

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Udkast til Kommissionens forordning om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler«⁽¹⁾

(2004/C 80/07)

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber besluttede den 4. september 2003 under henvisning til EF-traktatens artikel 262 at anmode om Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Udkast til Kommissionens forordning om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler«.

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg besluttede at henvise det forberedende arbejde til Den Faglige Sektion for Det Indre Marked, Produktion og Forbrug.

På grund af sagens hastende karakter udpegede Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg på sin 404. plenarforsamling den 10. og 11. december 2003, mødet den 11. december, Arno Metzler til hovedordfører og vedtog følgende udtalelse med 29 stemmer for, 3 imod og 1 hverken for eller imod.

1. Indledning

1.1. Udkastet til en ny forordning om gruppefritagelse for teknologioverførselsaftaler skal træde i stedet for den hidtil gældende gruppefritagelsesforordning nr. 240/96. Anvendelsen af denne forordning med dens hvide, grå og sorte lister over hhv. tilladte og forbudte klausuler har medført en aftalepraksis med store restriktioner, hvilket har skabt den ofte omtalte »spændetrujoeffekt«. Konsekvensen har været aftaler, der ikke tager udgangspunkt i den økonomiske virkelighed, men udelukkende i dette katalogs hoveddata. Erhvervslivet har længe krævet en revision af fritagelsesforordningen for at forbedre denne situation.

1.2. Der skal i denne forbindelse også tages hensyn til den nye retlige situation, der opstår med forordning nr. 1/2003 om gennemførelse af monopolreglerne, som træder i kraft den 1. maj 2004. Herefter bortfalder muligheden for, at Kommissionen kan anmelde konkurrencebegrænsende aftaler med henblik på fritagelse. Fremover skal virksomhederne i langt højere grad selv vurdere, om deres aftaler strider imod kartelforbuddet i EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og om betingelserne for en fritagelse for kartelforbuddet i medfør af artikel 81, stk. 3, foreligger. Dette ændrer også situationen for aftaler om teknologioverførsel, og bl.a. for retssikkerhedens skyld behøver virksomhederne andre støtteforanstaltninger end dem, de blev tilbudt i forordning nr. 240/96.

1.3. Ud fra et økonomisk synspunkt skal følgende bemærkes: Indehaveren af en eneret, f.eks. et patent, kan forbyde en tredjepart alle handlinger, der griber ind i denne rettighed. Hvis indehaveren alligevel tillader en licenstag at anvende sine innovationer, er dette i princippet konkurrencefremmende. Teknologilicensaftaler indfører nemlig nye produkter på allerede eksisterende markeder eller skaber helt nye produktmarkeder. De bevirker også, at høje investeringer i dobbeltforskning

kan undgås, hvis to eller flere virksomheder har samme forskningsmål og følger samme forskningsveje. Konkurrence-reglerne skal først udøve deres kontrolfunktion, hvis der indgås aftaler, som overskrider de lovfæstede grænser for den pågældende rettighed.

1.4. Hvis EU inden 2010 skal blive den mest dynamiske økonomi i verden, er det ikke blot vigtigt at udvikle nye teknologier, men også at sikre, at de udbredes hurtigt og effektivt. I denne forbindelse bør den stærke position, som lovgiveren har ønsket at give rettighedshaveren, imidlertid ikke begrænses urimeligt. Der bør tværtimod tilvejebringes rammebetingelser, der gør det lettere for denne at overdrage sin teknologi til tredjemand. Licenstagere skal som indehaver af en rettighed have tilstrækkeligt store incitamenter til at gøre det muligt for andre at udnytte hans teknologi. Det skal samtidig tages i betragtning, at en begrænset konkurrence økonomisk set er mere fornuftig end slet ingen konkurrence, hvis innovatoren ikke tildeler nogen licenser. Det påhviler alene licenstagere at beslutte at lade andre få del i sine nyskabelser.

1.5. I sammenligning med andre aftaler er en licenstagelse også meget mere risikabel, eftersom teknisk viden, der én gang er overdraget, ikke kan hentes tilbage, hvis en aftale bryder sammen. Også af den grund har licenstagere et stort behov for retssikkerhed.

2. Overblik over det væsentligste indhold i udkastet til forordning og EØSU's vurderinger

2.1. Det grundlæggende princip i forordningsudkastet lever på mange punkter ikke op til de generelle krav. I det følgende opregnes først de væsentligste kritikpunkter i forhold til forordningsudkastet. De behandles derefter mere indgående i punkt 3.

