fastslå, hvorvidt Kommissionen under hensyn til retstilstanden i den stat, hvor patentet er meddelt, har vurderet rækkevidden af patentet på en rimelig måde.

2. Følgende klausuler i patentlicensaftaler henhører ikke under patentets specifikke genstand og er uforenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, for så vidt som de begrænser konkurrencen: en kvalitetskontrol, der er forbeholdt licensgiveren, og som udstrækkes til et produkt, der ikke er omfattet af patentet, eller som ikke hviler på forudfastsatte og objektive krav, den licenstageren vilkårligt pålagte pligt til alene at sælge det patenterede produkt sammen med et produkt, der ikke er omfattet af patentet, en metode til beregning af licensafgifterne, der medfører, at licenstageren ikke sælger et produkt, der ikke er omfattet af et patent, separat, pligten for licenstageren til at anbringe oplysninger om patentet på et produkt, der ikke er omfattet af dette, en klausul om ikke at anfægte licensgiverens mærker og patenter, forbudet for licenstageren mod at fremstille det patenterede produkt i et land, hvor det ikke er beskyttet af patentet.

3. For at en aftale mellem virksomheder kan anses for at påvirke samhandelen inden for Fællesskabet, jfr. traktatens artikel 85, stk. 1, er det på ingen måde nødvendigt, at enhver klausul isoleret set kan have en sådan virkning. Kun når det er godtgjort, at aftalen som helhed kan påvirke samhandelen, er der grund til at undersøge, hvad det er for klausuler, der har til formål eller til følge at begrænse eller fordreje konkurrencen.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ fremsat den 4. juni 1985 *

Indholdsfortegnelse

A — De faktiske omstændigheder 615

B — Vurdering 616

I — Indledende bemærkninger 616

1. Den undersøgelse, der er foretaget af Bundeskartellamt 616

2. Omfanget af beskyttelsen af det tyske patent 617

a) Retsforhandlinger for de tyske domstole 618

* Oversat fra tysk.

b) Vurdering af beskyttelsens omfang 618
aa) Afgørelsen fra Bundespatentamt af 31. marts 1978 619
bb) Afgørelsen fra Bundespatentgericht af 28. november 1979 619
cc) Dommen fra Oberlandesgericht München af 13. januar 1983 619
dd) Resultat: Det tyske patent omfatter ikke sejlbrættet 620
3. Forelå der særskilte markeder for komplette sejlbrætter og for bestanddele? 620
a) Eksistensen heraf 620
b) Omfanget 621
c) Resultat: Der forelå et bestemt marked for dele 621
II — Bedømmelsen af licensaftalerne i lyset af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, (idet der ses bort fra kendetegnet om, hvorvidt forholdet kan påvirke handelen mellem medlemsstater) 622
1. Godkendelsesforholdet for sejlbrætter (artikel 1, stk. 1, litra 1) 622
a) Aftalerne 622
b) Resultat: Licenstagernes handlefrihed var begrænset 623
c) Sagsøgerens argumenter 623
d) Vurdering 623
aa) Kvalitetskontrol 623
bb) Sikring af en »tilstrækkelig afstand« 624
cc) Fremme af markedsudvikling, bekæmpelse af patentkrænkelser 624
e) Resultat: Som Kommissionens beslutning 625
2. Leveringsforbud for dele (artikel 1, stk. 1, litra 2) 625
a) Aftalerne 625
b) Begrænsninger for licenstagerne 626
c) Vurdering 626
aa) Umuligt at ændre kontrakten? 626
bb) Lemfældig håndhævelse af kontrakten? 626
cc) Bekæmpelse af patentkrænkelser 627
d) Resultat: Som Kommissionens beslutning 628
3. Afgiftsberegning efter nettoudsalgsprisen for det komplette produkt 628
a) Kommissionens argumenter 628
b) Sagsøgerens argumenter 628
aa) Ved afsætning af delene var værdien af disse udslagsgivende 628
bb) Ved afsætning af komplette produkter var der ingen afsætningshindring 629
cc) Afgifter ved afsætning af brætter utilladelig 630
c) Resultat: Kun til dels som i Kommissionens beslutning 630

4. »Efter licens fra Hoyle Schweitzer eller WSI« (artikel 1, stk. 1, litra 4) på skroget ... 630

a) Angår ikke Shark og Ostermann ... 630

b) Handelshindring? ... 631

c) Sagsøgerens indlæg ... 631

5. Ikke-angrebsklausulen vedrørende varemærker (artikel 1, stk. 1, litra 5) ... 631

a) Angår ikke Shark og Ostermann ... 631

b) Sagsøgerens argumenter ... 632

c) Indgreb i afsætningen? ... 632

d) Kommissionens beslutning er anfægtelig ... 632

6. Produktionsforbud (artikel 1, stk. 2) ... 633

a) Den oprindelige aftale ... 633

b) De senere ændringer ... 633

c) Vurdering ... 634

d) Resultat: Som Kommissionens beslutning ... 634

7. Ikke-angrebsklausulen vedrørende patenter (artikel 1, stk. 3) ... 634

8. Mellemresultat ... 635

III — Var licensaftalerne af en sådan art, at de kunne påvirke handelen mellem medlemsstater? ... 635

1. Handelen med rigge ... 635

2. De øvrige punkter i Kommissionens beslutning ... 636

a) Licensgebyrordningen ... 637

b) Produktionsforbudet ... 637

c) Ikke-angrebsklausulen vedrørende patenter ... 637

3. Resultat: Kun forbehold og forbud vedrørende godkendelse af særskilt salg er konkurrencehæmmende ... 637

IV — Vedrørende artikel 85, stk. 3 ... 637

1. Manglende anmeldelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 17 ... 637

2. Ingen fordele, der kan begrundes efter artikel 85, stk. 3 ... 638

V — Vedrørende bøden (artikel 3, stk. 1) ... 639

1. Kun én strafværdig overtrædelse, ikke fem ... 639

2. Skyldens omfang ... 639

a) Ukendskab til patentets beskyttelsesomfanguagtsomhed ... 639

b) Overtrædelsens grovhed 640
aa) Delmarkedet var ubetydeligt 640
bb) Virkning af forbudsklausulen var ringe 640
c) Sagsøgerens øvrige argumenter 640
3. Vedrørende Kommissionens beslutning om at pålægge bøde under hensyn til det resultat, den er kommet til 641
C — Forslag 642

Høje Domstol.

A — Den sag, som jeg skal behandle i dag, angår en konkurrenceretlig beslutning fra Kommissionen vedrørende aftaler om udnyttelse af patenter til såkaldte sejlbrætter eller — dette er sagens stridspunkt — dele af sådanne apparater.

Vedrørende de faktiske omstændigheder skal følgende *bemærkninger* forudskikkes.

Amerikanerne H. Schweitzer og J. Drake deltog på afgørende måde i udviklingen af sejlbrættet. Den førstnævnte af dem grundlagde det sagsøgende selskab som familievirksomhed. Dette firma har (eller havde) patenter i en række lande. I Europa besad firmaet i Det forenede Kongerige patent for et såkaldt »wind-propelled vehicle«. Patentet blev imidlertid i april 1982 annulleret af den ret, der er kompetent i disse spørgsmål, og denne afgørelse blev endelig ved en dom fra Court of Appeal af januar 1984. — I Forbundsrepublikken Tyskland blev der den 21. marts 1969 foretaget en patentanmeldelse. Efter en procedure — hvis enkeltheder, jeg senere skal komme tilbage til — blev der meddelt patent den 31. marts 1978. Det lyder på en rig (dette er sejlindretningen) til et sejlbræt. Det er i denne forbindelse omstridt — jeg har allerede antydet det — hvorvidt patentet (således som Kommissionen mener det) kun angår riggen eller (således som sagsøgeren mener det) hele sejlbrættet som en kombination. Jeg skal senere komme tilbage til dette spørgsmål.

Den af sagsøgeren udviklede sejlbrætmodel »Windsurfer« blev først solgt i Europa af det nederlandske firma Ten Cate Sports BV På grundlag af en med sagsøgeren i 1973 indgået og i 1976 suppleret kontrakt, blev dette selskab — for Europa — enelicenstager for know-how til fremstilling og forhandling af windsurferen og til eksisterende samt anmeldte patentrettigheder. Ten Cate fik tillige — med pligt til at anvende dem — overdraget det først i USA, og dernæst i Frankrig og Tyskland, anmeldte ordmærke »Windsurfer« og »Windsurfing« samt et figurmærke.

Ten Cate har — hvorvidt dette er beføjet eller ikke kan foreløbig stå hen — i 1976 og 1977 indgået licensaftaler med to tyske virksomheder (Ostermann og Shark), hvoraf den første — enkelthederne vender jeg senere tilbage til — angår udnyttelsen af det dengang anmeldte tyske patent og andre europæiske patentanmeldelser, mens den anden alene angår udnyttelsen af den tyske

patentanmeldelse. I disse aftaler er sagsøgeren indtrådt i 1978.

Sagsøgeren har indgået licensaftaler med en række andre tyske firmaer, nemlig den 1. juli 1978 med firmaet Akutec, den 1. januar 1979 med firmaerne SAN Warenvertriebsgesellschaft mbH (SAN) og Klepper, samt den 21. august 1980 med firmaet Marker (jeg skal senere behandle indholdet af disse aftaler).

Med hensyn til de begrænsninger, der indtrådte for andre erhvervsdrivende i deres handlefrihed, indgik der til Kommissionen en række klager fra forskellige virksomheder, åbenbart hovedsagelig med det formål også at skaffe klagerne licenser til fremstilling af og handel med sejlbrætter. Dette førte — den 27. januar 1981 — til en orienterende samtale hos Kommissionen, hvor foruden repræsentanterne for klagerne, sagsøgeren og Ten Cate og repræsentanter for de allerede nævnte licenstagere deltog (med undtagelse af selskabet Marker, som der åbenbart ikke var indgivet nogen klage over, fordi selskabet først påbegyndte sin produktion i 1981).

Med hensyn til de af Kommissionen ytrede betænkeligheder vedrørende licensaftalerne bestræbte sagsøgeren sig snarest på at foretage ændringer i overensstemmelse hermed i kontrakterne. Disse medførte indgåelsen af nye kontrakter (der ikke er genstand for den foreliggende sag), således i september 1981 med Acutec, i november 1981 med Klepper, i januar 1982 med SAN, i februar 1982 med Marker, i september 1982 med Ostermann og i marts 1983 med Shark. Erklæringen om at ville træffe sådanne skridt afholdt imidlertid ikke Kommissionen fra udtrykkeligt (ved beslutning af 7. juni 1982) at indlede en konkurrencesag mod sagsøgeren og i juli 1982 at fremsende klagepunkter. Sagsøgeren tog skriftlig stilling hertil i september 1982, en mundtlig høring — ligeledes i september 1982 — fandt sted, ligesom det kom til yderligere brevveksling (nemlig fordi Kommissionen i en skrivelse af 20. oktober 1982 henviste til en række dokumenter, som der yderligere skulle tages hensyn til under sagen).

Herefter blev Kommissionens endelige beslutning truffet den 11. juli 1983.

I beslutningens artikel 1 blev det fastslået, hvilke bestemmelser i de kontrakter, der var indgået af sagsøgeren med Ostermann, Shark, Akutec, SAN, Klepper og Marker, der skulle anses som overtrædelser af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Endvidere blev der ved artikel 3, stk. 1, (de øvrige bestemmelser i beslutningen er ikke her af interesse) vedrørende nogle af de i artikel 1 omhandlede overtrædelser af artikel 85, stk. 1, pålagt sagsøgeren en bøde på 50 000 ECU (113 793 DM).

Imod denne beslutning blev der den 13. september 1983 af Windsurfing International Inc. (jeg anvender herefter forkortelsen WSI) anlagt sag med påstand om, at beslutningen annulleres, samt at bøden ophæves eller nedsættes.

B — Vedrørende disse påstande, som Kommissionen påstår frifindelse for, er efter min opfattelse følgende stillingtagen den rigtige på grundlag af alt, hvad der meget udførligt er blevet anført både skriftligt og mundtligt.

