneens de vorm aannemen van een niet-wederkerige licentie, waarbij de licentienemer een exclusief verkoopgebied toegewezen krijgt, terwijl de licentiegever een ander gebied voor zichzelf reserveert. Zelfs indien aan de licentiegever geen expliciete of impliciete beperkingen worden opgelegd, wordt aangenomen dat er sprake is van een „hardcore"-beperking wanneer de licentie aan de licentienemer beperkingen oplegt met betrekking tot de plaats waar en de personen aan wie hij mag verkopen. Dergelijke beperkingen beperken de mededinging die vóór de overeenkomst bestond. Bovendien worden zij niet beschouwd als noodzakelijk ter bevordering van de verspreiding van de technologie. Dit belang wordt afdoende beschermd door niet-wederkerige productiebeperkingen en beperkingen van het gebruiksgebied die aan de licentienemer worden opgelegd uit te sluiten van de werkingssfeer van artikel 4, en door een groepsvrijstelling te verlenen voor royaltyverplichtingen. Artikel 4, lid 1, onder c), is van toepassing ongeacht of de licentienemer zijn eigen technologie mag blijven gebruiken. Wanneer de licentienemer zijn apparatuur eenmaal heeft aangepast voor het gebruik van de technologie van de licentiegever, zal het wellicht veel geld kosten om een andere technologie te gebruiken. Gelet op het concurrentiebeperkende potentieel van de beperking zal de licentienemer daarenboven waarschijnlijk niet erg geneigd zijn om op basis van zijn eigen technologie te produceren.

82. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder c), heeft eveneens betrekking op overeenkomsten waarbij de licentiegever een exclusieve licentie verleent en waarbij hij zich ertoe verbindt de in licentie gegeven technologie niet zelf te exploiteren. Een dergelijke licentie brengt mee dat de licentiegever de markt verlaat waarop de partijen concurreren en houdt dus een extreme vorm van marktverdeling in. Artikel 4, lid 1, onder c), heeft daarentegen geen betrekking op exclusieve licenties waarbij de licentiegever zich ertoe verbindt binnen een bepaald grondgebied geen licentie te verlenen aan derden. Deze laatste vorm van exclusiviteit valt onder de groepsvrijstelling en wordt behandeld onder IV.2.2.

83. Beperkingen van het gebruiksgebied ([39]) tussen concurrenten kunnen leiden tot een toewijzing van markten en klanten, in welk geval zij onder de toepassing van artikel 4, lid 1, onder c), vallen. Bij een beperking van het gebruiksgebied wordt de licentie ofwel beperkt tot een of meer technische toepassingsgebieden, ofwel tot een of meer productmarkten. Artikel 4, lid 1, onder c), is van toepassing wanneer concurrenten elkaar wederzijds concurrerende technologieën in licentie geven en wederkerige beperkingen van het gebruiksgebied opleggen met betrekking tot afzonderlijke productmarkten of technische toepassingsgebieden. Indien A en B elkaar bijvoorbeeld wederzijds licenties verlenen op concurrerende technologieën, en A beperkt de licentie tot productmarkt X en B beperkt zijn licentie tot productmarkt Y, dan leidt de overeenkomst tot een verdeling van productmarkten. Artikel 4, lid 1, onder c), is eveneens van toepassing op een beperking van het gebruiksgebied die aan de licentiegever wordt opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst, aangezien dit neerkomt op het reserveren van de betrokken markt(en) voor de licentienemer. In beide gevallen is er evenwel slechts sprake van een „hardcore"-beperking indien de beperking betrekking heeft op een markt waarop de partijen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Artikel 4, lid 1, onder c), is niet van toepassing op beperkingen van het gebruiksgebied die betrekking hebben op markten waar de partijen daadwerkelijke noch potentiële concurrenten zijn. In dergelijke gevallen wordt de overeenkomst op dezelfde wijze behandeld als een overeenkomst tussen niet-concurrenten. De overeenkomst valt eveneens buiten het toepassingsgebied van artikel 4, lid 1, onder c), wanneer de beperking van het gebruiksgebied symmetrisch is, d.w.z. wanneer beide partijen de in licentie gegeven technologie uitsluitend binnen hetzelfde gebruiksgebied of dezelfde gebruiksgebieden kunnen exploiteren. Artikel 4, lid 1, onder c), schrijft niet voor dat de licentienemer bij overeenkomsten tussen concurrenten de in licentie gegeven technologie moet kunnen exploiteren op alle bestaande of potentiële gebruiksgebieden. Als concurrenten elkaar wederzijds licenties verlenen voor hetzelfde gebruiksgebied of dezelfde gebruiksgebieden, levert dit derhalve geen „hardcore"-beperking op.

84. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt i), is er geen sprake van een „hardcore"-beperking wanneer in een niet-wederkerige overeenkomst een beperking van het gebruiksgebied wordt opgelegd aan de licentienemer. Het feit dat de licentie beperkt is tot een of meer productmarkten of tot een of meer technische toepassingsgebieden leidt op zichzelf niet tot marktverdeling, voorzover de licentienemer overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder d), niet wordt beperkt in het gebruik van zijn eigen concurrerende technologie. Indien aan deze voorwaarde is voldaan, kan niet worden vermoed dat de beperking van het gebruiksgebied de licentienemer ertoe zal brengen zich terug te trekken uit de markten die door de beperking worden uitgesloten.

85. Artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), voorziet in een andere uitzondering, namelijk beperkingen inzake eigen gebruik, d.w.z. een bepaling dat de licentienemer de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt alleen voor eigen gebruik mag produceren ([40]). Wanneer bijvoorbeeld het contractproduct een onderdeel is, kan de licentienemer worden verplicht dat onderdeel alleen te produceren voor verwerking in zijn eigen producten en het niet aan andere fabrikanten te verkopen. De licentienemer moet echter de onderdelen kunnen verkopen als reserveonderdelen voor zijn eigen producten en moet dus kunnen leveren aan derden die klantenservice verlenen met betrekking tot die producten. Beperkingen in verband met eigen gebruik, zoals hier bedoeld, kunnen noodzakelijk zijn om de verspreiding van technologie, inzonderheid onder concurrenten, aan te moedigen en vallen onder de groepsvrijstelling. Deze beperkingen worden besproken onder IV.2.5.

86. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder d), betreft in de eerste plaats beperkingen die aan de partijen worden opgelegd met betrekking tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling. Het moet beide partijen vrij staan onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling te verrichten. Deze regel geldt ongeacht of de beperking betrekking heeft op een gebied dat onder de licentie valt dan wel op andere gebieden. Hij geldt evenwel niet voor beperkingen die aan een partij worden opgelegd om samen met derden onderzoek en ontwikkeling te verrichten, wanneer die beperking noodzakelijk is om de knowhow van de licentiegever te beschermen tegen openbaarmaking. De voorwaarde voor de toepassing van deze uitzondering zal meer dan waarschijnlijk vervuld zijn wanneer de betrokken derde een daadwerkelijke of potentiële concurrent van de licentiegever op de technologiemarkt is.

87. Krachtens artikel 4, lid 1, onder d), mag de licentienemer ook geen beperking worden opgelegd in het gebruik van zijn eigen concurrerende technologie, voor zover hij daarbij geen gebruik maakt van de technologie die hij van de licentiegever in licentie neemt. Met betrekking tot zijn eigen technologie mag de licentienemer niet onderworpen zijn aan beperkingen met betrekking tot de plaats waar hij produceert of verkoopt, de hoeveelheid die hij produceert of verkoopt en de prijs waartegen hij verkoopt. Hij mag evenmin verplicht zijn royalty's te betalen voor producten die zijn vervaardigd op basis van zijn eigen technologie (zie punt 78). Bovendien mag aan de licentienemer geen beperking worden opgelegd met betrekking tot het in licentie geven van zijn eigen technologie aan derden. Wanneer aan de licentienemer beperkingen worden opgelegd met betrekking tot het gebruik van zijn eigen technologie of met betrekking tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling, wordt het concurrentievermogen van de technologie van de licentienemer verzwakt. Dit leidt tot een vermindering van de concurrentie op de bestaande technologie- en productmarkten en tot een vermindering van de prikkel voor de licentienemer om te investeren in de ontwikkeling en verbetering van zijn technologie. Wanneer aan de licentiegever beperkingen worden opgelegd met betrekking tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling, wordt de concurrentie op het gebied van innovatie eveneens nadelig beïnvloed.

4.3. *Overeenkomsten tussen niet-concurrenten*

88. Artikel 4, lid 2, bevat een lijst van de „hardcore"-beperkingen bij het verlenen van licenties tussen niet-concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, rechtstreeks of middellijk, op zichzelf dan wel in combinatie met andere factoren waarop de partijen vat hebben, ten doel hebben:

a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken, onverminderd de mogelijkheid om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden mits dit niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect heeft als een vaste prijs of minimumprijs;

b) het gebied waarin of de klanten aan wie de licentienemer de contractproducten mag verkopen te beperken, met uitzondering van:

i) de beperking van verkoop in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring, gereserveerd voor verkoop door de licentiegever;

ii) de beperking van actieve verkoop in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring, door de licentiegever toegewezen aan een andere licentienemer;

iii) de bepaling dat de licentienemer de contractproducten uitsluitend mag vervaardigen of leveren voor eigen gebruik door de licentienemer, met inbegrip van verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;

iv) de beperking van de verkoop aan eindgebruikers door een op groothandelsniveau werkzame licentienemer;

v) de beperking van de verkoop aan niet-erkende distributeurs door de leden van een selectief distributiestelsel;

c) de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door een licentienemer die lid is van een selectief distributiestelsel en die op detailhandelsniveau werkzaam is, te beperken, onverminderd de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn.

Er zij aan herinnerd (zie punt 31) dat de groepsvrijstelling geldt voor licentieovereenkomsten waarbij de licentiegever verplichtingen oplegt die de licentienemer moet of mag opleggen aan zijn afnemers, met inbegrip van distributeurs. Dergelijke verplichtingen zijn geen wederverkoopbeperkingen in de zin van artikel 4, lid 2, onder b), van de GVTO. Deze verplichtingen moeten echter wel in overeenstemming zijn met de mededingingsregels die gelden voor leverings- en distributieovereenkomsten. Aangezien de GVTO uitsluitend betrekking heeft op overeenkomsten tussen twee partijen, vallen de overeenkomsten die tussen de licentienemer en zijn afnemers worden gesloten ter uitvoering van dergelijke verplichtingen niet onder de GVTO. Voor dergelijke overeenkomsten geldt slechts een groepsvrijstelling indien zij in overeenstemming zijn met Verordening (EG) nr. 2790/1999 (zie onder III.2.5.2).

89. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 2, onder a), betreft het vaststellen van prijzen voor de verkoop van producten aan derden. Meer in het bijzonder heeft deze bepaling betrekking op beperkingen die direct of indirect ten doel hebben een vaste of minimumprijs dan wel een vast of minimumprijsniveau vast te stellen, dat door de licentiegever of de licentienemer bij de verkoop van producten aan derden in acht moet worden genomen. In het geval van overeenkomsten die rechtstreeks de verkoopprijs vaststellen, is de beperking duidelijk. Het vaststellen van verkoopprijzen kan echter ook met indirecte middelen worden bereikt. Voorbeelden daarvan zijn overeenkomsten die de winstmarge vastleggen, het maximumniveau van kortingen op een voorgeschreven prijsniveau bepalen of de voorgeschreven verkoopprijs koppelen aan die van de concurrenten, en verder ook bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, of het beëindigen van contracten in verband met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. Directe of indirecte maatregelen om tot prijsafspraken te komen kunnen doeltreffender worden gemaakt wanneer zij gecombineerd worden met maatregelen om verkopen onder de prijs op te sporen, zoals de toepassing van een controlesysteem op de prijzen of het opleggen van de verplichting aan licentienemers om prijsafwijkingen te melden. Directe of indirecte prijsbinding kan eveneens doeltreffender worden gemaakt wanneer zij gecombineerd wordt met maatregelen die voor de licentienemer de prikkel verminderen om zijn verkoopprijs te verlagen, bijvoorbeeld wanneer de licentiegever de licentienemer verplicht een beding van „meest begunstigde klant" toe te passen, d.w.z. een verplichting om aan een bepaalde afnemer alle gunstiger voorwaarden aan te bieden die aan een andere afnemer worden aangeboden.

90. De „hardcore"-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 2, onder b), betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect ten doel hebben de verkoop door de licentienemer van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te beperken. Artikel 4, lid 2, onder b), heeft geen betrekking op verkoopbeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd. Alle verkoopbeperkingen voor de licentiegever beneden de marktaandeeldrempel vallen dus onder de groepsvrijstelling. Verkoopbeperkingen voor de licentienemer kunnen voortvloeien uit directe verplichtingen, zoals de verplichting om niet te verkopen aan bepaalde afnemers of aan afnemers in bepaalde gebieden of de verplichting om bestellingen van dergelijke afnemers door te verwijzen naar andere licentienemers. De beperkingen kunnen eveneens het resultaat zijn van indirecte maatregelen die erop gericht zijn de licentienemer ervan te weerhouden dergelijke verkopen te verrichten, zoals financiële stimulansen en de toepassing van een controlesysteem dat ten doel heeft de werkelijke bestemming van de in licentie gegeven producten na te gaan. Er is echter een aantal belangrijke uitzonderingen op deze algemene „hardcore"-beperking met betrekking tot de verkoop door licentienemers.

91. Beperkingen op de actieve en passieve verkoop ([41]) door licentienemers in exclusieve verkoopgebieden of aan exclusieve klantenkringen die voor de licentiegever gereserveerd zijn, vormen geen „hardcore"-beperking van de mededinging (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt i)). Integendeel, zij vallen onder de groepsvrijstelling. Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen, ook als zij de mededinging inperken, tot aan de marktaandeeldrempel bevorderlijk zijn voor een concurrentiebevorderende verspreiding van de technologie en voor de integratie van die technologie in de productieprocessen van de licentienemer.

92. Beperkingen op de actieve verkoop tussen de verkoopgebieden of klantenkringen die aan verschillende licentienemers zijn toegewezen, vallen onder de groepsvrijstelling mits de beschermde licentienemer voor zijn verkoopgebied of klantenkring exclusiviteit heeft verkregen (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt ii)). De groepsvrijstelling voor actieve verkoop is gebaseerd op de veronderstelling dat dergelijke beperkingen bevorderlijk zijn voor de niet-prijsconcurrentie en voor verbeteringen in de kwaliteit van de diensten, doordat zij „free rider"-problemen oplossen ([42]). Indien geen exclusief verkoopgebied of exclusieve klantenkring toegewezen is, vallen beperkingen op de actieve verkoop onder artikel 4, lid 2, onder b).

93. Beperkingen op de passieve verkoop tussen licentienemers vallen onder de lijst van „hardcore"-beperkingen. Wanneer artikel 81, lid 1, erop van toepassing is, is het onwaarschijnlijk dat beperkingen op de passieve verkoop voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Met name zullen dergelijke beperkingen meer dan waarschijnlijk niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen ([43]). Beperkingen op de passieve (en actieve) verkoop door andere licentienemers in het exclusieve verkoopgebied van een bepaalde licentienemer vallen evenwel buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, gedurende een eerste periode na het sluiten van de overeenkomst met die licentienemer. Licentienemers moeten vaak aanzienlijk investeren in productiemiddelen en promotieactiviteiten om een nieuw verkoopgebied te kunnen aanpakken en ontwikkelen. De risico's voor een nieuwe licentienemer zijn derhalve meestal vrij groot, met name omdat de promotie-uitgaven en de investeringen in productiemiddelen die vereist zijn om op grond van een bepaalde technologie te gaan produceren, vaak niet-recupereerbare kosten zijn, dit wil zeggen dat ze verloren zijn indien de licentienemer de markt verlaat. In dergelijke gevallen zouden de licentienemers waarschijnlijk de licentieovereenkomst niet sluiten zonder een bescherming gedurende een zekere periode tegen passieve (en actieve) verkoop in hun verkoopgebied door andere licentienemers. De Commissie gaat er dan ook van uit dat beperkingen op de passieve verkoop in het exclusieve verkoopgebied van een licentienemer door andere licentienemers in de regel buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, vallen gedurende een periode van twee jaar vanaf de datum waarop het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, voor het eerst door de betrokken licentienemer op de markt is gebracht.

94. Artikel 4, lid 2, onder b), punt iii), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een beperking waarbij de licentienemer ertoe wordt verplicht producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt uitsluitend voor zijn eigen gebruik te vervaardigen. Wanneer het contractproduct een bestanddeel is, kan de licentienemer aldus verplicht worden dat product uitsluitend te gebruiken voor verwerking in zijn eigen producten en kan hem een verbod worden opgelegd het te verkopen aan andere fabrikanten. De licentienemer moet de producten echter wel kunnen verkopen als reserveonderdelen voor zijn eigen producten en moet derhalve kunnen leveren aan derden die klantenservice verlenen met betrekking tot die producten. Beperkingen voor eigen gebruik worden ook besproken onder IV.2.5.

95. Artikel 4, lid 2, onder b), punt iv), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd om niet te verkopen aan eindgebruikers en dus alleen aan detailhandelaars te verkopen. Door een dergelijke verplichting kan de licentiegever de groothandelsdistributie toewijzen aan de licentienemer; deze verplichting valt normaliter buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 ([44]).

96. Artikel 4, lid 2, onder b), punt v), tenslotte kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verbod dat aan de licentienemer wordt opgelegd om aan nieterkende distributeurs te verkopen. Deze uitzondering maakt het de licentiegever mogelijk aan de licentienemers een verplichting op te leggen om deel uit te maken van een selectief distributiestelsel. In dat geval moet het de licentienemers volgens artikel 4, lid 2, onder c), evenwel vrij staan zowel actief als passief aan eindgebruikers te verkopen, onverminderd de mogelijkheid om de verkopen van de licentienemer te beperken tot het groothandelsniveau, zoals bepaald in artikel 4, lid 2, onder b), punt iv) (zie het vorige punt).

5. **Door de groepsvrijstellingsverordening opgelegde voorwaarden**

97. Artikel 5 van de GVTO vermeldt vier soorten beperkingen waarvoor de groepsvrijstelling niet geldt en waarvoor dus een individuele beoordeling van hun concurrentiebeperkende en concurrentiebevorderende effecten vereist is. Uit artikel 5 volgt dat het voorkomen in een licentieovereenkomst van een van de in dat artikel genoemde beperkingen niet aan de toepassing van de groepsvrijstelling op de rest van de overeenkomst in de weg staat. De groepsvrijstelling is alleen op de desbetreffende bepaling zelf niet van toepassing, hetgeen meebrengt dat een individuele beoordeling vereist is. De scheidbaarheidsregel is derhalve van toepassing op de in artikel 5 genoemde beperkingen.

98. Artikel 5, lid 1, bevat de volgende drie voorwaarden:

a) de licentienemer mag niet verplicht worden om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde een exclusieve licentie te verlenen op zijn eigen scheidbare verbeteringen aan of zijn nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie. Een verbetering is scheidbaar indien zij kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op de in licentie gegeven technologie of zonder gebruik te maken van in licentie gegeven knowhow;

b) de licentienemer mag niet verplicht worden om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde geheel of gedeeltelijk de rechten op verbeteringen aan of nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie over te dragen;

c) het mag de licentienemer niet verboden worden de geldigheid, het geheim-zijn of de wezenlijkheid aan te vechten van intellectuele-eigendomsrechten die de licentiegever op de gemeenschappelijke markt bezit. Indien de licentienemer de geldigheid, het geheim-zijn of de wezenlijkheid van de in licentie gegeven technologie aanvecht, staat de GVTO evenwel toe dat de licentiegever de licentieovereenkomst beëindigt.

Het doel van artikel 5, lid 1, onder a), b) en c), is te voorkomen dat een groepsvrijstelling wordt verleend voor overeenkomsten die voor licentienemers de prikkel tot innovatie verminderen.

99. Een verplichting om scheidbare verbeteringen van de in licentie gegeven technologie aan de licentiegever over te dragen of hem een exclusieve licentie daarop te verlenen zal voor de licentienemer waarschijnlijk de prikkel tot innovatie verminderen, aangezien dit de licentienemer hindert bij de exploitatie van zijn verbeteringen, onder meer door ze in licentie te geven aan derden. Dit is zowel het geval wanneer de verbetering dezelfde toepassing betreft als de in licentie gegeven technologie, als wanneer de licentienemer nieuwe toepassingen voor de in licentie gegeven technologie ontwikkelt. Krachtens artikel 5, lid 1, onder a) en b), geldt de groepsvrijstelling niet voor dergelijke verplichtingen. De groepsvrijstelling geldt daarentegen wel voor niet-exclusieve „grant back"-verplichtingen. Dit is ook het geval wanneer de „grant back"-verplichting niet wederkerig is, d.w.z. dat zij alleen geldt voor de licentienemer, en wanneer de licentiegever krachtens de overeenkomst gerechtigd is de verbeteringen aan andere licentienemers door te geven. Een niet-wederkerige „grant back"-verplichting kan de innovatie en de verspreiding van nieuwe technologieën bevorderen doordat zij de licentiegever de mogelijkheid biedt vrij te bepalen of en in welke mate hij zijn eigen verbeteringen aan zijn licentienemers doorgeeft. Een doorgeefbeding kan eveneens de verspreiding van de technologie bevorderen omdat elke licentienemer bij het aangaan van de overeenkomst weet dat hij op gelijke voet staat met andere licentienemers met betrekking tot de technologie op basis waarvan hij produceert. De groepsvrijstelling geldt daarenboven voor exclusieve „grant backs" met betrekking tot niet-scheidbare verbeteringen. Deze laatste verplichting valt echter normaliter buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, omdat de verbetering niet kan worden geëxploiteerd los van de in licentie gegeven technologie.

100. De toepassing van artikel 5, lid 1, onder a) en b), hangt niet af van de vraag of de licentiegever al dan niet een koopprijs dan wel royalty's betaalt in ruil voor de verwerving van de verbetering of voor het verkrijgen van een exclusieve licentie. Of er al dan niet betaald wordt is echter wel een factor waarmee rekening dient te worden gehouden bij een individuele beoordeling op grond van artikel 81. Wanneer „grant backs" plaatsvinden tegen betaling, is het minder waarschijnlijk dat de verplichting de licentienemer ontmoedigt om te innoveren.

101. Bij de beoordeling van „grant backs" buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling is de marktpositie van de licentiegever op de technologiemarkt eveneens een relevante factor. Hoe sterker de positie van de licentiegever, hoe waarschijnlijker het is dat „grant back"-verplichtingen de concurrentie op het stuk van innovatie zullen beperken. Hoe sterker de positie van de technologie van de licentiegever, hoe waarschijnlijker het is dat de licentienemer een belangrijke bron van innovatie en toekomstige mededinging zal zijn. Voorts kan de invloed van „grant back"-verplichtingen worden versterkt in geval van parallelle netwerken van licentieovereenkomsten die dergelijke verplichtingen bevatten. Wanneer de beschikbare technologieën in de handen zijn van een beperkt aantal licentiegevers die „grant back"-verplichtingen opleggen aan de licentienemers, is het risico op concurrentieverstorende effecten groter dan wanneer er een aantal technologieën voorhanden zijn waarvan slechts enkele op „grant back"-voorwaarden in licentie worden gegeven.

102. In het geval van wederzijdse licenties tussen concurrenten is het gevaar voor negatieve effecten op de innovatie groter wanneer een „grant back"-verplichting gecombineerd wordt met een verplichting voor de licentiegever om verbeteringen van zijn technologie met de tegenpartij te delen. Het delen van alle verbeteringen onder concurrenten maakt het beiden onmogelijk een concurrentievoordeel op de ander te behalen.

103. De in artikel 5, lid 1, onder c), genoemde voorwaarde betreft niet-aanvechtingsbedingen, d.w.z. verplichtingen om de geldigheid van het intellectuele-eigendomsrecht van de licentiegever niet aan te vechten. De reden waarom dergelijke beperkingen van de werkingssfeer van de groepsvrijstelling worden uitgesloten, is het feit dat licentienemers normaliter in de beste positie verkeren om te beoordelen of een intellectuele-eigendomsrecht al dan niet ongeldig is. In het belang van een onvervalste mededinging en in overeenstemming met de beginselen die aan de bescherming van intellectuele eigendom ten grondslag liggen, dienen ongeldige intellectuele-eigendomsrechten te worden geëlimineerd. Ongeldige intellectuele eigendom verstikt de innovatie, eerder dan die te bevorderen. Artikel 81, lid 1, is bijna steeds van toepassing op niet-aanvechtingsbedingen wanneer de in licentie gegeven technologie waardevol is en derhalve een concurrentienadeel in het leven roept voor ondernemingen die er geen gebruik van kunnen maken of die er alleen tegen betaling van royalty's gebruik van kunnen maken ([45]). In dergelijke gevallen zal meer dan waarschijnlijk niet voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, behalve wanneer de niet-aanvechtingsverplichting wordt opgelegd in het kader van een schikking over een octrooigeschil.

104. De GVTO dekt echter wel de mogelijkheid voor de licentiegever om de licentieovereenkomst te beëindigen wanneer de in licentie gegeven technologie wordt aangevochten. De licentiegever is derhalve niet verplicht zaken te blijven doen met een licentienemer die het voorwerp zelf van de licentieovereenkomst aanvecht, hetgeen meebrengt dat elk verder gebruik van de aangevochten technologie door de licentienemer na de beëindiging van de overeenkomst op diens eigen risico gebeurt. Artikel 5, lid 1, onder c), zorgt er evenwel voor dat de GVTO niet van toepassing is op contractuele bepalingen die de licentienemer verbieden de in licentie gegeven technologie aan te vechten, waardoor de licentiegever de licentienemer wegens contractbreuk zou kunnen vervolgen, hetgeen een extra ontmoedigende factor voor de licentienemer zou zijn om de geldigheid van de technologie van de licentiegever aan te vechten. Deze bepaling zorgt er dus voor dat de licentienemer zich in dezelfde positie bevindt als derden.

105. De beperking waarvan sprake in artikel 5, lid 2, die betrekking heeft op hoeveelheidsbeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd in niet-wederkerige licenties tussen concurrenten, is reeds besproken in punt 80.

106. Artikel 5, lid 3, sluit, voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten, van de toepassing van de groepsvrijstelling uit, elke directe of indirecte verplichting die de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren of de mogelijkheden van de partijen bij de overeenkomst om onderzoek en ontwikkeling te verrichten beperkt, tenzij die laatste beperking onmisbaar is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt. Het voorwerp van deze voorwaarde is hetzelfde als dat van artikel 4, lid 1, onder d), van de „hardcore"-lijst betreffende overeenkomsten tussen concurrenten, welke bepaling in de punten 80 en 81 is besproken. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten mag evenwel niet worden vermoed dat dergelijke beperkingen negatieve effecten hebben voor de mededinging en dat in het algemeen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, niet is voldaan ([46]). Een individuele beoordeling is vereist.

107. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten bezit de licentienemer doorgaans geen concurrerende technologie. Er kunnen echter gevallen zijn waarin de partijen voor de toepassing van de groepsvrijstelling als niet-concurrenten worden beschouwd terwijl de licentienemer toch een concurrerende technologie bezit. Dit is het geval wanneer de licentienemer een technologie bezit maar deze niet in licentie geeft en de licentiegever geen daadwerkelijke of potentiële concurrent is op de productmarkt. Voor de toepassing van de groepsvrijstelling zijn de partijen in dat geval noch op de technologiemarkt, noch op de productmarkt concurrenten ([47]). In dergelijke gevallen is het van belang ervoor te zorgen dat de licentienemer niet worden beperkt in zijn mogelijkheden om zijn eigen technologie te exploiteren en verder te ontwikkelen. Die technologie zorgt voor concurrentiedruk op de markt, die in stand moet worden gehouden. In een dergelijk geval worden beperkingen dan ook doorgaans geacht de concurrentie te beperken en niet te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3.

108. In gevallen waarin de licentienemer geen concurrerende technologie bezit en niet reeds bezig is met de ontwikkeling van een dergelijke technologie, kan het beperken van de mogelijkheden van de partijen tot het verrichten van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling concurrentiebeperkend zijn wanneer er slechts enkele technologieën beschikbaar zijn. In dat geval kunnen de partijen een belangrijke (potentiële) bron van innovatie zijn op de markt. Dit is inzonderheid het geval wanneer de partijen over de nodige productiemiddelen en vaardigheden beschikken om verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. In andere gevallen, waarin er meer technologieën beschikbaar zijn en waarin de partijen geen bijzondere productiemiddelen of vaardigheden bezitten, zal een beperking op onderzoek en ontwikkeling waarschijnlijk ofwel buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen omdat zij geen concurrentiebeperkende effecten heeft, ofwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. De beperking zal wellicht de verspreiding van nieuwe technologie bevorderen doordat zij de licentiegever garandeert dat de licentie geen nieuwe concurrenten in het leven roept en doordat de licentienemer wordt aangespoord zich te concentreren op de exploitatie en ontwikkeling van de in licentie gegeven technologie.

6. **Intrekking en niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening**

6.1. *Intrekkingsprocedure*

109. Krachtens artikel 6 van de GVTO kunnen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken ten aanzien van individuele overeenkomsten die niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. De bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten is beperkt tot gevallen waarin de relevante geografische markt niet ruimer is dan het grondgebied van de betrokken lidstaat.

110. De vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, gelden cumulatief en moeten alle vier vervuld zijn voor de toepassing van de afwijking ([48]). De groepsvrijstelling kan dan ook worden ingetrokken wanneer een bepaalde overeenkomst niet voldoet aan een of meer van de vier voorwaarden.

111. Wanneer de intrekkingsprocedure wordt toegepast, rust op de intrekkende autoriteit de last om te bewijzen dat de overeenkomst onder de toepassing van artikel 81, lid 1, valt en niet aan alle vier de voorwaarden voldoet. Aangezien de intrekking impliceert dat de overeenkomst concurrentiebeperkend is in de zin van artikel 81, lid 1, en niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet, gaat de intrekking noodzakelijkerwijs gepaard met een negatieve beschikking op basis van de artikelen 5, 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

112. Krachtens artikel 6 kan intrekking met name plaatsvinden in de volgende omstandigheden:

1. wanneer technologieën van derden de toegang tot de markt wordt bemoeilijkt, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentienemers het gebruik van technologieën van derden verbieden;

2. wanneer de toegang van potentiële licentienemers tot de markt wordt beperkt, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentienemers verbieden om licenties te verlenen aan andere licentienemers;

3. wanneer de partijen zonder enige objectieve, geldige reden de in licentie gegeven technologie niet exploiteren.

113. De artikelen 4 en 5 van de GVTO, die respectievelijk een lijst bevatten van „hardcore"-beperkingen van de mededinging en van uitgesloten bepalingen, beogen te garanderen dat overeenkomsten waarvoor de groepsvrijstelling geldt de prikkel tot innovatie niet verminderen, de verspreiding van technologie niet vertragen of de mededinging tussen licentiegever en licentienemer of tussen licentienemers onderling niet onnodig beperken. De lijsten met „hardcore"-beperkingen en voorwaarden houden als zodanig echter geen rekening met de gevolgen van de overeenkomst voor derden. Met name houdt de groepsvrijstelling geen rekening met enig cumulatief effect van gelijksoortige beperkingen in netwerken van licentieovereenkomsten. Licentieovereenkomsten kunnen leiden tot de uitsluiting van derden, zowel op het niveau van de licentiegever als van de licentienemer. De uitsluiting van andere licentiegevers kan het gevolg zijn van het cumulatieve effect van netwerken van licentieovereenkomsten die aan de licentienemers een verbod opleggen om concurrerende technologieën te exploiteren, hetgeen leidt tot de uitsluiting van andere (potentiële) licentiegevers. De kans op een dergelijke marktafscherming is groot wanneer de meeste ondernemingen op de markt die (met succes) een concurrerende licentie zouden kunnen nemen, daarvan worden weerhouden door beperkende overeenkomsten en wanneer voor potentiële licentienemers de drempel om de markt te betreden vrij hoog is. De uitsluiting van andere licentienemers kan het gevolg zijn van het cumulatieve effect van licentieovereenkomsten waarbij aan de licentiegevers de verplichting wordt opgelegd geen licentie te verlenen aan andere licentienemers, waardoor potentiële licentienemers de toegang tot de noodzakelijke technologie wordt ontzegd. Het vraagstuk van marktafscherming wordt grondiger behandeld onder IV.2.7.

114. De Commissie zal het voordeel van de groepsvrijstelling waarschijnlijk ook intrekken wanneer de partijen nalaten de in licentie gegeven technologie te exploiteren, tenzij zij daarvoor een objectieve reden hebben. Wanneer de partijen de in licentie gegeven technologie niet exploiteren, vindt er immers geen concurrentiebevorderende integratie van activiteiten plaats, in welk geval de wezenlijke reden voor de toekenning van de groepsvrijstelling verdwijnt. Bij licenties tussen concurrenten kan het feit dat de partijen de in licentie gegeven technologie niet exploiteren een aanwijzing zijn dat de regeling een vermomd kartel is, dat onder de lijst van „hardcore"-beperkingen van de mededinging in artikel 4 van de GVTO valt. Wanneer het duidelijk is dat de licentienemer niet voornemens is de in licentie gegeven technologie te gebruiken voor het produceren van goederen en diensten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, is de overeenkomst daarenboven geen overeenkomst inzake technologieoverdracht in de zin van artikel 2 van de GVTO en is de groepsvrijstelling niet van toepassing. Om al die redenen zal de Commissie gevallen van niet-exploitatie dan ook zeer grondig onderzoeken.

6.2. *Buitentoepassingverklaring van de groepsvrijstellingsverordening*

115. Artikel 7 van de GVTO biedt de Commissie de mogelijkheid om bij verordening parallelle netwerken van gelijksoortige overeenkomsten die meer dan 50 % van een relevante markt bestrijken, uit te sluiten van de werkingssfeer van de GVTO. Een dergelijke maatregel is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar geldt voor alle ondernemingen die betrokken zijn bij overeenkomsten van het type zoals omschreven in de verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard.

116. Terwijl de intrekking van het voordeel van de GVTO door de Commissie op grond van artikel 6 meebrengt dat een beschikking op grond van de artikelen 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet worden genomen, heeft een buitentoepassingverklaring door de Commissie op grond van artikel 7 van de GVTO uitsluitend ten gevolge dat ten aanzien van de betrokken beperkingen en markten het voordeel van de toepassing van de GVTO wegvalt en dat artikel 81, lid 1 en lid 3, opnieuw onverkort van toepassing worden. Na de vaststelling van een verordening waarbij de GVTO voor een bepaalde markt buiten toepassing wordt verklaard ten aanzien van overeenkomsten waarin bepaalde beperkingen zijn opgenomen, moet worden teruggegrepen op de criteria die zijn ontwikkeld in de desbetreffende jurisprudentie van de Europese rechterlijke instanties en in de mededelingen en eerdere beschikkingen van de Commissie, als richtsnoer voor de toepassing van artikel 81 op individuele overeenkomsten. Indien nodig zal de Commissie een beschikking geven in een individuele zaak, aan de hand waarvan alle ondernemingen die op de betrokken markt werkzaam zijn kunnen weten waar ze aan toe zijn.

117. Bij de berekening van de marktdekkingsgraad van 50 % moet rekening worden gehouden met elk individueel netwerk van licentieovereenkomsten die beperkingen of combinaties van beperkingen bevatten welke soortgelijke effecten hebben op de markt.

118. Artikel 7 houdt voor de Commissie niet de verplichting in om op te treden wanneer de 50 % marktdekkingsgraad is overschreden. In het algemeen is buitentoepassingverklaring van de GVTO passend wanneer het waarschijnlijk is dat de toegang tot de relevante markt of de mededinging daarop merkbaar wordt beperkt. Bij het afwegen van de wenselijkheid om artikel 7 toe te passen zal de Commissie nagaan of een individuele intrekking eventueel een meer geschikte oplossing zou zijn. Dit kan met name afhangen van het aantal concurrerende ondernemingen dat bijdraagt aan het cumulatieve effect op de markt of van het aantal geografische markten binnen de Gemeenschap waarop de gevolgen zich doen gevoelen.

119. Elke verordening die krachtens artikel 7 wordt vastgesteld, moet duidelijk haar reikwijdte omschrijven. Dit betekent in de eerste plaats dat de Commissie de relevante product- en geografische markt(en) moet omschrijven en in de tweede plaats dat zij moet aangeven voor welk type licentiebeperkingen de GVTO niet langer van toepassing zal zijn. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie de werkingssfeer van haar verordening aanpassen naargelang van het concurrentieprobleem dat zij willen aanpakken. Wanneer bijvoorbeeld alle parallelle netwerken van niet-concurrentieafspraken in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de 50 % marktdekkingsgraad, kan de Commissie toch de reikwijdte van de verordening tot buitentoepassingverklaring beperken tot niet-concurrentiebedingen van meer dan een bepaalde duur. Zo kunnen overeenkomsten van kortere duur of van minder beperkende aard ongemoeid worden gelaten wegens de geringere mate van marktafscherming die zij teweegbrengen. Eventueel kan de Commissie ook aangeven welk marktaandeelniveau in de specifieke marktcontext kan worden beschouwd als te gering om te kunnen spreken van een significante bijdrage van een individuele onderneming tot het cumulatieve effect. Wanneer het marktaandeel van de producten waarin de technologie van een individuele licentiegever is verwerkt niet groter is dan 5 %, wordt de overeenkomst of het netwerk van overeenkomsten die betrekking hebben op die technologie in het algemeen niet geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafschermingseffect ([49]).

120. De overgangsperiode van niet minder dan zes maanden die de Commissie krachtens artikel 7, lid 2, moet vaststellen, is bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun overeenkomsten aan te passen om rekening te houden met de verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard.

121. Een verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard, laat de geldigheid van de groepsvrijstelling voor de betrokken overeenkomsten in de periode die voorafgaat aan haar inwerkingtreding, onverlet.

IV. DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 81 BUITEN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

1. Het algemene toetsingskader

122. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de groepsvrijstelling vallen, bijvoorbeeld omdat de marktaandeeldrempels zijn overschreden of omdat er meer dan twee partijen bij de overeenkomst betrokken zijn, worden individueel getoetst. Overeenkomsten die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, of die voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zijn geldig en afdwingbaar. Er wordt op gewezen dat er geen vermoeden van onwettigheid bestaat ten aanzien van overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling vallen, voorzover zij geen „hardcore"-beperkingen van de mededinging bevatten. Met name is er geen vermoeden van beperkende effecten op grond van het loutere feit dat de marktaandeeldrempels zijn overschreden. Een individuele toetsing is vereist.

1.1. *Relevante factoren*

123. Bij de toepassing van artikel 81, lid 1, op individuele gevallen moet rekening worden gehouden met de wijze waarop de mededinging op de betrokken markt functioneert. In dat verband zijn met name de volgende factoren relevant:

a) de aard van de overeenkomst;

b) de marktpositie van de partijen;

c) de marktpositie van de concurrenten;

d) de marktpositie van de afnemers van de in licentie vervaardigde producten;

e) belemmeringen voor het betreden van de markt;

f) de rijpheid van de markt; en

g) andere factoren.

Het belang van elke factor afzonderlijk kan van geval tot geval verschillen en hangt af van alle andere factoren. Zo is bijvoorbeeld een groot marktaandeel van de partijen doorgaans een goede maatstaf voor hun marktmacht, maar indien er weinig belemmeringen zijn om de markt te betreden is het wellicht geen voldoende aanwijzing voor het bestaan van marktmacht. Er kunnen dan ook geen vaste regels worden gegeven voor het belang van de factoren afzonderlijk.

124. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht kunnen vele vormen aannemen. Het is dan ook van belang de *aard van de overeenkomst*, voor wat betreft de concurrentieverhouding tussen de partijen en de beperkingen die deze meebrengt, te onderzoeken. Daarbij mag men zich niet beperken tot het onderzoek van de uitdrukkelijke bewoordingen van de overeenkomst. Het bestaan van impliciete beperkingen kan worden afgeleid uit de manier waarop de overeenkomst door de partijen is toegepast en uit de prikkels die er op hen worden uitgeoefend.

125. De *marktpositie van de partijen* geeft een aanwijzing voor de mate van marktmacht die de licentiegever, de licentienemer of beiden eventueel bezitten. Hoe groter de marktaandeel, hoe groter de marktmacht wellicht zal zijn. Dit is met name het geval wanneer het marktaandeel een gevolg is van kostenvoordelen of andere concurrentievoordelen ten opzichte van de concurrenten. Deze concurrentievoordelen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat men de eerste speler is op een markt, uit het bezit van wezenlijke octrooien of uit het feit dat men beschikt over een superieure technologie.

126. Bij het analyseren van de concurrentieverhouding tussen de partijen is het soms nodig verder te gaan dan de analyse die is beschreven onder II.3 betreffende de omschrijving van de markt en onder II.4 betreffende het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten. Zelfs indien de licentiegever geen daadwerkelijke of potentiële leverancier is op de productmarkt en de licentienemer geen daadwerkelijke of potentiële concurrent is op de technologiemarkt, is het voor de analyse relevant of de licentienemer een concurrerende technologie bezit die niet in licentie wordt gegeven. Indien de licentienemer een sterke positie bekleedt op de productmarkt, kan een overeenkomst waarbij hem een exclusieve licentie op een concurrerende technologie wordt verleend de mededinging in aanzienlijke mate beperken in vergelijking met een situatie waarin de licentiegever geen exclusieve licentie zou verlenen of een licentie zou verlenen aan andere ondernemingen.

127. Marktaandelen en mogelijke concurrentievoordelen en -nadelen worden eveneens gebruikt om de *marktpositie van de concurrenten* te bepalen. Hoe sterker en hoe talrijker de daadwerkelijke concurrenten zijn, hoe kleiner het risico dat de partijen individueel in staat zullen zijn marktmacht uit te oefenen. Indien het aantal concurrenten echter vrij klein wordt en hun marktpositie (omvang, kosten, O&O-potentieel enz.) niet zo sterk is, kan deze marktstructuur het risico op ongeoorloofde afspraken vergroten.

128. De *marktpositie van de afnemers* geeft een indicatie of een of meer afnemers al dan niet beschikken over kopersmacht. De belangrijkste maatstaf voor kopersmacht is het marktaandeel van de afnemers op de kopersmarkt. Dit aandeel geeft aan hoe belangrijk zijn vraag is voor potentiële leveranciers. Andere aanwijzingen hebben te maken met de marktpositie van de afnemer op zijn wederverkoopmarkt, waarbij kenmerken zoals een ruime geografische spreiding van zijn verkooppunten en zijn imago bij de eindgebruikers een rol spelen. In bepaalde omstandigheden kan kopersmacht voorkomen dat de licentiegever en/of de licentienemer marktmacht uitoefenen; zo kan kopersmacht soms een concurrentieprobleem oplossen dat anders zou zijn ontstaan. Dit is met name het geval wanneer sterke afnemers de capaciteit en de prikkels hebben om nieuwe bevoorradingsbronnen op de markt te brengen bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen. Wanneer de sterke afnemers zich ertoe beperken gunstige voorwaarden van de leveranciers te verkrijgen of alle prijsstijgingen aan hun klanten door te geven, is de positie van de afnemers niet van dien aard dat zij de uitoefening van marktmacht door de licentiegever of de licentienemer op de productmarkt verhindert en kan zij derhalve het concurrentieprobleem op die markt niet oplossen ([50]).

129. *Belemmeringen voor het betreden van de markt* worden afgemeten aan de mate waarin gevestigde ondernemingen hun prijs boven het concurrerende niveau kunnen verhogen zonder nieuwkomers op de markt aan te trekken. Indien er geen belemmeringen zijn voor het betreden van de markt, zal een gemakkelijke en snelle toetreding tot de markt dergelijke prijsverhogingen onrendabel maken. Wanneer het waarschijnlijk is dat daadwerkelijk binnen een of twee jaar nieuwkomers hun intrede maken op de markt — hetgeen de uitoefening van marktmacht zou voorkomen of bemoeilijken –, kan worden gesteld dat de toetredingsdrempels over het algemeen laag zullen zijn. De toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van een hele reeks factoren, zoals schaalvoordelen, overheidsvoorschriften, met name wanneer die exclusieve rechten in het leven roepen, overheidssteun, invoertarieven, intellectuele-eigendomsrechten, het bezit van grondstoffen wanneer de voorraden bijvoorbeeld wegens natuurlijke beperkingen gelimiteerd zijn, het beschikken over essentiële faciliteiten, het voordeel om de eerste speler op een markt te zijn geweest en merktrouw van de consumenten die is opgebouwd door langdurige en uitgebreide reclame. Beperkende overeenkomsten tussen ondernemingen kunnen eveneens leiden tot een toetredingsdrempel, doordat zij de toegang bemoeilijken en (potentiële) concurrenten uitsluiten. Toetredingsdrempels kunnen zich voordoen in alle stadia van onderzoek en ontwikkeling, productie en distributie. Of sommige van de genoemde factoren dienen te worden beschouwd als toetredingsdrempels, hangt af van de vraag of zij te maken hebben met aanloopkosten. Aanloopkosten zijn kosten die moeten worden gemaakt om de markt te betreden of er actief op te zijn maar die niet kunnen worden gerecupereerd wanneer men de markt verlaat. Hoe groter de aanloopkosten, hoe ernstiger potentiële nieuwkomers de risico's van het betreden van de markt moeten afwegen en hoe geloofwaardiger de gevestigde ondernemingen kunnen dreigen dat zij nieuwe concurrentie zullen bestrijden, aangezien de niet-recupereerbare kosten het voor de gevestigde ondernemingen duur maken om de markt te verlaten. In het algemeen zijn aanloopkosten noodzakelijk bij het betreden van de markt, soms in mindere, soms in meerdere mate. Daarom is daadwerkelijke mededinging in het algemeen doeltreffender en zal zij bij de beoordeling meer gewicht in de schaal leggen dan potentiële concurrentie.

130. Een *rijpe markt* is een markt die al enige tijd bestaat, waarop de gebruikte technologie algemeen bekend en wijdverspreid is en niet sterk verandert en waarop de vraag vrij stabiel is of terugloopt. Op een dergelijke markt zijn negatieve effecten waarschijnlijker dan op meer dynamische markten.

131. Bij de beoordeling van sommige beperkingen moeten wellicht *andere factoren* in aanmerking worden genomen, zoals het cumulatieve effect, d.w.z. de dekking van de markten door gelijksoortige overeenkomsten, de looptijd van de overeenkomsten, het regelgevingskader en gedragingen die wijzen op ongeoorloofde afspraken of deze kunnen vergemakkelijken, zoals prijsleiderschap, vooraf aangekondigde prijsstijgingen en overleg over de „juiste" prijs, prijsstarheid als reactie op overcapaciteit, prijsdiscriminatie en het bestaan van ongeoorloofde afspraken in het verleden.

1.2. *Negatieve effecten van licentieovereenkomsten*

132. De negatieve effecten voor de mededinging op de markt die kunnen voortvloeien uit overeenkomsten inzake technologieoverdracht, zijn met name:

1. vermindering van de inter-technologie concurrentie tussen de ondernemingen die actief zijn op een technologiemarkt of op een markt van producten waarin de betrokken technologieën zijn verwerkt, met inbegrip van het vergemakkelijken van ongeoorloofde afspraken, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend;

2. uitsluiting van concurrenten door het verhogen van hun kosten, het beperken van hun toegang tot essentiële inputs of het op andere wijze verhogen van de toetredingsdrempels; en

3. vermindering van de intra-technologie concurrentie tussen ondernemingen die producten vervaardigen op basis van dezelfde technologie.

133. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht kunnen de inter-technologie concurrentie verminderen, d.w.z. de concurrentie tussen ondernemingen die licenties verlenen of produceren op basis van verwisselbare technologieën. Dit is met name het geval wanneer wederkerige verplichtingen worden opgelegd. Wanneer bijvoorbeeld concurrenten concurrerende technologieën aan elkaar overdragen en daarbij wederkerig de verplichting opleggen elkaar toekomstige verbeteringen ter beschikking te stellen, wordt de concurrentie op het stuk van innovatie tussen de partijen beperkt, omdat geen van beide concurrenten een technologische voorsprong op de ander kan behalen. Wanneer de overeenkomst niet leidt tot een efficiëntieverbetering die de integratie van de technologieën vergroot en die opweegt tegen de beperkende effecten, maakt de overeenkomst inbreuk op artikel 81.

134. Licenties tussen concurrenten kunnen tevens ongeoorloofde afspraken vergemakkelijken. Ongeoorloofde afspraken zijn normaliter slechts mogelijk indien de markt geconcentreerd is en de betrokken ondernemingen dezelfde kijk hebben op wat hun gemeenschappelijk belang is en hoe de coördinatiemechanismen dienen te functioneren. Willen ongeoorloofde afspraken succes hebben, dan moeten de ondernemingen ook in staat zijn elkaars marktgedrag te controleren teneinde afwijkingen van het gemeenschappelijke beleid voor de markt aan te pakken en te ontmoedigen. Overeenkomsten kunnen ongeoorloofde afspraken vergemakkelijken door de transparantie op de markt te vergroten en de toetredingsdrempels te verhogen. Ongeoorloofde afspraken kunnen voorts worden vergemakkelijkt door licentieovereenkomsten die leiden tot het een hoge mate van kostendeling, omdat ondernemingen die vergelijkbare kosten hebben waarschijnlijk ook soortgelijke ideeën hebben over de wijze waarop coördinatie moet worden aangepakt ([51]). Het gebruik van dezelfde technologie kan leiden tot een hoge mate van kostendeling. Dit is evenwel niet noodzakelijk het geval. Zelfs indien de productie op basis van de in licentie gegeven technologie een wezenlijk bestanddeel vormt van de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen, kunnen er tussen individuele ondernemingen verschillen bestaan in doeltreffendheid bij de toepassing van de technologie en kunnen zij verschillende inputs gebruiken, hetgeen leidt tot verschillende kosten.

135. In het kader van licentieovereenkomsten kunnen royalty's worden gebruikt als een rechtstreeks middel om de ongeoorloofde afspraken tot stand te brengen (zie punt 77). Het risico op ongeoorloofde afspraken is bijzonder groot bij wederzijdse licenties tussen concurrenten. Soortgelijke risico's kunnen bestaan wanneer de ene concurrent aan de andere tegen betaling van royalty's een technologie in licentie geeft en zelf van die concurrent een bestanddeel koopt dat wordt verwerkt in het product waarvoor zij concurrenten zijn.

136. Licentieovereenkomsten kunnen de inter-technologie concurrentie ook negatief beïnvloeden door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt en voor de groeimogelijkheden van concurrenten. Dergelijke marktafschermingseffecten kunnen voortvloeien uit beperkingen die de licentienemers beletten om licenties te nemen bij derden of die hen ontmoedigen om dat te doen. Derden kunnen bijvoorbeeld worden uitgesloten wanneer gevestigde licentiegevers aan de licentienemers niet-concurrentiebedingen opleggen die zo ver gaan dat er voor derden een ontoereikend aantal licentienemers overblijft en wanneer het betreden van de markt op het niveau van de licentienemers moeilijk is. Leveranciers van een vervangingstechnologie kunnen voorts worden uitgesloten wanneer een licentiegever met een voldoende mate van marktmacht verschillende onderdelen van een technologie samenvoegt en deze als een pakket in licentie geeft, terwijl slechts een deel van het pakket noodzakelijk is voor de vervaardiging van een bepaald product.

137. Licentieovereenkomsten kunnen ook de intra-technologie concurrentie beperken, d.w.z. de concurrentie tussen ondernemingen die produceren op basis van dezelfde technologie. Een overeenkomst die aan de licentienemers territoriale beperkingen oplegt en hen verbiedt om in elkaars verkoopgebied te verkopen, vermindert de onderlinge concurrentie tussen hen. De intra-technologie concurrentie wordt eveneens beperkt wanneer de licentiegever zich ertoe verbindt slechts één of een beperkt aantal licentienemers aan te wijzen of hun productie tot bepaalde hoeveelheden te beperken. Dergelijke overeenkomsten sluiten potentiële licentienemers uit en kunnen ook de mededinging tussen bestaande licentienemers verminderen. Licentieovereenkomsten kunnen voorts de intra-technologie concurrentie beperken door ongeoorloofde afspraken tussen licentienemers te vergemakkelijken. Daarenboven kunnen licentieovereenkomsten die de intra-technologie concurrentie verminderen ongeoorloofde afspraken tussen de bezitters van concurrerende technologieën vergemakkelijken of de inter-technologie concurrentie verminderen door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt.

1.3. *Positieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten en het toetsingskader voor dergelijke effecten*

138. Beperkende licentieovereenkomsten kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben in de vorm van efficiëntieverbeteringen die mogelijk opwegen tegen de concurrentieverstorende effecten. Deze afweging vindt plaats in het kader van artikel 81, lid 3, dat voorziet in een uitzondering op het verbod van artikel 81, lid 1. Om voor deze uitzondering in aanmerking te komen moet de licentieovereenkomst objectieve economische voordelen opleveren, moeten de beperkingen van de mededinging onmisbaar zijn om die efficiëntieverbeteringen te bereiken, moet een billijk aandeel in de efficiëntieverbeteringen de gebruikers ten goede komen en mag de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

139. Wat efficiëntieverbeteringen betreft, bieden licentieovereenkomsten met name de mogelijkheid om complementaire technologieën en andere productiemiddelen bijeen te brengen, waardoor nieuwe of verbeterde producten op de markt kunnen worden gebracht of bestaande producten tegen lagere kosten kunnen worden vervaardigd. „Hardcore"-kartels buiten beschouwing gelaten, vindt licentiëring vaak plaats omdat het voor de licentiegever doeltreffender is de technologie in licentie te geven dan ze zelf te exploiteren. Dit kan met name het geval zijn wanneer de licentienemer reeds toegang heeft tot de nodige productiemiddelen. De overeenkomst geeft de licentienemer toegang tot een technologie die met deze productiemiddelen kan worden gecombineerd en die hem aldus in staat stelt nieuwe of verbeterde technologieën te exploiteren. Een ander voorbeeld van potentieel efficiëntievergrotende licentiëring is het geval waarin de licentienemer reeds een technologie bezit en de combinatie van deze technologie met die van de licentiegever leidt tot synergieën. Wanneer de twee technologieën worden gecombineerd, kan de licentienemer wellicht tot een kosten/baten-verhouding komen die anders niet haalbaar zou zijn. Licentieovereenkomsten kunnen voorts net als verticale distributieovereenkomsten aanleiding geven tot efficiëntieverbeteringen in het distributiestadium. Dergelijke efficiëntieverbeteringen kunnen de vorm aannemen van kostenbesparingen of van het verstrekken van waardevolle diensten aan gebruikers. De positieve effecten van verticale overeenkomsten worden beschreven in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen ([52]). Een ander voorbeeld van mogelijke efficiëntieverbeteringen zijn overeenkomsten waarbij bezitters van technologieën een technologiepakket samenstellen om aan derden in licentie te geven. Dergelijke „pooling"-regelingen kunnen met name de transactiekosten verminderen doordat de licentienemers geen afzonderlijke licentieovereenkomsten met elke licentiegever behoeven te sluiten.

140. Bij het toetsen van de onmisbaarheid waarvan sprake in artikel 81, lid 3, zal de Commissie met name nagaan of een bepaalde beperking het mogelijk maakt de betrokken activiteit doeltreffender uit te voeren dan het geval zou zijn geweest zonder de overeenkomst of de betrokken beperking. Indien een schijnbaar minder beperkend alternatief zou leiden tot een aanzienlijk verlies van efficiëntie, wordt de betrokken beperking als onmisbaar beschouwd. In sommige gevallen is het echter wellicht ook noodzakelijk na te gaan of de overeenkomst als zodanig onmisbaar is voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij technologiepools waarin ook complementaire maar niet-wezenlijke technologieën zijn opgenomen ([53]), in welk geval moet worden onderzocht in welke mate die opneming aanleiding geeft tot specifieke efficiëntieverbeteringen dan wel of de pools zonder een noemenswaardig verlies van efficiëntie kunnen worden beperkt tot technologieën waarvoor er geen vervangingstechnologie bestaat. Bij een gewone licentieverlening tussen twee partijen is het in het algemeen niet noodzakelijk meer te doen dan een onderzoek van de onmisbaarheid van de individuele beperkingen. Normaliter is er geen minder beperkend alternatief voor de licentieovereenkomst als zodanig.

141. De voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen, houdt in dat de gebruikers van de in licentie vervaardigde producten op zijn minst compensatie moeten krijgen voor de negatieve effecten van de overeenkomst ([54]). Dit betekent dat de efficiëntieverbeteringen ten volle moeten opwegen tegen de vermoedelijke negatieve effecten van de overeenkomst op de prijzen en de productie. Dit kan gebeuren door een verbetering van de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen, hetgeen hen een prikkel geeft om de prijzen te verlagen, of door de gebruikers nieuwe of verbeterde producten aan te bieden, als compensatie voor een mogelijke prijsstijging.

142. De laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, volgens welke de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid mag geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen, veronderstelt dat wordt nagegaan hoe groot de resterende concurrentiedruk op de markt is en wat de invloed van de overeenkomst op de bestaande bronnen van mededinging is. Bij de toepassing van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, moet aandacht worden besteed aan de relatie tussen artikel 81, lid 3, en artikel 82. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 81, lid 3, niet aan de toepassing van artikel 82 van het Verdrag in de weg ([55]). Aangezien de artikelen 81 en 82 allebei beogen een daadwerkelijke mededinging op de markt te handhaven, veronderstelt een consequente rechtstoepassing daarenboven dat artikel 81, lid 3, zodanig wordt uitgelegd dat elke toepassing van de uitzonderingsregel op beperkende overeenkomsten die een misbruik van een machtspositie inhouden, uitgesloten is ([56]).

143. Het feit dat de overeenkomst één dimensie van de mededinging aanzienlijk beperkt, betekent niet noodzakelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld in de zin van artikel 81, lid 3. Een technologiepool bijvoorbeeld kan leiden tot een industrienorm, waardoor een situatie ontstaat waarbij er weinig mededinging is op het stuk van technologische procédés. Wanneer de belangrijkste marktdeelnemers eenmaal een bepaald procédé in gebruik hebben genomen, kunnen netwerkeffecten ervoor zorgen dat alternatieve procédés zeer moeilijk kunnen overleven. Dit betekent echter niet dat elke totstandkoming van een

feitelijke industrienorm leidt tot uitschakeling van de mededinging in de zin van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3. Binnen de norm kunnen leveranciers concurreren op prijs, kwaliteit en productkenmerken. Wil de overeenkomst echter in aanmerking komen voor de toepassing van artikel 81, lid 3, dan moet worden gegarandeerd omdat zij dat soort mededinging niet beperkt of toekomstige innovatie niet onnodig afremt.

2. **De toepassing van artikel 81 op verschillende soorten licentiebeperkingen**

144. In dit deel worden verschillende soorten beperkingen besproken die vaak voorkomen in licentieovereenkomsten en die concurrentiebeperkend kunnen zijn. De beperkingen die reeds besproken zijn in de vorige delen van deze richtsnoeren, met name onder III.4 en III.5, worden in dit deel slechts kort behandeld.

145. Dit deel heeft betrekking zowel op overeenkomsten tussen niet-concurrenten als op overeenkomsten tussen concurrenten. Wat deze laatste betreft, wordt indien nodig een onderscheid gemaakt tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. Dat onderscheid behoeft voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten niet te worden gemaakt. Wanneer ondernemingen geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een relevante technologiemarkt of op een markt van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, is er uit een praktisch oogpunt geen verschil tussen wederzijdse licenties en twee afzonderlijke licenties. Onder wederzijdse licenties worden overeenkomsten verstaan waarbij de ene partij een licentie verleent aan de andere en van die andere partij zelf een licentie verkrijgt, en waarbij beide in licentie gegeven technologieën voor intern gebruik bestemd zijn. Dit begrip heeft geen betrekking op regelingen waarbij de partijen een technologiepakket samenstellen dat aan derden in licentie wordt gegeven. Dergelijke regelingen worden technologiepools genoemd, die hieronder worden besproken onder IV.4.

146. In dit deel wordt niet ingegaan op verplichtingen in licentieovereenkomsten die, ongeacht de omstandigheden, niet concurrentiebeperkend zijn in de zin van artikel 81, lid 1. Het gaat onder meer om de volgende verplichtingen: a) verplichtingen tot geheimhouding, b) verplichtingen voor de licentienemers om geen sub-licenties te verlenen, c) verplichtingen om de in licentie gegeven technologie niet te gebruiken na het verstrijken van de overeenkomst, voorzover de in licentie gegeven technologie geldig en van kracht blijft, d) verplichtingen om de licentiegever bij te staan bij de handhaving van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten, e) verplichtingen om een minimumbedrag aan royalty's te betalen of om een minimum hoeveelheid producten te produceren waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en f) verplichtingen om het handelsmerk van de licentiegever te gebruiken of om de naam van de licentiegever op het product te vermelden.

2.1. *Royaltyverplichtingen*

147. Het staat de partijen bij een licentieovereenkomst normaliter vrij de royalty's te bepalen die door de licentienemer moeten worden betaald en vast te stellen op welke wijze die betaling moet gebeuren, zonder dat de overeenkomst hierdoor onder artikel 81, lid 1, valt. Dit beginsel geldt zowel voor overeenkomsten tussen concurrenten als voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten, behoudens wat met betrekking tot licenties tussen concurrenten reeds is gezegd in de punten 77 en 135 over wederzijdse royaltybetalingen en in punt 78 over royalty's voor producten waarin de in licentie gegeven technologie niet is verwerkt. In het kader van wederzijdse licenties tussen concurrenten kunnen royaltyverplichtingen neerkomen op prijsafspraken en zo een „hardcore"-beperking van de mededinging vormen. Wanneer de royaltyverplichting zich uitstrekt tot producten die met de eigen technologie van de licentienemer worden vervaardigd, verhoogt de overeenkomst de kosten van de licentienemer en maakt zij diens technologie minder concurrerend.

148. Royaltyverplichtingen kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van een betaling ineens, van een percentage van de verkoopprijs of van een vast bedrag voor elk product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Wanneer de in licentie gegeven technologie te maken heeft met een input die in een eindproduct wordt verwerkt, is het over het algemeen niet concurrentiebeperkend dat de royalty's worden berekend op basis van de prijs van het eindproduct, mits daarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. De licentiegever kan normaliter ook verschillende royaltytarieven toepassen voor elke licentienemer zonder inbreuk te maken op artikel 81, lid 1.

149. Ofschoon de groepsvrijstelling slechts van toepassing is zolang de technologie geldig en van kracht is, kunnen de partijen normaliter, zonder inbreuk te maken op artikel 81, lid 1, overeenkomen de royaltyverplichtingen uit te breiden tot na het vervallen van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten. Wanneer deze rechten eenmaal zijn vervallen, kunnen derden de betrokken technologie op wettige wijze exploiteren en concurreren met de partijen bij de overeenkomst. Die daadwerkelijke en potentiële concurrentie zal normaliter voldoende zijn om te garanderen dat de betrokken verplichtingen geen merkbare concurrentieverstorende effecten heeft. Toch kan artikel 81, lid 1, uitzonderlijk van toepassing zijn, wanneer derden geconfronteerd worden met aanzienlijke toetredingsdrempels, die verhinderen of vertragen dat zij zich als daadwerkelijke concurrentie op de markt aandienen. In dergelijke gevallen is het mogelijk dat de overeenkomst een licentiegever met aanzienlijke marktmacht in staat stelt die marktmacht te handhaven door het verhogen van de kosten van zijn (voormalige) licentienemers, voor wie het gebruik van de technologie niet langer afhankelijk is van de overeenkomst.

150. In het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten dekt de groepsvrijstelling overeenkomsten waarbij de royalty's worden berekend op basis van alle producten, ongeacht of de in licentie gegeven technologie erin is verwerkt. Hoewel dergelijke overeenkomsten het bepalen van het bedrag van de royalty's kunnen vergemakkelijken, kunnen zij eveneens leiden tot marktafscherming doordat zij de kosten van de input van derden verhogen en bijgevolg soortgelijke effecten hebben als een niet-concurrentiebeding. Indien de licentienemer van een derde een technologie in licentie neemt, worden de kosten van de licentie verhoogd met de royalty's die aan de licentiegever moeten worden betaald. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling moet dan ook worden nagegaan of de beperking marktafschermingseffecten heeft. Daartoe dient het onder IV.2.7 beschreven analytische kader te worden gebruikt. Indien er merkbare marktafschermingseffecten zijn, vallen dergelijke overeenkomsten onder het verbod van artikel 81, lid 1, en is het onwaarschijnlijk dat zij aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen.

2.2. *Exclusieve licenties en verkoopbeperkingen*

151. Een licentie wordt binnen dit bestek als exclusief beschouwd wanneer de licentiegever zich ertoe verbindt aan geen enkele andere licentienemer een licentie te verlenen of aan andere licentienemers geen licenties te verlenen binnen een bepaald grondgebied of ten behoeve van een bepaalde klantenkring. Een exclusieve licentie impliceert niet als zodanig dat de licentiegever wordt beperkt met betrekking tot de plaats waar hij producten vervaardigt waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, of dat de licentiegever en andere licentienemers worden beperkt in hun verkoop in het exclusieve verkoopgebied of aan een exclusieve klantenkring. Zeer vaak gaan exclusieve licenties echter gepaard met verkoopbeperkingen. Met betrekking tot deze verkoopbeperkingen dient een belangrijk onderscheid te worden gemaakt tussen licenties tussen concurrenten en licenties tussen niet-concurrenten. Verkoopbeperkingen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten worden op grond van artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO aangemerkt als „hardcore"-beperkingen (zie punt 81). Verkoopbeperkingen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten worden hieronder besproken (zie de punten 157 tot een met 161).

152. Tussen concurrenten kan de beperking voor de licentiegevers om geen licenties te verlenen aan andere licentienemers, in het algemeen dan wel voor een bepaald verkoopgebied of een bepaalde klantenkring, als belangrijkste concurrentieverstorende effect de uitsluiting van andere (potentiële) licentienemers hebben. Doordat dit de toegang tot de markt belemmert, kan het daarenboven ongeoorloofde afspraken tussen de partijen vergemakkelijken en de inter-technologie concurrentie beperken. Dit is met name het geval wanneer partijen die een belangrijke positie op de markt hebben een wederkerige overeenkomst sluiten waarbij zij elkaar een exclusieve licentie verlenen op hun respectieve technologieën. In dat geval komen de partijen overeen binnen het toepassingsbereik van de exclusiviteit geen licenties te verlenen aan derden.

153. Tussen niet-concurrenten kan de beperking voor de licentiegevers om geen licenties te verlenen aan andere licentienemers, in het algemeen dan wel voor een bepaald verkoopgebied of een bepaalde klantenkring die aan de licentienemer wordt toegewezen, twee belangrijke concurrentieverstorende effecten hebben: a) uitsluiting van andere (potentiële) licentienemers, en b) verminderde intra-technologie concurrentie tussen de licentiegever en de licentienemers en tussen de licentienemers onderling, met name indien gecombineerd met verkoopbeperkingen.

154. Exclusieve licenties kunnen echter ook leiden tot efficiëntieverbeteringen. Zo kan de exclusiviteit de licentienemer ertoe aansporen sneller te investeren in de exploitatie van de in licentie gegeven technologie. Zij kan ook blijvende investeringen bevorderen doordat „free riding" wordt verhinderd. De mate waarin „free riding" een probleem is, hangt af van de aard van de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en van de mate waarin de licentienemer betrokken is bij de marketing en de levering van service vóór de verkoop. Wanneer de licentienemer de producten onder zijn eigen merknaam verkoopt, is de kans op „free riding" kleiner dan wanneer de producten worden verkocht onder een gemeenschappelijke merknaam.

155. Uit het voorgaande volgt dat het grootste risico op concurrentieverstoring dat aan exclusieve licenties zonder verkoopbeperkingen verbonden is, de uitsluiting van potentiële licentienemers is. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten vallen exclusieve licenties onder de groepsvrijstelling tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Boven de drempel kunnen exclusieve licenties tussen concurrenten met name onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen wanneer de licentienemer een aanzienlijke marktmacht bezit, het betreden van de technologiemarkt moeilijk is en de in licentie gegeven technologie een reële bron van concurrentie vormt op de markt. In dergelijke omstandigheden kan een exclusieve licentie leiden tot de uitsluiting van derden en de licentienemer in staat stellen zijn marktmacht te handhaven. Om nieuwkomers van de markt te weren of de groei van bestaande concurrenten te belemmeren zal de licentienemer waarschijnlijk bereid zijn zijn winst te delen met de licentiegever. Om zijn marktpositie te handhaven zal de licentienemer wellicht zelfs bereid zijn voor de exclusieve licentie meer te betalen dan derden die met de licentienemer zouden moeten concurreren. In dergelijke gevallen is het zeer onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zou zijn voldaan. Zelfs indien de combinatie van de twee technologieën leidt tot efficiëntieverbeteringen, is het met name onwaarschijnlijk dat de exclusiviteit onmisbaar zou zijn.

156. Bij een wederkerige overeenkomst tussen concurrenten, waarbij de partijen elkaar een exclusieve licentie verlenen op hun respectieve technologieën, bestaat naast het risico op uitsluiting van andere licentienemers ook het risico dat de overeenkomst de inter-technologie concurrentie tussen de partijen vermindert. Zonder de exclusiviteit zouden beide partijen licenties kunnen verlenen aan derden, die een nieuwe bron van concurrentie op de markt zouden vormen. Door overeen te komen dat niet te doen, zorgen de partijen ervoor dat zij de enige leveranciers blijven van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Dergelijke overeenkomsten vallen

normaliter onder het verbod van artikel 81, lid 1, indien de partijen een behoorlijke mate van marktmacht bezitten. Wil aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldaan zijn, dan zou moeten worden aangetoond dat de licenties leiden tot efficiëntieverbeteringen die de integratie van de technologieën in het belang van de gebruikers verbeteren, en dat de exclusiviteit noodzakelijk is om die efficiëntieverbeteringen te bereiken. De exclusiviteit zal normaliter slechts als noodzakelijk worden beschouwd wanneer het gebruik van de in licentie gegeven technologie zware niet-recupereerbare investeringen vereist. In dat geval zijn de risico's voor de licentienemers mogelijk van dien aard dat exclusiviteit vereist is om hen ertoe te brengen die investeringen te verrichten.

157. In het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen exclusieve licenties onder de groepsvrijstelling tot de marktaandeeldrempel van 30 %. Boven de marktaandeeldrempel zullen exclusieve licenties als zodanig doorgaans geen aanleiding geven tot merkbare marktafschermingseffecten, tenzij er slechts een beperkt aantal rendabele technologieën beschikbaar is op de markt en de meeste beschikbare technologieën op basis van exclusiviteit in licentie worden gegeven. De marktafschermingseffecten zijn ernstiger wanneer twee of meer licentiegevers in afzonderlijke bilaterale overeenkomsten exclusieve licenties verlenen aan dezelfde licentienemer, dan wanneer de technologieën aan verschillende licentienemers in licentie worden gegeven. Het verlenen van meerdere exclusieve licenties aan dezelfde licentienemer kan ook ongeoorloofde afspraken tussen licentiegevers die op dezelfde technologiemarkt concurreren, in de hand werken. Door de licenties te geven aan dezelfde licentienemer(s) kunnen de licentiegevers wellicht tot onderlinge afstemming komen met betrekking tot de royalty's, d.w.z. de prijs voor de licenties. Een dergelijke afstemming is bij licenties waarschijnlijk echter moeilijker dan in het geval van distributie, waarbij meervoudige alleenverkoop aanleiding kan geven tot ernstiger bezwaren uit mededingingsoogpunt ([57]). Net als bij overeenkomsten tussen concurrenten kan exclusiviteit echter noodzakelijk zijn om de licentienemer ertoe te brengen te investeren in de in licentie gegeven technologie, in welk geval mogelijk aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. Wanneer de licentienemer aanzienlijke niet-recupereerbare investeringen moet verrichten, zullen overeenkomsten waarbij een exclusieve licentie wordt verleend waarschijnlijk voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, tenzij er op de markt geen reële alternatieven zijn voor de technologie van de licentiegever of tenzij de meeste van de beschikbare technologieën aan dezelfde licentienemer in licentie zijn gegeven.

158. Verkoopbeperkingen die aan de partijen worden opgelegd in het kader van een exclusieve licentie, worden besproken onder II.4 betreffende de „hardcore"-lijst van artikel 4 van de GVTO en in punt 151, voor wat betreft exclusieve licenties tussen concurrenten. Met betrekking tot verkoopbeperkingen tussen niet-concurrenten wordt erop gewezen dat dergelijke beperkingen onder artikel 4, lid 2, onder b), van de GVTO vallen (zie de punten 90 tot en met 96). Verkoopbeperkingen worden in beginsel beschouwd als „hardcore"-beperkingen, maar hierop zijn een aantal belangrijke uitzonderingen.

159. Er zij aan herinnerd dat in het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten verkoopbeperkingen tussen de licentiegever en individuele licentienemers onder de groepsvrijstelling vallen zolang de marktaandeeldrempel niet is overschreden. Boven de marktaandeeldrempel kunnen beperkingen op de actieve en passieve verkoop tussen verkoopgebieden en klantenkringen die voor de licentiegever gereserveerd zijn of waarvoor aan de licentienemer een exclusieve licentie is verleend, onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen. Dit kan zowel het geval zijn wanneer de licentiegever individueel een behoorlijke mate van marktmacht bezit als wanneer er sprake is van een cumulatief effect van gelijksoortige overeenkomsten die zijn gesloten door licentiegevers die gezamenlijk een sterke positie op de markt bekleden. Wanneer de partijen echter geen concurrenten zijn en wanneer aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat er zonder de verkoopbeperkingen geen licentie zou worden gegeven, valt de overeenkomst niet onder de toepassing van artikel 81, lid 1. Dit kan het geval zijn wanneer de licentiegever actief is op dezelfde productmarkt als de licentienemer en wanneer de licentienemer zonder de licentie niet op de markt zou zijn geweest. Van een technologiebezitter mag redelijkerwijs niet verwacht worden dat hij binnen zijn eigen technologie rechtstreekse concurrentie met zichzelf in het leven roept.

160. Verkoopbeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd, zullen — voor zover artikel 81, lid 1, erop van toepassing is — doorgaans voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, tenzij er geen reële alternatieven voor de technologie van de licentiegever op de markt zijn of tenzij de licentienemer die alternatieven van derde partijen onder licentie heeft. Dergelijke beperkingen, en met name beperkingen op de actieve verkoop, zullen doorgaans onmisbaar zijn om de licentienemer ertoe te brengen te investeren in de productie, het op de markt brengen en de verkoop van de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. De prikkel voor de licentienemer om te investeren zou waarschijnlijk sterk verminderen indien hij te maken zou krijgen met rechtstreekse concurrentie van de licentiegever, wiens productiekosten niet worden bezwaard door royaltybetalingen, hetgeen mogelijk kan leiden tot een suboptimaal investeringsniveau.

161. Tussen licentienemers verleent de GVTO een groepsvrijstelling voor actieve verkoop in elkaars exclusieve verkoopgebieden of aan elkaars exclusieve klantenkringen. Boven de marktaandeeldrempel verminderen beperkingen op de actieve verkoop tussen de exclusieve verkoopgebieden en klantenkringen van de licentienemers de intratechnologie concurrentie en vallen zij doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer de individuele licentienemer een behoorlijke mate van marktmacht bezit. Dergelijke beperkingen kunnen evenwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wanneer zij noodzakelijk zijn om „free riding" te voorkomen en om de licentienemer ertoe te brengen binnen zijn verkoopgebied de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor een doeltreffende exploitatie van de in licentie gegeven technologie en de verkoop van de in licentie vervaardigde producten te bevorderen. Beperkingen op de passieve verkoop vallen onder de „hardcore"-lijst van artikel 4, lid 2, onder b) (zie punt 93). Dergelijke beperkingen zullen doorgaans niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3.

162. Licentieovereenkomsten waarbij twee of meer partijen elkaar wederzijds exclusieve licenties verlenen op technologieën, geven aanleiding tot bijzondere bezorgdheid wanneer het pakket technologieën dat uit de wederzijdse licenties voortvloeit een feitelijke industrienorm in het leven roept waartoe derden toegang moeten hebben om daadwerkelijk te kunnen concurreren op de markt. In dergelijke gevallen creëert de overeenkomst een besloten norm waartoe alleen de partijen toegang hebben. De Commissie zal dergelijke overeenkomsten beoordelen op grond van dezelfde beginselen als die welke worden toegepast op technologiepools (zie onder IV.4). Normaliter zal verlangd worden dat de technologieën die de norm ondersteunen aan derden tegen redelijke voorwaarden in licentie worden gegeven ([58]). Wanneer de partijen bij de overeenkomst met derden concurreren op een productmarkt en de licentieovereenkomsten betrekking hebben op die productmarkt, zal een exclusieve overeenkomst tussen de partijen doorgaans ernstige uitsluitingseffecten hebben. Deze negatieve beïnvloeding van de mededinging kan slechts worden vermeden door ook licenties te verlenen aan derden. Wanneer de in licentie gegeven technologie het de partijen mogelijk maakt een nieuwe markt te creëren en wanneer de met de in licentie gegeven technologie vervaardigde producten derhalve niet concurreren met bestaande producten, zal de exclusiviteit op dezelfde wijze worden beoordeeld als andere licentieovereenkomsten. Beperkingen die aan de partijen worden opgelegd met betrekking tot het in licentie geven van hun eigen technologie, kunnen onder het verbod van artikel 81 vallen, maar normaliter zijn de partijen niet verplicht het gehele pakket collectief in licentie te geven aan derden.

2.3. *Productiebeperkingen*

163. Productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten vormen een „hardcore"-beperking in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van de GVTO, met uitzondering van niet-wederkerige productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd. Dit laatstgenoemde soort beperkingen valt niet onder de „hardcore"-lijst maar is als voorwaarde uitgesloten van de groepsvrijstelling (krachtens artikel 5, lid 2, van de GVTO, zie de punten 80 en 105). Productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd, kunnen de mededinging beperken wanneer de marktpositie van de licentienemer(s) niet onbeduidend is en wanneer de overeenkomst een reële vermindering van de totale omzet van de licentienemer oplegt. In dat geval beperkt de overeenkomst merkbaar de mededinging die vóór de overeenkomst bestond. Bij de beoordeling hiervan is het relevant de hoeveelheidsbeperking te vergelijken met de omzet van de licentienemer vóór de overeenkomst en met de verwachte groei van de markt. Tevens moet er rekening mee worden gehouden hoe waarschijnlijk het is dat de licentienemer volledig op de technologie van de licentiegever zal overschakelen dan wel dat hij daarentegen zijn eigen technologie zelfstandig zal blijven gebruiken of dat daadwerkelijk reeds doet.

164. Niet-wederkerige productiebeperkingen in overeenkomsten tussen concurrenten kunnen echter ook concurrentiebevorderende effecten hebben. Met name kunnen zij noodzakelijk zijn om de licentiegever ertoe te brengen zijn technologie te verspreiden en om dit op een zo ruim mogelijke schaal te doen. Een licentiegever zou bijvoorbeeld terughoudend kunnen zijn om licenties te verlenen aan zijn concurrenten indien hij de licentie niet kan beperken tot een bepaalde productievestiging met een welomschreven capaciteit (een site-licentie). Wanneer de licentieovereenkomst leidt tot een werkelijke integratie van complementaire productiemiddelen, kunnen productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd derhalve voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dit is echter waarschijnlijk niet het geval wanneer de partijen aanzienlijke marktmacht bezitten en wanneer de overeenkomst leidt tot een reële vermindering van de productie van de licentienemer.

165. Productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling zolang de marktaandeeldrempel van 30 % niet is overschreden, mits de licentiegever niet verplicht is de productie van andere licentienemers of de totale productie van alle licentienemers te beperken. Indien dat toch het geval is, wordt normaliter aangenomen dat de overeenkomst de uitvoering is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen die erop gericht zijn de productie op het niveau van de licentienemers te beperken.

166. Het belangrijkste risico op concurrentieverstoringen dat uit productiebeperkingen voor de licentienemers in overeenkomsten tussen niet-concurrenten voortvloeit, is een vermindering van de intra-technologie concurrentie tussen licentienemers. Het belang van dergelijke concurrentieverstorende effecten hangt af van de marktpositie van de licentiegever en de licentienemers en van de mate waarin de productiebeperking een werkelijke vermindering van de omzet van elke licentienemer oplegt.

167. Productiebeperkingen kunnen ook worden gebruikt om de compartimentering van markten te vergemakkelijken en om de territoriale bescherming uit te breiden tot voorbij de grens van wat op grond van de GVTO en deze richtsnoeren geoorloofd is. De Commissie zal er echter niet van uitgaan dat hoeveelheidsbeperkingen als zodanig daartoe leiden. De zaken liggen echter anders wanneer hoeveelheidsbeperkingen worden gebruikt om een achterliggende overeenkomst tot verdeling van de markt ten uitvoer te leggen. Periodieke aanpassingen van de hoeveelheden om uitsluitend de lokale vraag te dekken, gedifferentieerde royaltytarieven naargelang van de bestemming van de producten en systemen van controle op de bestemming van de producten die door de individuele licentienemers worden verkocht, zijn aanwijzingen voor het bestaan van een dergelijke overeenkomst.

168. Wanneer productiebeperkingen gecombineerd worden met exclusieve verkoopgebieden of exclusieve klantenkringen, nemen de beperkende effecten toe. De combinatie van de twee soorten beperkingen maakt het waarschijnlijker dat de overeenkomst tot verdeling van de markten leidt.

169. Productiebeperkingen die aan de licentienemers worden opgelegd, kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben doordat zij de verspreiding van de technologie in de hand werken. Als leverancier van technologie dient de licentiegever, net als leveranciers van materiële goederen, normaliter vrij te kunnen bepalen hoeveel hij verkoopt. Aangezien intellectuele eigendom in een productieproces of in een product is verwerkt, bepaalt een licentiegever de omvang van zijn afzet door het gebruik dat de licentienemer van de in licentie gegeven technologie maakt te beperken tot een aantal verrichtingen of een bepaalde hoeveelheid. Indien het de licentiegever niet vrij stond de productie van de licentienemer te bepalen, zou een aantal licentieovereenkomsten wellicht helemaal niet worden gesloten, hetgeen een negatieve invloed zou hebben op de verspreiding van nieuwe technologie. Dit zal met name waarschijnlijk het geval zijn wanneer de licentiegever tevens een producent is, aangezien de productie van de licentienemers in dat geval uiteindelijk terecht kan komen in het gebied waar de licentiegever vooral actief is en dus rechtstreekse gevolgen kan hebben voor die activiteiten. Het is daarentegen minder waarschijnlijk dat productiebeperkingen noodzakelijk zijn om de verspreiding van de technologie van de licentiegever te bevorderen wanneer deze gecombineerd worden met verkoopbeperkingen waarbij aan de licentienemer een verbod wordt opgelegd om te verkopen in een gebied of aan een klantenkring die gereserveerd is voor de licentiegever.

2.4. *Beperkingen van het gebruiksgebied*

170. Bij een beperking van het gebruiksgebied wordt de licentie ofwel beperkt tot een of meer technische toepassingsgebieden, ofwel tot een of meer productmarkten. In veel gevallen kan dezelfde technologie worden gebruikt om verschillende producten te maken of kan ze worden verwerkt in producten die tot verschillende productmarkten behoren. Een nieuwe giettechnologie kan bijvoorbeeld worden gebruikt om plastic flessen en plastic glazen te maken, waarbij elk product tot een afzonderlijke productmarkt behoort. De beslissende factor is of de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt tot afzonderlijke productmarkten behoren. Een beperking die aan de licentienemer wordt opgelegd op grond van het gebruik dat door de koper wordt gemaakt van de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, is geen beperking van het gebruiksgebied in de zin van deze richtsnoeren. Een dergelijke beperking is een beperking met betrekking tot de afnemers. Licentieovereenkomsten waarbij bijvoorbeeld aan de ene licentienemer een licentie wordt gegeven voor het vervaardigen van gangwissels voor auto's met motoren met vier of minder cilinders, en aan een andere licentienemer een licentie wordt gegeven voor het vervaardigen van dezelfde gangwissels voor auto's met motoren met meer dan vier cilinders, verdelen de afnemers tussen licentienemers en worden niet beschouwd als een beperking van het gebruiksgebied. Beperkingen met betrekking tot de afnemers vallen onder artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 4, lid 2, onder b), van de GVTO en zijn reeds besproken in de punten 81 en 90 tot en met 96.

171. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten zijn wederkerige beperkingen van het gebruiksgebied in het algemeen, alsmede niet-wederkerige beperkingen van het gebruiksgebied die aan de licentiegever worden opgelegd, „hardcore"-beperkingen in de zin van artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO (zie punt 82). Beperkingen van het gebruiksgebied waarop artikel 4, lid 1, onder c), van toepassing is, vallen onder het verbod van artikel 81, lid 1, en zullen meer dan waarschijnlijk niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, met name aan de derde voorwaarde van onmisbaarheid.

172. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan de licentienemer worden opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst tussen concurrenten, zijn groepsgewijs vrijgesteld beneden de marktaandeeldrempel van 20 %. Het belangrijkste bezwaar uit mededingingsoogpunt bij dergelijke beperkingen is het risico dat de licentienemer ophoudt een echte bron van concurrentie te zijn binnen het gebruiksgebied waarvoor de beperking geldt. Bezwaren kunnen er met name zijn wanneer de productiefaciliteit van de licentienemer, die is ingericht voor het gebruik van de in licentie gegeven technologie, ook wordt gebruikt voor het vervaardigen van producten waarop de beperking van het gebruiksgebied van toepassing is. Indien de overeenkomst in dergelijke gevallen een negatieve invloed heeft gehad of waarschijnlijk zal hebben op het vermogen van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren binnen het gebruiksgebied waarvoor de door de licentiegever opgelegde beperking geldt en hij daardoor zijn productie heeft verminderd, beperkt de overeenkomst de mededinging die bestond zonder de overeenkomst. In dat geval zal de overeenkomst waarschijnlijk onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen en waarschijnlijk niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, aangezien de gebruikers van de producten waarvoor de beperking van het gebruiksgebied geldt allicht geen billijk aandeel in de voordelen zullen ontvangen ([59]). Indien in dergelijke gevallen de overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt, zal die waarschijnlijk worden ingetrokken.

173. Beperkingen van het gebruiksgebied in overeenkomsten tussen niet-concurrenten, waarbij de licentiegever een of meer productmarkten of technische gebruiksgebieden voor hemzelf reserveert, zijn over het algemeen ofwel niet-concurrentiebeperkend, ofwel efficiëntiebevorderend. Zij bevorderen de verspreiding van nieuwe en waardevolle technologie door de licentiegever een prikkel te geven om licenties te verlenen voor exploitatie in gebieden waarin hij de technologie niet zelf wil exploiteren. Indien de licentiegever de licentienemers niet kon verhinderen actief te worden in gebieden waarin hij de technologie zelf exploiteert, zou dit voor hem waarschijnlijk een reden zijn om geen licenties te verlenen.

174. De licentiegever heeft normaliter ook het recht om aan verschillende licentienemers licenties te verlenen die beperkt zijn tot een of meer gebruiksgebieden. Aangezien de betrokken producten tot verschillende productmarkten behoren (zie punt 170), houden dergelijke beperkingen geen toewijzing van klanten of markten in. Wanneer de beperking evenwel wordt gecombineerd met een exclusiviteitsbeding, d.w.z. een verplichting voor de licentiegever om geen andere licenties te verlenen binnen een bepaald gebruiksgebied, verminderen deze beperkingen de intratechnologie concurrentie tussen licentienemers op dezelfde wijze als exclusieve licenties (zie onder IV.2.2).

2.5. *Beperkingen tot eigen gebruik*

175. Een beperking tot eigen gebruik kan worden gedefinieerd als een verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd, om zijn productie van het in licentie vervaardigde producten te beperken tot de hoeveelheden die vereist zijn voor de vervaardiging van zijn eigen producten en voor onderhoud en reparatie van zijn eigen producten. Dit soort beperking van het gebruik neemt met andere woorden de vorm aan van een verplichting voor de licentienemer om de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt uitsluitend te gebruiken voor verwerking in zijn eigen productie, terwijl de licentie niet geldt voor de verkoop van het in licentie vervaardigde product voor verwerking in de producten van andere producenten.

176. Beperkingen tot eigen gebruik vallen onder de groepsvrijstelling tot de respectieve marktaandeeldrempels van 20 % en 30 %. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling moet worden nagegaan wat de concurrentiebevorderende en concurrentieverstorende effecten van de beperking zijn. In dit verband moeten overeenkomsten tussen niet-concurrenten worden onderscheiden van overeenkomsten tussen concurrenten.

177. Bij licentieovereenkomsten tussen concurrenten verhindert een beperking die aan de licentienemer de verplichting oplegt producten in licentie alleen te vervaardigen voor verwerking in zijn eigen producten, dat hij een leverancier van bestanddelen aan andere producenten wordt. Indien de licentienemer vóór het sluiten van de overeenkomst geen daadwerkelijke of potentiële leverancier van bestanddelen aan andere producenten was, verandert de beperking tot eigen gebruik niets ten opzichte van de reeds bestaande toestand. In dat geval wordt de beperking op dezelfde wijze behandeld als bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Indien de licentienemer daarentegen een daadwerkelijke of potentiële leverancier van bestanddelen is, beperkt de beperking de mededinging die vóór de overeenkomst bestond en kan zij aanleiding geven tot ernstige negatieve effecten op de markt. Een beperking tot eigen gebruik kan tussen concurrerende leveranciers van bestanddelen leiden tot een onderlinge verdeling van de markten, met name in het geval van wederzijdse licenties met een wederkerige beperking tot eigen gebruik. Indien niet alleen het gebruik van de in licentie gegeven technologie zou worden beperkt, maar ook het gebruik van de eigen technologie van de licentienemer, zou er sprake zijn van een „hardcore"-beperking in de zin van artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO.

178. Bij licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten zijn er twee belangrijke risico's voor de concurrentie verbonden aan beperkingen tot eigen gebruik: a) een beperking van de intra-technologie concurrentie op de markt voor de levering van inputs, en b) de uitsluiting van arbitrage tussen licentienemers, hetgeen het de licentiegever gemakkelijker maakt discriminerende royalty's op te leggen aan licentienemers.

179. Beperkingen tot eigen gebruik kunnen echter ook concurrentiebevorderende licenties in de hand werken. Indien de licentiegever een leverancier van bestanddelen is, kan de beperking noodzakelijk zijn om te komen tot verspreiding van de technologie. Indien het op basis van objectieve factoren waarschijnlijk is dat de licentiegever zonder de beperking geen licentie zou verlenen, omdat anders rechtstreekse concurrentie voor de licentiegever op de bestanddelenmarkt in het leven zou worden geroepen, valt de beperking gewoonweg niet onder het verbod van artikel 81, lid 1. Een voorwaarde is evenwel dat de licentienemer niet wordt beperkt in de verkoop van de in licentie vervaardigde producten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten. De licentienemer moet klantenservice na verkoop kunnen aanbieden, ook via onafhankelijke serviceorganisaties die onderhoud en reparaties verrichten voor de door de licentienemer vervaardigde producten.

180. Wanneer de licentiegever geen leverancier van bestanddelen is op de relevante markt, is de bovengenoemde reden voor het opleggen van beperkingen tot eigen gebruik niet voorhanden. In dat geval kan een beperking tot eigen gebruik in principe de verspreiding van de technologie bevorderen doordat zij voorkomt dat de licentienemers verkopen aan producenten die met de licentiegever concurreren op andere markten. Het opleggen van een beperking aan de licentienemer om niet te verkopen aan bepaalde klantenkringen die voor de licentiegever gereserveerd zijn, vormt echter doorgaans een minder beperkend alternatief. Bijgevolg is in dergelijke gevallen een beperking tot eigen gebruik doorgaans niet noodzakelijk voor de verspreiding van de technologie.

181. Beperkingen tot eigen gebruik kunnen voorts het in licentie geven van technologie bevorderen doordat zij de licentiegever in staat stellen doelmatiger toe te zien op de betaling van royalty's. Dit toezicht zal doorgaans gemakkelijker zijn wanneer de royalty's kunnen worden berekend op elk product waarin de input is verwerkt die op basis van de in licentie gegeven technologie is vervaardigd. Wanneer de licentiegever echter een aanzienlijke mate van marktmacht bezit, zal die efficiëntieverbetering echter waarschijnlijk niet opwegen tegen de concurrentieverstorende effecten.

2.6. *Koppelverkoop*

182. In het kader van de licentiëring van technologie vindt koppelverkoop plaats wanneer de licentiegever het verlenen van een licentie op de ene technologie (het „koppelende" product) afhankelijk maakt van de bereidheid van de licentienemer om ook een licentie te nemen op een andere technologie (het „gekoppelde" product). Er is geen sprake van koppelverkoop wanneer het koppelende product niet te scheiden is van het gekoppelde product. Technologieën of producten worden geacht te scheiden te zijn wanneer zij zonder de koppeling uit het oogpunt van de licentienemer/koper tot verschillende markten behoren. Dit is normaliter niet het geval wanneer de technologieën of producten zodanig met elkaar verweven zijn dat de in licentie gegeven technologie niet kan worden geëxploiteerd zonder het gekoppelde product.

183. Koppelverkoop valt bij overeenkomsten tussen concurrenten tot de marktaandeeldrempel van 20 % en bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten tot de marktaandeeldrempel van 30 % onder de groepsvrijstelling. Boven de marktaandeeldrempel moeten de concurrentieverstorende en concurrentiebevorderende effecten van koppelverkoop tegen elkaar worden afgewogen.

184. Wanneer de licentiegever op de markt voor het gekoppelde product meer marktmacht bezit dan op de markt voor het koppelende product, wordt de beperking beschouwd als een niet-concurrentiebeding of als een afnamequotering, op grond van het feit dat een eventueel concurrentieprobleem zijn oorsprong vindt op de markt voor het „gekoppelde" product en niet op de markt voor het „koppelende" product ([60]). Artikel 3 van de GVTO, dat de toepassing van de groepsvrijstelling afhankelijk maakt van marktaandeeldrempels, waarborgt dat dergelijke overeenkomsten niet onder de groepsvrijstelling vallen boven de marktaandeeldrempels van respectievelijk 20 % en 30 %. De marktaandeeldrempels gelden voor elke relevante technologie- of productmarkt, met inbegrip van de markt voor het gekoppelde product.

185. Het belangrijkste beperkende effect van koppelverkoop is uitsluiting van concurrerende leveranciers van het gekoppelde product. Koppelverkoop kan de licentiegever echter ook in staat stellen de royalty's te verhogen, met name wanneer het koppelende product en het gekoppelde product gedeeltelijk substitueerbaar zijn en de twee producten niet in vaste verhoudingen worden gebruikt. Koppelverkoop verhindert dat de licentienemer bij een verhoging van de royalty's voor het koppelende product overschakelt op vervangingsproducten. Deze concurrentiebezwaren gelden ongeacht of de partijen bij de overeenkomst concurrenten zijn of niet. Het risico op concurrentieverstorende effecten van koppelverkoop is slechts groot wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht bezit op de markt voor het koppelende product, zodat hij de concurrentie met betrekking tot het gekoppelde product kan beperken. Zonder marktmacht op de markt voor het koppelende product kan de licentiegever zijn technologie niet gebruiken om leveranciers op de markt voor het gekoppelde product uit te sluiten. Net zoals bij niet-concurrentiebedingen moet de koppeling daarenboven een bepaald percentage van de markt voor het gekoppelde product bestrijken; zoniet zullen marktafschermingseffecten zich niet voordoen.

186. Koppelverkoop kan ook leiden tot efficiëntieverbeteringen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het gekoppelde product noodzakelijk is voor een uit technisch oogpunt bevredigende exploitatie van de in licentie gegeven technologie of om te kunnen garanderen dat de in licentie vervaardigde producten voldoen aan de kwaliteitsnormen die door de licentiegever en andere licentienemers in acht worden genomen. In dergelijke gevallen is koppelverkoop ofwel niet concurrentiebeperkend, ofwel gedekt door artikel 81, lid 3. Indien de licentienemers het handelsmerk of de merknaam van de licentiegever gebruiken of indien het anderszins voor de consument duidelijk is dat er een verband is tussen het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt en de licentiegever, heeft de licentiegever er een gewettigd belang bij dat wordt gegarandeerd dat de kwaliteit van de producten van dien aard is dat de waarde van zijn technologie of zijn reputatie als marktdeelnemer er niet door wordt ondermijnd. Wanneer de consumenten weten dat de licentienemers (en de licentiegever) op basis van dezelfde technologie produceren, is het daarenboven onwaarschijnlijk dat licentienemers bereid zouden zijn een licentie te nemen indien de technologie niet door alle producenten op een uit technisch oogpunt bevredigende wijze wordt geëxploiteerd.

187. Koppelverkoop zal waarschijnlijk ook concurrentiebevorderend zijn wanneer het gekoppelde product de licentienemer in staat stelt om de in licentie gegeven technologie op aanzienlijk efficiëntere wijze te exploiteren dan de andere beschikbare alternatieven. Wanneer de licentiegever bijvoorbeeld een bepaalde procestechnologie in licentie geeft, kunnen de partijen eveneens overeenkomen dat de licentienemer bij de licentiegever een katalysator koopt die is ontwikkeld voor gebruik met de in licentie gegeven technologie en die het mogelijk maakt die technologie efficiënter te exploiteren dan met andere katalysatoren het geval zou zijn. Wanneer in dergelijke gevallen de beperking onder het verbod van artikel 81, lid 1, valt, zal waarschijnlijk toch voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zelfs boven de marktaandeeldrempels.

2.7. *Niet-concurrentiebedingen*

188. Niet-concurrentiebedingen nemen in het kader van de licentiëring van technologie de vorm aan van een verplichting voor de licentienemer om geen technologieën van derden te gebruiken die met de in licentie gegeven technologie concurreren. Een niet-concurrentiebeding dat betrekking heeft op een product of een extra technologie die door de licentiegever wordt geleverd, is reeds besproken in het vorige onderdeel betreffende koppelverkoop.

189. De GVTO verleent vrijstelling voor niet-concurrentiebedingen, zowel in het kader van overeenkomsten tussen concurrenten als in het kader van overeenkomsten tussen niet-concurrenten, tot de marktaandeeldrempels van respectievelijk 20 % en 30 %.

190. Het belangrijkste gevaar voor de mededinging dat niet-concurrentiebedingen opleveren, is de uitsluiting van technologieën van derden. Bij cumulatief gebruik kunnen niet-concurrentiebedingen voorts ongeoorloofde afspraken tussen licentiegevers vergemakkelijken. De uitsluiting van concurrerende technologieën vermindert de concurrentiedruk op de royalty's die worden berekend door de licentiegever en vermindert de concurrentie tussen de gevestigde technologieën doordat de mogelijkheden

voor licentienemers om over te schakelen tussen concurrerende technologieën worden beperkt. Aangezien uitsluiting in beide gevallen het hoofdprobleem is, kan in het algemeen dezelfde analyse worden gemaakt in het geval van overeenkomsten tussen concurrenten en van overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Bij wederzijdse licenties tussen concurrenten waarbij beiden ermee instemmen geen technologieën van derden te gebruiken, kan de overeenkomst evenwel ongeoorloofde afspraken tussen hen op de productmarkt vergemakkelijken, hetgeen de lagere marktaandeeldrempel van 20 % rechtvaardigt.

191. Marktafscherming kan zich voordoen wanneer een aanzienlijk deel van de potentiële licentienemers reeds gebonden zijn aan één of, in het geval van cumulatieve effecten, meer bronnen van technologie en het hen onmogelijk wordt gemaakt concurrerende technologieën te exploiteren. Marktafschermingseffecten kunnen het gevolg zijn van overeenkomsten die zijn gesloten door een enkele licentiegever met een aanzienlijke mate van marktmacht, of van een cumulatief effect van overeenkomsten die door meerdere licentiegevers zijn gesloten, zelfs wanneer elke individuele overeenkomst of elk netwerk van overeenkomsten op zichzelf onder de GVTO valt. Een ernstig cumulatief effect zal zich echter waarschijnlijk niet voordoen zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is. Boven die drempel is een aanzienlijke mate van marktafscherming waarschijnlijk, wanneer er relatief hoge toetredingsdrempels voor nieuwe licentienemers bestaan. Indien de toetredingsdrempels laag zijn, kunnen nieuwe licentienemers de markt betreden en commercieel aantrekkelijke technologieën van derden exploiteren; zo kunnen zij een reëel alternatief vormen voor de gevestigde licentienemers. Om te bepalen hoe reëel de toetredings- en groeikansen van derden zijn, moet tevens rekening worden gehouden met de mate waarin de distributeurs door niet-concurrentiebedingen gebonden zijn aan licentienemers. Voor technologieën van derden bestaat slechts een reële toetredingsmogelijkheid indien zij toegang hebben tot de noodzakelijke productiemiddelen en distributiekanalen. Het gemak van de toegang hangt met andere woorden niet alleen af van de beschikbaarheid van licentienemers, maar ook van de mate waarin zij toegang hebben tot distributie. Bij het toetsen van de afschermingseffecten op distributieniveau zal de Commissie het analytische kader toepassen dat is uiteengezet onder IV.2.1 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen ([61]).

192. Wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht bezit, kunnen verplichtingen die aan licentienemers worden opgelegd om de technologie uitsluitend van de licentiegever te betrekken, leiden tot aanzienlijke marktafschermingseffecten. Hoe sterker de marktpositie van de licentiegever, hoe groter het risico op uitsluiting van concurrerende technologieën. Om tot aanzienlijke marktafschermingseffecten te leiden, is het niet noodzakelijk dat de niet-concurrentiebedingen betrekking hebben op een groot deel van de markt. Zelfs zonder een groot marktbereik kunnen aanzienlijke marktafschermingseffecten zich voordoen wanneer de niet-concurrentiebedingen gericht zijn op ondernemingen die het meest in aanmerking komen om concurrerende technologieën in licentie te nemen. Het risico op marktafscherming is bijzonder groot wanneer er slechts een beperkt aantal potentiële licentienemers is en de licentieovereenkomst betrekking heeft op een technologie die door de licentienemers wordt gebruikt om een input voor hun eigen gebruik te maken. In dat geval is de vraag op de markt beperkt tot de licentienemers. Marktafscherming is minder waarschijnlijk wanneer de technologie wordt gebruikt om een product te maken dat aan derden wordt verkocht, aangezien in dat geval de beperking alleen productiecapaciteit bindt, maar niet de vraag naar het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Om in dit laatste geval de markt te betreden, dienen licentiegevers alleen toegang te hebben tot licentienemers die over voldoende productiecapaciteit beschikken, en tenzij slechts enkele ondernemingen de productiemiddelen bezitten of kunnen verkrijgen die vereist zijn om in licentie te produceren, is het onwaarschijnlijk dat de licentiegever door het opleggen van niet-concurrentiebedingen aan zijn licentienemers concurrenten de toegang tot efficiënte licentienemers zou kunnen ontzeggen.

193. Niet-concurrentiebedingen kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben. Om te beginnen kunnen dergelijke verplichtingen de verspreiding van technologie bevorderen door het risico op misbruik van de in licentie gegeven technologie, met name knowhow, te verminderen. Indien de licentienemer het recht heeft om concurrerende technologieën van derden in licentie te nemen, bestaat het risico dat specifiek in licentie gegeven knowhow zou worden gebruikt bij de exploitatie van concurrerende technologieën en zo de concurrenten ten goede zou komen. Wanneer een licentienemer ook concurrerende technologieën exploiteert, maakte dit voorts het toezicht op royaltybetalingen moeilijker, hetgeen licentiëring kan ontmoedigen.

194. In de tweede plaats kunnen niet-concurrentiebedingen noodzakelijk zijn om de licentienemer te stimuleren om in de in licentie gegeven technologie te investeren en deze daadwerkelijk te exploiteren. Vaak echter zal er, wanneer de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, valt, voor het bereiken van dat doel mee kunnen worden volstaan minimumverplichtingen op te leggen op het stuk van productie of royalty's, welke doorgaans minder gemakkelijk tot uitsluiting van concurrerende technologieën zullen leiden.

195. In de derde plaats kunnen, wanneer de licentiegever zich ertoe verbindt aanzienlijke klantgebonden investeringen te doen, bijvoorbeeld in opleiding of in het aanpassen van de in licentie gegeven technologie aan de behoeften van de licentienemer, niet-concurrentiebedingen of anders minimumverplichtingen op het stuk van productie of royalty's noodzakelijk zijn om de licentiegever ertoe te brengen de investering te doen en „hold-up" problemen te vermijden. In de regel zal de licentiegever echter voor die investeringen rechtstreeks kunnen doen betalen in de vorm van een bedrag ineens, hetgeen betekent dat minder beperkende alternatieven voorhanden zijn.

3. **Schikkingen en overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten**

196. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben betrekking op de overdracht van technologie van de licentiegever aan de licentienemer om de licentienemer in staat te stellen de technologie van de licentiegever te exploiteren. In sommige sectoren is het verlenen van licenties echter steeds belangrijker geworden als een middel om conflicten minnelijk te regelen of om te voor-

komen dat de ene partij haar intellectuele-eigendomsrechten uitoefent om de andere te verhinderen haar eigen technologie te exploiteren. Het wederzijds verlenen van licenties in het kader van schikkingen of overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten is als zodanig niet concurrentiebeperkend, aangezien zij de partijen achteraf de mogelijkheid bieden om te concurreren. De specifieke bepalingen en voorwaarden van dergelijke overeenkomsten kunnen echter onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen.

197. Overeenkomsten die aan de partijen beperkingen opleggen met betrekking tot het gebruik van hun respectieve technologieën, inclusief het in licentie geven ervan aan derden, zullen waarschijnlijk onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen. Zelfs indien de partijen wegens het bestaan van een blokkeringspositie in twee richtingen beschouwd worden als niet-concurrenten (zie punt 25), zal een dergelijke beperking waarschijnlijk wegens het ontbreken van een objectieve noodzaak (zie punt 14) onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen. Daarenboven zullen dergelijke overeenkomsten waarschijnlijk niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Het belangrijkste voordeel van de overeenkomst is dat een einde wordt gemaakt aan het geschil of dat toekomstige geschillen worden voorkomen. Wederzijdse licenties zonder beperkingen zijn daartoe voldoende.

198. Wanneer de partijen krachtens de overeenkomst gerechtigd zijn elkaars technologie te gebruiken en de overeenkomst ook betrekking heeft op toekomstige ontwikkelingen, moet worden afgewogen wat de invloed van de overeenkomst is op de prikkel voor de partijen om te innoveren. Wanneer de partijen een behoorlijke mate van marktmacht bezitten en wanneer de overeenkomst de partijen verhindert een concurrentievoordeel ten opzichte van elkaar te behalen, zal de overeenkomst waarschijnlijk onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen en zal zij waarschijnlijk niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, inzonderheid de voorwaarde van onmisbaarheid. Voor het bereiken van het doel van de overeenkomst, namelijk ervoor te zorgen dat de partijen hun eigen technologie kunnen blijven exploiteren zonder geblokkeerd te worden door de andere partij, is het niet vereist dat de partijen overeenkomen toekomstige innovaties met elkaar te delen.

199. Royaltyverplichtingen en andere betalingsregelingen in het kader van schikkingen en overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten kunnen onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen indien zij de partijen in staat stellen hun prijsstelling te coördineren. Zij worden beoordeeld op dezelfde wijze als bij overeenkomsten tussen concurrenten (zie de punten 77 en 147). De licentienemers dienen vrijgesteld te zijn van royaltybetalingen of, wanneer de objectieve waarde van de betrokken technologieën verschilt, te kunnen volstaan met een eenmalige (forfaitaire) betaling van royalty's, die het objectieve waardeverschil weerspiegelt.

200. In het kader van schikkingen en overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten worden niet-aanvechtingsclausules over het algemeen geacht buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, te vallen. Het is eigen aan dergelijke overeenkomsten dat de partijen overeenkomen achteraf niet de intellectuele-eigendomsrechten aan te vechten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het is zelfs het wezenlijke doel van de overeenkomst bestaande geschillen te beslechten en/of toekomstige geschillen te voorkomen.

201. De groepsvrijstelling is van toepassing voor zover de overeenkomst geen „hardcore"-beperkingen van de mededinging als bedoeld in artikel 4 van de GVTO bevat. Er wordt niettemin aan herinnerd (zie punt 34) dat de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 2 van de GVTO slechts geldt wanneer de licentieovereenkomst wordt gesloten tussen twee ondernemingen met het oog op de productie van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Daaruit volgt dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is wanneer licenties worden verleend met als enige doel een geschil te beslechten of toekomstige geschillen te voorkomen, en niet met productiedoeleinden.

4. **Technologiepools**

202. Technologiepools worden gedefinieerd als regelingen waarbij twee of meer partijen een pakket technologie bijeenbrengen dat niet alleen in licentie wordt gegeven aan leden van de pool, maar ook aan derden. Wat hun structuur betreft, kunnen technologiepools de vorm aannemen van gewone overeenkomsten tussen een beperkt aantal partijen, maar ook van ingewikkelde organisatorische regelingen waarbij de organisatie van de licentiëring van de gepoolde technologieën wordt toevertrouwd aan een afzonderlijke entiteit. In beide gevallen kan de pool licentienemers de mogelijkheid bieden op de markt actief te zijn op basis van een enkele licentie.

203. In sommige gevallen ondersteunen de technologieën in de pool (geheel of gedeeltelijk) een feitelijke of wettelijke industrienorm. Er is echter geen noodzakelijk verband tussen technologiepools en normen. Wanneer technologiepools een industrienorm ondersteunen, doen zij dat niet noodzakelijk slechts voor één norm. Technologiepools kunnen concurrerende normen ondersteunen ([62]).

204. Overeenkomsten betreffende de oprichting van technologiepools waarin de voorwaarden voor het functioneren ervan worden vastgelegd, vallen, ongeacht het aantal partijen, niet onder de groepsvrijstelling (zie onder III.2.2). Op dergelijke overeenkomsten zijn alleen deze richtsnoeren van toepassing. Poolingovereenkomsten stellen een aantal specifieke vraagstukken aan de orde in verband met de keuze van de erin opgenomen technologieën en het functioneren van de pool, die in het kader van andere soorten licentieovereenkomsten geen rol spelen. De afzonderlijke licenties die door de pool aan derden worden verleend, worden echter behandeld als andere licentieovereenkomsten, waarvoor de groepsvrijstelling geldt wanneer zij voldoen aan de voorwaarden van de GVTO, met inbegrip van de voorschriften van artikel 4 van de GVTO, dat de lijst van „hardcore"-beperkingen bevat.

205. Technologiepools kunnen concurrentiebeperkend zijn. De oprichting van een technologiepool houdt noodzakelijkerwijs in dat de gepoolde technologieën gezamenlijk worden verkocht, wat in het geval van pools die bestaan uit vervangingstechnologieën neerkomt op een prijsbindingskartel. Behalve dat zij de mededinging tussen de partijen beperken, kunnen technologiepools daarenboven, met name wanneer zij een industrienorm ondersteunen of een feitelijke industrienorm tot stand brengen, ook de mededinging op het gebied van innovatie beperken door alternatieve technologieën uit te sluiten. Het bestaan van de norm en de daarmee verbonden technologiepool kan het voor nieuwe en verbeterde technologieën moeilijk maken een plaats op de markt te veroveren.

206. Technologiepools kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben, met name door het beperken van de transactiekosten. De oprichting van een pool maakt „one-stop" licentiëring van de in de pool opgenomen technologieën mogelijk. Dit is met name van belang in sectoren waar intellectuele-eigendomsrechten een grote rol spelen en waar van een aanzienlijk aantal licentiegevers licenties moeten worden verkregen om op de markt actief te kunnen zijn. Wanneer de licentienemers voortdurende service ontvangen met betrekking tot de toepassing van de in licentie gegeven technologie, kan gezamenlijke licentiëring en dienstverlening leiden tot een verdere vermindering van de kosten.

4.1. *De aard van de gepoolde technologieën*

207. De risico's voor de mededinging en de mogelijkheden tot efficiëntieverbetering die aan technologiepools verbonden zijn, hangen in ruime mate af van de verhouding tussen de gepoolde technologieën onderling en van hun verhouding met technologieën buiten de pool. Daarbij moet een dubbel fundamenteel onderscheid worden gemaakt, namelijk tussen a) complementaire technologieën en vervangingstechnologieën, en b) essentiële en niet-essentiële technologieën.

208. Twee technologieën zijn *complementair*, en geen *vervangingstechnologieën*, wanneer beide technologieën uit een technologisch oogpunt vereist zijn om het product te vervaardigen of het procédé uit te voeren waarop de technologieën betrekking hebben. Omgekeerd zijn twee technologieën substituten voor elkaar wanneer de bezitter ervan uit een technologisch oogpunt met een van de technologieën het product kan vervaardigen of het procédé kan uitvoeren waarop de technologieën betrekking hebben. Een technologie is *essentieel* (en in het omgekeerde geval *niet-essentieel*) indien er binnen of buiten de pool geen substituten voor die technologie zijn en de betrokken technologie een noodzakelijk onderdeel van het pakket technologieën vormt met het oog op de vervaardiging van het product of de producten dan wel de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de pool betrekking heeft. Technologieën die essentieel zijn, zijn noodzakelijkerwijs ook complementair.

209. Wanneer de technologieën in een pool vervangingstechnologieën zijn, zullen de royalty's waarschijnlijk hoger liggen dan anders het geval zou zijn, omdat de licentienemers geen profijt trekken van de rivaliteit tussen de betrokken technologieën. Wanneer de technologieën in de pool complementair zijn, vermindert de overeenkomst de transactiekosten en kan zij leiden tot lagere royalty's in het algemeen, omdat de partijen een gezamenlijke royalty kunnen vaststellen voor het pakket in plaats dat voor elke licentie afzonderlijk een royalty wordt vastgesteld die geen rekening houdt met de door anderen vastgestelde royalty's.

210. Het onderscheid tussen complementaire en vervangingstechnologieën is niet steeds haarscherp te trekken, aangezien technologieën gedeeltelijk substituten en gedeeltelijk complementair kunnen zijn. Wanneer het wegens de efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit de integratie van twee technologieën waarschijnlijk is dat de licentienemers beide technologieën nodig zullen hebben, worden de technologieën als complementair beschouwt, zelfs indien zij gedeeltelijk substituten voor elkaar zijn. In dergelijke gevallen is het waarschijnlijk dat de licentienemers zonder de pool beide technologieën in licentie zouden willen nemen wegens het bijkomende economische voordeel van het gebruik van beide technologieën in plaats van slechts één ervan.

211. Uit een juridisch oogpunt zijn twee technologieën tevens complementair wanneer er zich een tweezijdige blokkeringspositie voordoet. In de regel zal de Commissie echter niet oordelen dat de oprichting van een pool bestaande blokkeringsposities moet opheffen. Zoals aangegeven onder IV.3 kunnen de partijen een blokkeringspositie opheffen door elkaar wederzijds licenties te verlenen of door een overeenkomst inzake de niet-uitoefening van rechten te sluiten, hetgeen hen beiden in staat stelt hun respectieve technologieën onafhankelijk te exploiteren. De

Commissie zal technologiepools die blokkeringsoctrooien behelzen dan ook op dezelfde wijze behandelen als technologiepools die vervangingstechnologieën omvatten.

212. De opneming van vervangingstechnologieën in de pool beperkt de inter-technologie concurrentie binnen de pool en komt neer op collectieve koppelverkoop. Wanneer het grootste deel van de pool bestaat uit vervangingstechnologieën, komt de regeling daarenboven neer op prijsbinding tussen concurrenten. In het algemeen is de Commissie van oordeel dat het opnemen van vervangingstechnologieën in de pool een inbreuk vormt op artikel 81, lid 1. De Commissie is tevens van oordeel dat het onwaarschijnlijk is dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zal zijn voldaan wanneer de pools vervangingstechnologieën omvatten. Aangezien de betrokken technologieën alternatieven voor elkaar zijn, levert het opnemen van beide technologieën in de pool geen besparing van transactiekosten op. Zonder de pool zouden de licentienemers niet om beide technologieën gevraagd hebben. Het is niet voldoende dat het de partijen vrij blijft staan onafhankelijk licenties te verlenen. Om de pool, die hen in staat stelt gezamenlijk marktmacht uitoefenen, niet te ondermijnen, zullen de partijen waarschijnlijk niet erg geneigd zijn dat te doen.

213. Wanneer een pool uitsluitend bestaat uit technologieën die essentieel zijn en bijgevolg noodzakelijkerwijs ook complementair, valt de oprichting van de pool als zodanig in het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, ongeacht de marktpositie van de partijen. De voorwaarden waarop licenties worden verleend, kunnen evenwel onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen.

214. Wanneer niet-essentiële maar complementaire octrooien in de pool zijn opgenomen, bestaat er een gevaar voor uitsluiting van technologieën van derden. Wanneer een technologie eenmaal is opgenomen in de pool en als een onderdeel van het pakket in licentie is gegeven, zullen de licentienemers waarschijnlijk niet erg geneigd zijn een licentie te nemen op een concurrerende technologie, aangezien de voor het pakket betaalde royalty reeds een vervangingstechnologie omvat. Het opnemen van technologieën die niet noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van het product of de producten of voor de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de technologiepool betrekking heeft, dwingt de licentienemers daarenboven te betalen voor een technologie die zij wellicht niet nodig hebben. Het opnemen van complementaire octrooien komt dus neer op collectieve koppelverkoop. Wanneer een pool niet-essentiële technologieën omvat, zal de overeenkomst waarschijnlijk onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen, indien de pool een belangrijke positie bekleedt op een van de relevante markten.

215. Bij de beoordeling van technologiepools die niet-essentiële technologieën omvatten, d.w.z. technologieën waarvoor buiten de pool substituten bestaan of die niet noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van een of meer producten waarop de pool betrekking heeft, zal de Commissie onder meer rekening houden met de volgende factoren:

a) zijn er concurrentiebevorderende redenen om de niet-essentiële technologieën op te nemen in de pool?

b) blijft het de licentiegevers vrij staan hun respectieve technologieën onafhankelijk in licentie te geven? Wanneer de pool uit een beperkt aantal technologieën bestaat en er buiten de pool vervangingstechnologieën voorhanden zijn, kan het voor licentienemers wellicht haalbaar zijn zelf hun eigen technologiepakket samen te stellen, deels met technologieën die deel uitmaken van de pool en deels met technologieën van derden.

c) is de gepoolde technologie uitsluitend als één pakket verkrijgbaar of kunnen de licentienemers een licentie nemen op slechts een deel van het pakket, met een dienovereenkomstige verlaging van royalty's? Deze mogelijkheid is niet alleen relevant wanneer de pool niet-essentiële technologieën omvat, maar ook wanneer de gepoolde technologieën verschillende toepassingen kennen en voor sommige daarvan niet alle gepoolde technologieën noodzakelijk zijn. In het eerste geval vermindert de mogelijkheid om een licentie te nemen op slechts een deel van het pakket het gevaar voor uitsluiting van technologieën van derden die niet tot de pool behoren. In het laatste geval voorkomt het recht om slechts een deel van het pakket in licentie te nemen dat technologieën die niet essentieel zijn voor een bepaald product of procédé worden gekoppeld aan essentiële technologieën. Een licentie nemen op een deel van het pakket is slechts een reële mogelijkheid indien de licentienemer een dienovereenkomstige een verlaging van royalty's verkrijgt. Dit veronderstelt dat aan elke technologie in de pool een fractie van het totale royaltybedrag is toegewezen. Wanneer de licentieovereenkomsten tussen de pool en individuele licentienemers een relatief lange looptijd hebben en de gepoolde technologie een feitelijke industrienorm vormt, moet er tevens rekening mee worden gehouden dat de pool de toegang tot de markt kan belemmeren voor nieuwe vervangingstechnologieën. Bij de beoordeling van het risico op marktafscherming dient in dergelijke gevallen rekening te worden gehouden met de vraag of de licentienemers al dan niet het recht hebben om met een redelijke opzegtermijn een deel van de licentie op te zeggen en een dienovereenkomstige verlaging van royalty's te verkrijgen.

4.2. *Beoordeling van individuele beperkingen*

216. In dit onderdeel wordt een aantal beperkingen behandeld die gewoonlijk in de één of andere vorm worden aangetroffen in technologiepools en die in de algemene context van de pool dienen te worden beoordeeld. Er zij aan herinnerd (zie punt 204) dat de GVTO, met inbegrip van de lijst van „hardcore"-beperkingen die is opgenomen in artikel 4 van de GVTO, van toepassing is op licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen de pool en derden-licentienemers. Hier wordt derhalve alleen ingegaan op de oprichting van de pool en op licentievraagstukken die specifiek zijn voor licentiëring in de context van technologiepools.

217. Bij haar beoordeling zal de Commissie zich in hoofdzaak laten leiden door de volgende principes:

1. Hoe sterker de marktpositie van de pool, hoe groter het gevaar voor concurrentieverstorende effecten.

2. Pools met een sterke positie op de markt dienen open en non-discriminatoir te zijn.

3. Pools mogen zonder goede reden technologieën van derden niet uitsluiten van de markt of de oprichting van andere pools niet beperken.

218. Ondernemingen die een technologiepool opzetten, kunnen doorgaans vrijelijk door onderhandelingen de royalty's voor het technologiepakket vaststellen en het aandeel van elke technologie in de royalty's bepalen. Een overeenkomst daarover is een noodzakelijk aspect van het opzetten van de pool en kan op zichzelf niet als concurrentiebeperkend worden beschouwd. Wanneer de selectie van de in de pool op te nemen technologieën geschiedt door een onafhankelijke deskundige, kan dit zelfs concurrentie mogelijk maken tussen de beschikbare technologische oplossingen. Het moeten de licentienemers evenwel vrij staan de prijs en de hoeveelheid van de in licentie vervaardigde producten te bepalen.

219. Wanneer de pool een sterke positie bekleedt op de markt, dienen de royalty's en andere licentievoorwaarden non-discriminatoir te zijn en dienen de licenties niet-exclusief te zijn. Beide voorwaarden moeten vervuld zijn om te garanderen dat de pool open is en niet leidt tot marktafscherming en andere concurrentieverstorende effecten op de stroomafwaartse markten. Deze voorwaarden sluiten evenwel niet uit dat verschillende royalty's kunnen gelden voor verschillende gebruiksdoeleinden. Het wordt in het algemeen niet als concurrentiebeperkend beschouwd verschillende royaltytarieven toe te passen op verschillende productmarkten, terwijl er binnen productmarkten geen discriminatie mag zijn. Met name mogen licentienemers niet anders worden behandeld naargelang zij al dan niet zelf licentiegevers zijn. De Commissie zal er dan ook rekening mee houden of licentiegevers zelf ook royalty's moeten betalen.

220. Het moet licentiegevers en licentienemers vrij staan concurrerende producten en normen te ontwikkelen en licenties te verlenen buiten de pool. Deze eisen zijn noodzakelijk om het risico van uitsluiting van de technologieën van derden te beperken en te garanderen dat de pool de innovatie niet beperkt en de totstandkoming van concurrerende technologische oplossingen niet onmogelijk maakt. Wanneer een pool leidt tot de totstandkoming van een (feitelijke) industrienorm en wanneer de partijen onderworpen zijn aan niet-concurrentiebedingen, bestaat met name het risico dat de pool de ontwikkeling van nieuwe en verbeterde technologieën en normen belemmert.

221. „Grant back"-verplichtingen dienen niet-exclusief te zijn en beperkt te blijven tot ontwikkelingen die van wezenlijk belang zijn voor het gebruik van de gepoolde technologie. Zo kan de pool profiteren van verbeteringen die nauw verband houden met de gepoolde technologie, terwijl het de bezitters van de technologie vrij blijft staan scheidbare verbeteringen niet aan de pool in licentie te geven. De partijen zijn gerechtigd er voor te zorgen dat de exploitatie van de gepoolde technologie niet kan worden tegengehouden door licentienemers die essentiële octrooien bezitten of verkrijgen.

222. Een van de problemen die met betrekking tot octrooipools reeds zijn vastgesteld, is het gevaar dat zij ongeldige octrooien beschermen. De pooling verhoogt de kosten/risico's om een octrooi met succes aan te vechten, omdat de poging faalt indien één enkel octrooi in de pool geldig is. De bescherming van ongeldige octrooien in de pool kan de licentienemers ertoe verplichten hogere royalty's te betalen en kan tevens de innovatie belemmeren op het gebied dat door een ongeldige octrooi wordt bestreken. Om dit risico te beperken moet het recht om een licentie te beëindigen indien zij wordt aangevochten, worden beperkt tot de technologie die eigendom is van de licentiegever tegen wie de actie gericht is, en mag deze beëindiging niet worden uitgebreid tot het gehele pakket gepoolde technologieën.

4.3. *Het institutionele kader voor de pool*

223. De wijze waarop een technologiepool wordt opgericht, georganiseerd en geëxploiteerd, kan het risico verminderen dat deze ten doel of ten gevolge heeft de mededinging te beperken en kan de garantie bieden dat de regeling concurrentiebevorderend is.

224. Wanneer deelname aan het proces openstaat voor alle belangstellenden die verschillende belangen vertegenwoordigen, is de kans groter dat de technologieën die worden opgenomen in de pool worden gekozen op grond van prijs/kwaliteit overwegingen dan wanneer de pool wordt opgezet door een beperkte groep technologiebezitters. Ook wanneer de bevoegde organen van de pool bestaan uit personen die verschillende belangen vertegenwoordigen, is de kans groter dat de licentievoorwaarden, met inbegrip van de royalty's, open en non-discriminatoir zullen zijn en zullen beantwoorden aan de waarde van de in licentie gegeven technologie, dan wanneer de pool onder het gezag staat van vertegenwoordigers van de licentiegevers.

225. Een andere relevante factor is de mate waarin onafhankelijke deskundigen betrokken zijn bij de oprichting en het functioneren van de pool. Zo is bijvoorbeeld de afweging of een technologie al dan niet essentieel is voor een pool vaak een complexe aangelegenheid die een bijzondere deskundigheid vereist. Het betrekken van onafhankelijke deskundigen bij de selectie kan van groot belang zijn om ervoor te zorgen dat een verbintenis om alleen essentiële technologieën op te nemen ook in de praktijk wordt waargemaakt.

226. De Commissie zal er rekening mee gehouden hoe de deskundigen worden gekozen en welke taken zij precies dienen te vervullen. De deskundigen moeten onafhankelijk zijn van de ondernemingen die de pool hebben gevormd. Indien de deskundigen op de een of andere manier verbonden zijn met de licentiegevers of anderszins van hen afhankelijk zijn, zal aan het betrekken van een deskundige geen belang worden gehecht. De deskundigen moeten tevens de noodzakelijke technische kennis bezitten om de diverse taken die hen zijn toevertrouwd te vervullen. De taken van onafhankelijke deskundigen kunnen onder meer betrekking hebben op de beoordeling of technologieën die voor opneming in de pool worden voorgesteld waardevol zijn en of zij al dan niet essentieel zijn voor het technologiepakket dat wordt samengesteld, d.w.z. of de technologieën noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van het product of de producten dan wel voor de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de pool betrekking heeft.

227. Voorts is het relevant rekening te houden met de regelingen voor het uitwisselen van gevoelige informatie onder de partijen. Op oligopolistische markten kan de uitwisseling van gevoelige informatie over onderwerpen zoals prijs en omzet ongeoorloofde afspraken vergemakkelijken ([63]). In dergelijke gevallen zal de Commissie rekening houden met de mate waarin beschermingsmaatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat gevoelige informatie niet wordt uitgewisseld. Een onafhankelijke deskundige of licentiëringsinstantie kan hierbij een belangrijke rol spelen door ervoor te zorgen dat productie- en omzetgegevens, die wellicht noodzakelijk zijn om de royalty's te berekenen en te controleren, niet worden bekendgemaakt aan ondernemingen die concurreren op de betrokken markten.

228. Tenslotte is het relevant rekening te houden met het systeem van geschillenbeslechting waarin de statuten van de pool voorzien. Hoe meer geschillenbeslechting wordt overgelaten aan instanties of personen die onafhankelijk zijn van de pool en de leden daarvan, hoe waarschijnlijker het is dat de geschillenbeslechting op neutrale wijze zal verlopen.

([1]) PB L . . . De GVTO vervangt Verordening (EG) nr. 240/96 van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht (PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2).

([2]) Zie arrest van 16.3.2000 in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Jurispr. 2000, blz. I-1365, r.o. 130, en punt 97 van de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C . . ., blz. . . .).

([3]) Hierna worden onder „overeenkomsten" ook steeds onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen verstaan.

([4]) Zie de mededeling van de Commissie betreffende het begrip beïnvloeding van de handel tussen lidstaten in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB C . . .).

([5]) Hierna wordt onder „beperking" steeds ook verhindering of vervalsing van de mededinging verstaan.

([6]) Dit beginsel van communautaire uitputting is bijvoorbeeld neergelegd in artikel 7, lid 1, van Richtlijn 89/104/EEG betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 40 van 11.2.1989, blz. 1), dat bepaalt dat het merk de houder niet toestaat het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht.

([7]) Zie in dit verband het arrest van 17.5.1988 in zaak 158/86, *Warner Brothers and Metronome Video*, Jurispr. (1988), blz. 2605, en het arrest van 22.9.1998 in zaak C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Jurispr. (1998), blz. I-5171.

([8]) Zie b.v. het arrest van 13.7.1966 in de gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Consten and Grundig*, Jurispr. (1966), blz. 429.

([9]) De werkwijze voor de toepassing van artikel 81, lid 3, wordt uiteengezet in de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 2.

([10]) Zie in dit verband b.v. het arrest van 8.7.1999 in de zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Jurispr. 1999, blz. I-4125, r.o. 99.

([11]) Zie het arrest van 28.3.1984 in de gevoegde zaken 29/83 en 30/83, *CRAM and Rheinzink*, Jurispr. 1984, blz. 1679, r.o. 26, en het arrest van 8.11.1983 in de gevoegde zaken 96/82 e.a., *ANSEAU-NAVEWA*, Jurispr. 1983, blz. 3369, r.o. 23-25.

([12]) Aanwijzingen omtrent de interpretatie van het begrip „merkbaar" zijn te vinden in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag, (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13). In die bekendmaking wordt het begrip op negatieve wijze gedefinieerd. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de *de minimis*-bekendmaking vallen, hebben niet noodzakelijk merkbare beperkende gevolgen. Elk geval moet afzonderlijk worden beoordeeld.

([13]) Zie het arrest van 30.6.1966 in zaak 56/65, *Société Technique Minière*, Jurispr. 1966, blz. 337, en het arrest van 28.5.1998 in zaak C-7/95 P, *John Deere*, Jurispr. 1998, blz. I-3111, r.o. 76.

([14]) Zie in dit verband b.v. het arrest van 13.7.1966 in de gevoegde zaken 56/64 and 58/66, *Consten and Grundig*, Jurispr. 1966, blz. 429.

([15]) Zie artikel 1, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

([16]) Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).

(17) Met betrekking tot dit onderscheid, zie ook de richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2, punten 44 tot en met 52).
(18) Zie b.v. punt 98 van de richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen (PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1).
(19) Zie in dat verband de punten 50 tot en met 52 van de richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds geciteerd in voetnoot 17.
(20) Idem, punt 51.
(21) Zie in dit verband de bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds geciteerd in voetnoot 12.
(22) Volgens artikel 3, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kunnen overeenkomsten die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar die niet verboden zijn door artikel 81, niet worden verboden door het nationale mededingingsrecht.
(23) Zie overweging 20 van de GVTO.
(24) Deze richtsnoeren vervangen de mededeling van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 81, lid 1, van het Verdrag (PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2).
(25) Zie in dit verband de beschikking van de Commissie in de zaak *Moosehead/Whitbread* (PB L 100 van 20.4.1990, blz. 32).
(26) Zie in dit verband het arrest van 6.10.1982 in zaak 262/81, *Coditel (II)*, Jurispr. 1982, blz. 3381.
(27) PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21.
(28) PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3.
(29) PB L 304 van 5.12.2000, blz. 7.
(30) Zie voetnoot 27.
(31) Zie de gids „Concurrentiebeleid in Europa — De concurrentieregels voor leverings- en distributieovereenkomsten", 2002.
(32) Zie voetnoot 18 en 27.
(33) De motivering van deze wijze van berekenen is uiteengezet in punt 21.
(34) Zie bijvoorbeeld de in voetnoot 11 geciteerde jurisprudentie.
(35) Zie in dit verband punt 84 van de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
(36) Dit is eveneens het geval wanneer de ene partij een licentie verleent aan de andere en daarmee instemt van de licentienemer een materiële input te kopen. De koopprijs kan dezelfde functie hebben als de royalty's.
(37) Zie in dit verband het arrest van 25.2.1986 in zaak 193/83, *Windsurfing International*, Jurispr. 1986, blz. 611, r.o. 67; zie ook punt 14, waarin wordt gesteld dat overeenkomsten die de daadwerkelijke of potentiële mededinging beperken die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan, onder de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen.
(38) Wederzijdse licenties van verschillende niet-concurrerende technologieën worden beschouwd als twee niet-wederkerige licenties.
(39) Een definitie van beperkingen van het gebruiksgebied wordt gegeven onder IV.2.4.
(40) Beperkingen in verband met eigen gebruik worden eveneens besproken onder IV.2.5.
(41) Wat het onderscheid tussen actieve en passieve verkoop betreft, zie de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 18, punt 50.
(42) Zie in dit verband punt 116 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 18.
(43) Zie in dit verband het arrest van 8.6.1982 in zaak 258/78, *Nungesser*, Jurispr. 1982, blz. 2015, r.o. 77.
(44) Zie in dit verband het arrest van 25.10.1977 in zaak 26/76, *Metro* (I), Jurispr. 1977, blz. 1875.
(45) Indien de in licentie gegeven technologie achterhaald is, doet zich geen beperking van de mededinging voor, zie in dit verband het arrest van 27.9.1988 in zaak 65/86, *Bayer v Süllhofer*, Jurispr. 1988, blz. 5349.
(46) Zie punt 10.
(47) Zie punt 66.
(48) Zie in dit verband punt 33 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 2.
(49) Zie in dit verband punt 8 van de mededeling van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds geciteerd in voetnoot 12.
(50) Zie in dit verband het arrest van 7.10.1999 in zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, r.o. 101.
(51) Zie in dit verband punt 23 van de richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds geciteerd in voetnoot 17.
(52) Reeds geciteerd in voetnoot 18. Zie met name punt 115 e.v.
(53) Wat deze begrippen betreft, zie onder IV.4.1.
(54) Zie punt 73 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
(55) Zie overweging 130 van het in voetnoot 2 geciteerde arrest. Artikel 81, lid 3, staat evenmin aan de toepassing van de verdragsregels inzake het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal in de weg. Deze bepalingen zijn onder bepaalde omstandigheden van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1; zie in dat verband het arrest van 19.2.2002 in zaak C-309/99, *Wouters*, Jurispr. 2002, blz. I-1577, r.o. 120.
(56) Zie in dit verband het arrest van 10.7.1990 in zaak T-51/89, *Tetra Pak* (I), Jurispr. 1990, blz. II-309. Zie tevens punt 98 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
(57) Zie punt 164 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 18.
(58) Zie in dit verband de mededeling van de Commissie in de zaak Canon/Kodak (PB C 330 van 1.11.1997, blz. 10).
(59) Voordelen voor één groep gebruikers kunnen niet de nadelen voor een andere groep gebruikers goedmaken, zie punt 40 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, reeds geciteerd in voetnoot.
(60) Voor het toepasselijke analytische kader, zie punt 138 e.v. van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 18.
(61) Zie voetnoot 18.
(62) Zie in dit verband het persbericht van de Commissie IP/02/1651 betreffende de licentiëring van octrooien voor de derde generatie (3G) mobiele telefoondiensten. Bij die zaak waren vijf technologiepools betrokken, die vijf verschillende technologieën hebben ontwikkeld, die elk zouden kunnen worden gebruikt voor de productie van 3G-apparatuur.
(63) Zie in dit verband het arrest in de zaak *John Deere*, reeds geciteerd in voetnoot 13.