(1) EUT C 235 af 1.10.2003, s. 11.

2.2. I praksis vil fastlæggelsen af markedsandele skabe endnu større problemer end hidtil, da ikke kun produktmarkedet, men også teknologimarkedet og i givet fald innovationsmarkedet skal inddrages i analysen. Det er for meget at forlange af virksomhederne, at de skal undersøge tre forskellige markeder for at bedømme, om en licensaftale er i overensstemmelse med monopollovgivningerne eller ej.

2.3. Markedsandelstærsklerne på hhv. 20 og 30 % for handel med licenser er sat for lavt. Omfattende udbredelse af teknologier kræver, at den »sikre havn« udvides, eller at tærsklerne helt ophæves. I praksis har princippet i forordning nr. 240/96, hvorefter man kun fra sag til sag greb ind over for konkurrencebegrænsende aftaler, stået sin prøve.

2.4. Licensaftaler mellem konkurrenter bør bedømmes strengere end licensaftaler mellem ikke-konkurrenter. Dette princip er hentet fra »U.S.-Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property« fra 1995. I Europa er der dog endnu ikke nogen praktiske erfaringer med dette princip, som kunne retfærdiggøre dets indførelse. I mange tilfælde virker licenser mellem konkurrerende virksomheder netop konkurrencefremmende. Dette gælder eksempelvis, når en virksomhed erhverver sig en patentlicens fra en konkurrent med det formål at udnytte den til udvikling af sit eget produkt, som så vil blive sendt ud på markedet. I dette tilfælde forekommer det ikke sagligt begrundet at se strengere på licenser mellem konkurrenter.

2.5. Retningslinjerne for anvendelsen af forordningen om teknologioverførselsaftaler koncentrerer sig især om farerne ved bestemte klausuler i licensaftaler og mindre om aftalernes økonomiske fordele. De hidtidige erfaringer med licensaftaler giver dog på ingen måde anledning til en så kritisk holdning. Det burde tværtimod principielt hilses velkommen, at licensgiveren lader andre få del i sin teknologiske viden. En licensgiver, som læser retningslinjerne, måtte næsten få det indtryk, at han indlader sig på en juridisk set problematisk handling blot ved at tildele licenser.

3. De vigtigste klausuler i udkastet til forordning

3.1. Definitioner

3.1.1. Ifølge artikel 1, stk. 1, litra b), er anvendelsesområdet for forordningsudkastet patentlicensaftaler, knowhow-licensaftaler og blandede licensaftaler om patenter eller knowhow. Licensaftaler om ophavsret til software inddrages dog også. Meddelelse af licens på andre intellektuelle ejendomsrettigheder bør efter EØSU's mening reguleres særskilt, da det på grund af de betydelige forskelle især mellem patentretten og ophavsretten er yderst vanskeligt at fastlægge regler for disse sagsområder inden for rammerne af en enkelt forordning. Hertil kommer, at der for patenter og knowhow allerede findes

et gennemprøvet regelsæt, nemlig i forordning nr. 240/96, som udelukkende handler herom, mens dette ikke er tilfældet for andre rettigheder. Det må hilses velkommen, at softwarelicenser medtages i den nye forordning, eftersom der i praksis ofte udstedes softwarelicenser, der udelukkende bruges til drift af det patenterede produkt — f.eks. en maskine — og således ikke udgør en uvæsentlig del af den samlede levering.

3.1.2. Artikel 1, stk. 1, litra g) indebærer en væsentlig indskrænkning af definitionen af knowhow i forhold til forordning nr. 240/96. Knowhow betragtes i nærværende udkast kun som »væsentlig«, for så vidt som den omfatter viden, der er »nødvendig« for fremstillingen eller udførelsen af aftaleprodukterne. Tidligere gjaldt dette også for »nyttig« viden. EØSU mener, at denne ændring er grundløs.

3.2. Markedsandelstærskler

3.2.1. I forbindelse med en aftale mellem ikke-konkurrerende virksomheder kommer en fritagelse ifølge det nye forordningsudkasts artikel 3 kun i betragtning, såfremt hver parts særskilte markedsandel ikke overskrider 30 %. Hvad angår konkurrerende virksomheder er den tilsvarende tærskel for en sammenlagt markedsandel 20 %.