I — Jeg skal forudskikke enkelte *bemærkninger.*

1. Den første angår det forhold, at de licensaftaler, der her er af interesse, også

har været genstand for en *undersøgelse ved Bundeskartellamt.*

Bundeskartellamt har principielt fastholdt — efter at sagsøgeren i nærværende sag havde fået lejlighed til at afgive en stillingtagen — ved en udførlig begrundet beslutning af 30. september 1981, at det alene kunne antages, at sagsøgerens tyske patent kun omfattede riggen, altså ikke det komplette sejlbræt. På dette grundlag — og fordi kontrakterne med de tyske licenstagere angik det fuldstændige sejlbræt — nåede Bundeskartellamt til det resultat, at licenstagerne retsstridigt var blevet pålagt begrænsninger, der gik ud over indholdet af den beskyttelsesret, der tilkom sagsøgeren. Dette var tilfældet, hvad angik sagsøgerens bestemmelsesret med hensyn til skroget (der indebar en begrænsning inden for et bestemt udnyttelsesformål) med hensyn til forbudet mod at bringe rigge uden anerkendte skrog i omsætning, samt for licenstagerens forpligtelse til på skrogene at anbringe påskriften »manufactured under licence by Hoyle Schweitzer«. Det gjaldt endvidere for så vidt angår den omstændighed, at licensafgifterne skulle betales på grundlag af det samlede apparats værdi (fordi værdien af de ikke-patentbeskyttede skrog herigennem blev medregnet). Det blev derfor forbudt WSI at gennemføre licensaftaler vedrørende det tyske patent for en rig, som om patentet omfattede et sejlbræt, hvorved licenstagerne Ostermann, Shark, Akutec, SAN, Klepper og Marker blev forpligtet til:

a) kun at udstyre sejlbrætter med de licensdækkede rigge, hvis prototype var blevet godkendt af WSI eller selskabets direktører,

b) kun at sælge rigge i forbindelse med brætter som komplette sejlbrætter,

c) kun at forsyne brætter med påskriften »manufactured under licence by Hoyle Schweizer«, samt

d) at betale licensafgifter, hvis størrelse beregnes som en procentsats af nettosalgs- eller lejeprovenuet for de komplette sejlbrætter (rig og bræt).

En sag, der ved Kammergericht Berlin er anlagt til prøvelse heraf, er åbenbart blevet afsluttet uden afgørelse.

2. Den anden indledende bemærkning angår omfanget af beskyttelsen af det *tyske patent*, der spiller en rolle i alle licensaftaler ved siden af det britiske patent (åbenbart omfatter dette hele apparatet; i aftalen med Shark tales der ganske vist kun om den tyske patentanmeldelse).

Kommissionen går — som jeg allerede har antydet det — i lighed med Bundeskartellamt ud fra, at det tyske patent kun omfatter riggen og ikke sejlbrættets skrog. De begrunder på afgørende måde deres konkurrenceretlige bedømmelse af licensaftalerne herpå; dette forhold er nemlig af vigtighed for, hvad der patentets egentlige genstand og hvilke yderligere begrænsninger, der er pålagt licenstagerne. Sagsøgeren er af den opfattelse, at denne vurdering er utilladelig. Efter sagsøgerens opfattelse omfatter også det tyske patent hele sejlbrætapparatet. Skulle der imidlertid være tvivl i denne henseende, så er det ikke Kommissionens sag — således som den under påberåbelse af de grundsætninger, der kan udledes af de erhvervsretlige beskyttelsesrettigheder i EØF-traktatens artikel 36, mener det — at træffe afgørelse herom, tværtimod skal dette overlades de nationale domstole, der er kompetente hertil.

Søger man vedrørende dette punkt, der er af betydning for den retlige vurdering af

Kommissionens beslutning i forskellige henseender, på forhånd en afklaring, kan følgende efter min opfattelse fastslås.

a) Når sagsøgeren indledningsvis har påberåbt sig de relevante tyske retsafgørelser, er det vel herved klart, at man ikke på denne måde kan forvente en afklaring af stridsspørgsmålet, og at det følgelig ikke forekommer meningsfuldt at forlange af Kommissionen, at den afventer udfaldet af disse.

Som bekendt anlagde sagsøgeren, da det problem, der her skal behandles, blev virksomheden klart mod slutningen af 1980, en prøvesag — om krænkelse af sagsøgerens tyske patent — mod en virksomhed, der sælger skrog i Tyskland. Efter at der var afsagt en dom af vedkommende Landgericht, blev der i ankeinstansen den 13. januar 1983 truffet en afgørelse af Oberlandesgericht München, der forkastede sagsøgerens standpunkt (jeg skal komme tilbage hertil). Sagsøgeren lod det dog ikke blive derved, men indbragte sagen for Bundesgerichthof. Der skal dog ikke regnes med nogen afgørelse i sagen fra denne højeste instans, idet sagsøgeren — som vi har hørt det — har foretrukket at *frafalde* sagen i oktober 1983, efter at der var indgået licensaftale med sagsøgte.

Det er kommet til yderligere to sagsanlæg i sagens anledning på foranledning af virksomheder, der ikke er licenstagere. Den første angik et negativt anerkendelsessøgsmål med påstand om, at salg af skrog og sejl til sejlbrætter ikke udgør nogen patentkrænkelse; med det andet søgsmål søgtes der anerkendelse for den samme påstand med hensyn til salg af master. I den første sag blev der- som vi har fået oplyst — givet medhold af Landgericht; i den anden sag nåede Landgericht åbenbart til den opfattelse, at der i et sådant tilfælde meget vel kan foreligge en patentkrænkelse. Begge sager blev derpå anket. Heller ikke i disse tilfælde kan der imidlertid tilsyneladende inden for overskuelig tid forventes en yderligere afklaring, idet sagsøgeren i nærværende sag har forklaret, at begge sager *er udsat* på yderligere forhandlinger mellem parterne.

b) Hvad angår det egentlige problem med hensyn til beskyttelsesomfanget af det tyske patent og spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen herved kan bebrejdes en fejl ved den skønsmæsssige afgørelse, så er der næppe nu grund til at gå ind på parternes samlede argumentation i denne henseende. Blot skal det bringes i erindring, at for sagsøgeren (bortset fra den givetvis irrelevante henvisning til, at skrogene i andre lande omfattes af patentbeskyttelsen) må der tillægges en meddelelse fra det tyske Patentamt af 21. august 1973 særlig betydning (hvori kombinationen skrog/rig betegnes som en indretning, der kan *patenteres)*; Kommissionen har derimod — hvad angår proceduren i forbindelse med meddelelse af patentet — særligt fremhævet de ændringer, der af Patentamt den 24. januar 1974 er foretaget i patentansøgningerne og -beskrivelserne, og som sagsøgeren den 18. februar 1974 udtrykkeligt har billiget, og hvoraf der efter Kommissionens opfattelse fremgår en begrænsning i patentet for riggen. Disse ændringer angik — heller ikke selv om der ikke blev givet nogen særlig grund for dem — på ingen måde blot redaktionelle ændringer, således som sagsøgeren mener det.

Taget under ét kan man på grundlag af de afgørelser i sagen, der foreligger for Domstolen, med rimelig sikkerhed udlede, at den af Kommissionen givne vurdering rent faktisk må anses som træffende.

aa) I afgørelsen fra det *tyske Patentamt* af 31. marts 1978 er det således ikke kun af interesse, at der blev meddelt patent under betegnelsen »*Rig til et sejlbræt*«. Af særlig betydning er det nemlig, hvad der i afgørelsen siges vedrørende patentbeskrivelsen (hvori man henholder sig til en særlig udformning af riggen), vedrørende den nydannelse og det fremskridt, som opfindelsen indebærer (her tales der dels om mastebommens todelte form og mastefodens fastgørelse ved hjælp af et led, dvs. kun dele af riggen, dels om riggens håndtering), samt hvad der siges om opfindelsensfordele og nyhed (hvortil der ligeledes kun optræder forklaringer vedrørende riggens brug og bestanddele).

bb) Af vigtighed er endvidere bemærkningerne, der er fremsat af *Bundespatentgericht* i en kendelse af 28. november 1979 i en sag, der var anlagt til prøvelse af den netop nævnte afgørelse fra Patentamt. Med hensyn til spørgsmålet om, hvad der må anses for en opfinderisk nyhed, indeholder kendelsen kun bemærkninger vedrørende sejlbrættets sejl og bom. Det bekræftes, at der med opfindelsen er opnået et teknisk fremskridt, under henvisning til, at der foreligger en *ny variant af udformningen af rigge*. Endvidere blev de udadkrummede bomme (altså bestanddele af riggen) fremhævet som et væsentligt kendetegn ved opfindelsen i forbindelse med spørgsmålet om innovationsgraden.

I overensstemmelse hermed har Bundespatentgericht da også i en afgiftsafgørelse af 11. juni 1980 (der omtales i en skrivelse fra Bundeskartellamt af 5. marts 1981) bragt den opfattelse til udtryk, at *skroget ikke er en del af den kombination, der beskyttes ved patentet.*

cc) Overbevisende holdepunkter til støtte for den af Kommissionen fremsatte opfattelse (dette forhold gør det rimeligt at antage, at sagsøgeren slet ikke ville have haft nogen chance i sagen for Bundesgerichthof) er præmisserne i den allerede nævnte dom fra Oberlandesgericht München af 13. januar 1983, der som bekendt nåede til det resultat, at *skroget ikke er nogen del af den kombination, der beskyttes ved patentet.*

Retten nåede først og fremmest til denne opfattelse (uden at henholde sig til *ordlyden* af patentkravet) på grundlag af en vurdering af det samlede indhold af patentbrevet og den samlede tekniske sammenhæng. På dette grundlag og navnlig under hensyn til patentbeskrivelsen, løsningsbeskrivelsen og dens fordele, samt teknikkens stade, kan innovationstanken alene findes i *riggens særlige udformning*. Hvad på den anden side den kendsgerning angår, at riggen er udformet med henblik på at virke sammen med sejlbrættet, blev det videre anført, at efter retspraksis ved Bundesgerichtshof er formålet med en indretning (anvendelse til en bestemt genstand) ikke tilstrækkelig til at gøre denne genstand til en del af den beskyttede kombination, dersom innovationstanken ikke kommer tiludtryk i den pågældende genstand (her: skroget); det forhold, at sejlbrættet tilpasses riggen er tilstrækkeligt i så henseende. En bekræftelse på rigtigheden af denne opfattelse fandt retten endelig i forskellige omstændigheder, der fremgik af patentmeddelelsen, navnlig i ændringerne, der blev foretaget ved undersøgelsesafgørelsen af 24. januar 1974 (eliminering af det samlede apparat fra patentbeskrivelsen, begrænsning af overbegrebet til rig til sejlbræt, i stedet for blot sejlbræt), samt i den herved valgte patentklassifikation.

dd) Herefter må det rent faktisk anerkendes, at Kommissionen — uden herved at gøre sig skyldig i et indgreb i den nationale patentret, der ikke kan forenes med EØF-traktatens artikel 36 — kunne gå ud fra, at det tyske patent har det af Kommissionen beskrevne beskyttelsesomfang (altså *ikke omfatter sejlbrættet*), og at den konkurrenceretlige vurdering af licensaftalerne må ske på dette grundlag i det omfang, der er tale om udnyttelse af det tyske patent.

3. En sidste indledende bemærkning skal gælde *markedssituationen*, som den fremstod på det tidspunkt, som de kritiserede licensaftaler angår. For den retlige vurdering er den givetvis under flere synsvinkler af betydning, hvorfor det ikke er forbavsende, at drøftelserne herom under sagen har været særdeles grundige.

Som bekendt er det sagsøgerens standpunkt — og sagsøgeren har til støtte herfor fremlagt erklæringer fra sagkyndige på det område, der her drøftes — at der dengang (bortset fra leveringer af reservedele på grund af slitage på tidligere erhvervet udstyr) kun fandtes et *marked for komplette sejlbrætter*, særskilte markeder for på den ene side skrog og på den anden side rigge eksisterede ikke dengang. — Dette mener *Kommissionen* ikke er rigtigt. Selv om det også må anerkendes, at markedet for sejlbrætter i Europa først rigtig har udviklet sig i den anden halvdel af 70'erne, må det dog antages, at der i et vist omfang allerede på det relevante tidspunkt fandtes *også særskilte markeder for bestanddele.*

a) Dersom vi forsøger at skaffe os et overblik — desværre har Kommissionen, således som den selv har forklaret det, undladt at foretage en indgående markedsundersøgelse — fremkommer der på grundlag af de skriftlige oplysninger (med bilag) og ved hjælp af yderligere materiale, der er sammenstillet på Domstolens foranledning, følgende oplysninger.

Man kan af kataloger og annoncer, som Kommissionen har fremlagt sammen med sit svarskrift, udlede, at man allerede i 1979 og 1980 udbød dele til sejlbrætter særskilt (skrog, rigge og dele deraf). Dette svarer også til oplysninger, som Kommissionen har indhentet efter skriftvekslingen i lande, hvor der ikke er nogen patentbeskyttelse for sejlbrætter. Herefter må det antages, at der i *Frankrig og Belgien* allerede i 1979 og 1980 fandtes *markeder for dele* af sejlbrætter. Oplysninger fra enkelte franske virksomheder (idet jeg ser bort fra de i skrivelsen af 15. februar 1985 indeholdte, fordi de eftertrykkeligt er blevet anfægtet af sagsøgeren under den mundtlige forhandling og med gode grunde) tillader desuden den slutning, at skrog blev solgt særskilt allerede fra 1978, og at der mindst fra 1981 skete salg af rigge og bestanddele heraf.