3.2.2. Det kan derfor være nødvendigt at fastlægge markedsandelene på produktmarkedet, teknologimarkedet og ifølge retningslinjernes punkt 22 i enkelte tilfælde også på innovationsmarkedet. For mange virksomheder er det dog allerede yderst vanskeligt at afgrænse produktmarkedet, især da de i denne sammenhæng også skal tage potentielle konkurrenter med i betragtning. Når der indgås en licensaftale, er det ofte for tidligt at afgøre, om produkterne kan erstattes af andre, især da der ofte er tale om innovationer, for hvilke der endnu ikke findes substitutter. Endnu sværere er det at vurdere, om dette hvad angår potentielle konkurrenter også vil være tilfældet i fremtiden. Dette medfører en betydelig retsikkerhed. Det fremgår desuden af Kommissionens hidtidige praksis mht. afgørelser, at virksomhedernes beregning af deres markedsandele ofte afviger meget stærkt fra konkurrencemyndighedernes.

3.2.3. Meddelelse af licens på patenter og knowhow er derimod omfattet af teknologimarkedet. Her skal der ligesom på produktmarkedet opereres med en hypotetisk monopolhaver, der gradvist hæver licensafgifterne 5-10 % (SSNIP-test). Hvorledes en sådan markedsafgrænsning skal foretages i praksis, gøres der imidlertid ikke tilstrækkeligt rede for i retningslinjerne.

3.2.4. Innovationsmarkedet tager dog i endnu mindre grad hensyn til licenspraksis, der bygger på enkle kriterier. Dette begreb er fremmed for europæisk ret og har sin oprindelse i amerikansk monopollovgivning. Retningslinjerne mangler både en definition af innovationsmarkedet og en grundig vejledning i markedsafgrænsning. I USA refererer innovationsmarkedet til udvikling af nye, endnu ikke eksisterende eller forbedrede produkter eller processer med F&U-konkurrenceparameteren som produkt af innovationsmarkedet. I praksis kan man dog næppe i forbindelse med en markedsafgrænsning forudse, hvilke resultater den pågældende forskningsproces vil bringe for dagen, og heller ikke, hvornår det vil ske. Resultaterne af forskningsprojekter afhænger af mange vilkårlige faktorer, hvis realisering er usikker. Hertil kommer, at opfindelser også kan opstå spontant, uden forudgående planlægning. Det er i denne sammenhæng næsten umuligt at identificere potentielle konkurrenter, eftersom virksomhederne som oftest holder deres forsknings- og udviklingsaktiviteter strengt hemmelige.

3.2.5. Det skal desuden tages med i betragtning, at nye produkter, der sædvanligvis er genstand for licensaftaler, meget hurtigt vil opnå en stor markedsandel, eller endda en monopolstilling. Sådanne markedsvilkår er typiske i forbindelse med indgåelse af en licensaftale og vil ikke nødvendigvis give anledning til en monopolretligt relevant markedsposition. Dette gælder især, når der med nye produkter eller processer skabes nichemarkeder, der ikke har monopolretlige følger. Indførelse af stive tærskler for markedsandele vil derfor efter EØSU's mening være en fejltagelse.

3.2.6. I forordningsudkastets 12. betragtning hedder det, at det over de fastlagte tærskler for markedsandele ikke kan formodes, at teknologioverførselsaftaler, der falder ind under artikel 81, stk. 1, normalt indebærer objektive fordele. Der gives dog intetsteds noget bevis for dette meget generelle, økonomisk set upåviste udsagn. Det virker snarere, som om markedsandelstærsklerne på 20 og 30 % er vilkårligt sat. Øjensynligt ville Kommissionen gerne tilpasse bestemmelserne om teknologioverførsel til gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler. De to forordninger har dog vidt forskellige baggrunde, som ikke kan sammenlignes. Faste markedsandelstærskler kan være et velegnet middel til vurdering af salgsaftaler. Men det samme kan ikke siges om teknologioverførselsaftaler, hvor de som allerede nævnt er yderst vanskelige at lægge fast.

3.2.7. Denne form for strenge, skematiske regler indebærer efter EØSU's mening en risiko for, at teknologistrømmen inden for EU reduceres — og som følge heraf også udbredelsen af videnskabelige og tekniske fremskridt. Licensgiverne kunne beslutte at overdrage deres teknologier til licenstagere uden for EU, hvor de kan nyde godt af mere fleksible regler. Alternativt kunne licensgiveren beslutte at holde teknologien for sig

selv, hvilket ville medføre betydelige samfundsøkonomiske velfærdstab. En orientering mod andre gruppefritagelsesforordningers markedsandelstærskler tager ikke hensyn til, at licensaftaler fortjener særlig fremme, og ville være en begrænsning i forhold til den mere vidtgående forordning nr. 240/96. Gennemførelsen af den nye forordning om anvendelse af konkurrencereglerne, nr. 1/2003, som overlader det til virksomhederne at afgøre, om en konkurrencebegrænsende aftale kan tillades, gør det endnu mere påkrævet at vedtage en teknologioverførselsforordning, der er let at håndhæve, og ikke en forordning, der gør bedømmelsen af de relevante sagsforhold endnu mere kompliceret.

3.2.8. Af denne grund bør man efter EØSU's mening helt give afkald på at indføre markedsandelstærskler. Subsidiært burde de hæves til mindst 40-50 %. Kun på denne måde kan man minimere den usikkerhed, der opstår ved afgrænsningen af de relevante markeder.

3.3. Alvorlige begrænsninger

3.3.1. I henhold til denne artikels litra b) er det som hovedregel ikke tilladt at begrænse produktion og salg. I denne forbindelse bør det imidlertid udtrykkeligt fastsættes, at licensgiveren skal kunne fritages for forpligtelsen til ikke selv at måtte udnytte sin teknologi. Under litra c) bør også »field of use«-begrænsninger fritages, hvor dette ikke begrænser licensgiverens muligheder for at udnytte sin egen teknologi, således som det er tilfældet i forordning (EF) nr. 240/96. I analogi hermed bør der også indføres en udtrykkelig fritagelsesmulighed for »second source«-begrænsninger, da sådanne bestemmelser har stor betydning i praksis. I litra d) er formuleringen for snæver, idet man ikke bør begrænse licenstagernes mulighed for at udnytte egen teknologi, medmindre en sådan begrænsning er »nødvendig« for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow. Ordet »nødvendig« bør derfor erstattes af »egnet til«.

3.3.2. Med hensyn til områdebegrænsninger (artikel 4, stk. 2, litra b)) bør det medtages i forordningen, at passivt salg i et andet aftaleområde kan forbydes. Denne bestemmelse har stået sin prøve i forordning (EF) nr. 240/96, da det for den beskyttede licenstag blev gjort muligt selv at trænge ind på markedet med det pågældende produkt. Retningslinjernes punkt 93 lægger op til, at begrænsninger af det passive salg i en periode på to år fra det tidspunkt, hvor licensproduktet blev markedsført for første gang, ikke falder ind under EF-traktatens artikel 81, stk. 1. Af hensyn til retssikkerheden henstiller udvalget, at der umiddelbart medtages en tilsvarende bestemmelse i gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførselsaftaler. Dog er perioden på to år for kort. Udvalget går ind for, at man henholder sig til den gennemprøvede bestemmelse i forordning (EF) nr. 240/96, hvor der fastsættes en periode på fem år.

3.4. Beskyttelse

3.4.1. Aftaler, som er fritaget ifølge de hidtil gældende bestemmelser, skal i overensstemmelse med artikel 9, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen om teknologioverførselsaftaler ikke være tilladt fra maj 2004, såfremt de ikke opfylder betingelserne i den nye forordning. Det er ikke hensigtsmæssigt at nægte tidligere aftalers beskyttelse. På grund af underordnede aftalebestemmelser kan efterfølgende forhandlinger om licensaftaler blive nødvendige, hvis disse aftaler ikke helt skal bringes i fare. Da dette afstedkommer stor usikkerhed, henstiller EØSU, at der indføres beskyttelse for tidligere indgåede aftaler i hele deres løbetid.