Det er endvidere af interesse, hvad der lader sig udlede vedrørende dette problem af de fremlagte afgiftsafregninger fra sagsøgerens licenstagere i Europa. De viser, at også dele af sejlbrætter blev solgt (hos Ostermann findes der herom angivelser vedrørende 1977, hos Ten Cate og Akutec fra 1979 og hos Marker fra 1981), og særligt gør afregningerne fra Shark det tydeligt, at der forelå *leveringer af rigge og dele heraf allerede fra 1978.* Det forhold, der herved taler sit tydelige sprog, er de af Kommissionen registrerede forsøg, der er gjort af handlende og andre producenter, på at bestille rigge eller dele heraf hos sagsøgerens tyske licenstagere, der fandt sted mod slutningen af 1980

og i 1981. Disse kan ikke — i modsætning til, hvad sagsøgeren mener — lades ude af betragtning blot med den begrundelse, at det her drejer sig om en *kunstig* efterspørgsel, der er fremkaldt af den tyske patentsituation; patenter udtrykker også markedsforhold, og når de påvirker markedsudviklingen, må der lige så vel tages hensyn hertil som til andre markedsforhold.

Sagsøgerens opfattelse, således som jeg tidligere har opridset den, er således næppe holdbar, heller ikke i den afsvækkede form, der er blevet fremsat hen mod retsforhandlingernes slutning (under påberåbelse af erklæringer fra sagkyndige), hvorefter der i hvert fald fra 1981 forelå et ganske lille marked for specialskrog og specialrigge (f.eks. for børn) eller dele heraf (eksempelvis sejl).

b) Hvad imidlertid angår omfanget og betydningen af markedet for dele af sejlbrætter på det tidspunkt, der nu interesserer, så er det næppe lykkedes at få et pålideligt billede heraf, og i det omfang et sparsomt talmateriale foreligger, giver dette det indtryk, at dette marked, målt i forhold til afsætningen af komplette sejlbrætapparater (som Kommissionen for 1980 for Tysklands vedkommende har sat til 80 000), heller ikke var af stor betydning mod slutningen af den periode, der her kommer i betragtning. Således blev det af Kommissionen under påberåbelse af oplysningerne fra en større belgisk virksomhed — som bekendt uden yderligere specificering — anført, at omsætningen af dele af surfudstyr i 1979 udgjorde 8% og i 1980 17% af omsætningen af komplette sejlbrætter. Fra franske virksomheder (der lægger vægt på hemmelighold-delse) foreligger i det store og hele tilsvarende oplysninger vedrørendesalget af sejl i 1981, salget af skrog i årene 1978-1981 og salget af rig-bestanddele i 1981 (med hensyn til oplysningerne i den allerede nævnte skrivelse af 15. februar 1985 vedrørende salg af komplette sejlbrætter, enkelte skrog og enkelte rigge gennem en fransk virksomhed, kan vel kun tallene, der angår 1982, lægges til grund, fordi — således som sagsøgeren uimodsagt har anført det under den mundtlige forhandling — tallene for årene forud herfor åbenbart er blevet udregnet på den måde, at man ganske enkelt har anvendt de oplyste procentsatser for 1982) — Hvad angår sagsøgerens licenstagere i Europa, viser afgiftsafregningerne (i det omfang, hvor de er specificerede), at leveringerne af dele til sejlbrætter udgjorde mindre end 10% af den samlede omsætning (således hos Ostermann og Ten Cate, idet der i disse virksomheder først fremtræder større talværdier i 1981). Et afvigende om end mere indtryksfuldt billede foreligger heller ikke hos Shark (hvor leveringerne af rigge og rigbestanddele endog i 1981 ikke oversteg et par hundrede) eller ved at lægge de af Kommissionen anførte rigbestillinger — der ikke blev opfyldt — til grund, der i 1980 og 1981 kun angik et par hundrede rigge (og hvortil der i en telex fra Akutec af november 1981 tales om *vanskeligheden* med at levere 10 000 rigge til andre producenter).

Dette synes heller ikke på nogen måde at være forbavsende, tværtimod er det ganske indlysende, når man holder sig for øje, at windsurfing i Europa praktisk først har udviklet sig fra midten af 70'erne og fået en videre udbredelse mod slutningen af dette årti, således at der først på dette tidspunkt fandtes et vist antal tilhængere med tilstrækkelig erfaring, der kunne give anledning til mere specielle erhvervelser og specielle kombinationer af udstyr.

c) Det må således fastholdes, ligesom man ved de videre undersøgelser må gå ud fra, at

på det tidspunkt, der her er af interesse, eksisterede der ikke kun et marked for komplet sejlbrætudstyr, men i et vist omfang også et *marked for bestanddele*, der utvivlsomt gik ud over blot at være et marked for reservedele (sagsøgeren ansætter det til 1-3% af det samlede marked). Dette marked (om hvilket de nyeste franske statistikker, der overhovedet først foreligger fra 1981, siger, at det isolerede salg af rigge i detailhandelen *nu* udgør mere end 20% af omsætningen) turde imidlertid i 1981 endnu have været ganske beskedent. I praksis lader det sigikke erkende, hvorledes der kan tales om en »levende efterspørgsel« efter dele til sejlbrætter (således som Kommissionen gør det på s. 13 i sin beslutning i dens offentliggjorte skikkelse), tværtimod er det vel ikke helt forkert at antage, at efterspørgslen efter komplet udstyr i sin tid androg over 90%.

II — Bedømmelsen af licensaftalerne i lyset af artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten (idet der ses bort fra det særlige kendetegn, om forholdet påvirker handelen mellem medlemsstater).

Jeg kommer nu til hovedafsnittet i den undersøgelse, der er blevet udløst af søgsmålet, og som drejer sig om, hvorvidt den af Kommissionen foretagne konkurrenceretlige vurdering af forskellige klausuler i licensaftalerne — afsnit A IV 1, 2, 3 i beslutningen og afsnit B I 1 a-g drejer sig om dette spørgsmål — er holdbar, eller om vurderingen, således som sagsøgeren mener det, må kritiseres.

1. *Artikel 1, stk. 1, litra 1, i beslutningen* (»forpligtelsen for licenstagerne til kun at benytte de af licenserne omfattede patenter til fremstilling af sejlbrætter, hvis brætter forinden var blevet godkendt af WSI«)

a) Vedrørende dette spørgsmål skal der erindres om, at Shark i henhold til den med Ten Cate indgåede aftale (der kun angår den tyske patentanmeldelse) var forpligtet til kun at fremstille og forhandle rigge til og i forbindelse med sejlbrætter bestående af flere dele. Til denne aftale blev der ved WSI's overtagelse i 1978 yderligere tilføjet , at licens for brætter, bestående af én del, ikke blev nægtet, dersom kvalitetsstandarden var tilfredsstillende, og produktet klart adskilte sig fra de foreliggende licensbeskyttede produkter. I overensstemmelse hermed blev der ved skrivelse fra WSI af 20. oktober 1980 givet tilladelse til et sejlbræt i én del af samme udseende som det, der hidtil var blevet produceret af Shark i tre dele.

Aftalen med Ostermann (hvori henvistes til eksisterende, hhv. anmeldte beskyttelsesrettigheder i de mest forskelligartede lande) fastsatte en adgang til fremstilling og forhandling af de »eksisterende«, nøje specificerede sejlbrættyper fra Ostermann, samt fastsatte, at der ved senere ændringer skulle gives tilladelse af licensgiveren (oprindelig Ten Cate, senere WSI).

Aftalen med Akutec (der henviste til det britiske patent og den tyske patentanmeldelse) gav ret til fremstilling og forhandling af et i et bilag nøje beskrevet sejlbræt og gjorde ændringer betinget af licensgiverens tilladelse (hvorom det under punkt 13 i aftalen hed, at tilladelsen ikke ville blive »unreasonably withhold«, dersom ændringerne »do not deteriorate the quality of the product or infringe upon the rights of Ten Cate«).

Samme ordlyd findes i aftalerne med SAN og Klepper (hvori godkendelsesforbeholdet ganske vist i generelle vendinger — bortset fra kvalitetskravene — henholder sig til »the rights of any other licencee«) og i den aftale, der blev indgået med Marker (i hvilken aftale der allerede — foruden det

britiske patent — henvises til det tyske patent for et »wind propelled apparatus«).

b) Herefter er det nærliggende at antage, at licenstagerne er blevet *begrænset i deres handlefrihed*: De kunne ikke uden videre virkeliggøre innovationstanken på dens tekniske anvendelsesområde, der kun angik et enkelt og ikke forskellige, særskilte markeder. Det er også klart — på grundlag af, hvad der er blevet anført om omfanget af beskyttelsen for det tyske patent — at indskrænkningen i handlefriheden *med hensyn til skroget* helt sikkert ikke var dækket af patentets specifikke genstand, hvorfor det utvivlsomt er muligt, at det er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1.

c) Imidlertid skal det undersøges, hvorvidt den konklusion, der pånøder sig, hvorefter licensaftalerne ikke stemmer overens med traktatens artikel 85, stk. 1, kan afsvækkes gennem de forsøg på en begrundelse, som sagsøgeren har foretaget.

Som Domstolen ved, har sagsøgeren henvist til, at aftalerne i lige grad angik det tyske og det britiske patent, hvoraf det sidstnævnte imidlertid omfattede hele sejlbrætindretningen. Når sagsøgeren herefter igennem det britiske patent kunne få indflydelse på udformningen af den samlede indretning, har dette — fordi fremstillingen og markedsføringen blev drevet på ensartet måde af alle licenstagerne, og fordi der dengang som regel kun solgtes komplette sejlbrætter — uden videre været gældende for licensaftalerne. Det forhold er også af betydning — ganske uafhængig af omfanget af det britiske patent — at rigge kun kan anvendes sammen med svømmebrætter. Dersom de sidstnævnte er af utilstrækkelig kvalitet, forringes det samlede udstyrs sikkerhed og funktionsduelighed. Herved må det anerkendes, at licensgiveren havde en interesse i at drage omsorg for en solid kvalitet af det samlede udstyr. Ved kvalitetsmangel ville ikke kun licensgiverens omdømme lide skade; det ville også komme til et fald i licensafgifterne. Videre må det huskes, at licensgiveren efter californisk ret måtte regne med et vidtgående ansvar ved sikkerhedsmangler ved det samlede udstyr. Endvidere er sagsøgeren af den opfattelse, at dette — når det nævnte godkendelsesforhold endvidere tjener til at sikre en loyal konkurrence mellem licenstagerne — lige så lidt kan anses som konkurrencestridigt i henhold til artikel 85 som de bestræbelser, der derved forfølges for at tilvejebringe et righoldigt produktudbud, der er nødvendigt for udviklingen af markedet og for kampen mod patentbrydere (der efter Kommissionens egne oplysninger i Tyskland havde en markedsandel på 30%). Ikke mindst må det forhold tages i betragtning, at der i praksis ofte bliver fremstillet nye modeller uden forudgående tilladelse, at sagsøgeren aldrig under påberåbelse af kvalitetskravene har nægtet sin tilladelse til modelændring, samt endelig at alle licenstagere — trods de klausuler, der gøres indvending imod — har bragt en række forskellige produkter på markedet, som i øvrigt ikke adskiller sig mere fra hinanden, end det er tilfældet for modellerne fra virksomheder uden licens.

d) I lighed med Kommissionen har jeg imidlertid det indtryk, at de således anstillede forsøg på at drage de pågældende klausuler uden for anvendelsesområdet af artikel 85, stk. 1, næppe lader sig gennemføre.

aa) Således lader den opfattelse sig forsvare, at såfremt der består patentbeskyttelse, kan aftaler om udnyttelse af en opfindelse kun unddrage sig artikel 85, stk. 1, dersom virkeliggørelsen af en teknisk indsigt

efter objektive kriterier (en i teknisk henseende upåklagelig udnyttelse af opfindelsen, som det hedder i Kommissionens meddelelse vedrørende patentlicensaftaler fra 1962, EFT 1962, s. 2922) herved tillades, medens begrænsninger med henblik på kvalitetskrav under alle omstændigheder må bedømmes i henhold til artikel 85, stk. 3. I sidste instans behøver dette ikke at blive definitivt afgjort her. Selv om man nemlig også antager, at *kvalitetskontrolforanstaltninger* vedrørende det samlede udstyr (uden hensyn til omfanget af patentbeskyttelsen og bortset fra, at også det britiske patent åbenbart ikke indeholder særlige kendetegn vedrørende skroget) principielt kan begrundes (fordi patenthaverens interesse i en tilforladelig udnyttelse af innovationstanken og den optimale udnyttelse af patentet — i betragtning af funktionsenheden, som skroget og riggen udgør, samt den overvejende fælles markedsføring, der dengang fandt sted — også omfatter kontrol af, at skrogene ikke udviser mangler, der kan forringe brugen af opfindelsen), er det dog stadig i nærværende tilfælde tvivlsomt efter den praksis, som Kommissionen har peget på, at der ved indskrænkningen af licenstagernes handlefrihed rent faktisk har været tale om sådanne kontrolforanstaltninger. Det forekommer endvidere ikke antageligt, at et sådant forhold forfølges ved hjælp af en ubestemt godkendelsesklausul, der indebærer fare for, at licensgiveren (der jo også er en konkurrent til licenshaveren) under udnyttelsen heraf tillige lader sig lede af konkurrencebegrænsende hensyn; i så henseende burde tværtimod kun forudfastlagte objektive kriterier komme i betragtning. Når sagsøgeren endvidere for at begrunde de af virksomheden fastsatte kvalitetskontrolforanstaltninger henviser til californisk erstatningsret, mangler der ikke blot bevis for, at denne rent faktisk går så vidt for patentlicensgiveren, som det påstås af sagsøgeren. Det må herved tillige bemærkes, at det forhold, at Fællesskabets konkurrenceret ikke tillader klausuler som de her omhandlede, givetvis må få virkninger for amerikansk erstatningsret, når talen er om krav fra køberen af den genstand, der omfattes af licensen på det fælles marked.

bb) I det omfang, hvor der i den anfægtede godkendelsesklausul også henvises til *andre licenstageres rettigheder* og beskyttelsen af dem — ifølge sagsøgeren drejer det sig her både om at forhindre slaviske efterligninger, jfr. forbudet mod illoyal konkurrence, og om at beskytte andre erhvervsretlige beskyttelsesrettigheder (patenter fra licenstagere, brugs- og smagsmønster) — har Kommissionen efter min opfattelse med rette fremhævet, at hensynet til sådanne lovlige begrænsninger alene er licenstagernes anliggende, og at det ikke tilkommer licensgiveren at overtage en sådan beskyttelsesfunktion i kraft af sin patentret. Er dette alligevel — at der herved skulle være tale om at undgå erstatningskrav fra andre licenstagere, forekommer ikke synderligt overbevisende — bestemt gennem en klausul som den omtalte, kan man rent faktisk i betragtning af det her foreliggende skønsmæssige spillerum ikke afvisefaren for, at klausulen tillige anvendes med det formål at sikre en *tilstrækkelig afstand* mellem produkterne fra forskellige licenstagere, altså til at sikre en konkurrenceretligt ulovlig markedsordning.

Til støtte for, at det i nærværende tilfælde forholder sig således, taler endvidere nogle dokumenter, der tydeliggør sagsøgerens praksis. Jeg erindrer herved om sagsøgerens skrivelse til Shark af 17. juli 1978, hvori det blev betonet, at nye produkter (herved var der først og fremmest tænkt på skrog) ville blive godkendt, dersom de »*differ substanti-*

ally from other licensed products« (hvilket allerede ved sagsøgerens overtagelse af Shark-aftalen er blevet understreget). Jeg henviser til en videre skrivelse fra *sagsøgeren* af 13. juli 1978, hvori det blev fastslået, at det udstyr, der skulle bedømmes, *lignede windsurferen for meget*, og at dette ikke stemte overens med sagsøgerens *licenspolitik*. Jeg erindrer videre om, at sagsøgeren — åbenbart efter klage fra firmaet Klepper — i november 1981 gjorde Akutec opmærksom på, at firmaets model *lignede* en Klepper-model *for meget* (hvortil der blev knyttet en opfordring til at optage kontakt, således at Klepper over for sagsøgeren kunne tage stilling). Og jeg henviser til en klage rettet til Kommissionen den 20. januar 1981 fra en virksomhed, der var interesseret i at få en licens, hvorefter forhandlingerne var strandet, fordi sagsøgeren havde gjort det til en betingelse, at denne virksomheds udstyr *skulle adskille sig* fra windsurferen.

cc) Når sagsøgeren i denne sammenhæng endelig henviser til, at en sådan differentiering er berettiget af hensyn til markedsudviklingen og bekæmpelsen af patentkrænkelser, må sagsøgeren se sig imødegået med, at den førstnævnte tanke — fordi en indskrænkning i licenstagernes handlefrihed er forbundet hermed — i det mindste kommer til udtryk i henhold til artikel 85, stk. 3, og at andre foranstaltninger, der kan forenes med konkurrenceretten, i første række kommer i betragtning for det andet anliggendes vedkommende.

e) Vedrørende den første omstridte klausul, der er behandlet i Kommissionens beslutning, må det altså fastholdes, at licenstagernes begrænsning til en bestemt apparattype og kravet om forudgående godkendelse af enhver ændring fra licensgiveren må anses som en *retsstridig indskrænkning i licenstagernes handlefrihed* og således som en konkurrencebegrænsning, der er omfattet af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, fordi disse særlige krav ikke er omfattet af patentrettens (heller ikke den britiske patentrets) egentlige genstand. Man kan her foreløbig begrænse sig til dette resultat; hvad sagsøgeren herved har anført med hensyn til de faktiske virkninger er derimod givetvis af betydning i en senere sammenhæng, ved vurderingen af grovheden af denne overtrædelse, der bebrejdes sagsøgeren.

2. *Vedrørende artikel 1, stk. 1, litra 2), i beslutningen* (forpligtelsen for licenstagerne til *ikke at sælge* de under det tyske patent fremstillede rigge *separat*)

a) En sådan forpligtelse fremgår entydigt af aftalen med Shark, idet der her er tale om (punkt 3) *kun* at fremstille og forhandle rigge til og i forbindelse med sejlbrætter i flere dele, herunder reservedele. På samme måde må man også forstå *aftalerne* med Ostermann og Akutec, idet der her dog dels tales om fremstilling og salg af firmaets nuværende *sejlbrættyper* (Ostermann), og der dels (Akutec) defineres et nøje kendetegnet »*Sailboard*« som det produkt, der er omfattet af licensaftalen.

Derimod synes de tre andre aftaler ikke ved første blik at være så entydige, fordi der overalt her ved definitionen af produktet, som aftalen angår, ikke kun er tale om et »specific free sail system, sailboat apparatus«, men også om »*components* thereof« (som sagsøgeren særligt henholder sig til for at støtte sin opfattelse om, at licenstagerne har været frit stillet med hensyn til salg af enkeltdele). Imidlertid gør aftalerne som

helhed (såvel som licensgiverens interesser) det formentligt klart, at der med sidstnævnte passus givetvis var tænkt på de sædvanlige reservedelsleveringer og ikke på en regelmæssig separat afsætning af rigge. I denne henseende er klausulen under punkt 11 (hvorefter licenstageren »will not manufacture or sell any item, or part thereof, within the scope of the licensed patents except for products as defined in paragraph 1 A hereof«) muligvis ikke ubetinget tvingende, fordi denne også — ifølge sagsøgerens opfattelse — kunne betyde, at forhandlingen af *sejl*joller og *is*både herved blev udelukket. Til støtte for den af Kommissionen fremførte fortolkning turde imidlertid punkt 2 i aftalerne tale, hvor det hedder: »In the event one or more components of the product are manufactured by or for licensee outside the Federal Republic of Germany and are then brought into the Federal Republic of Germany and assembled with the remainder of the components to form a completed product and royalties are paid on the completed product, then such shall be deemed within the license grant.« Der kan herved også peges på den under nr. 8 fastlagte forpligtelse for licenstagerne (»to place the legend »manufactured under license from Hoyle Schweitzer« on the *hull* of each product«; jeg skal senere i en anden sammenhæng komme tilbage hertil endnu engang). Da dette var af så stor betydning for sagsøgeren, kan man ikke antage, at sagsøgeren har givet afkald på denne oplysningspligt ved salget af rigge, tværtimod må man forstå dette således, at udgangspunktet var forpligtelsen til *som hovedregel at sælge et komplet udstyr.*

b) Utvivlsomt betyder en klausul med et sådant indhold — i forhold til omfanget af beskyttelsen for det tyske patent — en *indskrænkning af licenstagernes frihed,* der ikke dækkes af patentets specifikke genstand og derfor omfattes af artikel 85, stk. 1. Det må også indrømmes, at klausulen havde betydning for markedsforholdene og konkurrencen, fordi den forhindrede producenterne af skrog i at levere disse til forhandlere — for at gøre sejlbrætterne komplette — eller selv ved hjælp af indkøbte rigge at gøre udstyret komplet.

c) Også på dette punkt må man få det indtryk, at de argumenter, som sagsøgeren har fremført til sit forsvar, vanskeligt kan anfægte det principielle resultat, som Kommissionen er nået til.

aa) Når det i forbindelse med aftalen med Shark er blevet gjort gældende, at sagsøgeren indtil 1983 forgæves har forsøgt at ændre den oprindeligt indgåede aftale med Ten Cate (således at den stemte overens med de kontrakter, som sagsøgeren selv havde indgået), og at Shark endvidere rent faktisk — som man kan udlede det af licensafgiftberegningerne — i betragteligt omfang afsatte separate rigge, må det hertil bemærkes, at en sådan omformning af Shark-aftalen på grundlag af de af sagsøgeren selv indgåede aftaler åbenbart ikke ville have ført til en grundlæggende ændring af det punkt, der her er af interesse. Hvad imidlertid angår Sharks faktiske adfærd (og sagsøgerens manglende reaktion herpå), så kan denne højst spille en rolle ved vurderingen af overtrædelsens grovhed; dette ændrede imidlertid ikke det forhold, at aftalen efter sit indhold havde en konkurrencebegrænsning til formål (hvilket er tilstrækkeligt efter artikel 85, stk. 1).

bb) Når sagsøgeren endvidere har anført, at der heller ikke for de andre licenstageres vedkommende i virkeligheden har foreligget nogen indskrænkning af deres frihed med hensyn til afsætningen af enkeltdele, og når der henvises til udformningen af de afregningsformularer, der skal anvendes til

licensafgifter (der har en særlig rubrik for *dele* til sejlbrætter), kan det hertil bemærkes, at sådanne salg efter det oplyste kun er af et beskedent omfang (som hos Ostermann, Akutec og Marker), hvorfor det er nærliggende at antage — og også i denne henseende skulle udformningen af afregningsformularerne have betydning, hvilket også skulle gælde de forhold, hvor der forelå særlige prislister for dele — at der alene har været tale om sædvanlige reservedelsleveringer.

I denne sammenhæng kan der endvidere henvises til nogle dokumenter, der konkretiserer håndhævelsen af aftalerne i praksis og utvivlsomt taler for Kommissionens standpunkt. Således er en skrivelse fra SAN af 7. februar 1980 af interesse, hvori det blev meddelt en kunde, at leveringen af reservedele (nemlig gaffelbomme) blev begrænset til 3% af leveringerne af komplet udstyr. — Der skal også henvises til en rundskrivelse fra sagsøgeren til sagsøgerens europæiske licenstagere af 1. marts 1980, hvori det anbefales ikke at levere dele til handlende, der kan bruge dem til at bringe andre skrog i komplet stand (hvilket givetvis havde vægt under hensyn til den eksisterende mulighed for opsigelse). Endvidere er en telexmeddelelse fra sagsøgeren af 1. maj 1980 af interesse, hvori firma Klepper indtrængende opfordres til ikke at sælge rigge til et konkurrerende firma (hvorpå der blev svaret, at også Klepper var af den opfattelse, at rigge ikke skulle leveres til fabrikanter eller handlende uden licens, og at man derfor havde reageret negativt på en forespørgsel fra denne anden producent). — På linje hermed er også, hvad der blev drøftet under et møde mellem sagsøgeren og licenstagerne den 9. oktober 1980 (at licenstagerne nemlig udbyder *det samlede produkt*, at reservedele kun udgør 10-15%, og at kun det komplette sejlbræt blev solgt til nye kunder). — Endelig skal den til Akutec og Klepper rettede telex fra sagsøgeren af 29. oktober 1981 nævnes, hvori det kommer til udtryk, at salget af rigge eller bestanddele af rigge til virksomheder, der kombinerer disse skrog eller sejl, ikke kan forenes med licensaftalen (dette bliver ikke betydningsløst gennem den omstændighed, at det i en telex til licenstagerne af 13. april 1982 — altså *efter* det tidsrum, der her interesserer — blev betonet, at salget af rigge til andre producenter ikke var forbudt, så længe sagsøgerens opfattelse vedrørende omfanget af beskyttelsen af det tyske patent ikke var blevet bekræftet af en højere retsinstans).

cc) Endelig kan sagsøgeren heller ikke få medhold på grundlag af de anbringender, hvorefter det under alle omstændigheder har drejet sig om at forhindre medvirken til patentkrænkelser (som det — således som en række domstolsafgørelser dokumenterer det — til stadighed er kommet til, idet dele af licenstagernes rigge af andre virksomheder er blevet anvendt til fremstilling af såkaldte blandingsrigge), ligesom det må huskes, at licenstagerne heller ikke selv er interesseret i levering af rigge, fordi de derved ville hjælpe konkurrenter til afsætning af skrog (den dyreste del af et sejlbræt) og i samme grad måtte tåle nedgang i deres egen afsætning af komplet udstyr.

Hertil har Kommissionen indledningsvis med rette bemærket, at salget af rigge gennem licenstagerne ikke kunne medføre en umiddelbar patentkrænkelse, og at man altså ikke under dette synspunkt af patentretten kan udlede en begrænsning i licenstagernes handlefrihed. Endvidere er det jo også således — og dette angår den antagelse, at licenstagerne efter princippet om redelighed er forpligtet til ikke at kræve dette, dersom der måtte regnes med, at

deres aftagere ville misbruge riggene til fremstilling af blandingsrigge — at den påviste begrænsning i licenstagernes handlefrihed næppe var begrænset til sådanne tilfælde, men gjaldt generelt.

Hvad på den anden side licenstagernes interessesituation angår, må det ganske vist indrømmes, at den kan have været således beskaffen, som sagsøgeren har skildret det. Til støtte herfor taler muligvis en af sagsøgeren fremlagt erklæring, hvorefter SAN i egen interesse ikke ville sælge nogle rigge; herfor taler det udsagn, der ligeledes findes i denne erklæring, hvorefter licenstagerne ved et møde i 1979, hvori sagsøgeren ikke deltog, var blevet enige om ikke at levere rigge separat, og at begrænse reservedelsleveringerne til en bestemt procentdel; herved kan der også henvises til en skrivelse fra SAN af 8. februar 1980 (hvorefter licenstagerne er blevet enige om ikke at levere overskydende gaffelbomme), til den kendsgerning, at det i den anfægtede beslutning er anført, at leveringen af rigge til dels er blevet afvist med den begrundelse, at sortimentet ikke indeholder separate rigge, eller at kapaciteterne skulle benyttes til virksomhedernes eget behov, samt endelig den omstændighed, at en del af licenstagerne åbenbart selv fremstiller skrog. — På den anden side må der dog huskes på Shark, der siden 1978 har leveret rigge til forhandlere og andre producenter; det kan endvidere ikke udelukkes, at interessesituationen for nogle af de andre licenstagere ser anderledes ud, end sagsøgeren har fremstillet det (fordi de ikke forhandler egne produkter som Akutec og Marker), ligesom det navnlig ikke lader sig bortforklare, at interessesituationen kunne ændre sig alt efter markedsudviklingen, hvilket licensaftalerne imidlertid ikke tillod, at man reagerede på.

d) Det må således fastholdes, at også det konkurrenceretlige udsagn, der er fremsat i artikel 1, litra 2), i beslutningen, i princippet ikke er blevet anfægtet.

3. *Artikel 1, litra 3), i beslutningen* (forpligtelsen for licenstagerne til at betale licensafgifter for rigge fremstillet under det tyske patent udelukkende på basis af nettosalgsprisen for et komplet sejlbræt)

a) Det hedder hertil i beslutningen, at eftersom det tyske patent kun omfatter riggen, er det ikke begrundet at opkræve licensafgifter ved afsætning i Tyskland af dele, der ikke dækkes af patentet, fordi de — uden at der herved består en udligning gennem de fordele, som patentet byder på — belastes med omkostninger, der vanskeliggør afsætningen af dem. Kommissionen mener endvidere, at der foreligger en for høj belastning for riggen alene, når licensafgiften retter sig efter sejlbrættets samlede værdi, og at dette vanskeliggør en separat afsætning. Dette bidrager til overholdelse af forpligtelsen til kun at afsætte komplet udstyr, hvorved andre producenter af skrog har fået forringet deres afsætningsmuligheder.

b) Hertil må det indrømmes, at dette ved første øjekast forekommer ganske indlysende og dermed begrunder, at en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, tillige anses at foreligge gennem beskaffenheden og fremgangsmåden ved beregningen af licensafgifterne. Imidlertid fremgår det dog ret klart af en samlet vurdering af de argumenter, der er blevet fremsat i denne forbindelse, at sagsøgerens kritik af Kommissionens vurdering i det mindste delvis er begrundet.

aa) Således viser en analyse af aftalerne, at der ikke alene er sket en vurdering af licensafgifterne *kun* efter den samlede salgspris for et sejlbræt. I hvert fald gælder dette for den kontrakt, der blev oprindeligt blev indgået med Ostermann, hvori det udtryk-

keligt var bestemt, at *licensafgifterne for reservedele* udgjorde 8% af nettoprisen ab fabrik (åbenbart blev dette forhold ændret, da sagsøgeren overtog kontrakten, således at der i stedet skulle betales 5% af værdien af det samlede apparat). Tilsvarende må siges om aftalerne med SAN, Klepper og Marker, idet de afgørende definitioner af produktet i henhold til disse kontrakter også omfattede bestanddele af sejlbrætter, hvorfor det kan antages — da licensafgifterne blev fastsat efter »produktets« regningspris — at dets værdi var afgørende ved salg af bestanddele. Således synes det også at forholde sig i praksis, således som det i det mindste kan udledes af afregningerne fra Ostermann og Marker (når det ikke lader sig fastslå for Kleppers og SAN's vedkommende, skyldes dette måske, at der rent faktisk kun blev afsat komplette apparater; i SANs tilfælde er det også tænkeligt — fordi der her kun blev angivet en samlet sum for apparater og dele — at de sidstnævnte er indeholdt heri).

Anderledes synes det imidlertid — dersom man alene holder sig til aftalernes ordlyd — at forholde sig i Sharks og Akutecs tilfælde. I den førstnævnte aftale er der nemlig tale om en licensafgift på 10% af nettosalgsprisen for sejlbrætapparater udstyret med rigge, mens der i kontrakten med Acutec tales om, at licensafgiften fastsættes efter regningsprisen for »produktet« (der imidlertid er defineret som »specific free sail system sailboat apparatus«). Praksis viser imidlertid også her — og allerede afregningsformularerne, der sondrer mellem apparater og dele, viser hen til dette forhold — at ved salg af enkeltdele var kun disses værdi afgørende for afgiftberegningen. Dette lader sig udlede af den omfangsrige dokumentation vedrørende Shark (der gør det klart, at afgifterne i givet fald har rettet sig efter prisen for rigge eller bestanddele af rigge — gaffelbomme, sejl). Noget lignende lader sig antage for Akutec, idet dette firma ved telex af september 1979 udtrykkeligt blev opfordret til at angive særskilte beløb for sejldelene, ligesom afregningerne for 1981 viser, at sejl er blevet særskilt opført.

Herefter lader det sig i modsætning til, hvad der er fastslået i beslutningen, vanskeligt hævde, at licensberegningen efter sin beskaffenhed har udgjort en hindring for den separate afsætning af rigge, og at licenstagernes handlefrihed på denne måde er blevet begrænset.

bb) Man kan endvidere vanskeligt efter min opfattelse hævde det synspunkt, at der kan tales om — i det omfang, hvor komplette apparater blev afsat, og licensafgifterne rettede sig herefter — konkurrencehindring på det grundlag, at også skrogene er belastet med omkostninger.

Der skal i denne forbindelse mindes om, at den dengang herskende markedssituation var kendetegnet ved, at der i klart overvejende grad solgtes komplette sejlbrætapparater. Herefter var det rent faktisk nærliggende — ikke mindst af bogholderimæssige grunde (der åbenbart fik SAN til at holde fast ved denne fremgangsmåde også efter den senere ændring af kontrakten) — at foretage afgiftafregningerne på dette grundlag. Endvidere er det af interesse, at der på værdien af riggene alene opkræves en tilsvarende forhøjet afgift i de ændrede licenskontrakter (nemlig 12,5% hos Ostermann og Shark, henholdsvis hos den sidstnævnte senere 14% og 15% i alleandre kontrakter). Da dette uden videre blev accepteret, og heller ikke de tyske forvaltningsorganer og domstole fandt dette for højt (således som det formentligt kan udledes af en skrivelse fra Bundeskartellamt

til Kammergericht af 18. marts 1982 eller af en dom fra Oberlandesgericht München af 4. november 1982 i en erstatningssag), er det svært at indse, hvorledes afgiftsopkrævningen efter sin beskaffenhed, således som den er blevet praktiseret i henhold til de anfægtede kontrakter, kan anses som en konkurrencestridig restriktion for afsætningen af rigge.

cc) Med hensyn til beskaffenheden af afgiftsopkrævningen kan det således herefter alene kritiseres, at det tilsyneladende var således, at der også skulle betales *afgifter ved afsætning af skrog*, hvilket ikke var begrundet i henhold til den tyske patentsituation, og som kunne vanskeliggøre en særskilt afsætning af skrog.

For så vidt kan der heller ikke gives sagsøgeren medhold i den opfattelse, at værdien af opfindelsen ligger i at kunne sælge et komplet sejlbrætapparat, og at salget af skrog overhovedet kun er muligt, fordi der blev givet en licens til riggene, og fordi licenstagernes rigge allerede var på markedet. Heroverfor står ganske enkelt den for det tyske patent gældende ret. De tilladeligebegrænsninger i licenstagernes handlefrihed skal vurderes i henhold hertil, og dette synes at udelukke, at der herved foretages en form for modregning af den fordel, der ligger i den retligt beskyttede mulighed for at sælge rigge.

c) Under hensyn til artikel 1, litra 3), i beslutningen må det således fastholdes, at Kommissionen her — åbenbart fordi den har fortolket aftalerne forkert — til dels har foretaget vurderinger, der ikke er holdbare, og at konstateringen af, at licensafgiftsberegningen er konkurrencestridigt udformet, kun i beskedent omfang synes at være rigtig.

4. *Artikel 1, litra 4), i beslutningen* (Forpligtelsen for licenshaverne til at mærke de af dem solgte sejlbrætter med påtegningen »fremstillet på licens fra Hoyle Schweitzer« eller »fremstillet på licens fra WSI«)

Hertil hedder det i begrundelsen til beslutningen, at der herved — i det omfang, hvor apparater blev fremstillet og forhandlet i Tyskland — blev skabt det falske indtryk, at skrogene var fremstillet på grundlag af industrielle ejendomsrettigheder eller teknisk know-how hos licensgiveren. Licenstagerne kunne endvidere ikke med hensyn til skrogene fremstå som teknisk uafhængige og styrke deres omdømme, hvilket har haft indflydelse på deres markedsstilling.

a) I denne sammenhæng skal der indledningsvis gøres den kritiske bemærkning, at den nævnte forpligtelse (anbringelse af en angivelse på *skroget*) kun bestod i henhold til kontrakterne med SAN, Klepper, Akutec og Marker. I den med Shark indgåede licensaftale er der derimod — uden specificering — kun tale om »angivelse: efter licens fra Ten Cate«; det forholder sig formentlig på samme måde ifølge den med Ostermann indgåede aftale (i aftalen tales der kun om Ostermanns forpligtelse til på sine produkter og i firmaets reklamering at give oplysninger om licensforholdet). Da der imidlertid formentlig ikke kan indvendes noget imod, at en bestanddel af udstyret forsynes med licenspåtegning — for så vidt som der herved undgås falske indtryk — må de to sidstnævnte aftaler lades ude af betragtning i denne sammenhæng, netop fordi det ikke kan udledes, at der aftaltes anbringelse af licenspåtegning på en bestanddel af apparatet, der ikke omfattes af patentet.

b) Man kan endvidere tillige spørge sig selv, hvorvidt den påtegningspligt, der er

indeholdt i de andre kontrakter, rent faktisk har øvet indflydelse på konkurrencen (alene dette er afgørende efter artikel 85). Det forekommer mig, at dette spørgsmål ikke er uden tvivlspunkter. Det er således vanskeligt at forestille sig, at en beslutning om køb på afgørende måde er blevet påvirket af den nævnte påtegning, der var påført alt udstyr, der er blevet licensfremstillet i Tyskland. Andre hensyn har vel her stået i forgrunden (teknisk udformning og pris for udstyret, reklamering af enhver art), ligesom hver licenstager, der jo — således som det var fastsat i kontrakterne selv — anvendte egne mærker, herved havde frie hænder. Særligt kunne licenstageren i reklamen og i salgssamtaler udmærket gøre det klart, at der i den bestanddel, som skroget udgjorde, var investeret noget af firmaets egen tekniske viden. Omvendt kan det ikke udelukkes, at henvisningen til den amerikanske licensgiver har fremmet afsætningen af udstyr. Man kan dog ikke gå ud fra, at den påtegningspligt, der bestrides, har haft nogen nævneværdig indflydelse på markedsstillingen; herfor taler ikke mindst de tal, som jeg har nævnt, vedrørende udviklingen i omsætningen for licenstagerne i årene 1978-80, der i det mindste for fire af disses vedkommende fremviser en stærk, hvis ikke endog en meget stærk fremgang (enkeltheder herom kan på dette trin ikke nævnes på grund af hemmeligholdelsen).

c) Jeg er altså af den opfattelse, at det er med rette, at man bestrider retmæssigheden af konstateringerne vedrørende licenspåtegningen i den anfægtede beslutning. Dersom man anerkender dette, er der ikke længere grund til at gå ind på de øvrige anbringender, som sagsøgeren har fremsat i denne sammenhæng (og som i det store og hele ganske vist er lidet overbevisende, såsom: skroget egner sig bedst til en sådan påtegning, fordi sejlet allerede bærer et andet tegn; eller: eftersom en sådan påtegning under alle omstændigheder har været tilladt ved afsætning i Storbritannien, ville en afvigende praksis på det tyske marked have betydet en vanskeliggørelse af produktionen for producenterne; samt endelig: først med licenstildelingen blev det muligt at markedsføre det komplette udstyr).

5. *Beslutningens artikel 1, stk. 1, litra 5)* (licenstagernes pligt til at anerkende betegnelserne »Windsurfer« og »Windsurfing« og et som »logo« betegnet billedsymbol som gyldige varemærker).

I beslutningens betragtninger blev der i denne sammenhæng ytret tvivl om, hvorvidt disse — af Ten Cate benyttede — tegn i tilstrækkeligt omfang opstiller en sondring, og om sproglige betegnelser ikke under alle omstændigheder er blevet til en gængs betegnelse i almindelig sprogbrug (hvilket ifølge gældende ret i medlemsstaterne ville udelukke, at betegnelsen registreres som varemærke, eller at indregistreringen opretholdes). Det er endvidere blevet anført, at licenstagerne ved at give afkald på at gøre dette forhold gældende har berøvet sig muligheden for i reklamen at benytte de nævnte begreber og symboler, der er vigtige for publikum, og at dette har medført et konkurrenceforspring for licensgiveren og Ten Cate.

a) Hvad dette punkt angår, er det indledningsvis af vigtighed, at der i beslutningen — dette har Kommissionen således betonet på s. 20 i duplikken — ikke er tale om et anvendelsesforbud, men kun om at udelukke den mulighed, at gyldigheden af tegnene bestrides. Når det forholder sig således, kan man i denne sammenhæng ikke med rette anføre aftalerne med Shark og Ostermann, eftersom de — dersom jeg har forstået det rigtigt — ikke indeholder nogen forpligtelse til at anerkende tegnene (i form af en ikke-angrebsklausul), men kun et forbud mod benyttelse. Disse licenstagere havde altså mulighed for at bestride gyldig-

heden af de nævnte tegn, hvorfor der naturligvis ikke længere ville være adgang til at gøre det anførte anvendelsesforbud gældende, dersom de havde haft held hermed.

b) På den anden side fremgår det uden videre, at to indsigelser, som sagsøgeren har fremsat i denne sammenhæng, er grundløse.

Det drejer sig for det første om den indsigelse, at der i tillægget til licensaftalerne kun er opført *amerikanske* tegn, og at den omstridte klausul følgelig kun har angået disse. Dette er rent faktisk lidet overbevisende, dels i lyset af den omstændighed, at de nævnte tegn i de fleste medlemsstater er blevet indregistreret (jfr. sagsøgerens redegørelse på s. 30 i stævningen), dels i lyset af den kendsgerning, at licenstagerne slet ikke optrådte på det amerikanske marked, idet aftalerne ikke angik dette. Kommissionen har endvidere — for at vise, at det utvivlsomt drejede sig om tegn, der anvendes i Europa — med rette henvist til en anden klausul i licensaftalerne, hvorefter trykt materiale, hvori de anførtevaremærker anvendes, kun måtte anvendes i et kort tidsrum endnu og derefter skulle tilintetgøres (punkt 12 i aftalen).

Noget lignende gælder den indsigelse, at formålet med den omstridte klausul kun var at drage omsorg for anerkendelsen af gyldigheden af varemærkerne, så længe de ikke var blevet erklæret ugyldige, og at dette skete for at forhindre, at disse blev til artsbetegnelser, hvilket tilstræbes af patentovertræderne. Kommissionen har i denne forbindelse for det første med rette anført, at der er behov for en helt anden klausul for at forhindre dannelsen af artsbetegnelser. For det andet kan der vedrørende det synspunkt, at licenstagerne utvivlsomt havde ret til at lade de nævnte tegn erklære for ugyldige i Europa, henvises til en udtalelse fremsat af sagsøgerens repræsentant ved en orienteringssamtale med repræsentanter for Kommissionen i januar 1981, hvorefter punkt 12 i aftalen med SAN (der har samme indhold som klausulerne i aftalerne med Akutec, Klepper og Marker) skal anses som en varemærkeretlig *ikke-angrebsklausul.*

c) Imidlertid må man også i denne sammenhæng spørge sig selv, hvorvidt den anfægtede ikke-angrebsklausul rent faktisk har medført en nævneværdig forringelse af licenstagernes konkurrencestilling. Muligvis er der allerede — således som sagsøgeren mener det — blevet dannet artsbetegnelser på de forskellige sprog, og i så fald består der (hvilket vel ellers skulle have været undersøgt) overhovedet ingen alvorlig tendens til, at den engelske betegnelse for sporten herved spiller en rolle. Endvidere kan det antages, at licenstagerne, der har deres egne markeder, i reklamen har haft tilstrækkelige andre muligheder for at sørge for afsætning af deres produkter, ligesom der herved endnu engang kan henvises til den allerede nævnte udvikling i virksomhedernes omsætning i årene 1978-80. Kommissionen har ikke anført nogen kendsgerninger, der godtgør en forringelse i licenstagernes konkurrencestilling.

d) Jeg er derfor af den opfattelse, at også det i artikel 1, stk. 1, litra 5), i beslutningen fastslåede forhold som sådan (altså ikke kun med hensyn til aftalen med Shark og Ostermann) er ugyldigt og at det herved ikke kun — således som Kommissionen finder det rigtigt — er på sin plads at undlade at fastsætte en bøde.

6. *Beslutningens artikel 1, stk. 2* (muligheden for at opsige licensaftalen, såfremt licenstagerne indleder produktionen i et område, der ikke er omfattet af patentet, hvilket forhold kun er omtalt i kontrakterne med Akutec, SAN, Klepper og Marker)

a) Holder man sig til licensaftalerne i de affattelser, der foreligger for Domstolen, kan det fastslås, at aftalen med Akutec faktisk opstiller en bestemmelse om (punkt 2 A), at licenstageren har ret »to manufacture *only* at the site where the product is being manufactured on the date of execution of this agreement«, og at (punkt 20 A 4) kontrakten opsiges, dersom der sker en »change by licensee of manufacturing site«. Dette kan i sammenhængen kun forstås således, at ingen produktion (heller ikke en simpel merproduktion) må ske på et andet sted, særligt ikke i udlandet; opsigelsesmuligheden bestod altså ikke kun for det tilfælde, at en licenstager henlagde sin samlede produktion til et andet sted.

Aftalerne med SAN, Klepper og Marker fastsatte — ifølge de affattelser, der foreligger for Domstolen — overensstemmende en ret til fremstilling af produktet i Forbundsrepublikken Tyskland (punkt 2), ligesom de videre bestemte, at »in the event one or more components of the product are manufactured by or for licensee outside the Federal Republic of Germany and are then brought into the Federal Republic of Germany and assembled with the reaminder of the component to form af completed product and royalties are paid on the completed product then such shall be deemed within this license grant«. Endvidere fastsattes der (punkt 18 A) en opsigelse af kontrakten, dels for det tilfælde, at der indtrådte en »change by licensee of manufacturing site to a country outside the Federal Republic of Germany« 4), dels i tilfælde af »manufacture by licensee of all or any component of product in a country outside the Federal Republic of Germany and sale thereof directly to a country outside the territory« 5). Også på dette grundlag kan det utvivlsomt udledes, at licenstagerne ikke havde nogen ret til fremstilling uden for Forbundsrepublikken Tyskland, selv om forhandling skulle ske uden for dette område.

b) Under sagen var der imidlertid også tale om, at aftalerne mod slutningen af 1980 blev ændret på det punkt, der her er af interesse (ganske vist uden at dette har kunnet dokumenteres).

Ifølge Kommissionens bemærkninger (jfr. s. 17 i de klagepunkter, der blev tilstillet sagsøgeren) er aftalerne med SAN og Klepper i december 1980 blevet ændret derhen, at en produktion kun var tilladt på det sted, hvor den allerede fandt sted ved kontraktens indgåelse. Ganske vist indebar dette — og ifølge bemærkningerne i den anfægtede beslutning forholdt det sig på samme måde i Markers tilfælde — blot gennemførelsen af en ordlyd i lighed med den, der allerede fremgik af kontrakten med Akutec, således at der ikke herved fremkom nogen ændring i den retlige vurdering, set ud fra Kommissionens synspunkt.

Derimod har sagsøgeren gjort gældende (notat vedrørende den orienterende samtale af januar 1981, s. 16), at ændringerne bestod i, at produktions- og salgsforbudet (punkt 18 A 5) i aftalerne med SAN, Klepper og Marker var blevet ophævet, og at det vedrørende punkt 18 A 4 (flytning af produktionen til et sted uden for Forbundsrepublikken) i aftalerne var blevet klargjort, at også en produktion uden for Forbundsrepublikken Tyskland herefter var tilladt. Vi står således over for det forhold, at vi i denne henseende ikke kan nå til fuld klarhed. Dersom sagsøgerens bemærkninger

er rigtige (hvad der som sagt ikke er blevet godtgjort for Domstolen), ville dette i hvert fald betyde, at der for restløbetidensvedkommende ifølge de tre kontrakter ikke kan tales om et fremstillingsforbud i udlandet, således som Kommissionen har antaget det.

c) Hvad angår den retlige vurdering af de kontraktsklausuler, der her er af interesse, kan der vel ikke være tvivl om, at vedtagelsen af et fremstillings- og forhandlingsforbud for patentfrie områder — det er alene dette, som Kommissionen har for øje — med den virkning, at forhandling uden betaling af licensafgifter ikke er mulig, indebærer en begrænsning i konkurrencefriheden, der ikke var dækket af patenterne, som var begrænset til to lande. Jeg kan endvidere ikke se, hvorledes der skulle kunne gives sagsøgeren medhold i de anbringender, hvormed dette søges begrundet.

Dette gælder for det første for sagsøgerens opfattelse, hvorefter begrænsningen skal ses i sammenhæng med kontrollen af den produktion, der er bestemt for det tyske marked (der er tale om en kvalitetskontrol). Herved er det ikke kun af betydning, at det kan betvivles, hvorvidt sagsøgeren overhovedet tog sigte på kvalitetskontrol. Der skal navnlig her mindes om, hvad der i en tidligere sammenhæng er sagt om tilladeligheden af direkte kvalitetskontrol, og om muligheden for at sikre tilstrækkelige resultater ved hjælp af anvendelsen af objektive kriterier. Endvidere har Kommissionen ret i sin opfattelse, hvorefter det ikke uden videre er indlysende, hvorfor man må befrygte, at kvaliteten bringes i fare ved en ændring af fremstillingsstedet, når licenstagerne dog uden videre lod fremstille mange — i korrekt gennemførelse af aftalen — dele af udstyret hos andre virksomheder.

Noget lignende gælder for det andet for sagsøgerens henvisning til det forhold, at indretningen af et produktionssted kræver betragtelige investeringer, hvorfor producenten lod sig nøje med sit naturlige lokale hovedmarked og så bort fra — urentable — produktioner i udlandet. Hertil har Kommissionen med rette ikke blot gjort gældende, at der ikke må påregnes uforholdsmæssige investeringsomkostninger ved fremstilling gennem underentreprise (der benyttes af en række licenstagere). Af vigtighed er det særligt, at en virksomhed i hvert fald frit må kunne træffe afgørelse herom. Dersom dette nægtes den kontraktligt, foreligger der en konkurrencebegrænsning, der principielt kritiseres med rette.

d) Vedrørende det i artikel 1, stk. 2, i beslutningen indeholdte resultat kan det altså kun fastslås, at berettigelsen heraf principielt ikke kan betvivles, og at der under sagen heller intet er fremkommet, hvorefter dette resultat for nogle af kontrakternes vedkommende i hvert fald fra slutningen af 1980 ikke længere var det rigtige.

7. *Artikel 1, stk. 3, i beslutningen* (Sharks og Ostermanns forpligtelse til ikke at anfægte de af licensen omfattede patenter)

Vedrørende det sidste punkt, der her er af interesse, lader alt nødvendigt sig endelig sige med få ord.

Det er åbenbart, at det på den skildrede måde er kommet til en indskrænkning af handlefriheden, der må anses som konkurrencestridig, fordi den inddrog muligheden for at overvinde en hindring for den økonomiske aktivitet (fremstilling og forhandling af sejlbrætter eller dele til sejlbrætter alene mod betaling af licensafgifter). Jeg er som sagt også enig med Kommissionen i, at der ved den konkurrenceretlige vurdering af sådanne klausuler ikke kan gives privatretlige bånd mellem licensgiver og licenstager (hvorigennem muligheden for at anfægte patentretten ofte først viser sig) forrang for

den offentlige interesse i den videst mulige handlefrihed. Endvidere kan sagsøgerens anbringende næppe være af betydning, hvorefter sådanne klausuler har medført større konkurrence, fordi den har gjort licenstildeling sandsynligere. Rent faktisk modsiges dette af sagsøgerens egen senere praksis, idet selskabet — i modsætning til Ten Cate — selv har indgået en række licensaftaler, der ikke indeholdt en ikke-angrebsklausul.

Man må ganske vist indrømme — uden at dette kan skabe tvivl om den principielle berettigelse af Kommissionens konstatering — at sådanne klausuler som udgangspunkt kun har ringe betydning, hvis et patent — som i det foreliggende tilfælde i henhold til tysk ret — tildeles på grundlag af indgående undersøgelse, og der i tilslutning hertil endog uden held er søgt gjort indsigelse herimod. Endvidere må det forekomme tvivlsomt, hvorvidt der fra licenstagernes side rent faktisk bestod en interesse i at anfægte patentet (og der således kan tales om en ægte indskrænkning i deres dispositionsfrihed), når en sådan fremgangsmåde efter omstændighederne medfører, at det pågældende erhvervsområde blev åbnet for alle interesserede, og antallet af konkurrenter i så fald stiger betragteligt.

8. Ved slutningen af dette vigtige led i undersøgelsen kan følgende altså fastslås som mellemresultat:

Man kan formentlig ikke anfægte det resultat, som Kommissionen er nået til, vedrørende den konkurrencebegrænsende karakter af godkendelsesforbeholdet (artikel 1, stk. 1, litra 1)) og forbudet mod at flytte produktionen (artikel 1, stk. 2), samt ikke-angrebsklausulen vedrørende de af licensen omfattede patenter. Hvad angår beregningsmetoden for licensafgifterne (artikel 1, stk. 1, litra 3)) turde Kommissionens vurdering derimod være for vidtgående. Det eneste der kan kritiseres er, at der også forfaldt afgifter ved separat salg af skrog (der ikke omfattes af det tyske patent). Herudover er det efter min opfattelse ikke berettiget at tale om kontraktstridige klausuler, fordi der er tale om en forpligtelse til at anbringe påtegningen »fremstillet på licens fra Hoyle Schweitzer« eller »fremstillet på licens fra WSI«, samt om ikke-angrebsklausulen med hensyn til de anvendte varemærker (artikel 1, stk. 1, litra 4) og 5)).

III — Var licensaftalerne egnet til *at påvirke handelen mellem medlemsstater*?

Man kan kun betegne resultatet i beslutningens artikel 1 som rigtigt, såfremt det tillige står fast, at de kritiserede klausuler var egnede til at påvirke handelen mellem medlemsstater, og dette — i overensstemmelse med fast retspraksis — var *mærkbart* (hvilket betyder, at klausulerne havde en vis vægt).

Kommissionen har i sin beslutning under B. I. 1 h) forsøgt at vise, at dette kan siges om de af Kommissionen kritiserede klausuler i licensaftalerne. Herved har Kommissionen særlig henvist til licenstagernes og Ten Cates dominerende stilling på det tyske marked, samt til, at de kritiserede klausuler vanskeliggjorde handelen med rigge og skrog mellem Forbundsrepublikken Tyskland og andre medlemsstater. — Sagsøgeren finder, at denne vurdering ikke er rigtig. For sagsøgeren er herved for det første den kendsgerning af særlig betydning, at der på det pågældende tidspunkt så godt som ikke var noget marked for dele af sejlbrætter, og at den særlige efterspørgsel efter rigge i Tyskland ikke kunne anses som normal, men havde kunstig karakter. For det andet

har sagsøgeren henvist til det forhold, at markedsandelen på de største markeder (Forbundsrepublikken Tyskland, Frankrig og Nederlandene) for lokalt producerede apparater beløb sig til 70-80%, hvoraf man kan slutte, at handelen mellem stater på dette område kun har marginal betydning.

1. Hvad dette stridspunkt angår, henviser jeg med hensyn til vurderingen af *efterspørgslen efter rigge* alene (i Forbundsrepublikken Tyskland) til, hvad jeg allerede har anført, hvorefter det gælder, at også selv om denne efterspørgsel skyldes den særlige patentsituation, der foreligger i Forbundsrepublikken, kan den dog givetvis ikke lades ude af betragtning som »kunstig«. — Endvidere må det også anerkendes, at — selv om det indtryk pånøder sig, at markedet for bestanddele til sejlbrætter dengang nærmest har været af beskedent omfang — det dog ikke kan siges, at markedet var så ubetydeligt, at der ganske kan ses bort fra det ved undersøgelsen af kriteriet »mærkbar påvirkning af handelen mellem stater«, hvor der ikke gælder synderligt strenge krav ifølge retspraksis. — Dersom sagsøgerens oplysninger vedrørende markedsandelene for lokalt produceret udstyr i øvrigt rent faktisk er rigtige, så må det velherefter stå fast, at der alligevel foreligger en handel mellem medlemsstater i et omfang, der altså er af betydning for artikel 85, stk. 1, såfremt det herved kommer til en påvirkning.

På dette grundlag kan Kommissionens vurdering af de i artikel 1, litra 1) og 2), i beslutningen behandlede klausuler næppe betegnes som urigtig. Når licenstagernes frihed med *anvendelsen af skrog* var begrænset, så var dette egnet til at påvirke handelen mellem medlemsstater, fordi licenstagerne herved fik vanskeligere ved at indkøbe skrog hos producenter i andre medlemsstater. På grundlag af, hvad der oplyst om licenstagernes produktionsgang, kan det også antages, at interessesituationen for de fleste af dem (fordi de ikke driver nogen egen produktion) ikke talte imod sådanne indkøb. I øvrigt var der givetvis leveringsmuligheder og en interesse heri (muligvis hos en stor fransk producent), og på grundlag af licenstagernes markedsandele i Tyskland kan det utvivlsomt antages, at omfanget af påvirkningen af handelen, der var forbundet med begrænsningen, sandsynligvis var mærkbar. — Noget tilsvarende gælder for forbudet mod separat salg af rigge. Det lader sig ganske vist herved ikke fastslå, at der på det pågældende tidspunkt bestod nogen nævneværdig efterspørgsel fra udlandet (i de af Kommissionen som bilag 8 og 9 til svarskriftet fremlagte dokumenter tales der som bekendt kun om *dele* af rigge). Det må imidlertid medgives, at det nævnte forbud kunne medføre, at udenlandske producenter af skrog fik påvirket deres afsætningsmuligheder i Tyskland (hvor skrogene kunne udstyres til komplette apparater ved hjælp af tilkøbte rigge), og det kan heller ikke udelukkes, at dette ligeledes skete i mærkbart omfang.

2. Derimod forekommer det at være højst tvivlsomt, hvorvidt det kriterium, der her skal behandles, kan siges at foreligge i henseende til de øvrige klausuler, der er behandlet i artikel 1 i den anfægtede beslutning (idet jeg dog ganske vist på forhånd lader de under punkt 4 og 5 anførte klausuler ude af betragtning, hvilket særligt sker, fordi den over for Domstolen meddelte udvikling i omsætningen ikke afgiver støtte for, at der er sket nogen forringelse i licenstagernes frihed).

a) Som vi har set det, kan *licensafgiftsordningen* under alle omstændigheder kritiseres, i det omfang afgifterne også skulle betales for skrog, der ikke var omfattet af det tyske patent (fordi dette nemlig på ubegrundet måde vanskeliggjorde en særskilt afsætning af skrog). I denne forbindelse må det imidlertid fastholdes (bortset fra, at markedet for skrog ganske vist ikke havde stor betydning), at der ikke er noget oplyst om, hvorvidt der overhovedet forelå en interesse i en sådan afsætning for licenstagerne (der givetvis i første række var indstillet på at udnytte opfindelsen — fremstilling af rigge — og salget af komplet udstyr), ligesom vi heller ikke ved, hvilken betydning handelen mellem stater herved havde.

b) Hvad angår begrænsningen i muligheden for at påbegynde produktionen i patentfrie lande, så antager Kommissionen åbenbart selv, at det herved især drejer sig om forsyningen af lokale markeder, og at dette følgelig næppe har noget at gøre med handelen mellem medlemsstater. Der består endvidere stor usikkerhed om, hvorvidt der er opstået nogen reel hindring, idet det forekommer tvivlsomt, at licenstagerne allerede ved begyndelsen af deres aktivitet skulle have haft en interesse i udbygningen af yderligere udenlandske produktionsanlæg (hvilket åbenbart — skønt de nyekontrakter åbner enhver mulighed for — indtil dags dato endnu ikke er sket).

c) Hvad endelig angår den i artikel 1, stk. 3, i beslutningen omhandlede *ikke-angrebsklausul*, hedder det alene i præamblen til beslutningen, at den har forstærket patentretten over for samtlige konkurrenter. Herved er det imidlertid ikke kun tvivlsomt, hvorvidt der rent faktisk kan tales om en effektiv forstærkning, eftersom alle andre licenstagere — samt også tredjemænd — utvivlsomt havde mulighed for at anfægte patentet. Det skal tillige fastslås, at den kritiserede klausul åbenbart ikke havde den mindste betydning, hvilket særligt fremgår af den omstændighed, at Ostermann også senere undlod på nogen måde at angribe patentet (endog efter at firmaet var blevet overtaget af sagsøgerens største konkurrenter), skønt den nye kontrakt åbnede enhver mulighed herfor.

3. Jeg er derfor af den opfattelse, at man — dersom man inddrager alle afgørende kriterier efter artikel 85, stk. 1 — på grundlag af en kritisk vurdering af de af Kommissionen trufne konstateringer i artikel 1 i Kommissionens beslutning kun kan opretholde de, der er opført i stk. 1, litra 1) og 2) (sagsøgerens godkendelse af brætterne og forbudet mod separat salg). I øvrigt må konstateringerne i den anfægtede beslutnings artikel 1 annulleres i overensstemmelse med sagsøgerens påstand.

IV — *Artikel 85, stk. 3*

I beslutningen er der også taget stilling til spørgsmålet om — og dette kræver en fuldstændig gennemgang i henhold til artikel 85 — aftalerne, i det omfang de ikke er i overensstemmelse med artikel 85, stk. 1, kan fritages fra forbudet i henhold til artikel 85, stk. 3. Efter Kommissionens opfattelse kom dette ikke i betragtning, både fordi de formelle betingelser (anmeldelse til Kommissionen) ikke forelå, ligesom heller ikke de materielle betingelser ifølge bestemmelsen var opfyldt. Da sagsøgeren mener, at heller ikke denne vurdering er rigtig, skal der hertil ligeledes gøres enkelte bemærkninger.

1. Efter artikel 4 i forordning nr. 17 kommer en anvendelse af artikel 85, stk. 3, på aftaler indgået efter forordningens ikrafttræden (den foreliggende sag drejer sig om sådanne aftaler) kun i betragtning, såfremt

de er anmeldt til Kommissionen. Da dette ikke er tilfældet for de licensaftaler, der her er af interesse, er det vigtigt, om undtagelsesbestemmelsen i artikel 4, stk. 2, herved griber ind, der som bekendt gælder for aftaler, hvori kun deltager to virksomheder, såfremt aftalerne — blandt andet — pålægger erhververen eller brugeren af industriel ejendomsret begrænsninger med hensyn til udøvelsen af disse rettigheder.

Dette er efter Kommissionens opfattelse ikke tilfældet, og der er under sagen rent faktisk ikke — for nu straks at sige dette — fremkommet nogen argumenter, der har kunnet rokke ved denne vurdering.

For så vidt er det forhold afgørende, at de i artikel 1, litra 1) og 2), omhandlede begrænsninger (godkendelse af brætterne og forbudet med separat salg, hvorom der alene herefter er tale) går ud over patentretten og således ikke vedrører dennes udøvelse, fordi i hvert fald det tyske patent ikke omfatter skrog. Dette er åbenbart for så vidt angår det gældende forbehold om godkendelse af skrog (fordi det angår markedet for skrog); dette er imidlertid også rigtigt i forbindelse med klausulen om ikke at afsætte rigge separat, idet denne klausul har umiddelbare virkninger for markedet for skrog.

Heroverfor er det åbenbart uden betydning, når sagsøgeren har henvist til, at et skrog ikke kan anvendes uden riggen, og at udnyttelsen af opfindelsen således kræver en komplet kombination, hvorfor også skroget er vigtigt. For det første må man nemlig ikke glemme, at der allerede på det tidspunkt, hvor de anfægtede aftaler var gældende, i et vist omfang fandtes særskilte markeder for bestanddele til sejlbrætter. For det andet har Kommissionen ret, når den fremhæver, at de undtagelsesbestemmelser, som gælder for anmeldelsespligten, skal fortolkes snævert (fordi de er tænkt som begrænsninger i konkurrencen, der i almindelighed må anses for at være uskadelige). Herefter kan man imidlertid ikke anføre, at vendingen »udøvelsen af disse rettigheder« i artikel 4 i forordning nr. 17 skal anvendes i udstrakt grad og uden hensyn til et patents entydige beskyttelsesomfang.

2. Endvidere er det også tvivlsomt, hvorvidt betingelserne ifølge artikel 85, stk. 3, i nærværende tilfælde har været opfyldt, hvorefter der bl.a. forlanges, at der foreligger en forbedring af produktionen eller fordelingen af varerne, eller en fremmeaf den tekniske eller økonomiske udvikling, og hvorefter det kræves, at der ikke pålægges begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål.

Denne vurdering, som Kommissionen har givet, synes i hvert fald at være træffende, hvad angår klausulen om, at rigge ikke må sælges separat, idet den kun medførte begrænsninger, hvorimod man ikke her kunne konstatere positive virkninger i henseende til artikel 85, stk. 3. Noget tilsvarende må dog også gælde for det forbehold for godkendelse som behandlet i beslutningens artikel 1, litra 1). Selv om man nemlig anerkender licensgivers interesse i at opretholde en vis kvalitetsstandard som legitim (særlig med henblik på udtrykket »forbedre produktionen... af varerne«), ville det vel i denne forbindelse være på sin plads på forhånd at fastlægge objektive og præcise kriterier. Derimod gælder det, at et alment og ubestemt formuleret forbehold om anerkendelse, således som man finder det i de anfægtede aftaler, ikke stemmer overens med artikel 85, stk. 3, særligt når den praktiske anvendelse giver det indtryk, at det mindre drejede sig om kvalitetsspørgsmål end om markedsafgrænsninger.

Også i denne forbindelse fremtræder sagsøgerens anbringende som uvæsentligt, nemlig: den politik, der forfulgtes med licenstildelingen, har i væsentlig grad bidraget til den hurtige udvikling af det tyske marked, ligesom det kom til en udvidelse af produktionen, fordi der blev lagt vægt på, at man kunne udbyde et stort antal modeller. Det er faktisk vanskeligt at indse, at der herved kan fremdrages synspunkter, der er af betydning for artikel 85, stk. 3. Endvidere må det antages, at man ville have kunnet nå tilsvarende økonomiske resultater gennem licensaftaler uden retsstridige begrænsninger, idet man trods alt kan gå ud fra, at licenstagerne på deres side i konkurrencen vil bestræbe sig på at føre an i markedsudviklingen gennem et varieret produktudbud.

V — *Artikel 3, stk. 1, i beslutningen* (fastsættelse af en bøde over for sagsøgeren vedrørende overtrædelserne af artikel 85, stk. 1, som omtalt i artikel 1, stk. 1, litra 2), 3) og 4), samt i stk. 2 og 3)

Som allerede omtalt, søger sagsøgeren under alle omstændigheder at opnå en delvis annullation af beslutningen eller i det mindste en nedsættelse af bøden (hvilket er muligt efter artikel 172 i EØF-traktaten). Hvad der er anført i denne forbindelse, gør følgende stillingtagen nødvendig.

1. Der skal på forhånd erindres om, at sådanne bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 — inden for de dér opstillede rammer — kan pålægges ved forsætlig eller uagtsom overtrædelse af artikel 85, stk. 1. Udtrykkeligt hedder det også herom, at der skal tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.

Følger man den vurdering, som jeg er nået til ved behandlingen af beslutningen, så står det fast, at der af de overtrædelser af artikel 85, stk. 1, som Kommissionen mener er strafværdige, kun bliver den tilbage, der følger af forpligtelsen til ikke at sælge rigge separat. Selv på dette grundlag er det altså på sin plads med en betragtelig nedsættelse af bøden, idet Domstolen ved, at det for Kommissionen var af betydning ved fastsættelsen af sanktionens omfang, at man mente, at yderligere fire overtrædelser krævede en sanktion.

2. Overvejer man videre — på grundlag af sagsøgerens anbringende om de subjektive betingelser for artikel 15 og vedrørende aspektet »overtrædelsens grovhed« — om der herefter er anledning til helt at stryge bøden, eller om der i det mindste er fremført yderligere synspunkter til støtte for en nedsættelse af bøden, må man efter min opfattelse have følgende for øje:

a) Sagsøgeren er som bekendt af den opfattelse, at sagsøgeren ikke kan tilregnes noget forhold som skyld, fordi man af gode grunde kunne gå ud fra, at det tyske patent omfattede — som patenter i andre lande — det komplette sejlbrætudstyr, hvorfor det var begrundet at optage bestemmelser om fremstilling og markedsføring af det komplette udstyr i licensaftalerne.

Jeg kan vanskeligt følge denne opfattelse. Generelt skal der hertil siges, at forskellige patentsituationer ikke udgør noget usædvanligt, idet der endog findes lande (hvilket sagsøgeren meget vel vidste), hvori der overhovedet ikke bestod patentbeskyttelse for det af sagsøgeren udviklede udstyr. Hvad særligt angår gældende ret i Tyskland, har Kommissionen lagt særlig vægt på de ændringer i patentkravet og patentbeskrivelsen, der blev foretaget i 1974, og som

fortolkningen af patentskriftet i juni 1974 også rettede sig efter. Herefter må den opfattelse, at det tyske patent også omfattede skroget rent faktisk i det mindste forekomme *uagtsom.* Endvidere kan man heller ikke anse en påstand om, at der foreligger skyld, for at være udelukket gennem henvisning til sproglige problemer og den omstændighed, at sagsøgeren i afgørende omfang henholdt sig til det britiske patent ved licenstildelingen, der blev forberedt af amerikanske advokater, og som samtidig angik både det tyske og det britiske patent. Herved er det forhold tilstrækkeligt, at sagsøgeren, hvad angik den tyske sag om patenttildeling, gjorde brug af en tysk advokat. Denne kunne rådgive med hensyn til rækkevidden af det tyske patent, ligesom han i øvrigt også — således som vi har hørt det — indhentede sagsøgerens udtrykkeligt billigelse af de ændringer, der i januar 1974 blev foretaget i patentkravene.

b) Imidlertid må det antages, at der ved sanktionsudmålingen — under synspunktet »overtrædelsens grovhed« — i hvert fald burde have været taget hensyn til to aspekter, der ikke er omtalt i beslutningen.

aa) På grundlag af den skildring af markedssituationen, som jeg tidligere har forsøgt at opstille, må man gå ud fra, at der fandtes særskilte markeder for dele af sejlbrætter i hvert fald fra 1979/80, og at de var af et meget beskedent omfang. Således anskuet syntes den antagelse nærliggende ved afslutningen af de fleste licensaftaler, at der i reglen blev afsat komplet udstyr, hvorfor bestemmelser, der gik i denne retning, ikke kunne anses som utilladelige begrænsninger. I det mindste må — fordi en efterspørgsel efter rigge hos licenstagerne kun er godtgjort at foreligge fra slutningen af 1980 og begyndelsen af 1981 — den afgørelse, der er truffet i beslutningen — hvorefter forbudet mod separat levering af rigge (der udelukkede forhandlere af skrog fra markedet) allerede i 1978 og 1979 *i mærkbart omfang* øvede indflydelse på markedet, og at dette i 1980 og 1981 skete *i afgørende omfang* — anses for at være overdreven og uholdbar i denne form.

bb) Hvad de faktiske virkninger af denne klausul angår, så er det for det første herved også vigtigt, at klausulen åbenbart — når det rent faktisk kom til en separat efterspørgsel efter rigge — ikke er blevet strengt håndhævet (således som tilfældet Shark viser det). For det andet står vi over for den erkendelse — fordi Kommissionen ikke har udspurgt licenstagerne herom — at der ikke foreligger pålidelig underretning om, hvorvidt der for dem overhovedet bestod nogen interesse i en separat afsætning af rigge. Betegnende er det herved også, at der i en af sagsøgeren fremlagt erklæring (fra Spanjer) er tale om, at SAN ikke har villet sælge nogen rigge, og at der heri også tales om, at licenstagerne (uden sagsøgerens medvirken) i 1979 var enedes om ikke at sælge rigge særskilt.

c) Heroverfor er det min opfattelse, at andre elementer, som sagsøgeren har henvist til, ikke giver anledning til at kritisere bødepålægget og til en yderligere nedsættelse af bøden.

Dette holder stik for så vidt angår henvisningen til, at Kommissionen *endnu ikke* har gennemført *en beslutning af den foreliggende art.* Herved kan klagepunktet vedrørende uagtsomhed givetvis ikke anses for at være bragt af vejen.

Dette gælder også den omstændighed, at sagsøgeren straks efter, at den orienterende samtale havde fundet sted i januar 1981, var rede til at ændre de kritiserede aftaler. Hertil har Kommissionen med rette bemærket, at dette kun er af betydning i forbindelse med *varigheden* af overtrædelsen. Der er imidlertid blevet taget hensyn til den nævnte omstændighed, idet Kommis-

sionen alene har antaget, at der foreligger overtrædelser af artikel 85, stk. 1, i tiden indtil 1981.

Dette gælder endvidere den omstændighed, at der i sagsøgerens tilfælde er tale om et forholdsvis lille firma, og at patentbrydere i Tyskland har en markedsandel på omkring 30% (hvilket medfører tilsvarende nedsættelser i licensafgifterne for sagsøgeren). Der turde dog være taget tilstrækkeligt hensyn hertil ved det forhold, at Kommissionen ved fastsættelsen af bøden har holdt en stor afstand til den i artikel 15 i forordning nr. 17 fastsatte overgrænse (1 mio regningsenheder eller 10% af omsætningen i det seneste regnskabsår).

Dette gælder endelig også sagsøgerens påstand om, at initiativet til den påklagede begrænsende praksis udgik fra licenstagerne, idet disse havde lagt pres på licensgiveren. Der er ikke ført entydigt bevis herfor; især kan man ikke af den korrespondance, der er blevet fremlagt på Domstolens anmodning, udlede noget sådant, især ikke noget om, at netop licenstagerne ved kontrakternes affattelse skulle have lagt vægt på den omhandlede klausul. — I det omfang, hvor sagsøgeren i denne sammenhæng i øvrigt stadig fremfører den opfattelse, at fastsættelsen af en bøde alene over for sagsøgeren indebærer en forskelsbehandling, er det ikke kun alene tvivlsomt, hvorvidt denne overvejelse, der først er blevet fremsat under den mundtlige forhandling, overhovedet kan behandles. Man kan endvidere også være af den opfattelse, at Kommissionen — under henvisning til rets- og interessesituationen — har påvist overbevisende grunde for, at sagsøgeren i forhold til licenstagerne behandles forskelligt.

3. Når man herefter til det resultat, at der ganske vist ikke er anledning til en fuldstændig ophævelse af artikel 3, stk. 1, i beslutningen, men dog til, at en ganske mærkbar nedsættelse er på sin plads af hensyn til den kendsgerning, at der kun foreligger *ét* strafværdigt forhold (forbud mod separat salg af rigge), skal det herefter for fuldstændighedens skyld blot undersøges, hvorvidt der også ville være anledning til en nedsættelse af bøden, såfremt man ved bedømmelsen af de øvrige klausuler, som Kommissionen mener kræver en sanktion, følger Kommissionen i dens vurdering i forhold til artikel 85, stk. 1.

Således må der ved bedømmelsen af klausulen, hvorefter der også skulle betales *licensafgift* ved salg af skrog, efter min opfattelse tages hensyn til — hvilket Kommissionen åbenbart ikke har gjort — at et sådant marked dengang kun havde meget ringe betydning, ligesom det heller ikke indses, at licenstagerne skulle have nogen interesse i en sådan afsætning, der kunne blive besværliggjort gennem licensafgiftsordningen.

Hvad angår forpligtelsen til at anbringe en *licenspåtegning på skroget*, er det også af vigtighed, at licenstagernes aktivitetsmuligheder — således som udviklingen i deres omsætning viser det — åbenbart ikke derved blev forringet.

Med hensyn til *forbudet mod produktion på patentfrit område* må det kritiseres, at det ikke blev undersøgt, hvorvidt det dengang havde praktisk betydning, eller om det ikke — hvilket er en nærliggende mulighed — blot var tom tale på grund af en manglende interesse fra licenstagernes side.

Hvad endelig angår den patentretlige *ikkeangrebsklausul*, er det her af betydning, at den igennem Ten Cate er blevet optaget i licensaftalerne, og at sagsøgeren åbenbart havde vanskeligheder med at få gennemført ændringer i forbindelse med overtagelsen af

disse kontrakter (som Ostermann og Shark heller ikke forlangte). Endvidere må det fastslås, at sagsøgeren selv åbenbart ikke havde nogen interesse i sådanne klausuler (de mangler ganske i de af sagsøgeren selv indgåede licensaftaler), ligesom det i øvrigt også må antages, at de var uden betydning for Shark og Ostermann, idet disse virksomheder heller ikke senere tænkte på at anfægte patentet, da muligheden herfor viste sig.

Jeg når altså til det resultat, at bøden må nedsættes, selv om man skulle være uenig med den her fremsatte opfattelse og tilslutte sig den retlige vurdering af de faktiske forhold, som Kommissionen har fremsat.

C — Jeg skal afslutte mit indlæg med følgende sammenfatning:

Efter min opfattelse må der delvis gives WSI medhold. Herefter skal der ske annullation af store dele af artikel 1 i Kommissionens beslutning, nemlig af stk. 1, litra 3) (i det omfang, hvor den omfatter mere end opkrævningen af licensafgifter på skrog), stk. 1, litra 4) og 5), samt stk. 2 og 3. Endvidere skal den bøde, der i artikel 3 er pålagt sagsøgeren, nedsættes i betragteligt omfang, hvorved jeg kunne forestille mig en bødestørrelse på omkring 10 000 ECU. Endvidere må det ved dette sagsudfald være begrundet at fastslå, at hver part bærer sine omkostninger.