3.5. Retningslinjer

3.5.1. Principielt udtrykkes der tilfredshed med, at Kommissionen især efter opgivelsen af dens fritagelsesmonopol giver virksomhederne nogle omfattende retningslinjer som rettesnor for, om en licensaftale overholder monopollovgivningen eller ej. Mange steder i retningslinjerne — og især med hensyn til eksklusive licensaftaler — får man dog det indtryk, at Kommissionen ser meget kritisk på sådanne aftaler, eller sågar opfatter dem som konkurrencebegrænsende. Eksempelvis nævnes det i retningslinjernes punkt 156, at eksklusivlicenser kun undtagelsesvist er berettigede. De hermed forbundne farer anses for at være væsentlig større end de positive virkninger. Den langt større fare ligger imidlertid i, at der ikke meddeles flere licenser overhovedet, såfremt tildelingen af eksklusivlicenser kun er mulig under sådanne skærpede vilkår. I praksis vil en markedsåbning eller igangsættelse af forsknings- og udviklingsprojekter i mange tilfælde kun være mulig, hvis licenstagere får en eksklusiv licens. I retningslinjerne bør man derfor give udtryk for den samfundsøkonomiske nytte af teknologiaftaler, som ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen om teknologioverførselsaftaler, men som alligevel virker konkurrencefremmende. Dette vil gøre det lettere for potentielle licensgivere at beslutte sig for at meddele licenser. Under ingen omstændigheder bør de bibringes det indtryk, at de med deres licenstagelse i de fleste tilfælde vil bringe sig selv ud i juridiske problemer.

3.5.2. Endvidere er, som allerede nævnt, ikke blot definitionen af det relevante marked (punkt 17 ff.) for vag; dette gælder også for definitionen af potentielle konkurrenter. Ifølge retningslinjernes punkt 24 anses aftaleparterne for potentielle konkurrenter på produktmarkedet, hvis de også uden aftalen ville have foretaget de nødvendige ekstra investeringer for at

trænge ind på det relevante marked. Af denne formulering fremgår det imidlertid ikke med tilstrækkelig tydelighed, hvornår en virksomhed normalt ville påtage sig sådanne investeringsudgifter.

3.5.3. I retningslinjernes punkt 144 ff. omtales forskellige typer begrænsninger, der ofte forekommer i licensaftaler. Retningslinjernes punkt 146 opregner kun ganske kort de forpligtelser i licensaftaler, der under ingen omstændigheder er konkurrencebegrænsende i henhold til EF-traktatens artikel 81, stk. 1. Til denne »hvide liste« bør af hensyn til retssikkerheden føjes de aspekter, som i øjeblikket indgår i artikel 2 i forordning (EF) nr. 240/96. Dette ville være til stor hjælp ved den konkrete formulering af en licensaftale, da man ville kunne fjerne tvivl om, hvorvidt sådanne bestemmelser er tilladelige.

4. Resumé

4.1. Med hensyn til udkastet til gruppefritagelsesforordning for teknologioverførselsaftaler udtrykker EØSU tilfredshed med, at der gives større fleksibilitet ved aftalernes udformning, idet forordningen begrænses til nogle væsentlige »sorte« bestemmelser. Endvidere kan der indgås teknologioverførselsaftaler for en længere periode end hidtil, svarende til de beskyttede rettigheders gyldighedsperiode. Den relativt vilkårlige 10 årsfrist bortfalder i denne sammenhæng.

4.2. EØSU henstiller, at man ved en revision af udkastet — som følge af de særlige forhold på produkt-, teknologi- og innovationsmarkederne og de hertil knyttede problemer med at definere disse — opgiver systemet med markedsandelstærskler og primært retter opmærksomheden mod produktmarkedet. Det vil i det mindste være nødvendigt at hæve markedsandelstærsklerne til 40 eller 50 % for at give virksomhederne større retssikkerhed. Hermed ville man også kunne forhindre, at licensering af nye teknologier, som har konkurrencefremmende virkninger, automatisk kvalificeres som konkurrencebegrænsende. Det ville gøre det lettere for potentielle licensgivere at håndtere den nye teknologioverførselsforordning fleksibelt i deres aftalepraksis og tilskynde dem til at tildele licenser. Efter EØSU's mening bør retningslinjerne for gruppefritagelsesforordningen om teknologioverførselsaftaler også bidrage til at give sikkerhed for at licensering af teknologi er en principielt positiv procedure. Det harmonerer med den økonomiske virkelighed og kan medvirke til, at licensgivere ikke blot beholder teknologien for sig selv eller overdrager den til licenstagere uden for EU, hvor de kan drage fordel af mere fleksible ordninger.

Bruxelles, den 11. december 2003.

Roger BRIESCH

Formand for

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg