

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Retningslinjer for anvendelse af EUF-traktatens artikel 101 på teknologioverførselsaftaler

(2014/C 89/03)

INDHOLDSFORTEGNELSE

| | | |
|----------|---|----|
| 1. | INDLEDNING | 5 |
| 2. | GENERELLE PRINCIPPER | 5 |
| 2.1. | Traktatens artikel 101 og intellektuelle ejendomsrettigheder | 5 |
| 2.2. | De generelle rammer for anvendelse af traktatens artikel 101 | 6 |
| 2.3. | Afgrænsning af det relevante marked | 8 |
| 2.4. | Sondringen mellem konkurrenter og ikke-konkurrenter | 10 |
| 3. | ANVENDELSE AF GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGEN | 12 |
| 3.1. | Virkningerne af gruppefritagelsesforordningen | 12 |
| 3.2. | Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde og varighed | 12 |
| 3.2.1. | Begrebet teknologioverførselsaftaler | 12 |
| 3.2.2. | Begrebet overførsel | 13 |
| 3.2.3. | Aftaler mellem to parter | 14 |
| 3.2.4. | Aftaler om produktion af aftaleprodukter | 14 |
| 3.2.5. | Varighed | 16 |
| 3.2.6. | Forholdet til andre gruppefritagelsesforordninger | 16 |
| 3.2.6.1. | Gruppefritagelsesforordningerne om specialiserings- og F&U-aftaler | 16 |
| 3.2.6.2. | Gruppefritagelsesforordningen om vertikale aftaler | 17 |
| 3.3. | Markedsandelstærsklerne for gruppefritagelsen | 17 |
| 3.4. | Hardcore-begrænsninger af konkurrencen efter gruppefritagelsesforordningen | 20 |
| 3.4.1. | Generelle principper | 20 |
| 3.4.2. | Aftaler mellem konkurrenter | 20 |
| 3.4.3. | Aftaler mellem ikke-konkurrenter | 25 |
| 3.5. | Begrænsninger, der falder uden for fritagelsen | 27 |
| 3.6. | Inddragelse og ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen | 30 |
| 3.6.1. | Inddragelse | 30 |
| 3.6.2. | Undladelse af at anvende gruppefritagelsesforordningen | 31 |
| 4. | ANVENDELSE AF TRAKTATENS ARTIKEL 101, STK. 1 OG 3, UDEN FOR GRUPPEFRITAGELSESFOR- ORDNINGENS ANVENDELSESOMRÅDE | 31 |
| 4.1. | De generelle rammer for analysen | 31 |
| 4.1.1. | Relevante faktorer | 32 |
| 4.1.2. | Negative virkninger af konkurrencebegrænsende licensaftaler | 33 |
| 4.1.3. | Positive virkninger af konkurrencebegrænsende licensaftaler og rammerne for analyse af sådanne virkninger | 34 |
| 4.2. | Anvendelse af traktatens artikel 101 på forskellige typer begrænsninger i forbindelse med licensaftaler | 36 |
| 4.2.1. | Royalty-forpligtelser | 36 |
| 4.2.2. | Eksklusivlicenser og salgsbegrænsninger | 37 |
| 4.2.2.1. | Eksklusiv- og enelicenser | 37 |

| | |
|---|----|
| 4.2.2.2. Salgsbegrænsninger | 38 |
| 4.2.3. Produktionsbegrænsninger | 39 |
| 4.2.4. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde | 40 |
| 4.2.5. Kun produktion til eget brug | 41 |
| 4.2.6. Koblingssalg og bundling | 42 |
| 4.2.7. Konkurrenceklausuler | 43 |
| 4.3. Forligsaftaler | 44 |
| 4.4. Teknologipuljer | 45 |
| 4.4.1. Vurdering af teknologipuljers oprettelse og administration | 46 |
| 4.4.2. Vurdering af individuelle begrænsninger i aftaler mellem puljen og dens licenstagere | 49 |

1. INDLEDNING

1. I disse retningslinjer redegøres der for de principper, der lægges til grund ved vurdering af teknologioverførselsaftaler efter artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde⁽¹⁾ (»traktatens artikel 101«). Teknologioverførselsaftaler vedrører meddelelse af licens på teknologirettigheder, hvorved licensgiver giver licensstager tilladelse til at udnytte de overførte teknologirettigheder til produktion af varer eller tjenesteydelser, jf. artikel 1, stk. 1, litra c), i Kommissionens forordning (EU) nr. 316/2014 af 21. marts 2014 om anvendelse af traktatens artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler (»gruppefritagelsesforordningen«)⁽²⁾.
2. Formålet med disse retningslinjer er at give vejledning i dels anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen, dels anvendelsen af traktatens artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»traktaten«) på teknologioverførselsaftaler, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen. Gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne forhindrer ikke en eventuel parallel anvendelse af artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på teknologioverførselsaftaler⁽³⁾.
3. De standarder, der fastsættes i disse retningslinjer, skal anvendes i lyset af de specifikke omstændigheder i hver enkelt sag. Dette udelukker en mekanisk anvendelse af retningslinjerne. Hver enkelt sag vurderes ud fra de konkrete sagsforhold, og retningslinjerne skal anvendes med fornuft og fleksibelt. De eksempler, der gives i retningslinjerne, tjener et rent illustrativt formål og tilsigter ikke at være udtømmende.
4. Disse retningslinjer foregriber ikke Domstolens eller Rettens fortolkning af traktatens artikel 101 og gruppefritagelsesforordningen.

2. GENERELLE PRINCIPPER

2.1. Traktatens artikel 101 og intellektuelle ejendomsrettigheder

5. Formålet med traktatens artikel 101 er som helhed at beskytte konkurrencen på markedet og derigennem fremme forbrugernes velfærd og sikre en effektiv ressour-

ceallokering. Traktatens artikel 101, stk. 1, forbyder alle aftaler mellem virksomheder og alle former for samordnet praksis samt vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder⁽⁴⁾, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater⁽⁵⁾, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen⁽⁶⁾. Som en undtagelse fra denne regel giver traktatens artikel 101, stk. 3, mulighed for at erklære forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, uanvendeligt på aftaler mellem virksomheder, der bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varer eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og som samtidig sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, uden at der pålægges virksomhederne begrænsninger, der ikke er nødvendige for at nå disse mål, og uden at virksomhederne får mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

6. Lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder giver eksklusive rettigheder til indehavere af patenter, ophavsrettigheder, mønsterrettigheder, varemærker og andre retligt beskyttede rettigheder. Indehaveren af intellektuel ejendom har i henhold til den pågældende lovgivning ret til at forhindre uautoriseret brug af sin intellektuelle ejendom og til at udnytte sin intellektuelle ejendom ved f.eks. at meddele tredjemand licens på den. Når først et produkt, hvortil der er knyttet en intellektuel ejendomsrettighed, med undtagelse af fremførelsesrettigheder⁽⁷⁾, er blevet markedsført på EØS-markedet af rettighedshaveren selv eller med dennes samtykke, er den intellektuelle ejendomsrettighed blevet konsumeret i den forstand, at rettighedshaveren ikke længere kan benytte den til at kontrollere salget af det pågældende produkt (EU-konsumptionsprincippet)⁽⁸⁾. Rettighedshaveren har i henhold til lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder ingen ret til at forhindre licensstagere eller aftagere i at sælge produkter, der inkorporer den overførte teknologi. Unionskonsumptionsprincippet er i overensstemmelse med det grundlæggende formål med intellektuelle ejendomsrettigheder, der består i at give indehaveren ret til at udelukke andre fra at udnytte hans intellektuelle ejendom uden hans samtykke.

⁽¹⁾ Med virkning fra 1. december 2009 er EF-traktatens artikel 81 og 82 blevet til henholdsvis artikel 101 og 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (i det følgende benævnt »TEUF«). De to sæt bestemmelser er indholdsmæssigt identiske. I disse retningslinjer skal henvisninger til artikel 101 og 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde efter omstændighederne forstås som henvisninger til EF-traktatens artikel 81 og 82. I TEUF blev der også foretaget visse terminologiske ændringer, bl.a. blev »Fællesskabet« erstattet af »Unionen«, og »fællesmarkedet« af »det indre marked«. Terminologien i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde vil blive anvendt overalt i disse retningslinjer.

⁽²⁾ EUT L 93 af 28.3.2014, s. 17. Gruppefritagelsesforordningen erstatter Kommissionens forordning (EF) nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler (EUT L 123 af 27.4.2004, s. 11).

⁽³⁾ Jf. pr. analogi forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge, Sml. 2000 I, s. 1365, præmis 130, og punkt 106 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

⁽⁴⁾ I det følgende omfatter udtrykket »aftaler« også samordnet praksis og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder.

⁽⁵⁾ Se Kommissionens retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 81).

⁽⁶⁾ I det følgende omfatter udtrykket »begrænsning« også hindring og fordrejning af konkurrencen.

⁽⁷⁾ Dette omfatter lejerettigheder. Se i denne henseende sag 158/86, Warner Brothers og Metronome Video, Sml. 1988, s. 2605 og sag C-61/97, Foreningen af danske videogramdistributører, Sml. 1998 I, s. 5171.

⁽⁸⁾ EU-konsumptionsprincippet er f.eks. knæsat i artikel 7, stk. 1, i direktiv 2008/95/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT L 299 af 8.11.2008, s. 25), hvori det fastsættes, at et varemærke ikke giver indehaveren ret til at forbyde brugen af det for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Unionen under dette varemærke, samt i artikel 4, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EUT L 111 af 5.5.2009, s. 16), hvori det fastsættes, at første gang en kopi af et edb-program sælges i Unionen af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden for Unionen udtømt, med undtagelse af retten til at udøve kontrol med yderligere udlejning af edb-programmet eller af en kopi heraf. Se i denne henseende sag C-128/11, UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp., Sml. 2012, endnu ikke udgivet.

7. Selv om lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder tillægger rettighedshaveren visse eksklusive rettigheder, betyder det ikke, at intellektuelle ejendomsrettigheder er immune over for konkurrenceretlige indgreb. Traktatens artikel 101 finder således også anvendelse på aftaler, hvorved licenshaveren meddeler en anden virksomhed licens til at udnytte licenshaverens intellektuelle ejendomsrettigheder⁽⁹⁾. Det betyder heller ikke, at der er en iboende konflikt mellem intellektuelle ejendomsrettigheder og Unionens konkurrenceregler. Faktisk deler de to lovkomplekser samme grundlæggende formål, nemlig at fremme forbrugernes velfærd og en effektiv ressourceallokering. Innovation udgør en essentiel og dynamisk komponent i en åben og konkurrencepræget markedsøkonomi. Intellektuelle ejendomsrettigheder fremmer en dynamisk konkurrence ved at tilskynde virksomhederne til at investere i udvikling af nye eller forbedrede produkter og produktionsmetoder. Det samme gør konkurrence ved at presse virksomhederne til at innovere. Derfor er både intellektuelle ejendomsrettigheder og konkurrence nødvendige for at fremme innovationen og sikre en konkurrencepræget udnyttelse heraf.

8. Ved vurderingen af licensaftaler efter traktatens artikel 101 skal der tages hensyn til, at skabelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder ofte er forbundet med store investeringer og ofte er en risikabel affære. For ikke at svække den dynamiske konkurrence og for at fastholde incitamentet til at innovere må der ikke lægges unødvendige hindringer i vejen for innovatorens udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, der viser sig at være værdifulde. Derfor bør innovatoren have mulighed for at forlange et passende vederlag for vellykkede projekter af en størrelsesorden, der henset til mislykkede projekter er tilstrækkeligt til at fastholde incitamentet til at investere. Meddelelse af licens på teknologirettigheder kan også nødvendiggøre, at licenstagere foretager store irreversible («sunk») investeringer (dvs., at en licenstagere, der ikke længere er aktiv inden for det pågældende område, ikke kan anvende investeringen til andre aktiviteter eller alene kan sælge den med betydeligt tab) i den overførte teknologi og i de produktionsmidler, der er nødvendige for at udnytte teknologien. Traktatens artikel 101 kan ikke bringes i anvendelse uden at tage hensyn til parternes forudgående investeringer og de risici, der er forbundet hermed. Den risiko, som parterne løber, og den «sunk» investering, de må foretage, kan således føre til, at aftalen falder uden for traktatens artikel 101, stk. 1, eller eventuelt opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, i den periode, der er nødvendig for at tjene investeringen ind.

9. Ved vurderingen af licensaftaler efter traktatens artikel 101 er det eksisterende analysegrundlag tilstrækkeligt fleksibelt til, at der kan tages behørigt hensyn til de dynamiske

aspekter af meddelelse af licens på teknologirettigheder. Der hersker ikke nogen formodning om, at intellektuelle ejendomsrettigheder og licensaftaler i sig selv giver anledning til konkurrenceproblemer. De fleste licensaftaler begrænser ikke konkurrencen, men kan til gengæld medføre konkurrencefremmende effektivitetsgevinster. Faktisk er licensering som sådan konkurrenceskærpende, da den fører til spredning af teknologi og fremmer licensgivers og licenstagere innovationsevne. Desuden kan selv licensaftaler, der rent faktisk begrænser konkurrencen, ofte resultere i konkurrenceskærpende effektivitetsgevinster, der må vurderes efter traktatens artikel 101, stk. 3, og afvejes i forhold til de negative følger for konkurrencen⁽¹⁰⁾. Langt de fleste licensaftaler er derfor forenelige med traktatens artikel 101.

2.2. De generelle rammer for anvendelse af traktatens artikel 101

10. I traktatens artikel 101, stk. 1, forbydes aftaler, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Traktatens artikel 101, stk. 1, finder anvendelse på såvel begrænsninger af konkurrencen mellem parterne i en aftale som begrænsninger af konkurrencen mellem en enkelt af aftalparterne på den ene side og tredjemand på den anden side.

11. Vurderingen af, om en licensaftale begrænser konkurrencen, skal foretages med udgangspunkt i den konkrete sammenhæng, hvori konkurrencen ville udspille sig uden aftalen og de konkurrencebegrænsninger, den angiveligt medfører⁽¹¹⁾. Som led i denne vurdering er det nødvendigt at tage hensyn til aftalens sandsynlige følger for interteknologi-konkurrencen (dvs. konkurrencen mellem virksomheder, der benytter konkurrerende teknologier) og for intrateknologi-konkurrencen (dvs. konkurrencen mellem virksomheder, der benytter samme teknologi)⁽¹²⁾. I traktatens artikel 101, stk. 1, forbydes begrænsninger af såvel interteknologi-konkurrencen som intrateknologi-konkurrencen. Det er derfor nødvendigt at undersøge, i hvilket omfang aftalen påvirker eller må antages at ville påvirke disse to aspekter af konkurrencen på markedet.

12. Følgende to spørgsmål kan benyttes som udgangspunkt for denne vurdering. Det første spørgsmål har relation til aftalens konsekvenser for interteknologi-konkurrencen, mens det andet spørgsmål har relation til aftalens konsekvenser for intrateknologi-konkurrencen. Da begrænsninger kan påvirke både interteknologi-konkurrencen og intrateknologi-konkurrencen, kan det være nødvendigt at analysere en given begrænsning i lyset af de to spørgsmål i punkt a) og b), før det er muligt at fastslå, om konkurrencen begrænses i den betydning, der fremgår af traktatens artikel 101, stk. 1:

⁽¹⁰⁾ Den måde, hvorpå traktatens artikel 101, stk. 3, anvendes, er beskrevet i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 3.

⁽¹¹⁾ Se sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1966, s. 337, og sag C-7/95 P, John Deere, Sml. 1998 I, s. 3111, præmis 76.

⁽¹²⁾ Se f.eks. den i fodnote 9 nævnte dom i sagen vedrørende Consten og Grundig.

⁽⁹⁾ Se f.eks. de forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig, Sml. 1966, s. 429.

- a) Begrænser licensaftalen den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have fandtes uden den planlagte aftale? Hvis ja, kan aftalen falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Ved vurderingen heraf skal der tages hensyn til konkurrencen mellem parterne og konkurrencen fra tredjemand. Hvis f.eks. to virksomheder, der er etableret i forskellige medlemsstater, meddeler hinanden licens på konkurrerende teknologier og aftaler ikke at sælge produkter på hinandens hjemmemarkeder, begrænses den (potentielle) konkurrence, der eksisterede forud for aftalen. Tilsvarende gælder det, at hvis en licensgiver pålægger sine licenstagere ikke at benytte konkurrerende teknologier, og tredjemands teknologier herved holdes uden for markedet, begrænses den faktiske eller potentielle konkurrence, der ville have eksisteret uden den pågældende aftale.
- b) Begrænser licensaftalen den faktiske eller potentielle konkurrence, der alene ville have eksisteret uden de(n) kontraktlige begrænsning(er)? Hvis ja, kan aftalen falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Hvis f.eks. en licensgiver lægger begrænsninger på licenstagernes adgang til at konkurrere med hinanden, og disse ikke var faktiske eller potentielle konkurrenter forud for aftalen, begrænses den (potentielle) konkurrence, der kunne have eksisteret mellem licenstagerne uden de pågældende begrænsninger. Sådanne begrænsninger omfatter vertikal prisfastsættelse og aftaler mellem licenstagere om fordeling af salgsområder og kundegrupper. Visse begrænsninger kan imidlertid falde uden for traktatens artikel 101, stk. 1, når de er objektivt nødvendige for en aftale af den pågældende type eller karakter⁽¹³⁾. Beslutningen om ikke at gøre traktatens artikel 101, stk. 1, gældende skal ene og alene bygge på objektive faktorer, som parterne selv ikke har nogen indflydelse på, og ikke parternes egne subjektive synspunkter og kendetegn. Spørgsmålet er ikke, om parterne i deres specifikke situation ville have accepteret at indgå en mindre konkurrencebegrænsende aftale, men om andre virksomheder i en tilsvarende kontekst ville have indgået en mindre konkurrencebegrænsende aftale, når henses til aftalens karakter og markedets kendetegn⁽¹⁴⁾. Det er ikke tilstrækkeligt at hævde, at udbyderen uden den pågældende begrænsning ville have tyet til vertikal integration. En virksomheds beslutning om at lade sig vertikalt integrere eller ej afhænger af en lang række komplekse økonomiske faktorer, hvoraf en række har at gøre med virksomhedens interne forhold.
13. Det forhold, at der i traktatens artikel 101, stk. 1, skelnes mellem aftaler, der har konkurrencebegrænsende formål, og dem, der har konkurrencebegrænsende virkning, bør tages i betragtning ved anvendelsen af de analyserammer, der opstilles i punkt 12 i disse retningslinjer. En aftale eller kontraktlig begrænsning er kun forbudt i henhold til traktatens artikel 101, stk. 1, hvis den har til formål eller til følge at begrænse interteknologi-konkurrencen og/eller intrateknologi-konkurrencen.
14. Aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, er dem, der ifølge selve deres karakter begrænser konkurrencen. Der er her tale om begrænsninger, der i lyset af formålet med Unionens konkurrenceregler har et så stort konkurrenceskadeligt potentiale, at det med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 101, stk. 1, er unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet⁽¹⁵⁾. Desuden er det usandsynligt, at betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt i tilfælde af aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen. Vurderingen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen eller ej, bygger på en række forskellige faktorer. Disse faktorer omfatter navnlig aftalens indhold og objektive formål. Det kan også være nødvendigt at se nærmere på den sammenhæng, hvori den anvendes eller vil blive anvendt, og parternes konkrete adfærd på markedet⁽¹⁶⁾. Det kan med andre ord være nødvendigt at undersøge de kendsgerninger, der ligger til grund for aftalen, og den specifikke kontekst, inden for hvilken aftalen anvendes, før det er muligt at afgøre, om en bestemt begrænsning har begrænsning af konkurrencen som sit formål. Den måde, hvorpå en aftale gennemføres i praksis, kan afsløre, at den har til formål at begrænse konkurrencen, skønt den formelle aftale ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse herom. Vidnesbyrd om, at parterne har en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, er en relevant faktor, men ikke en nødvendig betingelse. En aftale kan betragtes som havende til formål at begrænse konkurrencen, selv hvis den ikke har begrænsningen af konkurrencen som eneste mål, men også har andre, legitime mål⁽¹⁷⁾. I relation til licensaftaler er det Kommissionens opfattelse, at de begrænsninger, der optræder på listen over hardcore-begrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, har til formål at begrænse konkurrencen⁽¹⁸⁾.
15. Hvis en aftale ikke har til formål at begrænse konkurrencen, er det nødvendigt at undersøge, om den alligevel har konkurrencebegrænsende virkninger. Der skal tages

⁽¹⁵⁾ Se f.eks. sag C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Sml. 1999 I, s. 4125, præmis 99.

⁽¹⁶⁾ Se forenede sager 29/83 og 30/83, *CRAM og Rheinzink*, Sml. 1984, s. 1679, præmis 26, og forenede sager 96/82 m.fl., *ANSEAU-NAVEWA*, Sml. 1983, s. 3369, præmis 23-25. Sag T-491/07, *Groupement des Cartes Bancaires mod Kommissionen*, dom af 29. november 2012, præmis 146.

⁽¹⁷⁾ Sag C-209/07, *Beef Industry Development Society Ltd og Barry Brothers*, Sml. 2008 I, s. 8637, præmis 1.

⁽¹⁸⁾ Yderligere vejledning med hensyn til begrebet konkurrencebegrænsende formål findes i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, citeret i fodnote 3. Se også forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl.*, Sml. 2009 I, s. 9291, præmis 59-64; sag C-209/07, *Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, Sml. 2008 I, s. 8637, præmis 21-39; sag C-8/08, *T-Mobile, Nederlandene m.fl.*, Sml. 2009 I, s. 4529, præmis 31 og 36-39, og sag C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító og andre*, dom af 14. marts 2013, præmis 33-38.

⁽¹³⁾ Se den i fodnote 11 nævnte dom i *Société Technique Minière* og i sag 258/78, *Nungesser*, Sml. 1982, s. 2015.

⁽¹⁴⁾ Se eksempler f.eks. punkt 125-126.

hensyn til både faktiske og potentielle virkninger⁽¹⁹⁾. Med andre ord skal aftalen have sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger. For at licensaftaler kan betragtes som aftaler, der har til følge at begrænse konkurrencen, skal de påvirke den faktiske eller potentielle konkurrence i en sådan grad, at der med rimelig stor sandsynlighed kan forventes negative følger for priser, output og innovation eller udbuddet eller kvaliteten af varer og tjenesteydelser på det relevante marked. De sandsynlige negative konsekvenser for konkurrencen skal være mærkbare⁽²⁰⁾. Det er sandsynligt, at en aftale vil få mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, når mindst en af aftaleparterne har eller opnår en vis markedsstyrke, og når aftalen bidrager til at skabe, fastholde eller forstærke denne markedsstyrke eller sætter aftaleparterne i stand til at udnytte den pågældende markedsstyrke. Markedsstyrke består i evnen til at fastholde priserne på et niveau, der ligger over det, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, eller fastholde et output, der henset til produktionsmængder, produktkvalitet, produktudbud eller innovation ligger under det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, i en ikke uvæsentlig periode⁽²¹⁾. Den grad af markedsstyrke, der normalt skal til for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 101, stk. 1, er mindre end den grad af markedsstyrke, der skal til for at fastslå, at der foreligger en dominerende stilling efter artikel 102⁽²²⁾.

16. For at kunne analysere konkurrencebegrænsninger, der er en følge af en aftale, er det normalt nødvendigt at definere det relevante marked og foretage en undersøgelse og vurdering af navnlig de berørte produkters og teknologiers art, parternes markedsstilling, konkurrenternes markedsstilling, aftagernes markedsstilling, tilstedeværelsen af potentielle konkurrenter og hindringerne for adgang til markedet. I nogle tilfælde kan det imidlertid være muligt at påvise konkurrencebegrænsende virkninger direkte ved at analysere aftaleparternes adfærd på markedet. Det kan f.eks. være muligt at påvise, at en aftale har ført til prisstigninger.
17. Licensaftaler kan imidlertid også i høj grad være befordrende for konkurrencen, og det er faktisk tilfældet for langt størstedelen af disse aftaler. Licensaftaler kan fremme innovationen ved at sætte innovatorerne i stand til at opnå et økonomisk udbytte til dækning af i hvert fald en del af deres udgifter til forskning og udvikling (»F&U«). Licensaftaler fører også til spredning af teknologier,

hvorved der kan skabes værdi, ved at licenstagernes produktionsomkostninger mindskes, eller ved at licenstageren sættes i stand til at producere nye eller forbedrede produkter. Effektivitetsgevinster på licenstagerniveau stammer ofte fra en kombination af licensgiverens teknologi på den ene side og licenstagernes aktiver og teknologier på den anden side. En sådan sammenkobling af komplementære aktiver og teknologier kan medføre et forhold mellem omkostninger og output, der ellers ikke ville have været muligt. Eksempelvis kan kombinationen af en licensgivers forbedrede teknologi og en licenstagere mere effektive produktions- eller distributionsmetoder mindske produktionsomkostningerne eller føre til produkter af en højere kvalitet. Licensering kan også tjene det konkurrencefremmende formål at fjerne hindringer for udvikling og udnyttelse af licenstagernes egen teknologi. Navnlige i sektorer, hvor der findes mange patenter, meddeles der ofte licens for at fjerne risikoen for, at licensgiver fremsætter påstande om rettig-hedskrænkelse, hvorved der skabes designfrihed. Når licensgiveren indvilger i ikke at gøre sine intellektuelle ejendomsrettigheder gældende for at hindre salg af licenstagernes produkter, fjerner aftalen en hindring for salg af licenstagernes produkt og fremmer dermed i almindelighed konkurrencen.

18. Når en licensaftale omfattes af traktatens artikel 101, stk. 1, skal aftalens konkurrencefremmende virkninger afvejes mod de konkurrencebegrænsende virkninger inden for rammerne af traktatens artikel 101, stk. 3. Når alle fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3, er opfyldt, er den konkurrencebegrænsende licensaftale gyldig og kan håndhæves, uden at det er nødvendigt at træffe nogen forudgående beslutning herom⁽²³⁾. Hardcore-begrænsninger vil næppe opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Sådanne aftaler opfylder i almindelighed ikke (mindst) en af de første to betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3. De skaber normalt ingen objektive økonomiske fordele eller fordele for forbrugerne. Desuden opfylder disse typer aftaler normalt ikke nødvendighedskriteriet i den tredje betingelse. Hvis f.eks. parterne fastsætter en bestemt salgspris for de produkter, der produceres på licens, vil dette i princippet føre til et lavere output, en dårlig ressourceallokering og højere priser for forbrugerne. Prisbegrænsningen er heller ikke nødvendig for at opnå de effektivitetsgevinster, som de to konkurrenter ellers ville kunne sikre sig takket være deres adgang til begge teknologier.

2.3. Afgrænsning af det relevante marked

19. Den metode, som Kommissionen benytter til afgrænsning af det relevante marked, er beskrevet i dens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret⁽²⁴⁾. Disse retningslinjer

⁽¹⁹⁾ Se den i fodnote 11 nævnte dom i John Deere-sagen fra 1998.

⁽²⁰⁾ Nærmere oplysninger om mærkbarhedskriteriet findes i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1 (EFT C 368 af 22.12.2001, s. 13). I meddelelsen defineres mærkbarhed ved at beskrive, hvad der ikke udgør en mærkbar konkurrencebegrænsning. Aftaler, der falder uden for bagatelmeddelelsens anvendelsesområde, medfører ikke nødvendigvis en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Der må foretages en individuel vurdering.

⁽²¹⁾ Sag T-321/05, AstraZeneca mod Kommissionen, Sml. 2010 II, s. 2805, præmis 267.

⁽²²⁾ Se punkt 26 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, citeret i fodnote 3.

⁽²³⁾ Se artikel 1, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EUT L 1 af 4.1.2003, s. 1), senest ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1419/2006 af 25. september 2006 (EUT L 269 af 28.9.2006, s. 1).

⁽²⁴⁾ EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5.

beskæftiger sig kun med de aspekter af markedsafgrænsningen, der er særlig vigtige for meddelelse af licens på teknologirettigheder.

refererer til det relevante produktmarked og det relevante teknologimarked i såvel geografisk som produktmæssig henseende.

20. Teknologi er et input, der integreres i enten et produkt eller en produktionsproces. Licensering af teknologirettigheder kan derfor både påvirke konkurrencen i leverandørledet på inputmarkeder og i aftagerledet på outputmarkeder. Eksempelvis kan en aftale mellem to parter, der sælger konkurrerende produkter i aftagerledet, og som også meddeler hinanden licens på teknologirettigheder, der har relation til produktionen af de pågældende produkter i leverandørledet, begrænse konkurrencen på det pågældende marked for produkter eller tjenester i aftagerledet. En sådan aftale kan også begrænse konkurrencen på teknologimarkedet i leverandørledet og muligvis også på andre inputmarkeder i leverandørledet. Med henblik på at vurdere de konkurrencemæssige følger af licensaftaler kan det derfor være nødvendigt at afgrænse relevante markeder for både produkter og teknologi ⁽²⁵⁾.
21. Det relevante produktmarked omfatter aftaleprodukterne (der inkorporerer den teknologi, hvorpå der er meddelt licens) og produkter, der af køberne anses for substituerbare med aftaleprodukterne, som følge af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål. Aftaleprodukterne kan indgå i et endeligt og/eller et mellemliggende produktmarked.
22. De relevante teknologimarkeder omfatter de overførte teknologirettigheder og stedfortrædertechnologier, dvs. andre teknologier, der af licenstagere anses for substituerbare med de overførte teknologirettigheder på grund af deres egenskaber, den tilknyttede licensafgift og deres anvendelsesformål. Med udgangspunkt i den teknologi, der markedsføres af licensgiveren, er det nødvendigt at identificere de øvrige teknologier, som licenstagere kunne skifte til som reaktion på en lille, men vedvarende stigning i de relative priser, dvs. i royalty-betalingerne. En alternativ fremgangsmåde består i at se på markedet for produkter, der inkorporerer de overførte teknologirettigheder (jf. punkt 25 nedenfor).
23. Udtrykket »relevant marked« i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, som defineret i artikel 1, stk. 1, litra m),
24. Det »relevante geografiske marked« er defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra l), og omfatter det område, hvor de relevante virksomheder leverer og efterspørger produkter eller licenser til teknologi, og hvor konkurrenceforholdene er tilstrækkeligt ensartede, og som, fordi konkurrenceforholdene dér er mærkbart anderledes, kan adskilles fra de tilstødende områder. Det eller de relevante teknologimarkeders geografiske udstrækning kan være forskelligt fra de relevante produktmarkeders geografiske udstrækning.
25. Når først de relevante markeder er blevet afgrænset, kan markedsandelene fordeles på de forskellige kilder til konkurrence på det enkelte marked og benyttes som indikator for markedsdeltagernes relative styrke. I forbindelse med teknologimarkeder kan markedsandelen beregnes på basis af hver enkelt teknologis andel af de samlede licensindtægter, som svarer til en given teknologis andel af det marked, hvorpå der meddeles licens på konkurrerende teknologier. Dette kan imidlertid ofte være en rent teoretisk og upraktisk metode til beregning af markedsandele, fordi der kan mangle klare oplysninger om royalties. En alternativ metode, nemlig den der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 8, litra d), består i at beregne markedsandele på teknologimarkedet med udgangspunkt i salget af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, på produktmarkeder i efterfølgende led (se punkt 85 ff.). I individuelle sager, der falder uden for gruppefritagelsesforordningens »sikre havn«, kan det imidlertid være nødvendigt, når det er praktisk muligt, at anvende begge de her beskrevne metoder for at kunne vurdere licensgiverens markedsstyrke med større nøjagtighed samt at tage andre relevante faktorer, som giver et godt fingerpeg om de tilgængelige teknologiers relative styrke, i betragtning (for yderligere faktorer, se punkt 156 og 158 ff.) ⁽²⁶⁾.
26. Nogle licensaftaler kan påvirke konkurrencen inden for innovation. I forbindelse med analysen af sådanne virkninger vil Kommissionen imidlertid normalt begrænse sig til at vurdere aftalens følger for konkurrencen på eksisterende produkt- og teknologimarkeder ⁽²⁷⁾. På sådanne markeder kan konkurrencen blive påvirket af aftaler, der forsinker indførelsen af forbedrede produkter eller af nye produkter, som med tiden vil erstatte eksisterende produkter. I disse tilfælde er innovation en kilde til potentiel konkurrence, som skal tages med i betragtning ved vurdering af aftalens virkninger på produkt- og teknologimarkederne. I et begrænset antal sager kan det imidlertid være nyttigt og nødvendigt også at analysere virkningerne på konkurrencen inden for innovation isoleret set. Det vil især være tilfældet, når aftalen påvirker innovation, der

⁽²⁵⁾ Se f.eks. Kommissionens beslutning i COMP/M.5675, Syngenta/Monsanto, hvori Kommissionen analyserede fusionen mellem de to vertikalt integrerede solsikkekerneproducenter ved både at undersøge i) leverandørledet for handel med (navnlig udveksling og meddelelse af licens på) sorter (forældrelinjer og hybrider) og ii) markedet for salg af hybrider i aftagerledet. I COMP/M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG, afgrænsede Kommissionen både et marked for produktion af høj kvalitetsmelamin og et teknologimarked for forsyning af produkter til melaminproduktion i leverandørledet. Se desuden COMP/M.269, Shell/Montecatini.

⁽²⁶⁾ Se også Kommissionens beslutning COMP/M.5675, Syngenta/Monsanto, og afgørelse COMP/M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG.

⁽²⁷⁾ Se også punkt 119-122 i retningslinjerne for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler (EUT C 11 af 14.1.2011, s. 1).

tager sigte på at skabe nye produkter, og når det på et tidligt tidspunkt er muligt at identificere F&U-centre⁽²⁸⁾. I sådanne sager kan man undersøge, om der efter gennemførelsen af aftalen vil være tilstrækkeligt mange konkurrerende F&U-centre tilbage til at fastholde en effektiv konkurrence på innovationsområdet.

2.4. Sondringen mellem konkurrenter og ikke-konkurrenter

27. Generelt udgør aftaler mellem konkurrenter en større risiko for konkurrencen end aftaler mellem ikke-konkurrenter. Konkurrence mellem virksomheder, der benytter samme teknologi (intrateknologi-konkurrence mellem licenstagere) udgør imidlertid et vigtigt supplement til konkurrence mellem virksomheder, der benytter konkurrerende teknologier (interteknologi-konkurrence). Eksempelvis kan intrateknologi-konkurrence føre til lavere priser på produkter, der inkorporerer den pågældende teknologi, hvilket ikke blot kan medføre direkte og øjeblikkelige fordele for forbrugerne af disse produkter, men også skærpe konkurrencen mellem virksomheder, der benytter konkurrerende teknologier. I forbindelse med licensering skal det også tages i betragtning, at licenstagere sælger deres eget produkt. De videresælger ikke et produkt leveret af en anden virksomhed. Der kan således være bedre muligheder for produktdifferentiering og konkurrence på kvalitet mellem licenstagere end i forbindelse med vertikale aftaler om videresalg af produkter.
28. For at kunne bestemme konkurrenceforholdet mellem parterne er det nødvendigt at undersøge, om parterne ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter uden aftalen. Hvis parterne uden aftalen ikke ville have været faktiske eller potentielle konkurrenter på et relevant marked, der berøres af aftalen, betragtes de som ikke-konkurrenter.
29. I princippet betragtes parterne i en aftale ikke som konkurrenter, hvis der mellem dem forekommer ensidig eller gensidig blokering. Der foreligger en ensidig blokering, når en teknologirettighed ikke kan udnyttes uden at krænke en anden gyldig teknologirettighed, eller når en part ikke på kommercielt levedygtig vis kan være aktiv på det relevante marked uden at krænke den anden parts gyldige teknologirettighed. Dette er for eksempel tilfældet, når en teknologirettighed dækker en forbedring af en anden teknologirettighed, og forbedringen ikke lovligt kan anvendes uden en licens på den primære teknologirettighed. Der foreligger en gensidig blokering, når ingen af teknologirettighederne kan udnyttes uden at krænke den anden gyldige teknologirettighed, eller hvis ingen af parterne kan være aktive på en økonomisk levedygtig måde på det relevante marked uden at krænke den anden parts gyldige teknologirettighed, og hvor parterne derfor skal indhente licens eller opnå rettighedsafkald fra hinanden⁽²⁹⁾. I praksis vil der imidlertid være tilfælde, hvor der ikke er nogen sikkerhed for, om en bestemt teknologirettighed er gyldig og overtrådt.
30. Parterne er faktiske konkurrenter på produktmarkedet, hvis begge forud for aftalen allerede er aktive på det samme relevante produktmarked. Det forhold, at parterne allerede er aktive på det samme relevante produktmarked uden at have indgået en licensaftale, udgør en god indikator for, at parterne ikke blokerer for hinanden. I et sådant tilfælde kan parterne anses for at være faktiske konkurrenter, indtil det er påvist, at der foreligger en blokerende stilling (navnlig ved en endelig dom).
31. Licenstagere kan anses for at være en potentiel konkurrent på produktmarkedet, hvis denne uden aftalen sandsynligvis ville foretage de nødvendige ekstrainvesteringer for at trænge ind på det relevante marked som reaktion på en lille, men vedvarende stigning i produktpriserne. Sandsynligheden herfor bør vurderes på et realistisk grundlag, dvs. på grundlag af de faktiske forhold i den pågældende sag. Sandsynligheden er større, hvis licenstagere er i besiddelse af aktiver, som let kan benyttes til at komme ind på markedet uden at skulle afholde betragtelige »sunk costs«, eller hvis licenstagere allerede har udarbejdet planer om eller på anden måde har foretaget investeringer med henblik på at træde ind på markedet. Der skal være reelle og konkrete muligheder for licenstagere til at komme ind på det relevante marked og konkurrere med de etablerede virksomheder⁽³⁰⁾. Tilsvarende kan licenstagere ikke betragtes som en potentiel konkurrent, hvis dennes indtræden på markedet ikke er udtryk for en økonomisk levedygtig strategi⁽³¹⁾.
32. Specifikt i forbindelse med intellektuelle ejendomsrettigheder er det ved vurderingen af, om parterne er potentielle konkurrenter på et bestemt marked, også relevant at se på, om der mellem deres intellektuelle ejendomsrettigheder foreligger en blokerende stilling, dvs., at licenstagere ikke kan trænge ind på det pågældende marked uden at krænke den anden parts intellektuelle ejendomsrettigheder.
33. Hvis der ikke findes sikkerhed for, at der foreligger en blokerende stilling, f.eks. i form af en endelig domstolsafgørelse, vil parterne ved vurderingen af, om de er potentielle konkurrenter, være nødsaget til at basere sig på alle de på det pågældende tidspunkt foreliggende oplysninger, herunder risikoen for krænkelser af de intellektuelle ejendomsrettigheder og de reelle muligheder for at finde effektive løsninger uden brug af de eksisterende intellektuelle ejendomsrettigheder. Selv hvis det ikke kan udelukkes, at der foreligger en blokerende stilling, kan betydelige investeringer, der allerede er foretaget, eller fremskredne planer om at gå ind på et bestemt marked, lægges til grund for den betragtning, at parterne i det mindste er potentielle konkurrenter. Der kan være behov for særligt overbevisende beviser for, at der foreligger en blokering, når parterne har en fælles interesse i at hævde, at der

⁽²⁸⁾ Se også punkt 157.

⁽²⁹⁾ Hvis der er tale om virksomheder, der generelt har forpligtet sig til at meddele licens på visse intellektuelle ejendomsrettigheder, f.eks. en LOR-retting (Licence of Right) eller en FRAND-forpligtelse, kan der ikke foreligge en blokerende stilling mellem parterne på grundlag af disse intellektuelle ejendomsrettigheder.

⁽³⁰⁾ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1998 II, s. 3141, præmis 137.

⁽³¹⁾ Sag T-461/07, Visa Europe Ltd og Visa International Service mod Europa-Kommissionen, Sml. 2011 II, s. 1729, præmis 167.

foreligger en sådan for derved at blive betragtet som ikke-konkurrenter, f.eks. når den påståede blokering vedrører teknologier, der teknologisk set er stedfortrædertechnologier (se punkt 22), eller hvis licensgiver giver licenstagere en betydelig økonomisk tilskyndelse.

34. For at udgøre en realistisk kilde til konkurrence skal der være sandsynlighed for, at indtrængningen på markedet vil finde sted inden for en kort tidshorizont⁽³²⁾. Normalt vil en tidshorizont på et til to år være passende. I individuelle sager kan der imidlertid opereres med længere tidshorisonter. Den tid, som de eksisterende virksomheder på markedet har behov for til at justere deres produktionskapacitet, kan benyttes som målestok for tidshorizonten. Det er f.eks. sandsynligt, at parterne vil blive betragtet som potentielle konkurrenter på produktmarkedet, når licenstagere producerer på basis af egen teknologi på ét geografisk marked og begynder at producere på et andet geografisk marked på basis af en konkurrerende licenseret teknologi. Under disse omstændigheder er det sandsynligt, at licenstagere ville have været i stand til at trænge ind på det andet geografiske marked ved hjælp af sin egen teknologi, medmindre der er objektive faktorer, f.eks. blokerende intellektuelle ejendomsrettigheder, der forhindrer en sådan markedsindtrængning.
35. Parterne er faktiske konkurrenter på teknologimarkedet, hvis de enten allerede begge meddeler licens på substituerbare teknologirettigheder, eller hvis licenstagere allerede meddeler licens på sine teknologirettigheder, og licensgiveren trænger ind på teknologimarkedet ved at meddele licenstagere licens på konkurrerende teknologirettigheder.
36. Parterne betragtes som potentielle konkurrenter på teknologimarkedet, hvis de ejer indbyrdes substituerbare teknologier, og licenstagere ikke meddeler licens på sin egen teknologi, forudsat at han kan forventes at ville gøre det i tilfælde af en lille, men vedvarende stigning i teknologipriser. Det er generelt vanskeligere at vurdere, om parterne er potentielle konkurrenter, hvis det drejer sig om teknologimarkedet. Derfor tages der ved anvendelse af gruppefritagelsesforordningen ikke hensyn til potentiel konkurrence på teknologimarkedet (se punkt 83), ligesom parterne behandles som ikke-konkurrenter.
37. I nogle tilfælde kan det også sluttes, at skønt licensgiveren og licenstagere producerer konkurrerende produkter, er de ikke konkurrenter på det relevante produktmarked og det relevante teknologimarked, fordi den overførte teknologi repræsenterer en så markant innovation, at licenstagere teknologi er blevet forældet eller ikke længere er konkurrencedygtig. I sådanne tilfælde skaber licensgiverens teknologi enten et nyt marked, eller den udelukker licenstagere teknologi fra det eksisterende marked. Ofte er det imidlertid ikke muligt at slutte noget sådant ved indgåelsen af aftalen. Det er normalt først, når teknologien eller de produkter, der inkorporerer teknologien, har været udbudt til forbrugerne i nogen tid, at det viser sig, at den ældre teknologi er blevet forældet eller ikke længere er konkurrencedygtig. Da f.eks. cd-teknologien blev udviklet, og afspillere og cd'er blev lanceret på markedet, var det ikke umiddelbart indlysende, at denne nye teknologi ville erstatte lp-teknologien. Det viste sig først nogle år senere. Parterne vil derfor blive betragtet som konkurrenter, hvis det på tidspunktet for indgåelsen af aftalen ikke er åbenlyst, at licenstagere teknologi er forældet eller ikke er konkurrencedygtig. Eftersom anvendelsen af både traktatens artikel 101, stk. 1, og artikel 101, stk. 3, imidlertid skal tage udgangspunkt i den konkrete sammenhæng, som aftalen optræder i, er vurderingen følsom over for materielle ændringer i de faktuelle forhold. Forholdet mellem parterne vil derfor ændre sig til et forhold mellem ikke-konkurrenter, hvis licenstagere teknologi på et senere tidspunkt bliver forældet eller ikke længere er konkurrencedygtig på markedet.
38. I nogle tilfælde kan parterne blive konkurrenter efter indgåelsen af aftalen, fordi licenstagere udvikler eller erhverver og begynder at udnytte en konkurrerende teknologi. I så fald skal der tages højde for, at parterne ikke var konkurrenter på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået, og at det var i den kontekst, at aftalen blev indgået. Kommissionen vil derfor hovedsagelig fokusere på aftalens virkninger for licenstagere evne til at udnytte sin egen (konkurrerende) teknologi. Den vil således navnlig ikke anvende listen over hardcorebegrænsninger i forbindelse med aftaler mellem konkurrenter, medmindre aftalen efterfølgende ændres materielt, når parterne er blevet konkurrenter (jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 3).
39. Aftaleparterne kan også blive konkurrenter efter indgåelsen af aftalen, hvis licenstagere allerede var aktiv på det relevante marked, hvor aftaleproduktet sælges før modtagelsen af licensen, og licensgiveren efterfølgende trænger ind på det relevante marked på basis af enten de licenserede teknologirettigheder eller en ny teknologi. Også i dette tilfælde vil listen over hardcorebegrænsninger i forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter fortsætte med at finde anvendelse på aftalen, medmindre den efterfølgende ændres materielt (jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 3). En materiel ændring omfatter indgåelse af en ny teknologioverførselsaftale mellem parterne vedrørende konkurrerende teknologirettigheder, der kan anvendes til produktion af produkter, der konkurrerer med aftaleprodukterne.

⁽³²⁾ Sag T-461/07, Visa Europe Ltd og Visa International Service mod Europa-Kommissionen, Sml. 2011 II, s. 1729, præmis 189.

3. ANVENDELSE AF GRUPPEFRITAGELSESDORDNINGEN

3.1. Virkningerne af gruppefritagelsesforordningen

40. De kategorier af teknologioverførselsaftaler, der opfylder betingelserne i gruppefritagelsesforordningen, er fritaget fra forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, er lovlige og kan håndhæves. Sådanne aftaler kan kun forbydes for fremtiden og kun, hvis Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder inddrager gruppefritagelsen. Aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, kan ikke forbydes efter traktatens artikel 101 af de nationale domstole som led i privatretlige tvister.
41. Gruppefritagelse af kategorier af teknologioverførselsaftaler bygger på en formodning om, at sådanne aftaler — for så vidt som de falder ind under traktatens artikel 101, stk. 1 — opfylder de fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3. Det formodes således, at aftalerne medfører økonomiske effektivitetsgevinster, at begrænsningerne indeholdt i aftalerne er nødvendige for at opnå disse effektivitetsgevinster, at forbrugerne på de berørte markeder sikres en rimelig andel af effektivitetsgevinsterne, og at aftalerne ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter. Markedsandelstærsklerne (artikel 3), listen over hardcore-begrænsninger (artikel 4) og de begrænsninger, der falder uden for fritagelsen (artikel 5), i gruppefritagelsesforordningen tjener til at sikre, at kun de konkurrencebegrænsende aftaler, der med rimelighed kan formodes at opfylde de fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3, gruppefritages.
42. Som nævnt i disse retningslinjers afsnit 4 falder mange licensaftaler uden for traktatens artikel 101, stk. 1, enten fordi de ikke begrænser konkurrencen overhovedet, eller fordi konkurrencebegrænsningen ikke er mærkbar⁽³³⁾. For så vidt som sådanne aftaler under alle omstændigheder ville være omfattet af gruppefritagelsesforordningen, er der ikke behov for at tage stilling til, om de rammes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1⁽³⁴⁾.
43. Uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde er det relevant at undersøge, om aftalen i den konkrete sag omfattes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. I bekræftende fald må det undersøges, om betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Der hersker ingen formodning om, at teknologioverførselsaftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, rammes af traktatens artikel 101, stk. 1, eller ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Navnlig udgør den omstændighed, at parternes markedsandele overstiger de tærskler, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, ikke i sig selv et tilstrækkeligt grundlag for at henføre aftalen

under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Der skal foretages en individuel vurdering af aftalens sandsynlige virkninger. Det er kun, når aftalerne indeholder hardcore-begrænsninger af konkurrencen, at det normalt kan formodes, at de overtræder traktatens artikel 101.

3.2. Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde og varighed

3.2.1. Begrebet teknologioverførselsaftaler

44. Gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer finder anvendelse på aftaler om overførsel af teknologi. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra b), omfatter »teknologirettigheder« knowhow, patenter, brugsmønstre, mønsterrättigheder, halvlederprodukters topografi, supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler og andre produkter, for hvilke der kan udstedes supplerende beskyttelsescertifikater, certifikater på plantenyheder og ophavsret til software eller en blanding heraf samt ansøgninger om disse rettigheder og om registrering af dem. De overførte teknologirettigheder skal give licenstageren mulighed for at producere aftaleprodukterne med eller uden andre input. Gruppefritagelsesforordningen finder kun anvendelse i de medlemsstater, hvor licenstageren er i besiddelse af de relevante teknologirettigheder. Ellers er der ingen teknologirettigheder at overføre inden for rammerne af gruppefritagelsesforordningen.
45. Knowhow er defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra i), som en samling teknisk information opnået gennem forsøg og afprøvning, der er hemmelig, væsentlig og identificeret:
- Ved »hemmelig« forstås, at den pågældende knowhow ikke er almindeligt kendt eller let tilgængelig.
 - Ved »væsentlig« forstås, at den omfatter viden, der er vigtig og nyttig for produktionen af de produkter, der er omfattet af licensaftalen, eller for anvendelsen af den proces, der er omfattet af licensaftalen. Det vil med andre ord sige, at den pågældende viden skal bidrage væsentligt til eller lette produktionen af aftaleprodukterne. Hvis den overførte knowhow har relation til et produkt i modsætning til en proces, indebærer denne betingelse, at den pågældende knowhow er nyttig for produktionen af aftaleproduktet. Denne betingelse er ikke opfyldt, når aftaleproduktet kan produceres ved hjælp af frit tilgængelig teknologi. Betingelsen indebærer dog ikke, at aftaleproduktet skal være af større værdi end produkter produceret ved hjælp af frit tilgængelig teknologi. I tilfælde af proces teknologier indebærer denne betingelse, at den pågældende knowhow er nyttig i den forstand, at den på tidspunktet for aftalens indgåelse med rimelighed kan forventes at forbedre licenstagernes stilling i konkurrencen, f.eks. ved at mindske hans produktionsomkostninger.

⁽³³⁾ Se meddelelsen om aftaler af ringe betydning, jf. fodnote 20.

⁽³⁴⁾ I henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003 kan aftaler, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke er forbudt i henhold til traktatens artikel 101, heller ikke forbydes ved national konkurrenceret.

- c) Ved »identificeret« forstås, at det er muligt at verificere, at den overførte knowhow opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne. Denne betingelse er opfyldt, når den overførte knowhow er beskrevet i vejledninger eller i anden skriftlig form. I nogle tilfælde er det dog ikke rimeligt at stille et sådant krav. Den overførte knowhow kan bestå i teknisk viden, som licensgiverens ansatte er i besiddelse af. Licenstagernes ansatte kan f.eks. være i besiddelse af hemmelig og væsentlig viden om en bestemt produktionsproces, som gives videre til licenstageren i forbindelse med oplæringen af licenstagernes ansatte. I sådanne tilfælde er det tilstrækkeligt i aftalen at beskrive den pågældende knowhows generelle karakter og oplyse navnene på de ansatte, der vil blive eller har været involveret i videregivelsen af den pågældende knowhow til licenstageren.
46. Bestemmelser i teknologioverførselsaftaler om licenstagernes køb af produkter, falder kun ind under gruppefritagelsesforordningen, hvis og i det omfang disse bestemmelser er direkte forbundet med fremstilling eller salg af aftaleprodukterne. Gruppefritagelsesforordningen finder derfor ikke anvendelse på de dele af en teknologioverførselsaftale, der omhandler input og/eller udstyr, der anvendes til andre formål end fremstillingen af aftaleprodukterne. Hvis mælk for eksempel sælges sammen med en licens på teknologi beregnet til fremstilling af ost, er det alene den mælk, der anvendes til produktionen af ost med den overførte teknologi, der vil være omfattet af gruppefritagelsesforordningen.
47. Bestemmelser i teknologioverførselsaftaler om meddelelse af licens på andre typer intellektuel ejendom såsom varemærker og ophavsret, med undtagelse af ophavsret til software (se punkt 44 og 62 om ophavsret til software), er kun omfattet af gruppefritagelsesforordningen, hvis og i det omfang disse bestemmelser er direkte forbundet med fremstilling eller salg af aftaleprodukterne. Denne betingelse sikrer, at bestemmelser vedrørende andre intellektuelle ejendomsrettigheder kan henføres under gruppefritagelsen, hvis disse øvrige intellektuelle ejendomsrettigheder tjener til at sætte licenstageren i stand til at sikre en bedre udnyttelse af de overførte teknologirettigheder. Hvis f.eks. en licensgiver giver en licenstagertilladelse til at bruge sit varemærke til produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, kan licenstageren med denne varemærkelicens være i stand til bedre at udnytte den overførte teknologi, idet der hos forbrugerne skabes en direkte sammenhæng mellem produktet og de egenskaber, det har fået tilført via de overførte teknologirettigheder. Det kan også fremme spredningen af teknologi, at licenstageren forpligtes til at benytte licensgiverens varemærke, idet licensgiveren identificeres som kilden til den underliggende teknologi. Gruppefritagelsesforordningen dækker i dette tilfælde teknologioverførselsaftaler, selv om parternes primære interesse ligger i udnyttelsen af varemærket snarere end teknologien⁽³⁵⁾.
48. Gruppefritagelsesforordningen dækker ikke udstedelse af licenser til andre ophavsrettigheder end ophavsrettigheder til software (med undtagelse af den situation, der er beskrevet i punkt 46). Som hovedregel vil Kommissionen imidlertid anvende principperne i gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer, når den vurderer licensering af ophavsrettigheder med henblik på produktion af aftaleprodukter efter traktatens artikel 101.
49. På den anden side giver licensaftaler om ret til udlejning og offentlige fremførelser, navnlig af film og musik, der er ophavsretbeskyttede, anledning til nogle særlige problemstillinger, og principperne i disse retningslinjer kan derfor være uegnede til at vurdere sådanne licensaftaler. Ved anvendelsen af traktatens artikel 101 skal der tages hensyn til værkets særlige kendetegn og den måde, hvorpå det udnyttes⁽³⁶⁾. Kommissionen vil derfor ikke pr. analogi anvende gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer på licensaftaler om disse øvrige rettigheder.
50. Kommissionen vil ej heller anvende de i gruppefritagelsesforordningen og i disse retningslinjer fastlagte principper på varemærkelicenser (bortset fra det tilfælde, der beskrives i punkt 46). Aftaler om varemærkelicenser optræder ofte i forbindelse med distribution og videresalg af varer og tjenesteydelser og er almindeligvis mere beslægtet med distributionsaftaler end med teknologioverførselsaftaler. Når en varemærkelicens har direkte relation til brugen, salget eller videresalget af varer og tjenesteydelser og ikke udgør aftalens hovedgenstand, falder licensaftalen ind under Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010⁽³⁷⁾.

3.2.2. Begrebet overførsel

51. Begrebet »overførsel« skal forstås således, at teknologien skal flyde fra en virksomhed til en anden. Sådanne overførsler finder normalt sted på grundlag af licensaftaler, hvorved licensgiveren giver licenstageren ret til at benytte sine teknologirettigheder mod betaling af royalties.
52. Som fastsat i artikel 1, stk. 1, litra c), i gruppefritagelsesforordningen, anses overdragelser, hvor en del af den risiko, der er forbundet med at udnytte teknologirettighederne, forbliver hos overdrageren, ligeledes for at være teknologioverførselsaftaler. Dette er navnlig tilfældet, når det beløb, der skal betales for overdragelsen, afhænger af erhververens omsætning af produkter, der er fremstillet med den overdragede teknologi, den fremstillede mængde af sådanne produkter eller antallet af processer, der gennemføres med teknologien.

⁽³⁵⁾ Gruppefritagelsesforordningen vil nu kunne dække den teknologioverførselsaftale, der blev vurderet i Kommissionens beslutning i *Moosehead/Whitbread* (EFT L 100 af 20.4.1990, s. 32), se navnlig nr. 16.

⁽³⁶⁾ Se sag 262/81, *Coditel* (II), Sml. 1982, s. 3381.

⁽³⁷⁾ EUT L 102 af 23.4.2010, s. 1.

53. En aftale, hvorved licensgiveren giver tilsagn om ikke at påberåbe sig sine teknologirettigheder over for licenstagere, kan også ses som en overførsel af teknologirettigheder. Faktisk består essensen af en ægte patentlicens i retten til at operere inden for grænserne af den eksklusive rettighed, der følger med patentet. Heraf følger, at gruppefritagelsesforordningen også dækker de såkaldte »ikke-påberåbelsesaftaler« og »forligsaftaler«, hvorved licensgiveren giver licenstagere ret til at producere inden for de til patentet knyttede grænser⁽³⁸⁾.

3.2.3. Aftaler mellem to parter

54. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra c), dækker forordningen alene teknologioverførselsaftaler »indgået mellem to virksomheder«. Teknologioverførselsaftaler mellem flere end to virksomheder er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen⁽³⁹⁾. Den afgørende faktor ved sondringen mellem aftaler indgået mellem to virksomheder og aftaler indgået mellem flere virksomheder er, at sidstnævnte er indgået mellem flere end to virksomheder.

55. Aftaler indgået mellem to virksomheder falder inden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde, selv hvis der i aftalen fastsættes betingelser for mere end et omsætningsled. Gruppefritagelsesforordningen finder f.eks. anvendelse på en licensaftale, der ikke blot har relation til produktionen af et produkt, men også til distributionen af produktet, idet den indeholder de forpligtelser, som licenstagere skal eller kan pålægge forhandlerne af de produkter, der produceres på licens⁽⁴⁰⁾.

56. Aftaler om oprettelse af teknologipuljer og meddelelse af licens fra teknologipuljer betragtes generelt som aftaler mellem flere end to virksomheder og er derfor ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen⁽⁴¹⁾. Begrebet teknologipuljer dækker over aftaler, hvorved to eller flere parter samler deres respektive teknologier i en pulje og meddeler licens herpå som en pakke. Begrebet teknologipuljer omfatter også ordninger, hvorved to eller flere virksomheder meddeler en tredjepart licens og giver ham tilladelse til at meddele andre licens på pakken af teknologier.

⁽³⁸⁾ Udtrykkene »licensering« og »meddelelse af licens« i disse retningslinjer omfatter også ikke-påberåbels- og forligsaftaler, så længe der finder en overførsel af teknologirettigheder sted som beskrevet i dette afsnit. Se yderligere om forligsaftaler punkt 233 ff.

⁽³⁹⁾ Efter Rådets forordning (EØF) nr. 19/65 af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (3), på kategorier af aftaler og samordnet praksis (EFT's specialudgave I, 1965-1966, s. 31) har Kommissionen ikke beføjelser til at gruppefritage teknologioverførselsaftaler indgået mellem flere end to virksomheder.

⁽⁴⁰⁾ Se betragtning 6 i gruppefritagelsesforordningen og afsnit 3.2.6.

⁽⁴¹⁾ Se nærmere herom i punkt (248).

57. Licensaftaler indgået mellem flere end to virksomheder giver ofte anledning til samme problemstillinger som licensaftaler af samme art indgået mellem to virksomheder. I forbindelse med sin individuelle vurdering af licensaftaler af samme art som dem, der er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, men som er indgået mellem flere end to virksomheder, vil Kommissionen pr. analogi anvende principperne i gruppefritagelsesforordningen. Afsnit 4.4 omhandler specifikt teknologipuljer og meddelelse af licens fra teknologipuljer.

3.2.4. Aftaler om produktion af aftaleprodukter

58. Det følger af artikel 1, stk. 1, litra c), at for at være omfattet af gruppefritagelsesforordningen skal licensaftalerne indgås med henblik på »produktion af aftaleprodukter«, dvs. produkter, der inkorporer eller produceres ved hjælp af de overførte teknologirettigheder. Licensgiveren skal give licenstagere og/eller dennes underleverandør(er) tilladelse til at udnytte den overførte teknologi til produktion af varer eller tjenesteydelser (se også betragtning 7 i præambelen til gruppefritagelsesforordningen).

59. Når aftalens formål ikke er produktion af aftaleprodukter, men, f.eks., alene at blokere for udvikling af en konkurrerende teknologi, er licensaftalen ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen, og disse retningslinjer kan vise sig ikke at være egnede til vurdering af aftalen. Mere generelt finder der nemlig ingen effektivitetsfremmende aktiviteter sted, når parterne ikke udnytter de overførte teknologirettigheder, og dermed falder selve begrundelsen for gruppefritagelsen til jorden. Udnyttelsen behøver imidlertid ikke at tage form af en integration af aktiver. Der er også tale om udnyttelse, når licensen skaber designfrihed for licenstagere ved at gøre det muligt for ham at udnytte sin egen teknologi uden risiko for at blive mødt med påstande om rettighedskrænkelser fra licensgiverens side. I forbindelse med meddelelse af licens mellem konkurrenter kan det forhold, at parterne ikke udnytter den overførte teknologi, være tegn på, at aftalen er et skjult kartel. Af disse årsager vil Kommissionen foretage en meget grundig undersøgelse i de sager, hvor den overførte teknologi ikke udnyttes.

60. Gruppefritagelsesforordningen dækker aftaler mellem to virksomheder om overførsel af teknologi med henblik på licenstagere og/eller dennes underleverandør(er)s produktion af aftaleprodukter. Gruppefritagelsesforordningen finder derfor ikke anvendelse på (de dele af) teknologioverførselsaftaler, der tillader meddelelse af underlicens. Kommissionen vil imidlertid pr. analogi anvende principperne i gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer på »overordnede licensaftaler« mellem licensgiver og licenstagere (dvs. en aftale, hvorved licensgiver tillader licenstagere at meddele tredjepart licens på teknologien). Aftaler indgået mellem licenstagere og underlicenstagere om produktion af aftaleprodukter er omfattet af gruppefritagelsesforordningen.

61. Ved »aftaleprodukter« forstås varer og tjenesteydelser, der produceres ved hjælp af de overførte teknologirettigheder. Dette er tilfældet, både når den overførte teknologi benyttes som led i produktionsprocessen, og når den inkorporeres i selve produktet. I disse retningslinjer er begge situationer dækket af udtrykket »produkter, der inkorporerer den overførte teknologi«. Grøppefritagelsesforordningen finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der overføres teknologirettigheder med det formål at producere varer og tjenesteydelser. Grøppefritagelsesforordningen og retningslinjerne bygger på en forudsætning om, at der er en direkte forbindelse mellem de overførte teknologirettigheder og et aftaleprodukt. Eksisterer der ikke en sådan forbindelse, dvs., hvis aftalens formål ikke er at muliggøre produktion af et aftaleprodukt, kan analysegrundlaget i gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne vise sig at være uhensigtsmæssigt.
62. Overførsel af ophavsret til software udelukkende med henblik på reproduktion og distribution af det beskyttede værk, dvs. produktion af kopier med henblik på videre salg, anses ikke for at udgøre »produktion« i gruppefritagelsesforordningens forstand og er derfor ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer. En sådan reproduktion er i stedet pr. analogi omfattet af Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010⁽⁴²⁾ og retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁽⁴³⁾. Der er tale om reproduktion med henblik på distribution, når der meddeles licens til reproduktion af softwaren på et medium, uanset de tekniske midler, hvormed softwaren distribueres. For eksempel dækker gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer ikke meddelelse af licens på ophavsret til software, hvorved licenstageren får stillet en original kopi af softwaren til rådighed med henblik på reproduktion og salg af softwaren til slutbrugere. De omfatter heller ikke meddelelse af licens på ophavsret til software eller distribution af software ved brug af »shrink wrap«-licenser, dvs. en række betingelser, der ligger i eksemplarets indpakning, som slutbrugeren anses for at have accepteret ved at bryde emballagen, eller meddelelse af licens på ophavsret til og distribution af software gennem download.
63. Hvis licenstageren integrerer den overførte software i aftaleproduktet, er der ikke blot tale om reproduktion, men om produktion. F.eks. dækker gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer meddelelse af licens på ophavsret til software, hvor licenstageren har ret til at reproducere softwaren ved at inkorporere den i en enhed, som softwaren interagerer med.
64. Grøppefritagelsesforordningen dækker »underleveranceaftaler«, hvorved licenstageren overfører teknologirettigheder til licenstageren, der forpligter sig til at producere bestemte produkter udelukkende for licenstageren på basis af de overførte teknologirettigheder. Underleveranceaftaler kan også indebære, at licenstageren leverer udstyr til produktionen af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af aftalen. For at sidstnævnte form for underleveranceaftaler kan henføres under gruppefritagelsesforordningen som en del af en teknologioverførselsaftale, skal det overførte udstyr være direkte forbundet med produktionen af aftaleprodukterne. Underleveranceaftaler er også omfattet af Kommissionens meddelelse om underleveranceaftaler⁽⁴⁴⁾. I henhold til meddelelsen, der fortsat er gældende, falder underleveranceaftaler, hvorved underleverandøren forpligter sig til at producere bestemte produkter udelukkende for ordregiveren, almindeligvis uden for forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Underleveranceaftaler, hvorved ordregiveren fastsætter den pris, der skal afregnes for mellemvareaftaleproduktet mellem underleverandøren i en underleveranceværdikæde, falder generelt også uden for traktatens artikel 101, stk. 1, forudsat at kontraktprodukterne produceres eksklusivt for ordregiveren. Andre begrænsninger, der pålægges underleverandøren, f.eks. en forpligtelse til ikke at udføre eller udnytte egen forskning og udvikling, kan imidlertid blive fanget af forbuddet i traktatens artikel 101⁽⁴⁵⁾.
65. Grøppefritagelsesforordningen finder også anvendelse på aftaler, der indebærer, at licenstageren skal udføre udviklingsarbejde for at frembringe et produkt eller en proces, der kan udnyttes kommercielt, forudsat at der er blevet identificeret et aftaleprodukt. Selv om der er behov for en sådan ekstra indsats og investeringer, består aftalens genstand fortsat i produktion af et specifikt aftaleprodukt, dvs. produkter fremstillet ved anvendelse af de overførte teknologirettigheder.
66. Grøppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer dækker ikke aftaler, hvorved der meddeles licens på teknologirettigheder med det formål at sætte licenstageren i stand til at udføre yderligere F&U på forskellige områder, herunder yderligere udvikling af et produkt, der opstår på baggrund af sådan F&U⁽⁴⁶⁾. Grøppefritagelsesforordningen og retningslinjerne dækker f.eks. ikke licenser på teknologiske forskningsredskaber, der benyttes som led i videre

⁽⁴²⁾ Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EUT L 102 af 23.4.2010, s. 1).

⁽⁴³⁾ EUT C 130 af 19.5.2010, s. 1.

⁽⁴⁴⁾ Kommissionens meddelelse af 18. december 1978 om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab (EFT C 1 af 3.1.1979, s. 2).

⁽⁴⁵⁾ Se punkt 3 i Kommissionens meddelelse om underleveranceaftaler, jf. fodnote 44.

⁽⁴⁶⁾ Se også afsnit 3.2.6.1.

forskningsaktiviteter. De dækker heller ikke underleveranceaftaler om F&U, hvorved licenstageren påtager sig at udføre F&U på det område, som den overførte teknologi tilhører, og returnere den forbedrede teknologipakke til licensgiveren⁽⁴⁷⁾. Hovedformålet med sådanne aftaler består i udførelse af F&U-opgaver, der kan forbedre teknologien, og ikke i produktion af varer og tjenesteydelser på basis af den overførte teknologi.

3.2.5. Varighed

67. Gruppelitagelsen gælder indtil gruppelitagelsesforordningen udløber den 30. april 2026, så længe den af licensen omfattede ejendomsret ikke er bortfaldet, udløbet eller blevet erklæret ugyldig. Med hensyn til knowhow gælder gruppelitagelsen, så længe den af licensen omfattede knowhow forbliver en hemmelighed, medmindre den bliver almindeligt kendt som følge af en handling begået af licenstageren, i hvilket tilfælde fritagelsen gælder i aftalens løbetid (se gruppelitagelsesforordningens artikel 2).
68. Gruppelitagelsen gælder for hver af de overførte teknologirettigheder, der er omfattet af aftalen, og ophører med at finde anvendelse på den dato, hvor den sidste teknologirettighed i gruppelitagelsesforordningens forstand, udløber, erklæres ugyldig eller bliver almindeligt tilgængelig.

3.2.6. Forholdet til andre gruppelitagelsesforordninger

69. Gruppelitagelsesforordningen dækker aftaler mellem to virksomheder om overførsel af teknologirettigheder med henblik på produktion af aftaleprodukter. Teknologirettigheder kan imidlertid også være et element i andre typer aftaler. Desuden sælges de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, efterfølgende på markedet. Det er derfor nødvendigt at se på samspillet mellem gruppelitagelsesforordningen og Kommissionens forordning (EU) nr. 1218/2010⁽⁴⁸⁾ om specialiseringsaftaler, Kommissionens forordning (EU) nr. 1217/2010 om F&U-aftaler⁽⁴⁹⁾ og Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010⁽⁵⁰⁾ om vertikale aftaler.

3.2.6.1. Gruppelitagelsesforordningerne om specialiserings- og F&U-aftaler

70. Gruppelitagelsesforordningen finder ikke anvendelse på meddelelse af licens i forbindelse med specialiseringsaftaler, som er omfattet af forordning (EU) nr. 1218/2010,

eller i forbindelse med F&U-aftaler, der er omfattet af forordning (EU) nr. 1217/2010 (jf. betragtning 7 og 9 i gruppelitagelsesforordningen).

71. I henhold til artikel 1, stk. 1, litra d), i forordning EU nr. 1218/2010 om specialiseringsaftaler dækker den forordning navnlig fælles produktionsaftaler, hvorved to eller flere parter aftaler at producere bestemte produkter i fællesskab. Forordningen finder også anvendelse på bestemmelser om overdragelse eller brug af intellektuelle ejendomsrettigheder, forudsat at de ikke udgør hovedformålet med aftalen, men er direkte knyttet til og nødvendige for dens gennemførelse.
72. Når virksomheder etablerer et produktions-joint venture og meddeler joint venture-selskabet licens til at udnytte teknologi, der benyttes i produktionen af joint venture-selskabets produkter, er meddelelse af licens underlagt reglerne i forordning (EU) nr. 1218/2010 om specialiseringsaftaler og ikke gruppelitagelsesforordningen. Det betyder, at meddelelse af licens i forbindelse med et produktions-joint venture normalt skal vurderes efter forordning (EU) nr. 1218/2010. Hvis joint venture-selskabet imidlertid begynder at meddele tredjeparter licens på teknologien, er aktiviteten ikke længere knyttet til joint venture-selskabets produktion og derfor ikke omfattet af den forordning. Sådanne licensordninger, der bringer parternes teknologier sammen, udgør teknologipuljer, der er nærmere behandlet i afsnit 4.4 i disse retningslinjer.
73. Forordning (EU) nr. 1217/2010 om forsknings- og udviklingsaftaler dækker aftaler, hvorved to eller flere virksomheder aftaler at udføre fælles F&U og at udnytte resultaterne heraf i fællesskab. I henhold til forordningens artikel 1, stk. 1, litra m), forudsætter fælles F&U og fælles udnyttelse af resultaterne, at arbejdet i forbindelse hermed udføres af et fælles forskerhold, en fælles organisation eller fælles virksomheder, i fællesskab overlades til tredjemand eller fordeles mellem parterne, således at de specialiserer sig i forskning, udvikling, produktion eller distribution, herunder meddelelse af licens. Forordningen omfatter også aftaler om betalt F&U, hvorved to eller flere virksomheder aftaler, at F&U udføres af en part og finansieres af en anden, og uanset om resultaterne heraf udnyttes i fællesskab (jf. artikel 1, stk. 1, litra a), nr. vi) i forordning (EU) nr. 1217/2010).

⁽⁴⁷⁾ Det sidstnævnte tilfælde er imidlertid omfattet af forordning (EU) nr. 1217/2010, jf. fodnote 49, se også afsnit 3.2.6.1. nedenfor.

⁽⁴⁸⁾ Kommissionens forordning (EU) nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler (EUT L 335 af 18.12.2010, s. 43).

⁽⁴⁹⁾ Kommissionens forordning (EU) nr. 1217/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler (EUT L 335 af 18.12.2010, s. 36).

⁽⁵⁰⁾ Jf. fodnote 42.

74. Det følger, at forordning (EU) nr. 1217/2010 om F&U-aftaler omfatter meddelelse af licens parterne imellem og parternes meddelelse af licens til en fælles enhed i forbindelse med en F&U-aftale. Sådanne meddelelser er alene omfattet af forordning (EU) nr. 1217/2010 og ikke af gruppelitagelsesforordningen. Som led i en sådan aftale kan parterne også fastsætte betingelserne for meddelelse af licens på resultaterne af F&U-aftalen til tredjemand. Da

tredjepartslicenstagere imidlertid ikke er part i F&U-aftalen, er individuelle licensaftaler indgået med tredjeparter ikke omfattet af forordning (EU) nr. 1217/2010. Sådanne licensaftaler er gruppefritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen, når de opfylder betingelserne i den.

3.2.6.2. Gruppefritagelsesforordningen om vertikale aftaler

75. Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 om vertikale aftaler dækker aftaler indgået mellem to eller flere virksomheder, der i relation til aftalen virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester. Den dækker således leverings- og distributionsaftaler⁽⁵¹⁾.
76. Eftersom gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførselsaftaler kun dækker aftaler mellem to parter, og eftersom en licenstag, der sælger produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, er en leverandør, for så vidt angår anvendelse af forordning (EU) nr. 330/2010, er der en tæt forbindelse mellem de to gruppefritagelsesforordninger. Aftalen mellem licensgiver og licenstag falder ind under gruppefritagelsesforordningen, mens aftaler indgået mellem en licenstag og købere af aftaleprodukterne falder ind under forordning (EU) nr. 330/2010 og retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁽⁵²⁾.
77. Efter gruppefritagelsesforordningen fritages også aftaler mellem licensgiver og licenstag, der pålægger licenstag forpligtelser med hensyn til, hvordan han skal sælge de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Licenstageren kan navnlig være forpligtet til at etablere en bestemt slags distributionssystem såsom et eksklusivt eller et selektivt distributionssystem. For at være omfattet af gruppefritagelsen skal distributionsaftaler, der indgås med henblik på at indføre sådanne forpligtelser, imidlertid overholde bestemmelserne i forordning (EU) nr. 330/2010. Licensgiveren kan eksempelvis forpligte licenstageren til at etablere et system baseret på eksklusiv distribution i overensstemmelse med nærmere fastsatte regler. Det følger imidlertid af artikel 4, litra b), i forordning (EU) nr. 330/2010, at forhandlerne almindeligvis skal kunne foretage passivt salg ind i andre licenstagernes eneforhandlingsområder.
78. I henhold til forordning (EU) nr. 330/2010 om vertikale aftaler skal forhandlere desuden i princippet frit kunne foretage såvel aktivt som passivt salg ind i geografiske områder, der er omfattet af distributionssystemer tilhørende andre leverandører, dvs. andre licenstagere, der producerer deres egne produkter på basis af de overførte teknologirettigheder. Det skyldes, at hver enkelt licenstag med henblik på anvendelse af forordning (EU) nr. 330/2010 betragtes som en særskilt leverandør. De begrundelser for begrænsninger af aktivt salg inden for

en leverandørs distributionssystem, der ligger til grund for gruppefritagelsen i den forordning, kan imidlertid også anvendes, når de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, sælges af forskellige licenstagere under et fælles mærke tilhørende licensgiveren. Når de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, sælges under et fælles mærke, kan der være samme effektivitetsbegrundelser for at gøre samme typer begrænsninger gældende mellem licenstagernes distributionssystemer som inden for et enkelt vertikalt distributionssystem. I sådanne tilfælde er det ikke sandsynligt, at Kommissionen vil anfægte begrænsninger, når betingelserne i forordning (EU) nr. 330/2010 pr. analogi er opfyldt. En fælles mærkeidentitet fordrer, at produkterne sælges og markedsføres under et fælles mærke, der er fremherskende og signalerer kvalitet og andre relevante oplysninger for forbrugerne. Det er ikke tilstrækkeligt, at produktet — foruden licenstagernes mærker — bærer licensgiverens mærke, der identificerer denne som kilde til den overførte teknologi.

3.3. Markedsandelstærsklerne for gruppefritagelsen

79. I henhold til artikel 3 i gruppefritagelsesforordningen er gruppefritagelsen af konkurrencebegrænsende aftaler — den »sikre havn« — betinget af, at de deltagende virksomheders markedsandele ikke overskrider bestemte tærskler, hvorved gruppefritagelsens anvendelsesområde begrænses til aftaler, der, om end de kan være konkurrencebegrænsende, generelt kan formodes at opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Ved en overskridelse af disse markedsandelstærskler skal der foretages en individuel vurdering. Det faktum, at virksomhedernes markedsandele overskrider tærsklerne, medfører ikke automatisk en formodning om, at aftalen falder ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, eller at den ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Hvis der ikke findes hardcore-begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4, skal der gennemføres en markedsanalyse.

Relevante markedsandelstærskler

80. Den markedsandelstærskel, der er afgørende for, om en aftale kan henføres under gruppefritagelsesforordningens »sikre havn« eller ej, afhænger af, om aftalen indgås mellem konkurrenter eller ikke-konkurrenter.
81. Disse tærskler gælder både for de relevante markeder for de overførte teknologirettigheder og for de relevante markeder for aftaleprodukterne. Hvis den gældende markedsandelstærskel overskrides på et eller flere produkt- eller teknologimarkeder, bortfalder gruppefritagelsen af aftalen for de(t) pågældende marked(er). Hvis f.eks. licensaftalen vedrører to særskilte produktmarkeder, kan gruppefritagelsen finde anvendelse på blot det ene af markederne.

⁽⁵¹⁾ Se også vejledningen »Konkurrencepolitikken i Europa — Konkurrencereglerne for leverings- og distributionsaftaler«, Europa-Kommissionen, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2012, Luxembourg.

⁽⁵²⁾ Henholdsvis EUT L 102 af 23.4.2010, s. 1, og EUT C 130 af 19.5.2010, s. 1.

82. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 1, finder fritagelsen efter forordningens artikel 2 kun anvendelse på aftaler mellem konkurrenter, når parternes sammenlagte markedsandel ikke overstiger 20 % på noget relevant marked. Markedsandelstærsklerne i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 1, finder anvendelse, hvis parterne er faktiske eller potentielle konkurrenter på produktmarkederne og/eller faktiske konkurrenter på teknologimarkedet (se mere om sondringen mellem konkurrenter og ikke-konkurrenter i punkt 27 ff.).
83. Der tages ikke hensyn til den potentielle konkurrence på teknologimarkedet ved anvendelse af markedsandelstærsklen eller listen over hardcore-begrænsninger angående aftaler mellem konkurrenter. Uden for gruppefritagelsesforordningens »sikre havn« tages der til gengæld hensyn til den potentielle konkurrence på teknologimarkedet, men dette fører ikke til anvendelse af listen over hardcore-begrænsninger, der gælder for aftaler mellem konkurrenter.
84. Når licensaftalens parter ikke er konkurrenter, finder markedsandelstærsklen i artikel 3, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen anvendelse. En aftale mellem ikke-konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen, når ingen af parternes markedsandel overstiger 30 % på de berørte relevante teknologi- og produktmarkeder.
85. Hvis parterne på et senere tidspunkt bliver konkurrenter på markedet som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk.1, f.eks. hvis licenstageren allerede var aktiv på produktmarkedet, før der blev meddelt licens, og licensgiveren efterfølgende bliver faktisk eller potentiel leverandør på det samme relevante marked, finder markedsandelstærsklen på 20 % anvendelse fra det tidspunkt, hvor de blev konkurrenter. I så fald vil den for aftaler mellem ikke-konkurrenter gældende liste over hardcore-begrænsninger imidlertid fortsat finde anvendelse på aftalen, medmindre aftalen efterfølgende ændres materielt (jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 3, og punkt 39 i disse retningslinjer).

Beregning af andele af teknologimarkeder i relation til gruppefritagelsen

86. Af de årsager, der forklares i punkt 86 i disse retningslinjer, afviger den måde, hvorpå markedsandelene på de relevante markeder, på hvilke der meddeles licens på teknologirettighederne, beregnes efter gruppefritagelsesforordningen fra den sædvanlige praksis. For så vidt angår teknologimarkeder, følger det af gruppefritagelsesforordningens artikel 8, litra d), at licensgiverens markedsandel skal beregnes med udgangspunkt i licensgiverens og alle dennes licenstageres salg af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, og at dette både gælder for det relevante markeds produktmæssige og geografiske afgrænsning. Med denne metode beregnes licensgiverens og dennes licenstageres samlede salg af aftaleprodukter

som en del af det samlede salg af konkurrerende produkter, uanset om disse konkurrerende produkter produceres med en teknologi, hvorpå der er meddelt licens.

87. Denne metode, hvorved licensgiverens markedsandel på teknologimarkedet beregnes som dennes »fodaftryk« på produktplan, er valgt på grund af de praktiske vanskeligheder, der er forbundet med at beregne en licensgivers markedsandel med udgangspunkt i indtægter fra royalties (se punkt 25). Ud over de vanskeligheder, der generelt er forbundet med at opnå pålidelige oplysninger om indtægter fra royalties, kan en angivelse af de faktiske indtægter fra royalties også indeholde en betydelig undervurdering af en teknologis stilling på markedet i det tilfælde, at betalingen af royalties reduceres som følge af aftaler om krydslicens eller levering af tilkoblede produkter. Den risiko undgås, hvis licensgiverens andel af et teknologimarked beregnes som antallet af produkter, der produceres med den relevante teknologi, i forhold til antallet af produkter, der produceres med konkurrerende teknologier. Et sådant »fodaftryk« på produktplan vil generelt give et godt billede af teknologiens stilling på markedet.
88. Ideelt skulle man ved beregning af et sådant »fodaftryk« se bort fra produkter fremstillet med virksomhedsinterne teknologier, hvorpå der ikke er meddelt licens, idet disse teknologier kun udgør en indirekte begrænsning af den teknologi, hvorpå der er meddelt licens. Da det imidlertid i praksis kan være vanskeligt for licensgiver og licenstagere at vide, hvorvidt andre produkter på samme produktmarked produceres med teknologi, hvorpå der er meddelt licens, eller med virksomhedsintern teknologi, beregnes teknologimarkedsandelen med henblik på gruppefritagelsesforordningen som forholdet mellem de produkter, der produceres med brug af den overførte teknologi, og alle de produkter, der sælges på det pågældende produktmarked. Denne metode, der tager udgangspunkt i teknologiens »fodaftryk« på de(t) samlede produktmarked(er), reducerer almindeligvis den beregnede markedsandel, idet den omfatter produkter, der produceres med virksomhedsinterne teknologier, men vil ikke desto mindre generelt give et godt billede af teknologiens styrke. For det første medtager den al potentiel konkurrence fra virksomheder, der fremstiller produkter ved hjælp af deres egen teknologi, og som sandsynligvis vil begynde at meddele licens på denne teknologi i tilfælde af en lille, men vedvarende prisstigning på licenser. For det andet gælder det, at selv hvis det er usandsynligt, at andre teknologiejere vil begynde at meddele licens på deres teknologi, har licensgiveren ikke nødvendigvis markedsstyrke på teknologimarkedet, selv om han modtager en stor andel af licensindtægterne. Hvis aftagerproduktmarkedet er konkurrencepræget, kan konkurrencen på dette niveau reelt lægge bånd på licensgiveren. En stigning i royalty-betalinger på leverandørmarkederne påvirker licenstagernes omkostninger, hvilket gør ham mindre konkurrencedygtig og kan bevirke, at han mister salg. En teknologis markedsandel på produktmarkedet afspejler også dette element og er derfor normalt en god indikator for licensgiverens markedsstyrke på teknologimarkedet.

89. For at kunne anslå en teknologis styrke skal der også tages hensyn til teknologimarkedets geografiske udstrækning. Den kan i nogle tilfælde kan afvige fra det respektive aftagerproduktmarkedets geografiske udstrækning. Ved anvendelse af gruppefritagelsesordningen afhænger det relevante teknologimarkedets geografiske udstrækning også af produktmarkedet eller -markederne. Uden for gruppefritagelsesforordningens »sikre havn« kan det imidlertid være hensigtsmæssigt også at inddrage et større geografisk område, hvor der meddeles og erhverves licens på konkurrerende teknologier, og hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt ensartede, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene der er mærkbart anderledes.
90. Når det drejer sig om nye teknologier, der ikke genererede salg i det foregående kalenderår, fastsættes markedsandelen til nul. Når salget kommer i gang, vil teknologien begynde at akkumulere markedsandele. Hvis markedsandelen efterfølgende forøges til over den relevante tærskel på 20 % eller 30 %, finder den »sikre havn« fortsat anvendelse i en periode på to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor tærsklen blev overskredet (jf. artikel 8, litra e) i gruppefritagelsesforordningen).

Beregning af andele af produktmarkeder i relation til gruppefritagelsen

91. Når der er tale om relevante markeder, hvor aftaleprodukterne sælges, beregnes licenstagernes markedsandel med udgangspunkt i hans salg af produkter, der inkorporerer licensgiverens teknologi og hans salg af konkurrerende produkter, dvs. licenstagernes samlede salg på det pågældende produktmarked. Når licensgiveren også udbyder produkter på det relevante marked, tages licensgiverens salg på det pågældende produktmarked også med i betragtning. Ved beregningen af produktmarkedsandele tages der dog ikke hensyn til andre licenstagernes salg i forbindelse med beregningen af licenstagernes og/eller licensgiverens markedsandel.
92. Markedsandele beregnes på grundlag af værdibaserede salgsdata for det foregående år, hvis sådanne data er tilgængelige. Sådanne data giver normalt et mere præcist billede af en teknologis styrke end mængdebaserede data. Hvis der ikke er adgang til værdibaserede salgsdata, kan beregningen imidlertid foretages på grundlag af anden pålidelig markedsinformation, herunder mængdebaserede data.
93. Principperne i disse retningslinjers afsnit 3.3 kan illustreres med følgende eksempler:

Licensaftaler mellem ikke-konkurrenter

Eksempel 1

Virksomhed A er specialiseret i udvikling af bioteknologiske produkter og teknikker og har udviklet et nyt produkt kaldet Xeran. Virksomheden er ikke aktiv som producent af Xeran, da den hverken råder over de fornødne produktions- eller distributionsfaciliteter. Virksomhed B er en af producenterne af konkurrerende produkter, som fremstilles ved hjælp af frit tilgængelige teknologier. I år 1 solgte virksomhed B produkter

produceret ved hjælp af de frit tilgængelige teknologier til en værdi af 25 mio. EUR. I år 2 meddeler virksomhed A virksomhed B licens til at producere Xeran. I det år sælger virksomhed B produkter produceret ved hjælp af de frit tilgængelige teknologier til en værdi af 15 mio. EUR og Xeran til en værdi af 15 mio. EUR. I år 3 og de efterfølgende år producerer og sælger virksomhed B kun Xeran til en værdi af 40 mio. EUR om året. I år 2 meddeler virksomhed A også virksomhed C licens. C har ikke tidligere været aktiv på det pågældende produktmarked. Virksomhed C producerer og sælger kun Xeran, nemlig til en værdi af 10 mio. EUR i år 2 og 15 mio. EUR i år 3 og de efterfølgende år. Det samlede marked for Xeran og dets stedfortræderprodukter, på hvilket virksomhed B og C begge er aktive, repræsenterer en værdi af 200 mio. EUR hvert år.

I år 2, dvs. det år, hvor licensaftalerne indgås, udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 0 %, da dens markedsandel skal beregnes på basis af det samlede salg af Xeran i det forudgående år. I år 3 udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 12,5 % beregnet ud fra værdien af virksomhed B's og C's Xeran-produktion i år 2. I år 4 og derefter udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 27,5 % beregnet ud fra værdien af virksomhed B's og C's Xeran-produktion i det forudgående år.

I år 2 udgør virksomhed B's markedsandel på produktmarkedet 12,5 % beregnet ud fra virksomhed B's salg på 25 mio. EUR i år 1. I år 3 udgør virksomhed B's markedsandel 15 %, fordi dens salg voksede til 30 mio. EUR i år 2. I år 4 og derefter ligger virksomhed B's markedsandel på 20 %, eftersom dens salg udgør 40 mio. EUR om året. Virksomhed C's markedsandel på produktmarkedet udgør 0 % i år 1, 2,5 % i år 3 og 7,5 % i årene derefter.

Da licensaftalerne mellem virksomhed A og B og mellem virksomhed A og C er indgået mellem ikke-konkurrenter, og da de individuelle markedsandele for virksomhed A, B og C ligger under 30 % hvert år, falder hver enkelt aftale automatisk ind under gruppefritagelsesforordningens »sikre havn«.

Eksempel 2

Situationen er den samme som i eksempel 1, men nu opererer virksomhed B og C på forskellige geografiske markeder. Det samlede marked for Xeran og dets stedfortræderprodukter repræsenterer en værdi af 100 mio. EUR om året på hvert af de geografiske markeder.

I dette eksempel skal virksomhed A's andel af de relevante teknologimarkeder beregnes separat for hvert af de to geografiske produktmarkeder med udgangspunkt i data for salg af produkter på disse markeder. På det marked, hvor virksomhed B er aktiv, afhænger virksomhed A's markedsandel af virksomhed B's salg af Xeran. Da det i dette eksempel antages, at det samlede marked repræsenterer en værdi af 100 mio. EUR, dvs. halvdelen af markedets værdi i eksempel 1, udgør virksomhed A's markedsandel 0 % i år 2, 15 % i år 3 og 40 % derefter. Virksomhed B's markedsandel udgør 25 % i år 2, 30 % i år 3 og 40 % derefter. I år 2 og 3 overskrider hverken virksomhed A's eller virksomhed B's markedsandel tærsklen

på 30 %. Tærsklen er imidlertid overskredet fra og med år 4, og i henhold til artikel 8, stk. 2, i gruppefritagelsesforordningen betyder det, at efter år 6 kan aftalen mellem virksomhed A og B ikke falde ind under gruppefritagelsen, men må gøres til genstand for en individuel vurdering.

På det marked, hvor virksomhed C er aktiv, afhænger virksomhed A's markedsandel af virksomheds C's salg af Xeran. Virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet baseret på virksomhed C's salg i det foregående år er derfor 0 % i år 2, 10 % i år 3 og 15 % derefter. Virksomhed C's markedsandel på produktmarkedet er den samme, nemlig 0 % i år 2, 10 % i år 3 og 15 % derefter. Licensaftalen mellem virksomhed A og C er derfor omfattet af gruppefritagelsens »sikre havn« i hele perioden.

Licensaftaler mellem konkurrenter

Eksempel 3

Virksomhederne A og B er aktive på det samme relevante produktmarked og geografiske marked for et bestemt kemisk produkt. De besidder også hver især et patent på forskellige teknologier, der benyttes til fremstilling af dette produkt. I år 1 indgår virksomhed A og B en aftale, hvorved de meddeler hinanden licens til at benytte deres respektive teknologier. I år 1 producerer virksomhed A og B kun ved hjælp af deres egne teknologier, og virksomhed A sælger for 15 mio. EUR af produktet, mens virksomhed B sælger for 20 mio. EUR af produktet. Fra år 2 benytter de begge både deres egen og den anden parts teknologi. Fra og med det år sælger virksomhed A for 10 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af egen teknologi og for 10 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af virksomhed B's teknologi. Fra år 2 sælger virksomhed B for 15 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af egen teknologi og for 10 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af virksomhed A's teknologi. Det samlede marked for produktet og stedfortræderprodukter repræsenterer en værdi af 100 mio. EUR hvert år.

Med henblik på vurderingen af licensaftalen efter gruppefritagelsesforordningen skal virksomhed A's og B's markedsandele beregnes både på teknologimarkedet og på produktmarkedet. Virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet afhænger af den mængde af produktet, der blev solgt det forudgående år, og som blev produceret af både virksomhed A og virksomhed B ved hjælp af virksomhed A's teknologi. I år 2 udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet derfor 15 %, hvilket afspejler virksomhedens egen produktion og eget salg på 15 mio. EUR i år 1. Fra og med år 3 udgør virksomhed A's markedsandel på teknologimarkedet 20 %, hvilket afspejler salget på 20 mio. EUR af produktet fremstillet ved hjælp af virksomhed A's teknologi og produceret og solgt af virksomhed A og B (10 mio. EUR hver). I år 2 udgør virksomhed B's markedsandel på teknologimarkedet ligeledes 20 % og i de efterfølgende år 25 %.

Virksomhed A's og B's markedsandele på produktmarkedet afhænger af deres respektive salg af produktet det forudgående år, uanset hvilken teknologi de har benyttet. Virksomhed A's markedsandel på produktmarkedet udgør 15 % i år 2 og 20 % derefter. Virksomhed B's markedsandel på produktmarkedet udgør 20 % i år 2 og 25 % derefter.

Da der er tale om en aftale mellem konkurrenter, må deres kombinerede markedsandel på såvel teknologimarkedet som produktmarkedet ikke overskride markedsandelstærsklen på 20 %, hvis aftalen skal kunne tilgodeses af en automatisk fritagelse. Det er åbenbart, at dette ikke er tilfældet i dette eksempel. Deres kombinerede markedsandel på teknologimarkedet og produktmarkedet udgør 35 % i år 2 og 45 % derefter. Det er derfor nødvendigt at foretage en individuel vurdering af denne aftale mellem konkurrenter.

3.4. Hardcore-begrænsninger af konkurrencen i gruppefritagelsesforordningen

3.4.1. Generelle principper

94. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4 indeholder en liste over hardcore-begrænsninger af konkurrencen. Karakteriseringen af en konkurrencebegrænsning som alvorlig bygger på begrænsningens art og erfaringer, der viser, at sådanne begrænsninger næsten altid er til skade for konkurrencen. I overensstemmelse med EU-Domstolens og Rettens retspraksis⁽⁵³⁾ kan en sådan begrænsning bero på selve formålet med aftalen eller de specifikke omstændigheder i en given sag (jf. punkt 14). I ekstraordinære tilfælde kan hardcore-begrænsninger være objektivt nødvendige for en aftale af en bestemt type eller art⁽⁵⁴⁾ og derfor falde uden for rammerne af traktatens artikel 101, stk. 1. Desuden kan virksomhederne i konkrete tilfælde altid gøre effektivitetsfordele gældende, der kan falde ind under traktatens artikel 101, stk. 3⁽⁵⁵⁾.
95. Når en teknologioverførselsaftale indeholder en hardcore-begrænsning af konkurrencen, følger det af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1 og 2, at aftalen som helhed falder uden for gruppefritagelsen. For så vidt angår anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen, kan hardcore-begrænsninger ikke adskilles fra resten af aftalen. Kommissionen er desuden af den opfattelse, at det i forbindelse med individuelle vurderinger af aftaler er usandsynligt, at hardcore-begrænsninger opfylder de fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3 (jf. punkt 18).

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

3.4.2. Aftaler mellem konkurrenter

97. I gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, opregnes forskellige hardcore-begrænsninger i forbindelse med licensaftaler mellem konkurrenter. Ifølge denne bestemmelse dækker gruppefritagelsesforordningen ikke aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål at:

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

⁽⁵³⁾ Se f.eks. den i fodnote 16 nævnte retspraksis.

⁽⁵⁴⁾ Se punkt 18 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 3.

⁽⁵⁵⁾ Sag T-17/93, Matra, Sml. 1994 II, s. 595, præmis 85.

- b) begrænse produktionen, medmindre der er tale om en begrænsning af produktionen af aftaleprodukter, som pålægges licenstagere i en ikke-gensidig aftale, eller som kun pålægges en af licenstagere i en gensidig aftale
- c) opdele markeder eller fordele kunder, dog med undtagelse af:
- i) en forpligtelse for licensgiveren og/eller licenstagere i en ikke-gensidig aftale til ikke at producere ved hjælp af de overførte teknologirettigheder i det eksklusivområde, der er forbeholdt den anden part, og/eller til ikke at sælge aktivt og/eller passivt ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kunde-gruppe, der er forbeholdt den anden part
 - ii) en begrænsning som led i en ikke-gensidig aftale af licenstagere aktive salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kunde-gruppe, som licensgiveren har tildelt en anden licenstagere, forudsat at sidstnævnte ikke var en konkurrerende virksomhed til licensgiveren på tidspunktet for indgåelsen af sin egen licensaftale
 - iii) en forpligtelse for licenstagere til kun at producere aftaleprodukter til eget brug, forudsat at licenstagere ikke pålægges begrænsninger med hensyn til aktivt eller passivt salg af aftaleprodukter reserverede til licenstagere egne produkter
 - iv) en forpligtelse for licenstagere i en ikke-gensidig aftale til kun at producere aftaleprodukter til en bestemt kunde, når licensen blev meddelt med det formål at sikre den pågældende kunde en alternativ forsyningskilde
- d) begrænse licenstagere muligheder for at udnytte egne teknologirettigheder eller begrænse en af aftalparterne muligheder for at udføre forskning og udvikling, medmindre sidstnævnte begrænsning er nødvendig for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow.

Sondringen mellem gensidige og ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter

98. For en række hardcore-begrænsningers vedkommende skelnes der i gruppefritagelsesforordningen mellem gensidige og ikke-gensidige aftaler. Hardcore-listen er strengere for gensidige aftaler end for ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter. Gensidige aftaler er krydslicensaftaler, hvor de overførte teknologier er konkurrerende teknologier eller kan benyttes til produktion af konkurrerende produkter. En ikke-gensidig aftale er en aftale, hvor kun en af parterne overfører sine teknologirettigheder til den anden part, eller — i tilfælde af krydslicensering — hvor de overførte teknologirettigheder ikke er konkurrerende teknologier og ikke kan benyttes til produktion af konkurrerende produkter. En aftale er ikke gensidig i gruppefritagelsesforordningens forstand, blot fordi den indeholder en grant-back-forpligtelse, eller blot fordi licenstagere meddeler licensgiveren licens på egne forbedringer af den overførte teknologi. Såfremt en ikke-gensidig aftale på et senere tidspunkt bliver til en gensidig aftale, fordi de samme parter indgår endnu en licensaftale, kan det være nødvendigt for aftalparterne at revidere den første licensaftale for at sikre, at aftalen ikke indeholder en hardcore-begrænsning. Ved vurderingen af individuelle sager vil Kommissionen tage hensyn til, hvor lang tid der er gået mellem indgåelsen af henholdsvis den første og den anden licensaftale.

Prisbegrænsninger mellem konkurrenter

99. Den hardcore-begrænsning af konkurrencen, der er nævnt i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra a), vedrører aftaler indgået mellem konkurrenter, der har som formål at fastsætte priser på produkter, der sælges til tredjemand, herunder på produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Aftaler om prisfastsættelse mellem konkurrenter har til formål at begrænse konkurrencen. Prisfastsættelse kan tage form af en direkte aftale om den nøjagtige pris, der skal kræves, eller om en prisliste med angivelse af de maksimalt tilladte rabatter. Det spiller ingen rolle, om aftalen vedrører faste priser, mindstepriser, maksimale priser eller vejledende priser. Prisfastsættelse kan også foregå indirekte ved at afskrække licenstagere fra at afvige fra et aftalt prisniveau, f.eks. ved at fastsætte, at royalty-satsen vil blive forhøjet, hvis priserne på produkterne sænkes til under et bestemt niveau. En forpligtelse for licenstagere til at betale et vist mindstebeløb i royalties er imidlertid ikke i sig selv udtryk for prisfastsættelse.
100. Når royalties beregnes på grundlag af salget af individuelle produkter, har royalty-satsens størrelse direkte indflydelse på produktets grænseomkostninger og dermed også direkte indflydelse på produktprisen⁽⁵⁶⁾. Konkurrenter kan derfor benytte krydslicensering med gensidige

⁽⁵⁶⁾ Se punkt 98 i retningslinjerne for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 3.

løbende royalties som et middel til at samordne og/eller hæve priserne på produktmarkeder i efterfølgende led⁽⁵⁷⁾. Kommissionen behandler imidlertid kun krydslicenser med gensidige løbende royalties som en prisaftale, hvis aftalen ikke tjener noget konkurrencefremmende formål og derfor ikke udgør en ægte licensaftale. Hvis aftalen ikke er værdiskabende og derfor ikke har nogen kommerciel berettigelse, er der tale om et skalkeskjul, og ordningen må betragtes som et kartel.

101. Den hardcore-begrænsning af konkurrencen, der er nævnt i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra a), dækker også aftaler, i henhold til hvilke der beregnes royalties på basis af det samlede salg af produkter, hvad enten den overførte teknologi benyttes eller ej. Sådanne aftaler er også omfattet af artikel 4, stk. 1, litra d), hvori det fastsættes, at der ikke må lægges hindringer i vejen for licenstagernes mulighed for at udnytte sine egne teknologirettigheder, jf. punkt 115 i disse retningslinjer. Generelt begrænser sådanne aftaler konkurrencen, da de gør det dyrere for licenstagere at benytte sin egne konkurrerende teknologirettigheder og begrænser den konkurrence, der eksisterede forud for aftalens indgåelse⁽⁵⁸⁾. Det gælder i forbindelse med såvel gensidig som ikke-gensidig meddelelse af licens.
102. En aftale, der indebærer, at licensafgifterne beregnes på grundlag af det samlede produktsalg, kan imidlertid undtagelsesvist opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, i individuelle sager, hvis det ud fra en række objektive forhold kan godtgøres, at begrænsningen er nødvendig for at sikre konkurrencefremmende licensering. Dette vil kunne forekomme, hvis det uden begrænsningen vil være umuligt eller urimeligt vanskeligt at beregne og kontrollere, hvor meget licenstagere skal betale i licensafgifter, f.eks. fordi licensgiverens teknologi ikke efterlader noget synligt spor på slutproduktet, og der ikke findes andre brugbare kontrolmetoder.

Produktionsbegrænsninger mellem konkurrenter

103. Den hardcore-begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra b), vedrører gensidige produktionsbegrænsninger. En produktionsbegrænsning består i en begrænsning af, hvor meget en virksomhed må producere og sælge. Artikel 4, stk. 1, litra b), finder ikke anvendelse på produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstagere i en ikke-gensidig aftale, eller produktionsbegrænsninger, der pålægges en af licenstagere i en gensidig aftale, forudsat at produktionsbegrænsningen kun gælder for produkter produceret ved hjælp af den overførte teknologi. De hardcore-begrænsninger, der således er omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra b), består af

gensidige produktionsbegrænsninger, der pålægges parterne, og produktionsbegrænsninger, der pålægges licensgiveren med hensyn til hans egen teknologi. Når konkurrenter indgår en aftale om gensidige produktionsbegrænsninger, har aftalen til formål og sandsynligvis til følge at mindske outputtet på markedet. Det samme gælder aftaler, der forringer parternes tilskyndelse til at udvide produktionen, f.eks. fordi de anvender gensidige løbende royalties pr. enhed, som forøges i takt med produktionen, eller fordi parterne forpligtes til at betale et vist beløb ved overskridelse af et bestemt produktionsniveau.

104. Den mere favorable behandling af ikke-gensidige mængdebegrænsninger er begrundet i, at en ensidig begrænsning ikke nødvendigvis fører til et lavere output på markedet, og at risikoen for, at aftalen ikke er en ægte licensaftale, er også mindre, når begrænsningen ikke er gensidig. Når en licenstagere er villig til at acceptere en ensidig begrænsning, er det sandsynligt, at aftalen vil resultere i en reel integration af komplementære teknologier eller en effektivitetsforbedrende integration af licensgiverens mere avancerede teknologi med licenstagernes produktionsmidler. Ligeledes vil en produktionsbegrænsning, der kun pålægges én af licenstagere i forbindelse med gensidige aftaler, sandsynligvis afspejle det forhold, at den teknologi, som en af parterne har licenseret, har en højere værdi, og begrænsningen kan derfor tjene til at fremme konkurrenceskærpande licensering.

Opdeling af markeder og fordeling af kunder mellem konkurrenter

105. Den hardcore-begrænsning af konkurrencen, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), vedrører opdeling af markeder og fordeling af kunder. Aftaler, hvorved konkurrenter deler markeder og kunder mellem sig, har til formål at begrænse konkurrencen. Der er tale om en hardcore-begrænsning, når konkurrenter — som led i en gensidig aftale — bliver enige om, at de vil undlade at producere inden for bestemte geografiske områder eller afholde sig at sælge aktivt og/eller passivt salg ind i bestemte geografiske områder eller til bestemte kunder, der er forbeholdt den anden part. Således betragtes f.eks. konkurrenters gensidige meddelelse af eksklusivlicens som markedsdeling.
106. Artikel 4, stk. 1, litra c), finder anvendelse, uanset om licenstagere fortsat kan benytte sine egne teknologirettigheder. Når først licenstagere har tilpasset sit produktionsudstyr til licensgiverens teknologi med henblik på produktion af et bestemt produkt, kan det være dyrt at opretholde en særskilt produktionslinje baseret på en anden teknologi for at betjene kunder, der er omfattet af begrænsningerne. Henset til begrænsningernes konkurrencebegrænsende potentiale kan licenstagere desuden have ringe tilskyndelse til at producere på basis af egen teknologi. Det er også meget usandsynligt, at sådanne begrænsninger er nødvendige for at fremme konkurrencestyrkende teknologioverførsel.

⁽⁵⁷⁾ Dette er også tilfældet, når den ene part meddeler den anden part licens og accepterer at købe et fysisk input af licenstagere. Købsprisen kan tjene samme funktion som licensafgiften.

⁽⁵⁸⁾ Se sag 193/83, Windsurfing International, Sml. 1986, s. 611, præmis 67.

107. I henhold til artikel 4, stk. 1, litra c), nr. i), er der ikke er tale om en hardcore-begrænsning, når licensgiveren som led i en ikke-gensidig aftale meddeler licenstagere licens med eneret til fremstilling af produkter på basis af den overførte teknologi inden for et bestemt geografisk område og dermed forpligter sig til ikke selv at producere aftaleprodukterne i det pågældende geografiske område eller levere aftaleprodukterne fra dette område. Sådanne eksklusivlicenser er gruppefritaget uanset størrelsen af det berørte område. Hvis licensen er verdensomspændende, indebærer eksklusiviteten, at licensgiveren vil undlade at trænge ind på eller forblive på markedet. Gruppefritagelsen finder også anvendelse, når en licenstagere, der er part i en ikke-gensidig aftale, ikke må producere i et eksklusivområde, der er forbeholdt licensgiveren. Formålet med sådanne aftaler kan være at give licensgiver og/eller licenstagere incitament til at investere i og videreudvikle den overførte teknologi. Aftalens formål er derfor ikke nødvendigvis at opdele markeder.
108. I henhold til artikel 4, stk. 1, litra c), nr. i), og af samme årsag finder gruppefritagelsen også anvendelse på ikke-gensidige aftaler om, at parterne vil undlade at sælge såvel aktivt som passivt ind i et eksklusivområde eller til en eksklusiv kundegruppe, der er forbeholdt den anden part. For så vidt angår gruppefritagelsesforordningen, forstår Kommissionen »aktivt« og »passivt« salg, således som begreberne er defineret i retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁽⁵⁹⁾. Begrænsninger af licensgiverens eller licenstagere ret til at sælge aktivt og/eller passivt ind i den anden parts geografiske område eller kundegruppe er kun gruppefritaget, hvis det pågældende geografiske område eller den pågældende kundegruppe eksklusivt er forbeholdt den anden part. Under visse særlige betingelser kan aftaler om sådanne begrænsninger i konkrete tilfælde imidlertid også opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, hvis eksklusivforholdet deles på ad hoc-basis, f.eks. hvis det viser sig nødvendigt at afhjælpe midlertidig knaphed i licensgiverens eller licenstagere produktion til det geografiske område eller den kundegruppe, som denne produktion alene er beregnet til. I sådanne tilfælde vil licensgiveren eller licenstagere sandsynligvis stadig være tilstrækkeligt beskyttet mod aktivt og/eller passivt salg til at have incitament til at meddele licens på sin teknologi eller foretage investeringer med henblik på at arbejde med den overførte teknologi. Sådanne begrænsninger vil, selv når de måtte være konkurrencebegrænsende, lette konkurrencefremmende teknologispredning og integration af sådan teknologi i licenstagere produktionsmidler.
109. Det følger heraf, at der heller ikke er tale om en hardcore-begrænsning, hvis licensgiveren udpeger licenstagere til at være den eneste licenstagere i et bestemt geografisk område, således at tredjeparter ikke vil kunne opnå licens til produktion på basis af licensgiverens teknologi inden for det pågældende område. I tilfælde af sådanne enelicenser finder gruppefritagelsen anvendelse, uanset om aftalen er gensidig eller ej, eftersom denne ikke har indflydelse på parternes evne til fuldt ud at udnytte deres egne teknologirettigheder i deres respektive geografiske områder.
110. I medfør af artikel 4, stk. 1, litra c), nr. ii), falder begrænsninger i en ikke-gensidig aftale af en licenstagere aktive salg ind i et geografisk område eller til en kundegruppe, som licensgiveren har tildelt en anden licenstagere, uden for listen over hardcore-begrænsninger, og de er derfor gruppefritaget op til markedsandelstærsklen. Dette forudsætter dog, at den beskyttede licenstagere ikke var konkurrent til licensgiveren på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået. Det er ikke rimeligt at betragte sådanne begrænsninger i den situation som hardcore-begrænsninger. Ved at tillade licensgiveren at beskytte en licenstagere, der ikke allerede befandt sig på markedet, mod aktivt salg fra licenstagere, der er konkurrenter til licensgiveren, og som af den årsag allerede er etableret på markedet, vil sådanne begrænsninger sandsynligvis tilskynde licenstagere til at udnytte den overførte teknologi mere effektivt. Hvis licenstagere aftaler indbyrdes, at de vil afholde sig fra aktivt eller passivt salg ind i bestemte geografiske områder eller til bestemte kundegruppe, vil aftalen til gengæld være at betragte som en kartelaftale mellem licenstagere. Da sådanne aftaler ikke indebærer nogen overførsel af teknologi, falder de desuden uden for gruppefritagelsesforordningen.
111. Artikel 4, stk. 1, litra c), nr. iii), indeholder en yderligere undtagelse fra hardcore-begrænsningerne i artikel 4, stk. 1, litra c), nemlig begrænsninger, der består i, at licenstagere kun må fremstille produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, til eget brug. Når aftaleproduktet er en komponent, kan licenstagere således forpligtes til kun at producere den pågældende komponent til inkorporering i egne produkter og til ikke at sælge komponenterne til andre producenter. Licenstagere skal imidlertid kunne sælge komponenterne som reservedele til sine egne produkter og derfor have mulighed for at levere til tredjemand, der udfører eftersalgsservice på disse produkter. Det kan være nødvendigt at forpligte licenstagere til kun at benytte den overførte teknologi til internt brug for at fremme teknologispredning, navnlig mellem konkurrenter, og begrænsninger af denne art er derfor omfattet af gruppefritagelsen. Disse begrænsninger behandles nærmere i afsnit 4.2.5.
112. Endelig fremgår det af artikel 4, stk. 1, litra c), nr. iv), at der ikke er tale om en hardcore-begrænsning, når licenstagere som led i en ikke-gensidig aftale pålægges en forpligtelse til kun at producere aftaleprodukterne til en bestemt kunde, når licensen blev meddelt med det formål at sikre denne kunde en alternativ forsyningskilde. Det er således en betingelse for anvendelse af artikel 4, stk. 1, litra c), nr. iv), at licensaftalen begrænser sig til at sikre den pågældende kunde en alternativ forsyningskilde. Det er derimod ikke en betingelse, at der kun meddeles en

⁽⁵⁹⁾ EUT C 130 af 19.5.2010, s. 1, punkt 51.

enkelt licens af denne art. Artikel 4, stk. 1, litra c), nr. iv), dækker også de situationer, hvor mere end en virksomhed modtager licens til at levere til samme specifikke kunde. Artikel 4, stk. 1, litra c), nr. iv), finder anvendelse, uanset licensaftalens varighed. F.eks. er en engangslicens, som er nødvendig for at dække en bestemt kundes behov i forbindelse med et konkret projekt, omfattet af denne undtagelse. Risikoen for, at sådanne aftaler kan resultere i markedsdeling, er begrænset, når licensen meddeles med det ene formål at levere til en bestemt kunde. Især gælder det, at under sådanne omstændigheder kan det ikke formodes, at aftalen vil foranledige licenstageren til at ophøre med at udnytte sin egen teknologi.

113. Begrænsninger i aftaler mellem konkurrenter, hvorefter licensen begrænses til et eller flere produktmarkeder eller tekniske anvendelsesområder⁽⁶⁰⁾, er ikke hardcore-begrænsninger. Begrænsninger af denne art er gruppefritaget op til markedsandelstærsklen på 20 %, uanset om aftalen er gensidig eller ej. Begrænsninger af denne art anses ikke at have som mål at opdele markeder eller fordele kunder. Det er dog en betingelse for anvendelse af gruppefritagelsen, at begrænsningerne med hensyn til anvendelsesområde ikke rækker videre end de overførte teknologier. Hvis f.eks. licenstagernes mulighed for at udnytte egne teknologirettigheder også begrænses med hensyn til tekniske anvendelsesområder, er aftalen udtryk for markedsdeling.

114. Gruppefritagelsen finder anvendelse, uanset om begrænsningen med hensyn til anvendelsesområde er symmetrisk eller asymmetrisk. En asymmetrisk begrænsning med hensyn til anvendelsesområde i en gensidig licensaftale betyder, at begge parter kun må benytte de teknologier, som de hver især modtager licens på, inden for forskellige anvendelsesområder. Så længe parterne har ubegrænset ret til at udnytte deres egne teknologier, formodes det ikke, at aftalen vil foranledige parterne til at opgive eller undlade at trænge ind på de(t) område(r), der er omfattet af den anden parts licens. Selv om licenstagernes indretter deres produktionsudstyr til anvendelse af den overførte teknologi inden for licensområdet, vil det ikke nødvendigvis få indflydelse på produktionsudstyr, der benyttes uden for licensområdet. Det er i denne henseende vigtigt, at begrænsningen relaterer til særskilte produktmarkeder, industrielle sektorer eller anvendelsesområder og ikke til kunder, der er fordelt efter geografisk område eller gruppe, og som køber produkter tilhørende samme produktmarked eller samme tekniske anvendelsesområde. Risikoen for markedsdeling er betydeligt større i sidstnævnte

tilfælde (se punkt 105 ovenfor). Desuden kan begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde være nødvendige for at fremme konkurrenceskerpende licensering (jf. punkt 211 nedenfor).

Begrænsninger af parternes evne til at udføre F&U

115. Den hardcore-begrænsning af konkurrencen, der er nævnt i artikel 4, stk. 1, litra d), omfatter begrænsninger i den ene eller anden parts F&U-aktiviteter. Begge parter skal frit kunne gennemføre selvstændig F&U. Denne regel gælder, uanset om begrænsningen vedrører et af de områder, der er omfattet af licensen, eller andre områder. At parterne aftaler, at de vil stille fremtidige forbedringer af deres respektive teknologier til rådighed for hinanden, lægger imidlertid ikke i sig selv en begrænsning på den selvstændige forskning og udvikling. Sådanne aftalers virkninger for konkurrencen skal vurderes med udgangspunkt i de nærmere omstændigheder i de enkelte sager. Artikel 4, stk. 1, litra d), finder heller ikke anvendelse på begrænsninger af en parts ret til at udføre F&U sammen med tredjemand, hvis en sådan begrænsning er nødvendig for at sikre, at licensgiverens knowhow ikke afsløres. For at kunne henføres under denne undtagelse skal de begrænsninger, der pålægges licenstageren med det formål at beskytte licensgiverens knowhow, være nødvendige og rimelige for at sikre denne beskyttelse. Hvis f.eks. aftalen specifikt nævner navnene på de af licenstagernes ansatte, der skal oplæres i og være ansvarlige for brugen af den overførte knowhow, kan det være tilstrækkeligt at forpligte licenstageren til ikke at lade disse personer deltage i forskning og udvikling sammen med tredjemand. Andre beskyttelsesforanstaltninger kan være lige så velegnede.

Begrænsninger i anvendelse af licenstagernes egen teknologi

116. I henhold til artikel 4, stk. 1, litra d), må der heller ikke lægges hindringer i vejen for licenstagernes udnyttelse af egne konkurrerende teknologirettigheder, forudsat at han i den forbindelse ikke gør brug af de teknologirettigheder, han har fået overført fra licensgiveren. Når det gælder hans egne teknologirettigheder, må licenstageren ikke pålægges begrænsninger med hensyn til, hvor og hvor meget han vil producere og sælge og til hvilken pris samt de tekniske anvendelsesområder eller produktmarkeder, som han producerer til. Han må heller ikke forpligtes til at betale royalties af produkter produceret på basis af egne teknologirettigheder (jf. punkt 100). Licenstageren skal desuden uhindret kunne meddele tredjeparter licens på sine egne teknologirettigheder. Hvis licenstageren pålægges begrænsninger med hensyn til brugen af egne teknologirettigheder eller ret til at udføre F&U, bliver licenstagernes teknologi mindre konkurrencedygtig. Dette

⁽⁶⁰⁾ Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde er nærmere behandlet i punkt 207 ff.

vil svække konkurrencen på de eksisterende produkt- og teknologimarkeder og svække licenstagernes tilskyndelse til at investere i videreudvikling og forbedring af sin egen teknologi. Artikel 4, stk. 1, litra d), omfatter ikke begrænsninger på licenstagernes brug af tredjemands teknologi, der er i konkurrence med den overførte teknologi. Selv om sådanne konkurrenceklausuler kan have en afskærmende virkning over for tredjepartsteknologi (jf. afsnit 4.2.7), reducerer de normalt ikke licenstagernes incitament til at investere i udvikling og forbedring af egen teknologi.

3.4.3. Aftaler mellem ikke-konkurrenter

117. I gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 2, opregnes hardcore-begrænsningerne i forbindelse med licensaftaler mellem ikke-konkurrenter. Ifølge denne bestemmelse omfatter gruppefritagelsen ikke aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har et af følgende formål:

- a) begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjeparter, dog med forbehold af muligheden for at fastsætte maksimums-salgspriser eller vejledende salgspriser, forudsat at det ikke får karakter af faste salgspriser eller minimums-salgspriser som følge af pres eller incitamenter fra den ene af parterne
- b) begrænse det geografiske område eller den kunde-gruppe, hvortil licenstagere må sælge aftaleprodukterne passivt, undtagen når der er tale om følgende begrænsninger:
 - i) en begrænsning af passivt salg ind i et eksklusiv-område eller til en eksklusiv kunde-gruppe, der er forbeholdt licensgiveren
 - ii) en forpligtelse til kun at producere aftaleprodukterne til eget brug, forudsat at licenstagere ikke pålægges begrænsninger med hensyn til aktivt eller passivt salg af aftaleprodukterne som reserve-dele til licenstagernes egne produkter
 - iii) en forpligtelse til kun at producere aftaleprodukterne for en bestemt kunde, når licensen blev meddelt med det formål at sikre den pågældende kunde en alternativ forsyningskilde
 - iv) en begrænsning af en licenstagere salg til slutbrugere, hvis licenstagere driver virksomhed i engros-leddet
 - v) en begrænsning af salg til uautoriserede forhandlere fra medlemmerne af et selektivt distributionssystem
- c) begrænse det aktive eller passive salg til slutbrugere fra en licenstagere, der er medlem af et selektivt distribu-tionssystem, og som driver virksomhed i detailleddet, dog med forbehold af muligheden for at forbyde et medlem af systemet at drive virksomhed fra et uauto-riseret forretningssted.

Prisfastsættelse

118. Den hardcore-begrænsning af konkurrencen, der er omhandlet i artikel 4, stk. 2, litra a), vedrører fastsættelse af salgspriser ved salg af produkter til tredjeparter. Mere præcist dækker denne bestemmelse sådanne begrænsninger, der direkte eller indirekte tjener til at fastsætte en fast salgspris eller en minimumssalgspris eller et fast pris-niveau eller et minimumsprisniveau, som licensgiveren eller licenstagere skal respektere ved salg af produkter til tredjeparter. Når der indgås aftaler, der direkte fast-sætter salgsprisen, er begrænsningen åbenlys. Fastsættelsen af salgspriser kan imidlertid også foregå mere indirekte. Der kan eksempelvis nævnes aftaler, der bestemmer avan-terne, aftaler, der fastsætter de maksimalt tilladte rabatter, aftaler, der binder salgsprisen til konkurrenternes salgspriser, trusler, intimidering, advarsler, sanktioner eller opsigelse af aftaler, hvis et bestemt prisniveau ikke respekteres. De direkte eller indirekte metoder, der benyttes til pris-fastsættelse, kan gøres mere effektive, hvis de kombineres med foranstaltninger, der går ud på at afsløre anvendelse af lavere priser, f.eks. et prisovervågningssystem eller et krav om, at licenstagere skal indberette konstaterede afvi-gelser fra det fastsatte prisniveau. Den direkte eller indi-rekte prisfastsættelse kan også gøres mere effektiv, hvis den kombineres med foranstaltninger, der gør det mindre attraktivt for licenstagere at sænke sine salgspriser, som f.eks. når licensgiveren forpligter licenstagere til at anvende en mestbegunstigelsesklausul, dvs. en forplig-telse til at indrømme en kunde samme gunstige vilkår, som indrømmes andre kunder. Samme metoder kan benyttes til at få maksimumssalgspriser eller vejledende salgspriser til at fungere som faste salgspriser eller mini-mumssalgspriser. Den omstændighed, at licensgiveren forsyner licenstagere med en vejledende prisliste eller pålægger licenstagere en maksimumssalgspris, anses dette dog ikke i selv at føre til faste salgspriser eller mini-mumssalgspriser.

Begrænsninger af licenstagernes passive salg

119. Artikel 4, stk. 2, litra b), omhandler hardcore-begrænsninger af konkurrencen bestående i aftaler eller samord-nede praksis, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse licenstagernes passive salg⁽⁶¹⁾ af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi⁽⁶²⁾. Begrænsninger af passivt salg, der pålægges licenstagere, kan være et resultat af direkte forpligtelser, f.eks. en forpligtelse til ikke at sælge til bestemte kunder eller til kunder i et bestemt geografisk område eller en forpligtelse til at give ordrer fra sådanne kunder videre til andre licenstagere. De kan også opstå som følge af indirekte foranstaltninger, der

⁽⁶¹⁾ For en generel definition af passivt salg henvises der til punkt 108 i disse retningslinjer og til punkt 51 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger (jf. fodnote 52).

⁽⁶²⁾ Denne hardcore-begrænsning gælder for teknologioverførselsaftaler vedrørende handel inden for EU. Med hensyn til teknologioverfø-rselsaftaler, der drejer sig om eksport til eller import/reimport fra lande uden for Unionen, henvises der til Domstolens dom i sag C-306/96, *Javico mod Yves Saint Laurent*, Sml. 1998 I, s. 1983. I dommen statuerede Domstolen i præmis 20, at »en aftale, hvorved forhandleren forpligter sig over for producenten til at lade de af aftalen omfattede varer være bestemt til at forhandles på et marked, der ligger uden for Fællesskabet, ikke kan antages at have til formål mærkbart at begrænse konkurrencen på det fælles marked eller at kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne«.

tjener til at få licenstagere til at afholde sig fra at sælge til sådanne kunder, f.eks. økonomiske incitamenter og etablering af et kontrolsystem, der kan benyttes til at verificere, hvor produkterne reelt ender. Mængdebegrænsninger kan benyttes som et indirekte middel til at begrænse passivt salg. Kommissionen vil ikke på forhånd antage, at mængdebegrænsninger i sig selv tjener dette formål. Det vil den til gengæld, når mængdebegrænsninger benyttes til at udmønte en underliggende aftale om markedsdeling. Der kan være tegn på noget sådant, hvis der foretages mængdejusteringer over tiden med det formål kun at dække den lokale efterspørgsel, hvis mængdebegrænsninger kombineres med en forpligtelse til at afsætte en vis minimumsmængde i det tildelte område, hvis kravet om betaling af et vist minimumsbeløb i royalties knyttes til afsætningen i det geografiske område, hvis royalty-betalingerne differentieres alt efter produkternes bestemmelsessted, og hvis der føres kontrol med bestemmelsesstedet for de produkter, der sælges af individuelle licenstagere. Der findes en række undtagelser fra denne generelle hardcore-begrænsning vedrørende licenstagernes passive salg, og de gennemgås i punkt 120-125.

120. Undtagelse 1: Artikel 4, stk. 2, litra b), omfatter ikke salgsbegrænsninger (hverken aktive eller passive), der pålægges licensgiveren. Alle salgsbegrænsninger, der pålægges licensgiveren, er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 30 %. Det samme gælder alle begrænsninger af licenstagernes aktive salg, dog med undtagelse af aktivt salg som omhandlet i punkt 124. Gruppefritagelsen af begrænsninger af aktivt salg bygger på en formodning om, at sådanne begrænsninger fremmer investeringer og konkurrence på andet end prisen og forbedrer kvaliteten af de tjenester, der leveres af licenstagere, ved at løse de såkaldte frihjul- og »hold-up«-problemer. I tilfælde af begrænsninger af det aktive salg mellem licenstagernes tildelte områder eller kunde grupper er det ikke nødvendigt, at den beskyttede licenstag har fået tildelt et eksklusivområde eller en eksklusiv kunde gruppe. Gruppefritagelsen omfatter også begrænsninger af aktivt salg, når mere end en licenstag har fået tildelt et bestemt geografisk område eller en bestemt kunde gruppe. Der er større sandsynlighed for, at en licenstag vil investere i effektivitetsforbedringer, hvis han har sikkerhed for, at han kun vil møde konkurrence i form af aktivt salg fra et begrænset antal licenstagere inden for det pågældende geografiske område og ikke også fra licenstagere uden for området.
121. Undtagelse 2: Begrænsninger af licenstagernes aktive og passive salg ind i et eksklusivområde eller til en eksklusiv kunde gruppe, der er forbeholdt licensgiveren, udgør ikke en hardcore-begrænsning af konkurrencen (jf. artikel 4, stk. 2, litra b), nr. i)) og er gruppefritaget. Det formodes, at så længe markedsandelstærsklen ikke er overskredet, bidrager sådanne begrænsninger, ifald de begrænser konkurrencen, til en konkurrencefremmende spredning af teknologi og til integrationen af sådanne teknologier i licenstagernes produktionsmidler. For at betragte et bestemt geografisk område eller en bestemt kunde gruppe som værende forbeholdt licensgiveren er det ikke nødvendigt, at licensgiveren rent faktisk producerer ved hjælp af

den overførte teknologi i det pågældende område eller til den pågældende kunde gruppe. Et geografisk område eller en kunde gruppe kan også være forbeholdt licensgiveren med henblik på senere udnyttelse.

122. Undtagelse 3: I henhold til artikel 4, stk. 2, litra b), nr. ii), gælder gruppefritagelsen også for begrænsninger bestående i, at licenstagere kun må producere produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, til eget (internt) brug. Hvis aftaleproduktet er en komponent, kan licenstagere derfor forpligtes til kun at benytte dette produkt til inkorporering i egne produkter og til ikke at sælge produktet til andre producenter. Licenstagere skal imidlertid have mulighed for såvel aktivt som passivt at sælge produkterne som reservedele til sine egne produkter, og han skal derfor have ret til at levere til tredjeparter, der udfører eftersalgsservice på disse produkter. Begrænsninger med hensyn til produktion til eget brug er nærmere behandlet i afsnit 4.2.5.
123. Undtagelse 4: Ligesom ved aftaler mellem konkurrenter (jf. punkt 111 ovenfor) omfatter gruppefritagelsen også aftaler, hvorved licenstagere forpligtes til kun at producere aftaleprodukterne for en bestemt kunde med det formål at sikre denne kunde en alternativ forsyningskilde uanset licensaftalens varighed (jf. artikel 4, stk. 2, litra b), nr. iii)). Ved aftaler mellem ikke-konkurrenter er det usandsynligt, at sådanne begrænsninger falder ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1.
124. Undtagelse 5: Artikel 4, stk. 2, litra b), nr. iv), medfører gruppefritagelse af en forpligtelse for en licenstag, der er aktiv i engrosleddet, til ikke at sælge til slutbrugere og således til kun at sælge til detailhandlende. En sådan forpligtelse gør det muligt for licensgiveren at tildele licenstagere en distributionsfunktion på grossistniveau, og den falder normalt uden for traktatens artikel 101, stk. 1⁽⁶³⁾.
125. Undtagelse 6: Endelig omfatter gruppefritagelsen ifølge artikel 4, stk. 2, litra b), nr. v), også forbud mod, at licenstagere sælger til uautoriserede forhandlere. Denne undtagelse gør det muligt for licensgiveren at forpligte licenstagere til at deltage i et selektivt distributionsystem. I så fald skal licenstagere imidlertid i henhold til artikel 4, stk. 2, litra c), have ret til at sælge såvel aktivt som passivt til slutbrugere, uden at dette berører muligheden for at begrænse licenstagernes virksomhed til virksomhed på grossistniveau, jf. artikel 4, stk. 2, litra b), nr. iv) (se punkt 124). Inden for det geografiske område, hvor licensgiveren driver et selektivt distributionsystem, kan der ikke også indføres eksklusive geografiske områder eller eksklusive kunde grupper, når dette vil medføre en begrænsning af aktivt eller passivt salg til slutbrugere, eftersom det i henhold til artikel 4, stk. 2, litra c), ville medføre en hardcore-begrænsning, dog således at det skal være muligt at forbyde en licenstag at drive virksomhed fra et uautoriseret forretningssted.

⁽⁶³⁾ Se sag 26/76, Metro (I), Sml. 1977, s. 1875.

126. En begrænsning af licenstagernes passive salg ind i et eksklusivområde eller til en eksklusiv kundegruppe, der er forbeholdt en anden licenstag, er normalt en hardcorebegrænsning, men kan falde uden for traktatens artikel 101, stk. 1, i en vis periode, såfremt begrænsningerne er objektivt nødvendige, for at den beskyttede licenstag kan trænge ind på et nyt marked. Dette kan forekomme, når licenstag skal foretage betydelige investeringer i produktionsudstyr og salgsfremmende aktiviteter for at opdyrke og videreudvikle et nyt marked. En ny licenstag løber derfor en række potentielt store risici, navnlig fordi hans udgifter til salgsfremmende aktiviteter og investeringer i udstyr, der kan benyttes til at fremstille produkter på grundlag af en bestemt teknologi, ofte er »sunk costs«, dvs. af en sådan art, at han ikke kan få dækning for dem, dvs., at han, hvis han trækker sig ud af det specifikke aktivitetsområde, ikke kan anvende investeringen til andre aktiviteter eller sælge den uden at lide et betydeligt tab. F.eks. kan licenstagere være den første, der producerer og sælger en ny type produkt, eller den første, der anvender en ny teknologi. Under disse omstændigheder vil licenstagere ofte være utilbøjelige til at indgå licensaftalen uden at være beskyttet i et vist tidsrum mod andre licenstagere (aktive og) passive salg ind i deres områder eller til deres kundegrupper. Når det er nødvendigt for licenstagere at foretage betydelige investeringer for at opdyrke og udvikle et nyt marked, falder begrænsninger af andre licenstagere passive salg ind i et sådant område eller til en sådan kundegruppe uden for traktatens artikel 101, stk. 1, i det tidsrum, som det tager licenstagere at tjene investeringen ind. I de fleste tilfælde vil en periode på op til to år regnet fra den dato, hvor aftaleproduktet blev markedsført for første gang af den pågældende licenstag inden for eksklusivområdet eller solgt til dennes eksklusive kundegruppe, blive anset for tilstrækkelig for licenstagere til at genindtjene de foretagne investeringer. I enkelte tilfælde kan det imidlertid være nødvendigt at beskytte licenstagere i en længere periode, så denne kan genindtjene de afholdte omkostninger.

127. Tilsvarende er et generelt forbud mod, at licenstagere sælger til bestemte kategorier af slutbrugere, ikke nødvendigvis konkurrencebegrænsende, hvis en sådan begrænsning er objektivt nødvendig på grund af sikkerheds- eller sundhedsmæssige risici forbundet med det pågældende produkt.

3.5. Begrænsninger, der falder uden for fritagelsen

128. I gruppefritagelsesforordningens artikel 5 er der nævnt tre typer begrænsninger, der ikke er gruppefritaget, og som derfor kræver en individuel vurdering af deres konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger. Formålet med artikel 5 er at forhindre gruppefritagelse af aftaler, der kan forringe licenstagernes tilskyndelse til at innovere. Det følger af artikel 5, at selv om en licensaftale indeholder en eller flere af de deri nævnte begrænsninger, betyder det ikke, at gruppefritagelsen ikke kan

bringes i anvendelse på resten af aftalen, såfremt resten af aftalen kan adskilles fra den eller de udelukkede begrænsning(er). Det er kun den individuelle begrænsning, der ikke er gruppefritaget, og som derfor kræver en individuel vurdering.

Eksklusive grant-back-forpligtelser

129. Gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra a), vedrører eksklusive grant-back-forpligtelser (dvs. en eksklusivlicens, hvorved licensgiver meddeles licens på licenstagernes forbedringer) eller overdragelser af forbedringer af den overførte teknologi til licensgiveren. En forpligtelse til at meddele licensgiveren eksklusivlicens på forbedringer af den overførte teknologi eller til at overdrage sådanne forbedringer til licensgiveren vil sandsynligvis mindske licenstagernes tilskyndelse til at innovere, da det vil forhindre licenstagere i at udnytte forbedringerne, herunder gennem licensaftaler med tredjeparter. En eksklusiv grant-back-forpligtelse er defineret som en tilbageførelse, hvorved licenstag (som i dette tilfælde er innovator og licensgiver af forbedringen) forhindres i at udnytte forbedringen (enten i sin egen produktion eller udstedelse af licenser til tredjemand). Dette vil være tilfældet, uanset om der er tale om en forbedring, der vedrører samme anvendelse som den overførte teknologi, eller nyudviklede anvendelser af den overførte teknologi. Sådanne forpligtelser er ikke omfattet af gruppefritagelsen, jf. artikel 5, stk. 1, litra a).

130. Anvendelsen af artikel 5, stk. 1, litra a) er ikke betinget af, om licensgiveren betaler et vederlag for forbedringen eller en eksklusivlicens. Forekomsten og størrelsen af sådanne vederlag kan imidlertid være en relevant faktor i forbindelse med en individuel vurdering efter traktatens artikel 101. Når der indrømmes grant-backs mod vederlag, er der mindre sandsynlighed for, at forpligtelsen vil forringe licenstagernes tilskyndelse til at innovere. Ved vurderingen af eksklusive grant-backs uden for gruppefritagelses anvendelsesområde udgør licensgiverens position på teknologimarkedet også en relevant faktor. Jo stærkere licensgiverens stilling er, desto mere sandsynligt er det, at eksklusive grant-back-forpligtelser vil begrænse konkurrencen på innovationsområdet. Jo stærkere en stilling licensgiverens teknologi indtager, desto mere vigtigt er det, at licenstagere kan blive en vigtig kilde til innovation og fremtidig konkurrence. De negative konsekvenser af grant-back-forpligtelser kan også blive forstærket i tilfælde af parallelle netværk af licensaftaler, der indeholder sådanne forpligtelser. Når de disponible teknologier kontrolleres af et begrænset antal licensgivere, der pålægger licenstagere eksklusive grant-back-forpligtelser, er risikoen for konkurrencebegrænsende virkninger større, end når der findes en række teknologier, hvoraf kun nogle licenseres på eksklusive grant-back-vilkår.

131. Ikke-eksklusive grant-back-forpligtelser er omfattet af gruppefritagelsens »sikre havn«. Det gælder også, selv når grant-back-forpligtelsen er ensidig, dvs. kun pålægges licenstagere, og når licensgiveren i henhold til aftalen har ret til at give forbedringerne videre til andre licenstagere. En ensidig grant-back-forpligtelse kan fremme spredningen af ny teknologi, idet den giver licensgiveren frihed til selv at bestemme, om og i hvilket omfang han ønsker at give sine egne forbedringer videre til sine licenstagere. En klausul om videregivelse af forbedringer kan også fremme spredningen af teknologi, navnlig når hver enkelt licenstagere — på det tidspunkt, hvor han indgår licensaftalen — ved, at han står på lige fod med andre licenstagere med hensyn til den teknologi, han benytter til sin produktion.
132. Risikoen for negative virkninger for innovationen er større i tilfælde af krydslicensaftaler mellem konkurrenter, hvor en grant-back-forpligtelse for begge parter kombineres med en forpligtelse for begge parter til at dele forbedringer af deres egen teknologi med den anden part. Delingen af alle forbedringer mellem konkurrenter kan forhindre begge konkurrenter i at vinde et forspring i konkurrencen i forhold til den anden (se også punkt 240 nedenfor). Parterne vil dog næppe blive forhindret i at vinde et forspring i den indbyrdes konkurrence, når licensen tjener til at sætte dem i stand til at videreudvikle deres respektive teknologier, og når licensen ikke foranlediger dem til at benytte samme teknologigrundlag til konstruktion af deres produkter. Dette er tilfældet, når formålet med licensen er at skabe designfrihed snarere end at forbedre licenstagernes teknologigrundlag.

Ikke-anfægtelses- og opsigelsesklausuler

133. Den i gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra b), udelukkede begrænsning vedrører ikke-anfægtelsesklausuler, dvs. en direkte eller indirekte forpligtelse til ikke at anfægte gyldigheden af licensgiverens intellektuelle ejendomsret, dog med forbehold af licensgivers mulighed for, hvis det drejer sig om en eksklusivlicens, at opsigte teknologioverførselsaftalen, såfremt licenstagere anfægter gyldigheden af en eller flere af de teknologirettigheder, hvorpå der er meddelt licens.
134. Begrundelsen for at udelukke ikke-anfægtelsesklausuler fra gruppefritagelsens anvendelsesområde er, at det normalt er licenstagere, der har de bedste forudsætninger for at bedømme, om en intellektuel ejendomsrettighed er ugyldig. Med henblik på at sikre, at konkurrenceforholdene ikke fordrejes, og i overensstemmelse med de principper, der ligger til grund for beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, bør ugyldige intellektuelle ejendomsrettigheder elimineres. Ugyldige intellektuelle ejendomsrettigheder kvæler innovationen i stedet for at fremme den. Traktatens artikel 101, stk. 1, vil sandsynligvis finde anvendelse på ikke-anfægtelsesklausuler, hvis den overførte teknologi er værdifuld og derfor forringer konkurrenceevnen for virksomheder, der forhindres i at benytte teknologien eller kun må benytte den mod betaling af royalties. I sådanne tilfælde vil betingelserne i traktatens

artikel 101, stk. 3, næppe være opfyldt. Hvis den overførte teknologi er knyttet til en teknisk forældet proces, som licenstagere ikke anvender, eller hvis licensen indrømmes gratis, opstår der imidlertid ikke en konkurrencebegrænsning⁽⁶⁴⁾. Med hensyn til ikke-anfægtelsesklausuler som led i forligsaftaler henvises der til punkt 241 og 242.

135. En klausul, der forpligter licenstagere til ikke at anfægte gyldigheden af ejerskabet til teknologirettighederne, udgør generelt ikke en konkurrencebegrænsning som omhandlet i traktatens artikel 101, stk. 1. Hvad enten licensgiveren har ejerskab til teknologirettighederne eller ej, afhænger licenstagernes og enhver anden parts brug af teknologien under alle omstændigheder af, at der meddeles licens, og konkurrencen vil således almindeligvis ikke blive påvirket⁽⁶⁵⁾.
136. For så vidt angår ikke-eksklusive licenser, er licensgiverens ret til at opsigte en aftale, såfremt licenstagere anfægter gyldigheden af en hvilken som helst intellektuel ejendomsret, som licensgiveren er i besiddelse af inden for EU, i henhold til gruppeforordningens artikel 5, stk. 1, litra b), heller ikke omfattet af gruppefritagelsens »sikre havn«. En sådan ret til at opsigte en aftale kan have samme virkning som en ikke-anfægtelsesklausul, navnlig når et skifte fra licensgivers teknologi vil medføre et betydeligt tab for licenstagere (f.eks. når licenstagere allerede har investeret i særlige maskiner eller særligt værktøj, som ikke kan anvendes til produktion ved brug af en anden teknologi), eller når licensgivers teknologi udgør et nødvendigt input i licenstagernes produktion. I forbindelse med patenter, der er essentielle for en standard, vil en licenstagere, der fremstiller et produkt, som overholder den pågældende standard, nødvendigvis skulle anvende alle patenter, der indgår i denne standard. I sådanne tilfælde kan det indebære et betydeligt tab at anfægte de relevante patenters gyldighed, hvis teknologioverførselsaftalen bringes til ophør. Hvis licensgiverens teknologi ikke er essentiel for en standard, men har en særdeles stærk markedsposition, kan incitamentet til ikke at anfægte de relevante patenters gyldighed også være stærkt, idet det er vanskeligt for licenstagere at finde en anden teknologi at få meddelt licens på, som udgør et levedygtigt alternativ. Spørgsmålet om, hvorvidt licenstagernes tab af fortjeneste vil være betydeligt og derfor vil virke som et stærkt incitament til ikke at anfægte de relevante patenters gyldighed, vil skulle vurderes fra sag til sag.
137. I de tilfælde, der er omhandlet i punkt 135, kan licenstagere være afskrækket fra at anfægte gyldigheden af den intellektuelle ejendomsret, hvis han risikerer, at licensaftalen opsiges og således vil stå over for væsentlige risici, der i omfang langt vil overstige royalty-forpligtelserne. Det skal dog også bemærkes, at en opsigelsesklausul i andre end de beskrevne tilfælde ofte ikke i væsentlig grad vil virke som et incitament til ikke at anfægte de relevante patenters gyldighed, og derfor ikke vil have samme virkning som en ikke-anfægtelsesklausul.

⁽⁶⁴⁾ Se sag 65/86, Bayer m.fl. mod Süllhofer, Sml. 1988, s. 5249.

⁽⁶⁵⁾ Med hensyn til anfægtelse af ejerskab til et varemærke, se Kommissionens beslutning i Moosehead/Whitbread (EFT L 100 af 20.4.1990, s. 32).

138. Der må foretages en afvejning mellem på den ene side hensynet til den almene interesse i at styrke licensgiverens incitament til at meddele licens ved ikke at være tvunget til fortsat at handle med en licenstagere, der anfægter selve genstanden for licensaftalen, og på den anden side hensynet til den almene interesse i at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, som kan opstå, når en intellektuel ejendomsret inddrømmes med urette⁽⁶⁶⁾. I forbindelse hermed bør der tages hensyn til, om licenstagere opfylder alle aftalens forpligtelser på tidspunktet for anfægtelsen, navnlig forpligtelsen til at betale de aftalte royalties.

139. Når det drejer sig om eksklusivlicenser, er det i det store hele normalt mindre sandsynligt, at opsigelsesklausuler har konkurrencebegrænsende virkninger. Når der er meddelt licens, og hvis betalingen af royalties er afhængig af den produktion, der gennemføres på grundlag af de overførte teknologirettigheder, hvilket ofte kan være en effektiv måde at strukturere betalingen af royalties på, kan licensgiver befinde sig i et særligt afhængighedsforhold, eftersom licenstagere vil være hans eneste indtægtskilde, for så vidt angår de teknologirettigheder, hvorpå der er meddelt licens. I en sådan situation kan incitamenterne til at innovere og til at meddele licens blive undergravet, hvis licensgiver f.eks. fastlåses i en aftale om eksklusivlicens, hvor licenstagere ikke længere gør en væsentlig indsats for at udvikle, producere og markedsføre det produkt, der (skal) produceres på grundlag af de overførte teknologirettigheder⁽⁶⁷⁾. Det er årsagen til, at opsigelsesklausuler i aftaler om eksklusivlicens er fritaget i gruppefritagelsesforordningen, så længe de andre gruppefritagelsesbetingelser er opfyldt, herunder overholdelse af markedsandelstærsklen. Uden for den »sikre havn« skal der gennemføres en vurdering fra sag til sag under hensyntagen til de forskellige interesser som beskrevet i punkt 137.

140. Desuden stiller Kommissionen stiller sig mere positivt over for ikke-anfægtelses- og opsigelsesklausuler vedrørende knowhow, når det sandsynligvis vil være umuligt eller særdeles vanskeligt at vinde den overførte knowhow tilbage, når først den er videregivet. I sådanne tilfælde bidrager en forpligtelse for licenstagere til ikke at anfægte den overførte knowhow til at fremme udbredelsen af en ny teknologi, navnlig ved at give svagere licensgivere mulighed for at meddele stærkere licenstagere licens uden frygt for en anfægtelse, når først den pågældende knowhow er blevet absorberet af licenstagere. Derfor er ikke-anfægtelses- og opsigelsesklausuler, der alene vedrører knowhow, omfattet af gruppefritagelsen.

Begrænsning af licenstagere brug eller udvikling af egen teknologi i aftaler mellem ikke-konkurrenter

141. I forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter finder gruppefritagelsen i henhold til artikel 5, stk. 2, ikke anvendelse på direkte eller indirekte forpligtelser, der begrænser

licenstagere muligheder for at udnytte egne teknologirettigheder eller begrænser aftaleparternes muligheder for at gennemføre forskning og udvikling, medmindre begrænsningen er nødvendig for at forhindre, at tredjeparter får kendskab til den overførte knowhow. Denne betingelse svarer indholdsmæssigt til betingelsen i artikel 4, stk. 1, litra d), vedrørende hardcore-begrænsninger i aftaler mellem konkurrenter, der er behandlet i disse retningslinjers punkt 114 og 115. Når der er tale om aftaler mellem ikke-konkurrenter, kan man imidlertid ikke umiddelbart gå ud fra, at sådanne begrænsninger generelt har en negativ indvirkning på konkurrencen, eller at betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, generelt ikke er opfyldt⁽⁶⁸⁾. I sådanne tilfælde er der behov for en individuel vurdering.

142. Ved aftaler mellem ikke-konkurrenter er licenstagere normalt ikke ejer af en konkurrerende teknologi. Der kan imidlertid være tilfælde, hvor parterne med henblik på gruppefritagelsen betragtes som ikke-konkurrenter, selv om licenstagere rent faktisk ejer en konkurrerende teknologi. Det er tilfældet, når licenstagere ejer en teknologi, men ikke meddeler licens på teknologien, og licensgiveren ikke er en egentlig eller potentiel leverandør på produktmarkedet. For så vidt angår gruppefritagelsen, betragtes parterne under sådanne omstændigheder hverken som konkurrenter på teknologimarkedet eller på produktmarkedet i de efterfølgende led⁽⁶⁹⁾. I sådanne tilfælde er det vigtigt at sikre, at licenstagere ikke begrænses i sine muligheder for at udnytte egen teknologi og videreudvikle denne teknologi. Denne teknologi udgør en kilde til konkurrence på markedet, som bør bevares. I denne situation vil begrænsninger i licenstagere brug af egne teknologirettigheder eller med hensyn til F&U normalt blive anset for at være konkurrencebegrænsende og for ikke at opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Eksempelvis vil en forpligtelse for licenstagere til at betale royalties på basis af ikke blot de produkter, han producerer ved hjælp af den overførte teknologi, men også de produkter, han producerer alene ved hjælp af egen teknologi, almindeligvis begrænse licenstagere evne til at udnytte sin egen teknologi og dermed være udelukket fra gruppefritagelses anvendelsesområde.

143. Når licenstagere ikke ejer en konkurrerende teknologi eller ikke er i færd med at udvikle en sådan teknologi, kan en begrænsning af parterne adgang til at udføre selvstændig F&U være konkurrencebegrænsende, hvis der kun er adgang til et lille antal teknologier. I så fald kan parterne være en vigtig (potentiel) kilde til innovation på markedet. Det vil især forholde sig således, når parterne er i besiddelse af de nødvendige aktiver og kundskaber til at kunne gennemføre yderligere F&U. I så fald vil betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, næppe være opfyldt. I andre tilfælde, hvor der er adgang til flere teknologier, og hvor parterne ikke er i besiddelse af særlige aktiver eller kundskaber, vil begrænsningen vedrørende forskning og udvikling sandsynligvis enten falde uden traktatens artikel 101, stk. 1, da den ikke vil være mærkbart konkurrencebegrænsende, eller opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Begrænsningen vil kunne fremme

⁽⁶⁶⁾ Sag 193/83, Windsurfing International, Sml. 1986, s. 611, præmis 92.

⁽⁶⁷⁾ I forbindelse med en aftale, der ikke i teknisk forstand er en eksklusivafale, og hvor en opsigelsesklausul derfor ikke er omfattet af gruppefritagelsesforordningens sikre havn, kan licensgiver i en konkret sag befinde sig i et tilsvarende afhængighedsforhold til en licenstagere med betydelig købekraft. Der vil blive taget hensyn til et sådant afhængighedsforhold i den individuelle vurdering.

⁽⁶⁸⁾ Se punkt 14 ovenfor.

⁽⁶⁹⁾ Se punkt 36 ovenfor.

spredningen af ny teknologi ved at sikre licensgiveren, at licensen ikke medfører, at der opstår en ny konkurrent, og ved at ansøre licenstagere til at fokusere på udnyttelsen og udviklingen af den overførte teknologi. Desuden finder traktatens artikel 101, stk. 1, kun anvendelse, når aftalen svækker licenstagernes incitament til at forbedre og udnytte egen teknologi. Det vil f.eks. næppe være tilfældet, når licensgiveren er berettiget til at opsige licensaftalen, hvis licenstagere begynder at producere på basis af sin egen konkurrerende teknologi. Denne ret svækker ikke licenstagernes incitament til at innovere, eftersom aftalen først kan opsiges, når der er blevet udviklet en kommercielt rentabel teknologi, og når der på basis heraf er blevet produceret produkter, der er klar til at blive lanceret på markedet.

3.6. Inddragelse og ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen

3.6.1. Inddragelse

144. Efter gruppefritagelsesforordningens artikel 6 kan Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder inddrage fritagelsen, hvis de i et konkret tilfælde konstaterer, at en teknologioverførselsaftale sandsynligvis har konkurrencebegrænsende virkninger (der skal tages hensyn til både faktiske og potentielle virkninger) og ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder har kun beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen, hvis det relevante geografiske marked ikke er større end den pågældende medlemsstats eget territorium.
145. De fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3, er kumulative og skal være opfyldt samtidigt, for at undtagelsesreglen kan bringes i anvendelse⁽⁷⁰⁾. Gruppefritagelsen kan derfor inddrages, hvis en bestemt aftale ikke opfylder en eller flere af de fire betingelser.
146. Når gruppefritagelsen inddrages, er det den inddragende myndighed, der bærer bevisbyrden for, at aftalen falder ind under traktatens artikel 101, stk. 1, og ikke opfylder alle fire betingelser i traktatens artikel 101, stk. 3. Eftersom en inddragelse indebærer, at den pågældende aftale begrænser konkurrencen i henhold til traktatens artikel 101, stk. 1, og ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, skal en inddragelse nødvendigvis ledsages af en negativ beslutning i henhold til artikel 5, 7, eller 9 i forordning (EF) nr. 1/2003.
147. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 6 kan det især være berettiget at inddrage gruppefritagelsen under følgende omstændigheder:
- a) markedsadgangen for teknologier tilhørende tredjemand begrænses, f.eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ligeartede konkurrencebegrænsende aftaler, der forbyder licenstagere at udnytte teknologier tilhørende tredjemand
 - b) markedsadgangen for potentielle licenstagere begrænses, f.eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ligeartede konkurrencebegrænsende aftaler, der forhindrer licensgivere i at meddele andre licenstagere licens, eller fordi den eneste teknologiejær, der meddeler licens på relevante teknologirettigheder, indgår en aftale om eksklusivlicens med en licenstagere, der allerede er aktiv på produktmarkedet på grundlag af substituerbare teknologirettigheder. For at blive betragtet som relevante skal teknologirettighederne både være teknisk og kommercielt substituerbare, for at licenstagere betragtes som værende aktiv på det relevante produktmarked.
148. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4 og 5, der indeholder listen over hardcore-begrænsninger og begrænsninger, der falder uden for fritagelsen, har til formål at sikre, at aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, ikke svækker incitamentet til at innovere, ikke forsinker spredningen af teknologi og ikke medfører en urimelig begrænsning af konkurrencen mellem licensgiver og licenstagere eller mellem licenstagere. Listen over hardcore-begrænsninger og listen over begrænsninger, der falder uden for fritagelsen, tager imidlertid ikke højde for alle potentielle følger af licensaftaler. Især gælder det, at gruppefritagelsen ikke tager højde for eventuelle kumulative virkninger af ensartede begrænsninger indeholdt i netværk af licensaftaler. Licensaftaler kan føre til udelukkelse af tredjeparter på både licensgiverniveau og licenstagerniveau. En afskærmning af markedet over for andre licensgivere kan opstå på grund af den kumulative effekt af netværk af licensaftaler, der forbyder licenstagere at benytte konkurrerende teknologier, hvilket fører til udelukkelse af andre (potentielle) licensgivere. Der vil sandsynligvis forekomme markedsafskærmning på licensgiverniveau i sager, hvor de fleste af de virksomheder på markedet, der (i praksis) ville kunne erhverve en konkurrerende licens, forhindres i at gøre dette som følge af konkurrencebegrænsende aftaler, og i tilfælde, hvor potentielle licenstagere konfronteres med forholdsvis høje barrierer for adgang til markedet. Udelukkelse af andre licenstagere kan være en følge af den kumulative virkning af licensaftaler, der forbyder licensgivere at meddele licens til andre licenstagere, hvorved potentielle licenstagere forhindres i at få adgang til den nødvendige teknologi. Afskærmningsproblematikken behandles mere detaljeret i afsnit 4.2.2 og 4.2.7. Desuden vil Kommissionen sandsynligvis også inddrage gruppefritagelsen, hvis et betydeligt antal licensgivere, der meddeler licens på konkurrerende

⁽⁷⁰⁾ Se punkt 42 i retningslinjerne for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 3.

teknologier, i individuelle aftaler forpligter deres licenstagere til at lade eventuelt mere fordelagtige vilkår, som de måtte have aftalt med andre licensgivere, komme førstnævnte licensgivere til gode.

3.6.2. Ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen

149. I henhold til artikel 7 i gruppefritagelsesforordningen kan Kommissionen ved forordning bestemme, at den ikke finder anvendelse på parallelle netværk af ensartede aftaler, når disse dækker over 50 % af et relevant marked. En sådan foranstaltning er ikke rettet mod individuelle virksomheder, men berører alle virksomheder, hvis aftaler er defineret i forordningen om ikke-anvendelse af gruppefritagelsesforordningen.
150. Mens Kommissionens inddragelse af gruppefritagelsesforordningen efter artikel 6 indebærer, at der vedtages en afgørelse efter artikel 7 eller 9 i forordning (EF) nr. 1/2003, tjener en forordning om ikke-anvendelse vedtaget af Kommissionen i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 7 blot til at sætte gruppefritagelsesforordningen ud af kraft, således at traktatens artikel 101, stk. 1 og 3, igen finder fuld anvendelse, for så vidt angår de pågældende begrænsninger og markeder. Efter vedtagelse af en forordning, hvori det fastslås, at gruppefritagelsesforordningen ikke gælder for et bestemt marked, for så vidt angår aftaler indeholdende bestemte begrænsninger, vil de kriterier, der er blevet fastlagt i EU-domstolens retspraksis på området og i meddelelser og tidligere afgørelser truffet af Kommissionen, fungere som rettesnor for anvendelsen af traktatens artikel 101 på individuelle aftaler. Når det er hensigtsmæssigt, vil Kommissionen i en given sag træffe en afgørelse, der kan tjene som vejledning for alle de virksomheder, der opererer på det pågældende marked.
151. Ved beregningen af, om markedsdækningsgraden ligger over eller under 50 %, skal der tages hensyn til markedsandelen for de enkelte netværk af licensaftaler, der indeholder begrænsninger eller kombinationer af begrænsninger med ensartede virkninger på markedet.
152. Efter gruppefritagelsesforordningens artikel 7 er Kommissionen ikke forpligtet til at gribe ind, når markedsdækningsgraden overskrider 50 %. Det vil normalt være hensigtsmæssigt at vedtage en forordning efter artikel 7, når adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette marked mærkbart begrænset. Når Kommissionen skal vurdere, om det er nødvendigt at anvende artikel 7, vil den overveje, om en individuel inddragelse af fritagelsen vil være et mere velegnet middel. Det kan især afhænge af antallet af konkurrerende virksomheder, der bidrager til en kumulativ virkning på et marked, eller af antallet af geografiske markeder inden for EU, der påvirkes.
153. Enhver forordning, der vedtages i henhold til artikel 7, skal have et klart defineret anvendelsesområde. Derfor skal Kommissionen først afgrænse de(t) relevante produktmarked(er) og geografiske marked(er) og derefter klart fastslå, hvilke typer begrænsninger i licensaftaler der ikke længere er omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Hvad sidstnævnte aspekt angår, kan Kommissionen tilpasse forordningens anvendelsesområde efter de

konkurrenceproblemer, forordningen tjener til at løse. Selv om det f.eks. forholder sig således, at alle parallelle netværk af aftaler med konkurrenceklausuler vil blive taget med i betragtning ved beregningen af, om markedsdækningsgraden overskrider 50 % eller ej, kan Kommissionen dog begrænse forordningens rækkevidde til kun at omfatte konkurrenceklausuler af en varighed, der overskrider en nærmere bestemt grænse. Det er således muligt, at kortere aftaler eller aftaler af mindre restriktiv karakter ikke vil blive berørt, da de fører til en langt mindre grad af markedsafskærmning. Kommissionen kan eventuelt også give vejledning ved at angive, hvor lille en markedsandel skal være på et bestemt marked, for at en individuel virksomhed kan anses ikke at bidrage væsentligt til den kumulative virkning. Generelt forholder det sig således, at når markedsandelen for produkter, der bygger på teknologi overført fra en individuel licensgiver, ikke overskrider 5 %, da anses aftalen eller netværket af aftaler vedrørende denne teknologi ikke at bidrage væsentligt til en kumulativ afskærmningseffekt ⁽⁷¹⁾.

154. Den overgangsperiode på mindst seks måneder, som Kommissionen skal fastsætte i henhold til artikel 7, stk. 2, skulle gøre det muligt for de berørte virksomheder at tilpasse deres aftaler for at tage hensyn til den forordning, hvori det fastsættes, at gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse.
155. En forordning, hvori det fastsættes, at gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse, vil ikke få indflydelse på gruppefritagelsen af de pågældende aftaler i perioden forud for forordningens ikrafttræden.

4. ANVENDELSE AF TRAKTATENS ARTIKEL 101, STK. 1 OG 3, UDEN FOR GRUPPEFRTAGELSESFORORDNINGENS ANVENDELSESOMRÅDE

4.1. De generelle rammer for analysen

156. Aftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, f.eks. fordi markedsandelstærsklen er overskredet, eller fordi der er mere end to parter i aftalen, skal vurderes individuelt. Aftaler, der enten ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 101, stk. 1, eller opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, er gyldige og kan gennemføres. Det skal bemærkes, at der ikke hersker nogen illegalitetsformodning i forbindelse med aftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, forudsat at de ikke indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger. Især gælder det, at der ikke hersker nogen formodning om, at traktatens artikel 101, stk. 1, finder anvendelse, blot fordi markedsandelstærsklerne er overskredet. Der skal altid foretages en individuel vurdering baseret på principperne i disse retningslinjer.

»Sikker havn« i tilfælde, hvor der findes tilstrækkeligt mange uafhængige teknologier

157. Med det formål at gøre bedømmelsen af aftaler, der falder uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde, mere forudsigelig og begrænse de detaljerede analyser til sager, hvor der er sandsynlighed for reelle konkurrenceproblemer, er Kommissionen af den

⁽⁷¹⁾ Se punkt 8 i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, jf. fodnote 20.

opfattelse, at når bortses fra aftaler, der indeholder hard-core-begrænsninger, er det usandsynligt, at traktatens artikel 101 vil være overtrådt, når der findes fire eller flere selvstændigt kontrollerede teknologier foruden de teknologier, der kontrolleres af aftalparterne, der kan substituere den overførte teknologi til en sammenlignelig pris for brugeren. I forbindelse med vurderingen af, om teknologierne er tilstrækkeligt substituerbare, skal der tages hensyn til de pågældende teknologiers relative kommercielle styrke. Konkurrencepresset fra en given teknologi er begrænset, hvis teknologien ikke udgør et kommercielt rentabelt alternativ til den overførte teknologi. Hvis forbrugerne således på grund af f.eks. netværkseffekter på markedet har en stærk præference for produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, vil andre teknologier, der allerede findes på markedet, eller som sandsynligvis vil blive lanceret på markedet inden for rimelig tidshorisont, måske ikke udgøre reelle alternativer og derfor kun udsætte den overførte teknologi for et begrænset konkurrencepres.

158. Det forhold, at en aftale falder uden for den i punkt 156 omhandlede »sikre havn«, betyder ikke, at den rammes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, og i så fald ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Ligesom gruppefritagelsesforordningens markedsandelsbestemte »sikre havn« skaber denne supplerende »sikre havn« blot en formodning om, at aftalen ikke er forbudt i henhold til traktatens artikel 101. Uden for den »sikre havn« skal der foretages en individuel vurdering af aftalen på basis af principperne i disse retningslinjer.

4.1.1. Relevante faktorer

159. Ved anvendelse af traktatens artikel 101 i individuelle sager er det nødvendigt at tage hensyn til den måde, hvorpå konkurrencen fungerer på det pågældende marked. Følgende faktorer er særlig relevante i denne henseende:

- a) aftalens karakter
- b) parternes markedsstilling
- c) konkurrenternes markedsstilling
- d) den markedsstilling, som aftagerne indtager på de relevante markeder
- e) hindringer for markedsadgang og
- f) markedets modenhedsgrad.

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

161. Teknologioverførselsaftaler kan antage mange former. Det er derfor vigtigt at analysere aftalens karakter med hensyn til det konkurrencemæssige forhold mellem parterne og de

begrænsninger, aftalen indeholder. Hvad sidstnævnte angår, er det ikke tilstrækkeligt blot at analysere aftalens udtrykkelige ordlyd. Eventuelle implicite konkurrencebegrænsninger kan fremgå af den måde, hvorpå parterne har gennemført aftalen, og af de incitamenter, de står over for.

162. Parternes markedsstilling, herunder virksomheder der *de facto* eller ved lov kontrolleres af parterne, giver en indikation af den markedsstyrke, som licensgiveren, licenstagere eller begge måtte besidde. Jo større en markedsandel de har, desto større kan deres markedsstyrke forventes at være. Det gælder især, når markedsandelene afspejler omkostningsfordele eller andre konkurrencefordele i forhold til konkurrenterne. Disse konkurrencefordele kan f.eks. skyldes, at en given virksomhed har været den første til at trænge ind på markedet eller er i besiddelse af vigtige patenter eller overlegen teknologi. Imidlertid er markedsandel altid kun én ud af flere faktorer ved vurdering af markedsstilling. F.eks. skal der navnlig i forbindelse med teknologimarkeder tages højde for, at markedsandele ikke altid er en god indikator for den pågældende teknologis relative styrke, og markedsandelsopgørelserne kan variere betydeligt afhængigt af beregningsmetoden.

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

164. Aftagernes markedsstilling giver en indikation af, om en eller flere aftagere besidder køberstyrke. Det første tegn på køberstyrke er aftagerens markedsandel på indkøbsmarkedet. Den afspejler, hvor vigtig hans efterspørgsel er for eventuelle udbydere. Andre indikatorer fokuserer på aftagerens stilling på videresalgsmarkedet, herunder f.eks. den geografiske spredning af hans salgssteder og hans mærkes omdømme blandt de endelige forbrugere. I visse situationer kan køberstyrke forhindre licensgiveren og/eller licenstagere i at udnytte deres markedsstyrke på markedet og dermed løse et konkurrenceproblem, der ellers ville have eksisteret. Det vil især være tilfældet, når stærke aftagere har kapacitet og vil være tilskyndet til at introducere nye forsyningskilder på markedet i tilfælde af en lille, men permanent stigning i de relative priser. Når stærke aftagere blot opnår gunstige vilkår hos udbyderen eller bare vælter eventuelle prisstigninger over på deres kunder, indtager de ikke en stilling, der gør det muligt for dem at forhindre licenstagere i at udnytte sin markedsstyrke på produktmarkedet, og derfor heller ikke en stilling, der som sådan kan løse konkurrenceproblemet på det pågældende marked ⁽⁷²⁾.

165. Hindringer for markedsadgang måles ud fra, om de etablerede virksomheder på markedet kan hæve deres priser til over det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, uden at det får nye virksomheder til at søge ind

⁽⁷²⁾ Se i denne forbindelse sag T-228/97, Irish Sugar, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 101.

på det. I en situation uden adgangsbarrierer vil nye virksomheders muligheder for nemt og hurtigt at trænge ind på markedet gøre sådanne prisforhøjelser urentable. Man kan generelt beskrive adgangsbarriererne som lave, når det er sandsynligt, at en virksomhed inden for et eller to år kan træde ind på et marked og hindre eller udhule effekten af markedsstyrke.

166. Adgangsbarrierer kan skyldes en lang række forskellige faktorer, f.eks. stordriftsfordele, statslig regulering (især tildeling af eksklusive rettigheder), statsstøtte, importtold, intellektuelle ejendomsrettigheder, ejendomsret til ressourcer, der er knappe på grund af f.eks. naturlige begrænsninger, essentielle faciliteter, en virksomheds fordel ved at have været den første til at trænge ind på markedet samt forbrugernes mærkeloyalitet opbygget efter intensiv reklamevirksomhed over en længere periode. Konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder kan også virke som adgangsbarrierer ved at gøre det vanskeligere for (potentielle) konkurrenter at træde ind på markedet. Der kan opstå adgangsbarrierer på alle F&U-stadier og på alle stadier af produktions- og distributionsprocessen. Spørgsmålet om, hvorvidt nogle af disse faktorer skal betragtes som adgangsbarrierer, afhænger især af, om de medfører »sunk costs«, dvs. omkostninger, som en virksomhed må afholde for at trænge ind på markedet eller for at operere på markedet, og som går tabt, når virksomheden trækker sig ud af markedet igen. Jo flere omkostninger, der er »sunk costs«, desto vigtigere er det for potentielle konkurrenter at foretage en afvejning af den risiko, der er forbundet med at trænge ind på det pågældende marked, og med desto større overbevisning kan de etablere virksomheder true med at matche den nye konkurrence, eftersom »sunk costs« gør det dyrt for de etablerede virksomheder at trække sig ud af markedet. Generelt er det at trænge ind på et nyt marked forbundet med større eller mindre »sunk costs«. Derfor er den faktiske konkurrence normalt mere effektiv og vil veje tungere i vurderingen af konkrete sager end den potentielle konkurrence.
167. På et modent marked, dvs. et marked, der har eksisteret i nogen tid, hvor den anvendte teknologi er velkendt og udbredt og ikke ændrer sig særlig meget, og hvor efterspørgslen er forholdsvis stabil eller aftagende, er det mere sandsynligt, at begrænsninger af konkurrencen har en negativ virkning end på mere dynamiske markeder.
168. Ved vurderingen af konkrete begrænsninger vil det undertiden være nødvendigt at tage andre faktorer i betragtning. Disse faktorer omfatter kumulative virkninger, dvs. ensartede aftalers dækningsgrad på markedet, aftalernes løbetid, de lovgivningsmæssige rammer og adfærd, der kan være tegn på eller lette ulovlig samordning i form af f.eks. prisføreskab, forudgående annoncering af prisændringer og drøftelser om den »rette« pris, prisstivhed som reaktion på overkapacitet, prisdiskrimination samt tidligere ulovlig samordning.

4.1.2. Negative virkninger af konkurrencebegrænsende licensaftaler

169. Konkurrencebegrænsende teknologioverførselsaftaler kan bl.a. have følgende negative virkninger for konkurrencen på et marked:

- a) de kan mindske interteknologi-konkurrencen mellem de virksomheder, der er aktive på et teknologimarked eller på et marked for produkter, der inkorporerer de pågældende teknologier, og således lette såvel eksplicitte som stiltiende former for ulovlig samordning
- b) de kan forhindre konkurrenter i at trænge ind på markedet ved at hæve deres omkostninger, begrænse deres adgang til essentielle input eller på anden vis skabe adgangsbarrierer, og
- c) de kan mindske intrateknologi-konkurrencen mellem de virksomheder, der producerer produkter på basis af samme teknologi.

170. Teknologioverførselsaftaler kan svække interteknologi-konkurrencen, dvs. konkurrencen mellem virksomheder, der meddeler licens eller fremstiller produkter på basis af indbyrdes substituerbare teknologier. Det er navnlig tilfældet, når aftaleparterne pålægger hinanden gensidige forpligtelser. Når f.eks. konkurrenter overfører konkurrerende teknologier til hinanden og pålægger hinanden en gensidig forpligtelse til at stille fremtidige forbedringer af deres teknologier til rådighed for hinanden, og når aftalen forhindrer den ene eller anden part i at opnå et teknologisk forspring i forhold til den anden, begrænses konkurrencen på innovationsområdet mellem parterne (jf. også punkt 240).

171. Meddelelse af licens mellem konkurrenter kan også lette ulovlig samordning. Risikoen for ulovlig samordning er især stor på koncentrerede markeder. Ulovlig samordning kræver, at de pågældende virksomheder har en sammenfaldende opfattelse af, hvad der er i deres fælles interesse, og af, hvordan samordningsmekanismerne bør fungere. For at den ulovlige samordning kan fungere, må virksomhederne også være i stand til at overvåge hinandens adfærd på markedet, og der skal være en tilstrækkelig grad af afskrækkelse til at modvirke, at der er et incitament til at afvige fra den fælles politik på markedet, og adgangsbarriererne skal være tilstrækkeligt høje til at begrænse tredjemands markedsadgang eller ekspansion. Aftaler kan lette ulovlig samordning ved at gøre markedet mere gennemsigtigt, ved at kontrollere bestemte former for adfærd og ved at skabe adgangsbarrierer. Ulovlig samordning kan også i enkelte tilfælde gøres lettere via licensaftaler, der fører til en høj grad af ensartethed i omkostningsstrukturerne, fordi virksomheder med ensartede omkostninger med større sandsynlighed vil have en sammenfaldende opfattelse af, hvordan samordningen skal foregå⁽⁷³⁾.

172. Licensaftaler kan også påvirke interteknologi-konkurrencen ved at skabe hindringer for konkurrenters indtrængen på markedet og for deres ekspansion.

⁽⁷³⁾ Se punkt 36 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler, jf. fodnote 27.

Sådanne afskærmningseffekter kan stamme fra begrænsninger, der forhindrer licenstagere i at modtage licens fra tredjeparter eller afskrækker dem fra at gøre det. Eksempelvis kan tredjeparter blive holdt ude fra markedet, når de etablerede licensgivere pålægger licenstagere konkurrenceklausuler i en sådan udstrækning, at tredjemand kun har adgang til et utilstrækkeligt antal licenstagere, og når det er vanskeligt at trænge ind på markedet på licenstagerniveau. Udbydere af stedfortrædertechnologier kan også blive udelukket fra markedet, hvis en licensgiver med tilstrækkelig stor markedsstyrke sammenkobler forskellige dele af en teknologi og meddeler licens herpå som en pakke, selv om det kun er en del af denne pakke, der er nødvendig for produktionen af et bestemt produkt.

173. Licensaftaler kan også svække intrateknologi-konkurrencen, dvs. konkurrencen mellem virksomheder, hvis produktion bygger på samme teknologi. En aftale, der pålægger licenstagere visse territoriale begrænsninger og forhindrer dem i at sælge ind i hinandens områder, mindsker konkurrencen mellem dem. Licensaftaler kan også svække intrateknologi-konkurrencen ved at muliggøre ulovlig samordning mellem disse licenstagere. Desuden kan licensaftaler, der svækker intrateknologi-konkurrencen, gøre det lettere for ejere af konkurrerende teknologier at foretage ulovlig samordning, eller de kan mindske interteknologi-konkurrencen ved at skabe adgangsbarrierer.

4.1.3. Positive virkninger af konkurrencebegrænsende licensaftaler og rammene for analyse af sådanne virkninger

174. Selv konkurrencebegrænsende licensaftaler har i de fleste tilfælde også konkurrencefremmende virkninger i form af effektivitetsgevinster, der kan opveje deres konkurrencebegrænsende virkninger. Vurderingen af de mulige konkurrencefremmende virkninger finder sted med udgangspunkt i traktatens artikel 101, stk. 3, der indeholder en undtagelse fra forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. For at denne undtagelsesbestemmelse kan bringes i anvendelse, skal licensaftalen medføre objektive økonomiske fordele, konkurrencebegrænsningerne skal være nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene herved, og aftalen må ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter. En virksomhed, der påberåber sig traktatens artikel 101, stk. 3, skal med overbevisende argumenter og beviser godtgøre, at de betingelser, der kræves opfyldt for at opnå fritagelse, er opfyldt⁽⁷⁴⁾.
175. Vurderingen af konkurrencebegrænsende aftaler efter traktatens artikel 101, stk. 3, foretages med udgangspunkt i aftalernes konkrete kontekst⁽⁷⁵⁾ og de faktiske

omstændigheder, der gør sig gældende på et givet tidspunkt. Vurderingen vil derfor kunne påvirkes af materielle ændringer i de faktiske omstændigheder. Undtagelsesbestemmelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, finder anvendelse, så længe de fire betingelser er opfyldt, og ophører med at finde anvendelse, når det ikke længere er tilfældet⁽⁷⁶⁾. Ved anvendelse af traktatens artikel 101, stk. 3, er det imidlertid nødvendigt at tage hensyn til parternes »sunk« investeringer og den tid og de begrænsninger, der er nødvendige for at foretage og genvinde omkostningerne ved en effektivitetsforøgende investering. Traktatens artikel 101 kan ikke finde anvendelsen, uden at der tages hensyn til de forudgående investeringer og de risici, der er forbundet hermed. Den risiko, som parterne løber, og den »sunk« investering, der skal til for at gennemføre aftalen, kan således føre til, at aftalen falder uden for traktatens artikel 101, stk. 1, eller alternativt opfylder betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, i den periode, der er nødvendig for at tjene investeringen ind.

176. I henhold til den første betingelse i traktatens artikel 101, stk. 3, kræves der en vurdering af aftalens objektive fordele i form af effektivitetsfordele. Hvad dette punkt angår, giver licensaftaler mulighed for at forene komplementære teknologier og andre aktiver, så der kan lanceres nye eller forbedrede produkter på markedet, eller så omkostningerne til produktion af eksisterende produkter kan reduceres. Når der bortses fra hardcore-karteller, finder meddelelse af licens ofte sted, fordi det er mere effektivt for licensgiveren at meddele licens på sin teknologi end at udnytte den selv. Det kan især være tilfældet, når licenstagere allerede har adgang til de nødvendige produktionsmidler. Aftalen giver i et sådant tilfælde licenstagere adgang til en teknologi, der kan kombineres med disse produktionsmidler, således at han kan udnytte nye eller forbedrede teknologier. Som et andet eksempel på potentielt effektivitetsfremmende licensering kan nævnes den situation, hvor licenstagere allerede råder over en bestemt teknologi, og hvor en kombination af denne teknologi og licensgiverens teknologi giver anledning til synergieffekter. Når de to teknologier kombineres, kan licenstagere måske opnå et forhold mellem omkostninger og produktion, som ellers ikke ville være muligt. Licensaftaler kan også frembringe effektivitetsgevinster på distributionsniveauet på samme måde som vertikale distributionsaftaler. Sådanne effektivitetsgevinster kan tage form af omkostningsbesparelser eller levering af værdifulde tjenesteydelser til forbrugerne. De positive virkninger af vertikale aftaler er beskrevet i retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁽⁷⁷⁾. Som et andet eksempel på potentielle effektivitetsgevinster kan nævnes aftaler, hvorved teknologiejere sammensætter en teknologipakke med henblik på licensering til tredjeparter. Sådanne puljeaftaler kan først og fremmest mindske transaktionsomkostningerne, da licenstagere ikke behøver at indgå særskilte

⁽⁷⁴⁾ Forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. 2009 I, s. 9291, præmis 82.

⁽⁷⁵⁾ Se de forenede sager 25/84 og 26/84, Ford, Sml. 1985, s. 2725. Forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. 2009 I, s. 9291, præmis 103.

⁽⁷⁶⁾ Se f.eks. Kommissionens beslutning af 3. marts 1999 i TPS-sagen (EFT L 90 af 2.4.1999, s. 6). Tilsvarende finder forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, kun anvendelse, så længe aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

⁽⁷⁷⁾ Jf. fodnote 52. Se især betragtning 106 ff.

licensaftaler med hver enkelt licensgiver. Licensaftaler kan også styrke konkurrencen ved at sikre virksomhedernes designfrihed. Inden for de sektorer, hvor der findes et stort antal intellektuelle ejendomsrettigheder, og hvor bestemte produkter risikerer at krænke eksisterende eller fremtidige ejendomsrettigheder, vil licensaftaler, hvorved parterne påtager sig ikke at gøre deres ejendomsrettigheder gældende over for hinanden, ofte være til gavn for konkurrencen, fordi de sætter parterne i stand til at videreudvikle deres respektive teknologier uden at løbe en risiko for på et senere tidspunkt at blive mødt med påstande om rettighedskrænkelser.

177. Når den tager stilling til, om nødvendighedskriteriet i henhold til traktatens artikel 101, stk. 3, er opfyldt, vil Kommissionen især undersøge, om individuelle begrænsninger gør det muligt at udføre den pågældende aktivitet mere effektivt, end det ville have været tilfældet uden begrænsningen. Der skal i denne forbindelse tages hensyn til markedsvilkårene og de realiteter, som parterne er konfronteret med. Virksomheder, der påberåber sig traktatens artikel 101, stk. 3, er ikke forpligtet til at overveje hypotetiske og teoretiske alternativer. De skal imidlertid forklare og påvise, hvorfor øjensynligt realistiske og betydeligt mindre konkurrencebegrænsende alternativer vil være betydeligt mindre effektive. Hvis et tilsyneladende kommercielt realistisk og mindre konkurrencebegrænsende alternativ vil medføre et betydeligt effektivitetstab, betragtes den pågældende begrænsning som nødvendig. I nogle tilfælde kan der også være behov for at undersøge, om aftalen som sådan er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne. Det kan f.eks. være tilfældet i forbindelse med teknologipuljer, der inkluderer komplementære, men ikke-essentielle teknologier⁽⁷⁸⁾, i hvilket tilfælde det må undersøges, om optagelsen af sådanne teknologier i puljen medfører særlige effektivitetsgevinster, eller om puljen uden noget større tab af effektivitetsgevinster kunne begrænses til teknologier, for hvilke der ikke findes alternativer. I tilfælde af en simpel licensaftale mellem to parter er det generelt ikke nødvendigt at gå længere end at undersøge, om de enkelte begrænsninger er nødvendige. Normalt findes der ikke noget mindre konkurrencebegrænsende alternativ til licensaftalen som sådan.

178. Betingelsen om, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene, betyder, at forbrugerne af de produkter, der produceres på licens, i det mindste skal kompenseres for aftalens negative virkninger⁽⁷⁹⁾. Det betyder, at effektivitetsfordelene til fulde skal opveje de negative virkninger, aftalen kan forventes at få for priser, output og andre relevante faktorer. Det kan de gøre ved at ændre de

berørte virksomheders omkostningsstrukturer og derved give dem et incitament til at sænke deres priser eller ved at give forbrugerne adgang til nye eller forbedrede produkter og herved kompensere for eventuelle prisstigninger⁽⁸⁰⁾.

179. Den sidste betingelse i traktatens artikel 101, stk. 3, hvorefter aftalen ikke må give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de berørte varer, nødvendiggør en analyse af det tilbageværende konkurrencepres på markedet og aftalens konsekvenser for sådanne kilder til konkurrence. Ved anvendelse af den sidste betingelse i traktatens artikel 101, stk. 3, skal der tages hensyn til forholdet mellem traktatens artikel 101, stk. 3, og artikel 102. Ifølge fast retspraksis kan anvendelse af traktatens artikel 101, stk. 3, ikke udelukke anvendelse af artikel 102⁽⁸¹⁾. Eftersom traktatens artikel 101 og 102 begge tjener til at fastholde effektiv konkurrence på markedet, er det af hensyn til konsistensen nødvendigt at fortolke traktatens artikel 101, stk. 3, på en sådan måde, at det er udelukket at anvende undtagelsesreglen på konkurrencebegrænsende aftaler, der udgør misbrug af en dominerende stilling⁽⁸²⁾.

180. Det forhold, at aftalen i væsentlig grad svækker én konkurrencedimension, betyder ikke nødvendigvis, at konkurrencen udelukkes i henhold til traktatens artikel 101, stk. 3. Eksempelvis kan en teknologipulje munde ud i en industristandard, der fører til en situation, hvor der kun optræder en ringe grad af konkurrence, når det gælder det teknologiske format. Når først markedets hovedaktører begynder at benytte et bestemt format, kan netværkseffekter gøre det meget vanskeligt for alternative formater at overleve. Dette betyder dog ikke, at skabelsen af en de facto industristandard altid udelukker konkurrencen som omhandlet i den sidste betingelse i traktatens artikel 101, stk. 3. Inden for rammerne af den pågældende standard kan udbydere konkurrere på pris, kvalitet og andre produktgenskaber. For at sikre, at aftalen ikke strider mod traktatens artikel 101, stk. 3, er det imidlertid vigtigt, at den ikke begrænser konkurrencen og den fremtidige innovation unødigt.

⁽⁸⁰⁾ *Idem.*, punkt 98 og 102.

⁽⁸¹⁾ Se pr. analogi præmis 130 i de forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, jf. fodnote 3. Tilsvarende udelukker anvendelse af traktatens artikel 101, stk. 3, ikke anvendelse af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital. Disse bestemmelser finder under visse omstændigheder anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis som omhandlet i traktatens artikel 101. Se sag C-309/99, *Wouters*, Sml. 2002 I, s. 1577, præmis 120.

⁽⁸²⁾ Se sag T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Sml. 1990 II, s. 309. Se også punkt 106 i retningslinjerne for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 3 ovenfor.

⁽⁷⁸⁾ Med hensyn til disse begreber henvises der til afsnit 4.4.1.

⁽⁷⁹⁾ Se punkt 85 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, jf. fodnote 3.

4.2. Anvendelse af traktatens artikel 101 på forskellige typer begrænsninger i forbindelse med licensaftaler

181. I dette afsnit gennemgås forskellige typer begrænsninger, der ofte forekommer i licensaftaler. I betragtning af at de er almindeligt forekommende, vil det være nyttigt at beskrive, hvordan de behandles, når de falder uden for gruppefritagelsen. De begrænsninger, der allerede er blevet behandlet i andre afsnit af disse retningslinjer, navnlig i afsnit 3.4 og 3.5, behandles kun ganske kort i dette afsnit.
182. Dette afsnit omhandler både aftaler mellem ikke-konkurrenter og aftaler mellem konkurrenter. Med hensyn til sidstnævnte skelnes der om nødvendigt mellem gensidige og ikke-gensidige aftaler. Der er ikke behov for denne sondring, når der er tale om aftaler mellem ikke-konkurrenter. Når virksomheder hverken er faktiske eller potentielle konkurrenter på et relevant teknologimarked eller på et marked for produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, adskiller en gensidig licensaftale sig nemlig praktisk talt ikke fra to særskilte licensaftaler. Det forholder sig anderledes, når der er tale om aftaler, hvor parterne sammensætter en teknologipakke, som der derefter meddeles licens på til tredjemand. Sådanne aftaler er teknologipuljer, som er behandlet nærmere i afsnit 4.
183. Dette afsnit beskæftiger sig ikke med forpligtelser i licensaftaler, der almindeligvis ikke er konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 101, stk. 1. Disse forpligtelser kan bl.a. bestå i:
- fortrolighedsforpligtelser
 - forpligtelser for licenstagere til ikke at meddele underlicens
 - forpligtelser til ikke at benytte de overførte teknologirettigheder efter aftalens udløb, forudsat at de overførte teknologirettigheder fortsat er gyldige og i kraft
 - forpligtelser til at bistå licensgiveren med håndhævelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorpå der er meddelt licens
 - forpligtelser til at betale royalties af en vis størrelsesorden eller producere et vist antal produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, og
 - forpligtelser til at benytte licensgiverens varemærke eller angive licensgiverens navn på produktet.

4.2.1. Royalty-forpligtelser

184. Parterne i en licensaftale kan normalt selv bestemme, hvor meget licenstageren skal betale i royalties, og hvordan de

pågældende royalties skal betales, uden at blive ramt af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Dette princip finder anvendelse på aftaler mellem såvel konkurrenter som ikke-konkurrenter. Royalties kan f.eks. tage form af et engangsbeløb, en procentdel af salgsprisen eller et fast beløb for hvert produkt, der inkorporerer den overførte teknologi. Når den overførte teknologi har relation til et input, der inkorporeres i et slutprodukt, er det som hovedregel ikke konkurrencebegrænsende at beregne royalties på basis af prisen på slutproduktet, forudsat at den overførte teknologi er inkorporeret i produktet⁽⁸³⁾. I forbindelse med softwarelicenser vil royalties beregnet på grundlag af antallet af brugere og royalties beregnet pr. maskine almindeligvis være forenelige med artikel 101, stk. 1.

185. I forbindelse med licensaftaler mellem konkurrenter erindres der om (jf. punkt 99-100 og 115 ovenfor), at under bestemte omstændigheder kan royalty-forpligtelser ligestilles med prisfastsættelse, som er en hardcore-begrænsning (jf. artikel 4, stk. 1, litra a). Der er i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a), tale om en hardcore-begrænsning, hvis konkurrenter betaler hinanden løbende royalties i situationer, hvor licensaftalen er et skalleskjul, idet den ikke tjener til at integrere komplementære teknologier eller noget andet konkurrencefremmende formål. Der er i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a) og d), også tale om en hardcore-begrænsning, hvis royalty-forpligtelserne også omfatter produkter produceret udelukkende ved hjælp af licenstagernes egne teknologirettigheder.
186. Andre typer royalty-ordninger mellem konkurrenter er gruppefritaget op til markedsandelstærsklen på 20 %, selv hvis de er konkurrencebegrænsende. Uden for gruppefritagelsens »sikre havn«, kan traktatens artikel 101, stk. 1, finde anvendelse, når konkurrenter meddeler hinanden licens og opkræver løbende royalties, der helt klart står i misforhold til licensens markedsværdi, og når disse royalties har væsentlig indflydelse på markedspriserne. Ved vurderingen af, om de pågældende royalties er urimeligt høje, er det nødvendigt at undersøge de royalties, som andre licenstagere på produktmarkedet betaler for de samme teknologier eller for stedfortrædertechnologier. I sådanne tilfælde vil betingelserne i artikel 101, stk. 3, næppe være opfyldt.
187. Selv om gruppefritagelsen kun finder anvendelse, så længe teknologirettighederne er gyldige og i brug, kan parterne normalt aftale at forlænge forpligtelsen til at betale royalties ud over gyldighedsperioden for de overførte intellektuelle ejendomsrettigheder uden at overtræde traktatens artikel 101, stk. 1. Når først disse rettigheder udløber, kan tredjeparter lovligt udnytte den pågældende teknologi og konkurrere med aftalparterne. Denne form for faktisk og potentiel konkurrence vil normalt være tilstrækkelig til at sikre, at den pågældende forpligtelse ikke får nogen mærkbar konkurrencebegrænsende virkning.

⁽⁸³⁾ Dette er med forbehold af den mulige anvendelse af traktatens artikel 102 på fastsættelse af royalties (se sag 27/76, United Brands Company mod Europa-Kommissionen, Sml. 1978, præmis 250, samt sag C-385/07 P, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH, Sml. 2009 I, s. 6155, præmis 142).

188. I forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter dækker gruppefritagelsen aftaler, ifølge hvilke der beregnes royalties på basis af både produkter produceret ved hjælp af den overførte teknologi og produkter produceret ved hjælp af teknologier overført fra tredjemand. Sådanne ordninger kan lette beregningen af og kontrollen med royalty-betalingerne. De kan imidlertid også føre til markedsafskærmning ved at forøge udgifterne forbundet med at benytte input fra tredje parter, og de kan således få samme virkninger som en konkurrenceklausul. Hvis der ikke blot skal betales royalties af produkter fremstillet ved hjælp af den overførte teknologi, men også af produkter fremstillet ved hjælp af tredjemands teknologi, vil royalty-betalingerne forøge prisen på sidstnævnte produkter og mindske efterspørgslen efter tredjemands teknologi. I forbindelse med aftaler, der falder uden for gruppefritagelsen, må det derfor undersøges, om begrænsningen fører til markedsafskærmning. Til det formål vil det være nyttigt at benytte det analysegrundlag, der er beskrevet i afsnit 4.2.7 nedenfor. Hvis aftalerne har mærkbare markedsafskærmende virkninger, rammes de af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, og de vil næppe opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, medmindre der ikke findes nogen anden praktisk metode til at beregne og kontrollere royalty-betalinger.
- 4.2.2. Eksklusivlicenser og salgsbegrænsninger
189. Med henblik på disse retningslinjer er det nyttigt at skelne mellem begrænsninger med hensyn til produktion inden for et givet geografisk område (eksklusiv- eller enelicenser) og begrænsninger med hensyn til salget af produkter, der inkorporerer den overførte teknologi, ind i et bestemt geografisk område og til en bestemt kundegruppe (salgsbegrænsninger).
- 4.2.2.1. Eksklusiv- og enelicenser
190. En »eksklusivlicens« er en licens, i medfør af hvilken licensgiveren ikke selv har ret til at producere på grundlag af de overførte teknologirettigheder og ikke har ret til at meddele licens på de overførte teknologirettigheder til tredje part, generelt eller med henblik på en bestemt anvendelse eller i et bestemt område. Det betyder, at licenstageren generelt eller til det bestemte formål eller i det bestemte område er den eneste, der har tilladelse til at producere på grundlag af de overførte teknologirettigheder.
191. Når licensgiveren forpligter sig til ikke selv at udnytte den overførte teknologi til produktion og til ikke at meddele licens til andre med henblik på produktion i et bestemt geografisk område, kan dette område dække hele verden eller en hvilket som helst del af verden. Når licensgiveren kun forpligter sig til ikke at meddele licens til tredjemand med henblik på produktion i et bestemt geografisk område, er licensen en enelicens. Eksklusivlicenser og enelicenser er ofte ledsaget af salgsbegrænsninger, der sætter grænser for, hvor parterne må sælge produkter, der inkorporerer den overførte teknologi.
192. Gensidige eksklusivlicenser mellem konkurrenter falder ind under gruppeforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), hvori markedsdeling og fordeling af kundegrupper mellem konkurrenter betegnes som hardcore-begrænsninger. Gensidig meddelelse af enelicens mellem konkurrenter er imidlertid gruppefritaget op til markedsandelstærsklen på 20 %. I henhold til en sådan aftale forpligter parterne sig gensidigt til ikke at meddele tredjemand licens på deres konkurrerende teknologier. Hvis parterne har betydelig markedsstyrke, kan sådanne aftaler gøre det lettere for dem at foretage ulovlig samordning ved at sikre, at parterne er de eneste kilder til output på markedet, der bygger på de overførte teknologier.
193. Ikke-gensidige eksklusivlicenser mellem konkurrenter er gruppefritaget op til markedsandelstærsklen på 20 %. Overskrides denne tærskel, er det nødvendigt at undersøge de sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger af sådanne licenser. Hvis eksklusivlicensen dækker hele verden, betyder det, at licensgiveren forlader markedet. Hvis eksklusiviteten er begrænset til et bestemt geografisk område, f.eks. en medlemsstat, indebærer aftalen, at licensgiveren afholder sig fra at producere varer og tjenesteydelser inden for det pågældende område. I forbindelse med traktatens artikel 101, stk. 1, skal navnlig licensgiverens styrke i konkurrencen vurderes. Hvis licensgiveren ikke indtager nogen stærk position på produktmarkedet eller ikke har kapacitet til at udnytte teknologien effektivt inden for licenstagernes område, vil aftalen næppe være omfattet af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Der foreligger en særlig situation, når licensgiveren og licenstageren kun konkurrerer på teknologimarkedet, og licensgiveren, der f.eks. kan være et forskningsinstitut eller en lille forskningsbaseret virksomhed, ikke råder over de fornødne produktions- og distributionsmidler til på effektiv vis at kunne markedsføre produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. I sådanne tilfælde vil der næppe forekomme en overtrædelse af traktatens artikel 101, stk. 1.
194. Eksklusive licensaftaler mellem ikke-konkurrenter vil, i det omfang de falder ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1⁽⁸⁴⁾, sandsynligvis opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Retten til at meddele eksklusivlicenser er i almindelighed nødvendig for at tilskynde licenstageren til at investere i den overførte teknologi og til at markedsføre produkterne inden for et rimeligt tidsrum. Det gælder især, når licenstageren skal foretage store investeringer i videreudviklingen af den overførte teknologi. Hvis der skrives ind over for eksklusiviteten, når licenstageren har fået kommerciel succes med den overførte teknologi, vil licenstageren blive frarøvet frugten af sin succes, og det vil være til skade for konkurrencen, for udbredelsen af teknologi og for innovationen. Kommissionen vil derfor kun i undtagelsestilfælde skride ind over for eksklusivlicenser i aftaler indgået mellem ikke-konkurrenter, og det uanset licensens geografiske rækkevidde.

⁽⁸⁴⁾ Se Nungesser-dommen, jf. fodnote 13.

195. Hvis licenstagere allerede ejer en teknologi, der kan substituere den, der meddeles eksklusivlicens på, og som anvendes til virksomhedsintern produktion, er eksklusivlicensen imidlertid muligvis ikke nødvendig for at give licenstagere incitament til at markedsføre et produkt. I et sådant tilfælde kan meddelelse af eksklusivlicens i stedet falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1, navnlig hvis licenstagere indtager en stærk position på produktmarkedet. Det er især i den situation, hvor en dominerende licenstagere opnår eksklusivlicens på en eller flere konkurrerende teknologier, at det kan være berettiget at skride ind. Sådanne aftaler vil sandsynligvis være omfattet af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, og vil næppe opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Det er imidlertid en betingelse, for at traktatens artikel 101, stk. 1, finder anvendelse, at det er vanskeligt at trænge ind på teknologimarkedet, og den overførte teknologi skal udgøre en reel kilde til konkurrence på markedet. Under sådanne omstændigheder kan en eksklusivlicens afskærme markedet for tredjepartslicenstagere, øge adgangsbarriererne og sætte licenstagere i stand til at fastholde sin markedsstyrke.
196. Licensaftaler, hvorved to eller flere parter meddeler hinanden licens og forpligter sig til ikke at meddele tredjemand licens, giver anledning til særlige bekymringer, når den pakke af teknologier, der følger af de gensidige licenser, skaber en de facto industristandard, som tredjemand skal have adgang til for kunne konkurrere effektivt på markedet. I sådanne tilfælde skaber aftalen en lukket standard, der er forbeholdt parterne. Kommissionen vil vurdere sådanne aftaler ud fra samme principper som dem, der anvendes i forbindelse med vurderingen af teknologipuljer (jf. afsnit 4.4). Der vil normalt blive stillet krav om, at tredjeparter skal have adgang til licens på de teknologier, der understøtter en sådan standard, på fair, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår⁽⁸⁵⁾. Når de parter, der deltager i aftalen, konkurrerer med tredjeparter på et eksisterende produktmarked, og aftalen har relation til dette produktmarked, kan en lukket standard få alvorlige markedsafskærmende virkninger. Denne negative indflydelse på konkurrencen kan kun undgås ved også at meddele tredjemand licens.

4.2.2.2. Salgsbegrænsninger

197. Også i forbindelse med salgsbegrænsninger er det vigtigt at skelne mellem licensaftaler mellem konkurrenter og licensaftaler mellem ikke-konkurrenter.
198. Begrænsninger af den ene parts eller begge parter aktive og passive salg som led i en gensidig aftale mellem konkurrenter udgør hardcore-begrænsninger af konkurrencen i henhold til gruppefritagelses artikel 4, stk. 1, litra c). De vil normalt falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, og vil næppe opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Sådanne begrænsninger betragtes normalt som udtryk for markedsdeling, idet de forhindrer den berørte part i såvel aktivt som passivt at sælge ind i geografiske områder og til kundegrupper, som vedkommende allerede betjener eller realistisk set kunne betjene i en situation uden aftalen.
199. I tilfælde af ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter dækker gruppefritagelsen begrænsninger af licenstagere eller licensgiverens aktive og/eller passive salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, der er forbeholdt den anden part (jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), nr. i)). Over andelstærsklen på 20 % falder salgsbegrænsninger mellem licensgiver og licenstagere ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, når en af parterne eller begge parter har betydelig markedsstyrke. Sådanne begrænsninger kan imidlertid være nødvendige for spredningen af værdifulde teknologier og derfor opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Det kan være tilfældet, når licensgiveren indtager en forholdsvis svag stilling på markedet i det geografiske område, hvor han selv udnytter teknologien. Under sådanne omstændigheder kan begrænsninger af aktivt salg især være nødvendige for at tilskynde licensgiveren til at meddele licensen. Uden sådanne begrænsninger kunne licensgiveren risikere at blive konfronteret med aktiv konkurrence på sit hovedaktivitetsområde. Tilsvarende kan det være nødvendigt at pålægge licensgiveren begrænsninger med hensyn til dennes aktive salg, navnlig hvis licenstagere indtager en forholdsvis svag stilling på markedet i det geografiske område, han får tildelt, og skal gennemføre store investeringer for at kunne udnytte den overførte teknologi effektivt.
200. Gruppefritagelsen dækker også begrænsninger af aktivt salg ind i det geografiske område eller til den gruppe af kunder, som er blevet tildelt en anden licenstagere, der ikke var konkurrent til licenstagere på det tidspunkt, hvor han indgik licensaftalen med licensgiveren. Det er imidlertid alene tilfældet, når aftalen mellem de pågældende parter ikke er en gensidig aftale (se gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), nr. ii)). Overskrides andelstærsklen, vil sådanne begrænsninger af det aktive salg sandsynligvis omfattes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, hvis parterne har betydelig markedsstyrke. Begrænsningen er dog sandsynligvis nødvendig, i den betydning, der fremgår af artikel 101, stk. 3, i det tidsrum, der kræves for, at den beskyttede licenstagere kan trænge ind på et nyt marked og markere sig i det tildelte område eller over for den tildelte kundegruppe. Denne beskyttelse mod aktivt salg gør det muligt for licenstagere at overvinde den asymmetri, han står over for som følge af, at nogle af licenstagere er konkurrenter til licensgiveren og således allerede etableret på markedet. Begrænsninger af licenstagere passive salg ind i et geografisk område eller til en bestemt kundegruppe, som en anden licenstagere har fået tildelt, udgør hardcore-begrænsninger i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c).

⁽⁸⁵⁾ Se Kommissionens meddelelse i Canon/Kodak-sagen (EFT C 330 af 1.11.1997, s. 10) og i IGR Stereo Television-sagen, der er omhandlet i XI Beretning om Konkurrencepolitikken, nr. 94.

201. I forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter er salgsbegrænsninger mellem licensgiveren og en licenstagere omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 30 %. Over markedsandelstærsklen kan begrænsninger i licenstagernes aktive og passive salg til geografiske områder eller kunde grupper, der eksklusivt er forbeholdt licensgiveren, være nødvendige for at sprede værdifulde teknologier og derfor falde uden for traktatens artikel 101, stk. 1, eller opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Det kan være tilfældet, når licensgiveren indtager en forholdsvis svag stilling på markedet i det geografiske område, hvor han selv udnytter teknologien. Under sådanne omstændigheder kan begrænsninger af aktivt salg især være nødvendige for at tilskynde licensgiveren til at meddele licensen. Uden sådanne begrænsninger kunne licensgiveren risikere at blive konfronteret med aktiv konkurrence på sit hovedaktivitetsområde. I andre tilfælde kan salgsbegrænsninger, der pålægges licenstagere, falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, og vil næppe opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Dette vil sandsynligvis være tilfældet, hvis licensgiveren individuelt har en betydelig markedsstyrke og i tilfælde af en kumulativ virkning af ensartede aftaler indgået af licensgivere, der tilsammen indtager en stærk position på markedet.
202. Hvis de rammes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, vil salgsbegrænsninger, der pålægges en licensgiver, sandsynligvis opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, medmindre der ikke findes reelle alternativer til licensgiverens teknologi på markedet, eller licenstagere har taget licens på sådanne stedfortrædertechnologier fra tredjemand. Sådanne begrænsninger og især begrænsninger af aktivt salg er sandsynligvis nødvendige i den betydning, der fremgår af traktatens artikel 101, stk. 3, for at tilskynde licenstagere til at investere i produktion, markedsføring og salg af de produkter, der inkorporerer den overførte teknologi. Licenstagernes tilskyndelse til at investere kan forventes at blive kraftigt svækket, hvis han udsættes for direkte konkurrence fra licensgiveren, hvis produktionsomkostninger ikke tynnes af licensafgifter, og det kan resultere i et suboptimalt investeringsniveau.
203. Hvad angår salgsbegrænsninger mellem licenstagere i aftaler mellem ikke-konkurrenter, er begrænsninger af aktivt salg mellem geografiske områder eller kunde grupper omfattet af gruppefritagelsen. Ved overskridelse af markedsandelstærsklen på 30 % medfører begrænsninger af aktivt salg mellem licenstagernes geografiske områder og kunde grupper, at intrateknologi-konkurrencen begrænses, og de pågældende begrænsninger vil sandsynligvis falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, når den enkelte licenstagere har betydelig markedsstyrke. Sådanne begrænsninger kan imidlertid opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, når de er nødvendige for at forhindre free-riding og for at tilskynde licenstagere til at foretage de investeringer, der er nødvendige for at sikre en effektiv udnyttelse af den overførte teknologi inden for sit licensområde, og for at fremme salget af de produkter, der produceres på licens. Begrænsninger af passivt salg optræder på listen over hardcore-begrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 2, litra b), jf. punkt 118-126 ovenfor.
- #### 4.2.3. Produktionsbegrænsninger
204. Gensidige produktionsbegrænsninger i licensaftaler mellem konkurrenter udgør en hardcore-begrænsning, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra b) (se punkt 102 ovenfor). Traktatens artikel 4, stk. 1, litra b), gælder ikke for produktionsbegrænsninger angående licensgiverens teknologi, der pålægges licenstagere i en ikke-gensidig aftale eller en af licenstagere i en gensidig aftale. Sådanne begrænsninger er gruppefritaget op til markedsandelstærsklen på 20 %. Er denne tærskel overskredet, kan produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstagere, svække konkurrencen, hvis parterne har betydelig markedsstyrke. Det er dog sandsynligt, at traktatens artikel 101, stk. 3, finder anvendelse, hvis licensgiverens teknologi er markant bedre end licenstagernes teknologi, og produktionsbegrænsningen klart overskrider licenstagernes produktion forud for indgåelsen af aftalen. I så fald har produktionsbegrænsningen en begrænset effekt, selv på markeder med en voksende efterspørgsel. Ved anvendelse af traktatens artikel 101, stk. 3, skal der også tages hensyn til, at sådanne begrænsninger kan være nødvendige for at tilskynde licensgiveren til at sprede sin teknologi så meget som muligt. En licensgiver kan f.eks. være tilbageholdende med at meddele sine konkurrenter licens, hvis han ikke kan begrænse licensen til et bestemt produktionsanlæg med en bestemt kapacitet (en anlægslicens). Når licensaftalen fører til en reel integration af komplementære aktiver, vil produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstagere, derfor kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3. Det vil imidlertid næppe være tilfældet, når parterne har betydelig markedsstyrke.
205. Produktionsbegrænsninger i licensaftaler mellem ikke-konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 30 %. Den største risiko for konkurrencen som følge af de produktionsbegrænsninger, der pålægges licenstagere som led i aftaler mellem ikke-konkurrenter, består i en svækkelse af intrateknologi-konkurrencen. Betydningen af sådanne konkurrencebegrænsende virkninger afhænger af licensgiverens og licenstagernes position på markedet og af, om produktionsbegrænsningen forhindrer licenstagere i at dække efterspørgslen efter produkter, der inkorporerer den overførte teknologi.
206. Når produktionsbegrænsninger kombineres med eksklusivområder eller eksklusive kunde grupper, forstærkes de konkurrencebegrænsende virkninger. En kombination af de to typer begrænsninger gør det mere sandsynligt, at aftalen tjener til at opdele markeder.

207. I aftaler mellem ikke-konkurrenter kan det også være til gavn for konkurrencen at pålægge licenstagere produktionsbegrænsninger, idet de kan fremme teknologispredning. Som udbyder af teknologi bør licensgiveren normalt selv kunne bestemme, hvor meget licenstagere må producere ved hjælp af den overførte teknologi. Hvis licensgiveren ikke havde frihed til at bestemme licenstagernes produktion, ville en række licensaftaler måske slet ikke blive indgået, hvilket vil være til skade for spredningen af ny teknologi. Det kan især forventes at være tilfældet, når licensgiveren også er producent, for i det tilfælde kan licenstagernes produktion tænkes at finde vej tilbage til licensgiverens hovedforretningsområde og således få direkte indflydelse på disse aktiviteter. På den anden siden er det mindre sandsynligt, at produktionsbegrænsninger er nødvendige af hensyn til spredningen af licensgiverens teknologi, når de kombineres med salgsbegrænsninger, som forhindrer licenstagere i at sælge sine produkter ind i et bestemt geografisk område eller til en bestemt kundegruppe, der er forbeholdt licensgiveren.

4.2.4. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde

208. Når en licenstag pålægges begrænsninger af anvendelsesområde, er licensen begrænset til enten en eller flere tekniske anvendelser, industrielle sektorer eller et eller flere produktmarkeder. En industriel sektor kan omfatte flere produktmarkeder, men ikke blot en del af et produktmarked. I mange tilfælde kan den samme teknologi benyttes til at fremstille forskellige produkter, eller den kan inkorporeres i produkter tilhørende forskellige produktmarkeder. En ny støbeteknologi kan f.eks. benyttes til at lave plasticflasker og plasticglas, der tilhører forskellige produktmarkeder. Et enkelt produktmarked kan imidlertid omfatte flere tekniske anvendelsesområder. Som eksempel kan nævnes en ny motorteknologi, der kan benyttes til både firecylindrede og sekscylindrede motorer. Tilsvarende kan en teknologi til produktion af chipsæt benyttes til at producere chipsæt med op til fire CPU'er og med over fire CPU'er. En licens, der begrænser brugen af den overførte teknologi til produktion af f.eks. firecylindrede motorer og chipsæt med op til fire CPU'er, udgør en begrænsning af anvendelsesområde.

209. Eftersom begrænsninger af anvendelsesområde er gruppefritaget, og bestemte kunde-begrænsninger betragtes som hardcore-begrænsninger i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), og artikel 4, stk. 2, litra b), er det vigtigt at skelne mellem disse to kategorier af begrænsninger. En kunde-begrænsning forudsætter, at der er identificeret specifikke kundegrupper, og at parterne er pålagt salgsbegrænsninger i forhold til sådanne identificerede grupper. Skønt en begrænsning af teknisk anvendelsesområde kan svare til bestemte kundegrupper på et produktmarked, indebærer dette ikke, at begrænsningen

skal klassificeres som en kunde-begrænsning. Eksempelvis indebærer det forhold, at bestemte aftagere hovedsagelig eller udelukkende køber chipsæt med mere end fire CPU'er, ikke, at en licens, der er begrænset til chipsæt med op til fire CPU'er, udgør en kunde-begrænsning. Anvendelsesområdet skal imidlertid være objektivt afgrænset med henvisning til identificerede og meningsfulde tekniske egenskaber ved aftaleproduktet.

210. Eftersom bestemte produktionsbegrænsninger betragtes som hardcore-begrænsninger i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra b), er det vigtigt at bemærke, at begrænsninger af anvendelsesområde ikke betragtes som produktionsbegrænsninger, fordi begrænsninger af anvendelsesområde ikke begrænser licenstagernes produktion inden for det anvendelsesområde, med hensyn til hvilket licensen er meddelt.

211. En begrænsning af anvendelsesområde begrænser licenstagernes udnyttelse af den overførte teknologi til et eller flere specifikke anvendelsesområder uden at begrænse licensgiverens mulighed for at udnytte den overførte teknologi. Desuden kan disse anvendelsesområder, på samme måde som geografiske områder, tildeles licenstagere i form af en eksklusivlicens eller en enelicens. Begrænsninger af anvendelsesområde kombineret med en eksklusivlicens eller en enelicens sætter også grænser for licensgiverens udnyttelse af sin egen teknologi, herunder gennem meddelelse af licens til andre. I forbindelse med enelicenser er det kun retten til at meddele tredjeparter licens, der er begrænset. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde kombineret med en eksklusivlicens eller en enelicens behandles på samme måde, som de eksklusivlicenser eller enelicenser, der er redegjort for i afsnit 4.2.2 ovenfor. Det betyder især, at en gensidig eksklusivlicens udgør en hardcore-begrænsning i licensaftaler mellem konkurrenter, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c).

212. Begrænsninger af anvendelsesområde kan have en konkurrencefremmende virkning, idet de kan tilskynde licensgiveren til at meddele licens på sin teknologi til anvendelsesformål, der ligger uden for hans primære interesseområde. Hvis licensgiveren ikke havde mulighed for at forhindre licenstagere i at trænge ind på områder, hvor han selv udnytter teknologien, eller på områder, hvor værdien af teknologien endnu ikke ligger helt fast, ville han sandsynligvis være tilbageholdende med at overføre teknologien til andre, eller det kunne foranledige ham til at hæve licensafgiften. Det skal også tages i betragtning, at der i visse sektorer ofte meddeles licens for at sikre designfrihed ved at hindre rettighedskrænkelser. Inden for rammerne af licensen kan licenstagere udvikle sin egen teknologi uden at frygte påstande om rettighedskrænkelser fra licensgiverens side.

213. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der pålægges licenstagere i aftaler mellem faktiske eller potentielle konkurrenter, er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 20 %. Det væsentligste konkurrenceproblem i forbindelse med sådanne begrænsninger består i risikoen for, at licenstageren ophører med at være en konkurrencefaktor uden for det anvendelsesområde, der er omfattet af licensen. Denne risiko er større ved krydslicensaftaler mellem konkurrenter ledsaget af asymmetriske begrænsninger af anvendelsesområde. En begrænsning af anvendelsesområde er asymmetrisk, når den ene part har ret til at benytte den overførte teknologi inden for en bestemt industriel sektor, et bestemt produktmarked eller et bestemt teknisk anvendelsesområde, mens den anden part har ret til at benytte den anden overførte teknologi inden for en anden industriel sektor, et andet produktmarked eller et andet teknisk anvendelsesområde. Der kan især opstå konkurrenceproblemer, hvis licenstagernes produktionsmidler, der er gearret til at udnytte den overførte teknologi, også benyttes til ved hjælp af licenstagernes egen teknologi at producere produkter, der ligger uden for det anvendelsesområde, der er omfattet af licensen. Hvis aftalen sandsynligvis vil få licenstageren til at indskrænke sin produktion af produkter, der ligger uden for det anvendelsesområde, der er omfattet af licensen, vil den sandsynligvis være omfattet af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Symmetriske begrænsninger af anvendelsesområde, dvs. aftaler, hvor parterne får licens til at benytte hinandens teknologier inden for samme anvendelsesområde(r), vil næppe falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Det er usandsynligt, at sådanne aftaler vil begrænse den konkurrence, der eksisterede forud for aftalen. Traktatens artikel 101, stk. 1, vil næppe heller finde anvendelse på aftaler, der blot sætter licenstageren i stand til at udvikle og udnytte sin egen teknologi inden for rammerne af licensen uden at frygte påstande om rettighedskrænkelse fra licensgiverens side. Under sådanne omstændigheder medfører begrænsninger af anvendelsesområde ikke i sig selv en begrænsning af den konkurrence, der eksisterede forud for aftalen. Uden aftalen risikerede licenstageren også at blive mødt med påstande om rettighedskrænkelse uden for det af licensen omfattede anvendelsesområde. Hvis licenstageren imidlertid uden kommerciel begrundelse indstiller eller indskrænker sine aktiviteter på det område, der ligger uden for det af licensen omfattede anvendelsesområde, kan det være tegn på, at der er indgået en underliggende markedsdelingsaftale, som ifølge gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c), udgør en hardcorebegrænsning af konkurrencen.

214. Begrænsninger med hensyn til anvendelsesområde, der pålægges licensgiver og licenstagere i aftaler mellem ikke-konkurrenter, er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklen på 30 %. Begrænsninger af anvendelsesområde i forbindelse med aftaler mellem ikke-konkurrenter, hvorved licensgiveren forbeholder sig selv et eller flere produktmarkeder eller tekniske anvendelsesområder, er i almindelighed enten ikke konkurrencebegrænsende eller effektivitetsforøgende. De er til gavn for spredningen af ny teknologi, idet de giver licensgiveren et incitament til at meddele licens på udnyttelse af teknologien på områder, hvor han ikke selv agter at gøre det.

Hvis licensgiveren ikke kan forhindre licenstagere i at operere på områder, hvor han selv udnytter sin teknologi, vil han sandsynligvis være mindre tilbøjelig til at give andre licens.

215. I aftaler mellem ikke-konkurrenter er licensgiveren normalt også berettiget til at meddele forskellige licenstagere enlicenser eller eksklusivlicenser, der begrænser sig til et eller flere anvendelsesområder. Sådanne begrænsninger indskrænker intrateknologi-konkurrencen mellem licenstagere i lighed med eksklusivlicenser, og de analyseres på samme måde (jf. afsnit 4.2.2.1 ovenfor).

4.2.5. Kun produktion til eget brug

216. En begrænsning til internt brug indebærer en forpligtelse for licenstageren til at begrænse sin produktion af licensproduktet til den mængde, der er nødvendig for at producere, vedligeholde og reparere hans egne produkter. Denne form for brugsbegrænsning består med andre ord i en forpligtelse for licenstageren til kun at benytte de produkter, der inkorporer den overførte teknologi, som et input til inkorporering i hans egen produktion. Den dækker ikke salg af licensproduktet med henblik på inkorporering i andre producenters produkter. Disse begrænsninger er omfattet af gruppefritagelsen op til markedsandelstærsklerne på henholdsvis 20 % og 30 %. Uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde er det nødvendigt at se nærmere på begrænsningens konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger. I den forbindelse skal der skelnes mellem aftaler mellem henholdsvis ikke-konkurrenter og konkurrenter.

217. Ved licensaftaler mellem konkurrenter medfører en begrænsning, der forpligter licenstageren til kun at benytte den overførte teknologi til produktion med henblik på inkorporering i egne produkter, at han er forhindret i at levere komponenter til andre producenter. Hvis licenstageren forud for indgåelsen af aftalen hverken var en faktisk eller potentiel leverandør af komponenter til andre producenter, ændrer begrænsningen til internt brug intet sammenlignet med den tidligere situation. Under sådanne omstændigheder vurderes begrænsningen på samme måde, som når der er tale om aftaler mellem ikke-konkurrenter. Hvis licenstageren på den anden side er en faktisk eller potentiel komponentleverandør, er det nødvendigt at se nærmere på aftalens konsekvenser for denne aktivitet. Hvis licenstageren gearer sit produktionsapparat til at benytte licensgiverens teknologi og dermed ophører med at benytte sin egen teknologi på uafhængig basis og ophører med at være komponentleverandør, begrænser aftalen den konkurrence, der eksisterede forud for aftalen. Det kan få alvorlige negative virkninger på markedet, hvis licensgiveren har betydelig markedsstyrke på komponentmarkedet.

218. I forbindelse med licensaftaler mellem ikke-konkurrenter hersker der to hovedrisici for konkurrencen som følge af begrænsninger bestående i, at der kun må produceres til eget brug: begrænsning af intrateknologi-konkurrencen på markedet for udbud af input og udelukkelse af arbitrage mellem licenstagere, hvilket giver licensgiveren bedre muligheder for at pålægge licenstagerne diskriminerende royalties.
219. En begrænsning til internt brug kan imidlertid også fremme konkurrencen. Hvis licensgiveren udbyder komponenter, kan begrænsningen være nødvendig af hensyn til spredningen af teknologi mellem ikke-konkurrenter. Uden den pågældende begrænsning kunne licensgiveren vælge ikke at meddele licens eller kun at meddele licens mod betaling af højere royalties, fordi han ellers ville skabe direkte konkurrence til sig selv på komponentmarkedet. I sådanne tilfælde er en begrænsning bestående i, at der kun må produceres til eget brug, normalt enten ikke konkurrencebegrænsende eller omfattet af traktatens artikel 101, stk. 3. Det er dog en betingelse, at licenstagere ikke forhindres i at sælge licensproduktet som reserveredel til sine egne produkter. Licenstagere skal have mulighed for at betjene eftermarkedet for sin egne produkter, herunder selvstændige servicevirksomheder, der yder service på og reparerer de produkter, han selv producerer.
220. Når licensgiveren ikke udbyder komponenter på det relevante produktmarked, er ovennævnte begrundelser for at påtvinge licenstagere en begrænsning til internt brug, ikke relevante. I sådanne tilfælde kan begrænsningen i princippet være til gavn for teknologispredningen ved at sikre, at licenstagere ikke sælger til producenter, der konkurrerer med licensgiveren på andre produktmarkeder. Dog vil en forpligtelse for licenstagere til ikke at sælge til bestemte kundegrupper, der er forbeholdt licensgiveren, normalt udgøre et mindre konkurrencebegrænsende alternativ. I sådanne tilfælde er en begrænsning til internt brug derfor normalt ikke nødvendig for spredningen af teknologi.
- 4.2.6. *Koblingssalg og bundling*
221. I relation til teknologioverførsel er der tale om koblingsklausuler, når licensgiveren gør meddelelsen af licens på én teknologi (det primære produkt) betinget af, at licenstagere tager licens på en anden teknologi eller køber et bestemt produkt hos licensgiveren eller en af ham udpeget virksomhed (det tilkoblede produkt). Kombinationsklausuler («bundling») forekommer, når to teknologier eller en teknologi og et produkt kun sælges sammen som en pakke. I begge tilfælde er det imidlertid en betingelse, at der er tale om særskilte produkter og teknologier i den forstand, at der findes en særskilt efterspørgsel efter de enkelte produkter og teknologier, der indgår i koblingssalget eller pakken. Det er normalt ikke tilfældet, når teknologierne eller produkterne af nødvendighed kobles sammen på en sådan måde, at den overførte teknologi ikke kan udnyttes uden det tilkoblede produkt, eller at ingen af pakkens to dele kan udnyttes uden den anden. I det følgende benyttes udtrykket »koblingsklausuler« om såvel koblings- som kombinationsklausuler.
222. Gruppefritagelsesforordningens artikel 3, der gør anvendelsen af gruppefritagelsen betinget af, at visse markedsandelstærskler ikke er overskredet, sikrer, at koblingssalg og bundling ikke kan henføres under gruppefritagelsen, hvis markedsandelstærsklerne på 20 % og 30 % er overskredet ved aftaler mellem henholdsvis konkurrenter og ikke-konkurrenter. Disse tærskler gælder for ethvert relevant teknologi- eller produktmarked, der er berørt af licensaftalen, herunder markedet for det tilkoblede produkt. Over disse markedsandelstærskler er det nødvendigt at afveje de konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger af koblingssalg.
223. Den væsentligste konkurrencebegrænsende virkning af koblingsklausuler består i, at konkurrerende udbydere af det tilkoblede produkt holdes uden for markedet. Koblingsklausuler kan også sætte licensgiveren i stand til at bevare sin markedsstyrke på markedet for det primære produkt ved at skabe adgangsbarrierer, idet det kan tvinge nye markedsdeltagere til at trænge ind på flere markeder samtidig. Koblingsklausuler kan desuden sætte licensgiveren i stand til at forøge licensafgiften, især når det primære produkt og det tilkoblede produkt til en vis grad er indbyrdes substituerbare, og når de to produkter ikke anvendes i et bestemt forhold. Koblingsklausuler forhindrer licenstagere i at skifte til andre input i tilfælde af stigende licensafgifter på det primære produkt. Disse konkurrenceproblemer afhænger ikke af, om aftaleparterne er konkurrenter. Sandsynligheden for, at koblingsklausuler vil resultere i en begrænsning af konkurrencen, opstår, når licensgiveren har betydelig markedsstyrke på markedet for det primære produkt og kan benytte denne markedsstyrke til at begrænse konkurrencen på markedet for det tilkoblede produkt. Uden markedsstyrke på markedet for det primære produkt kan licensgiveren ikke udnytte sin teknologi til at begrænse konkurrencen ved at holde udbydere af det tilkoblede produkt uden for markedet. Som det er tilfældet i forbindelse med konkurrenceklausuler, skal koblingsklausulen desuden dække en vis del af markedet for det tilkoblede produkt, før der opstår en mærkbar markedsafskærmning. Når licensgiveren har markedsstyrke på markedet for det tilkoblede produkt snarere end på markedet for det primære produkt, analyseres begrænsningen som en konkurrenceklausul eller en mængdeforpligtelse for at afspejle det forhold, at ethvert konkurrenceproblem hidrører fra markedet for det tilkoblede produkt og ikke fra markedet for det primære produkt⁽⁸⁶⁾.
224. Koblingsklausuler kan også resultere i effektivitetsgevinster. Det er eksempelvis tilfældet, når det tilkoblede produkt er nødvendigt for en teknisk set tilfredsstillende udnyttelse af den overførte teknologi og for at garantere, at produktionen under licensen lever op til de kvalitetskrav, som licensgiveren og andre licenstagere opfylder. I sådanne tilfælde er koblingsklausulen normalt enten ikke konkurrencebegrænsende eller omfattet af traktatens artikel 101, stk. 3. Når licenstagere benytter licensgiverens varemærke eller mærke, eller når det på anden vis er

⁽⁸⁶⁾ Med hensyn til analysegrundlaget henvises der til afsnit 4.2.7 og punkt 129 ff. i retningslinjerne for vertikale begrænsninger (se fodnote 52).

oplagt for forbrugerne, at der er en forbindelse mellem det produkt, der inkorporerer den overførte teknologi, og licensgiveren, har licensgiveren en legitim interesse i at sikre sig, at kvaliteten af produkterne er tilstrækkelig høj til ikke at undergrave værdien af hans teknologi eller hans omdømme som økonomisk aktør. Når forbrugerne ved, at licenstagere (og licensgiveren) producerer på basis af samme teknologi, er det desuden usandsynligt, at licenstagere vil være villige til at tage licens på teknologien, medmindre den udnyttes på teknisk tilfredsstillende vis af alle.

225. Koblingsklausuler kan også antages at være konkurrencefremmende, når det tilkoblede produkt giver licenstageren mulighed for at udnytte den overførte teknologi væsentligt mere effektivt. Når licensgiveren f.eks. meddeler licens på en bestemt procesteknologi, kan parterne også aftale, at licenstagere køber en katalysator hos licensgiveren, der er udviklet med henblik på anvendelse sammen med den overførte teknologi, og som gør det muligt at udnytte teknologien mere effektivt end sammen med andre katalysatorer. Når en sådan begrænsning falder ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1, er det sandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt, selv når markedsandelstærsklerne er overskredet.

4.2.7. Konkurrenceklausuler

226. Konkurrenceklausuler i forbindelse med teknologilicenser tager form af en forpligtelse for licenstagere til ikke at benytte andre teknologier, der konkurrerer med den overførte teknologi. Konkurrenceklausuler, der dækker et produkt eller en supplerende teknologi leveret af licensgiveren, er behandlet i afsnit 4.2.6 om koblingssalg.

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

228. Den største fare for konkurrencen som følge af konkurrenceklausuler består i, at teknologier tilhørende tredjemand kan blive holdt ude fra markedet. Konkurrenceklausuler kan også gøre det nemmere for licensgivere at samordne deres adfærd, såfremt flere licensgivere benytter dem i separate aftaler (dvs., når de benyttes kumulativt). Når konkurrerende teknologier udelukkes fra markedet, mindskes konkurrencepresset på de licensafgifter, som licensgiveren opkræver, og samtidig svækkes konkurrencen mellem de etablerede teknologier, da licenstagernes muligheder for at skifte mellem konkurrerende teknologier forringes. Da hovedproblemet i begge tilfælde er markedsafskærmning, kan der normalt foretages samme analyse af aftaler mellem henholdsvis konkurrenter og

ikke-konkurrenter. Ved krydslicensaftaler mellem konkurrenter, hvor begge parter indvilger i ikke at benytte tredjeparters teknologier, kan der imidlertid opstå en risiko for ulovlig samordning mellem aftaleparterne på produktmarkedet, hvilket er begrundelsen for den lavere markedsandelstærskel på 20 %.

229. Der kan opstå markedsafskærmning, når en stor andel af de potentielle licenstagere allerede er bundet til en eller i tilfælde af kumulative virkninger flere teknologikilder og er forhindret i at benytte konkurrerende teknologier. Afskærmningseffekter kan være en følge af aftaler indgået af en enkelt licensgiver med betydelig markedsstyrke eller opstå som følge af den kumulative virkning af aftaler indgået af flere licensgivere, selv når den enkelte aftale eller det enkelte netværk af aftaler er omfattet af gruppefritagelsesforordningen. I så fald er det dog usandsynligt, at der vil opstå en alvorlig kumulativ effekt, så længe mindre end 50 % af markedet er bundet. Overskrides denne tærskel, er det sandsynligt, at markedet vil blive afskærmet i væsentlig grad, når adgangsbarriererne for nye licenstagere er forholdsvis høje. Hvis adgangsbarriererne er lave, kan nye licenstagere trænge ind på markedet og udnytte kommercielt attraktive teknologier tilhørende tredjemand og således udgøre et reelt alternativ til de etablerede licenstagere. For at kunne afgøre, om tredjemand har reelle muligheder for at trænge ind på markedet og for at ekspandere, er det også nødvendigt at tage hensyn til, i hvilken udstrækning distributørerne er bundet til licenstagere i kraft af konkurrenceklausuler. Tredjemands teknologier har kun en realistisk mulighed for at trænge ind på markedet, hvis de har adgang til de nødvendige produktions- og distributionsfaciliteter. Hvor let det er at trænge ind på markedet, afhænger med andre ord ikke blot af adgangen til potentielle licenstagere, men også af disses adgang til distribution. Ved vurdering af afskærmningseffekter på distributionsniveauet vil Kommissionen benytte de analysemetoder, der er beskrevet i afsnit VI.2.1 i retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁽⁸⁷⁾.

230. Når licensgiveren har betydelig markedsstyrke, kan det føre til mærkbar markedsafskærmning, hvis licenstagere forpligtes til kun at hente deres teknologi hos licensgiveren. Jo stærkere en markedsstilling licensgiveren indtager, desto større er risikoen for udelukkelse af konkurrerende teknologier fra markedet. De mærkbare afskærmningseffekter opstår ikke nødvendigvis kun, fordi konkurrenceklausulerne dækker en betydelig del af markedet. De kan også opstå, når konkurrenceklausulerne er rettet mod de virksomheder, der med størst sandsynlighed vil søge licens på konkurrerende teknologier. Risikoen for markedsafskærmning er særlig stor, når der kun findes et begrænset antal potentielle licenstagere, og licensaftalen vedrører en teknologi, der benyttes af licenstagere til at fremstille et input til eget brug. I sådanne tilfælde vil adgangsbarriererne for en ny licensgiver sandsynligvis være høje. Der kan være mindre risiko for markedsafskærmning, når teknologien benyttes til fremstilling af

⁽⁸⁷⁾ Se fodnote 52.

et produkt, der sælges til tredjemand. Skønt begrænsningen i dette tilfælde også binder produktionskapaciteten for det pågældende input, binder den ikke efterspørgslen i de efter licenstagernes følgende led. For at trænge ind på markedet i sidstnævnte tilfælde har licensgivere blot brug for adgang til en eller flere licenstagere med passende produktionskapacitet. Medmindre der kun er et lille antal virksomheder, der er i besiddelse af eller kan skaffe sig de aktiver, der er nødvendige for at kunne tage licens, er det ikke sandsynligt, at licensgiveren vil kunne nægte konkurrenter adgang til effektive licenstagere ved at pålægge sine licenstagere konkurrenceklausuler.

231. Konkurrenceklausuler kan også være til gavn for konkurrencen. De kan for det første fremme spredningen af teknologi ved at mindske risikoen for uretmæssig tilegnelse af den overførte teknologi og navnlig af know-how. Hvis en licenstag har ret til at tage licens på konkurrerende teknologier hos tredjemand, er der risiko for, at især overført know-how vil blive benyttet i forbindelse med udnyttelsen af konkurrerende teknologier og dermed komme konkurrenter til gode. Når en licenstag også benytter konkurrerende teknologier, bliver det som regel også vanskeligere at føre kontrol med betalingen af licensafgifter, hvilket kan fjerne tilskyndelsen til at meddele licens.
232. For det andet kan konkurrenceklausuler, eventuelt kombineret med et eksklusivområde, være nødvendige for at give licenstageren et incitament til at investere i og udnytte den overførte teknologi på effektiv vis. I de tilfælde, hvor aftalen omfattes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, kan det, som følge af den betydelige afskærmningseffekt, være nødvendigt at vælge et mindre restriktivt alternativ for at kunne henhøre aftalen under traktatens artikel 101, stk. 3, f.eks. en forpligtelse til at producere et vist minimum eller til at betale royalties. Risikoen for, at konkurrerende teknologier holdes uden for markedet, er normalt mindre i forbindelse med sådanne forpligtelser.
233. For det tredje gælder det, at hvis licensgiveren påtager sig foretage store kundespecifikke investeringer i f.eks. uddannelse og for at skræddersy den overførte teknologi til licenstagernes behov, kan konkurrenceklausuler eller eventuelt et pålæg om en minimumsproduktion eller betaling af royalties være nødvendigt for at tilskynde licensgiveren til at foretage de pågældende investeringer og for at undgå «hold-up» problemer. Normalt vil licensgiveren dog kunne kræve direkte betaling for sådanne investeringer i form af et engangsbeløb, hvilket vil sige, at der findes mindre konkurrencebegrænsende alternativer.

4.3. Forligsaftaler

234. Meddelelse af licens på teknologirettigheder i forligsaftaler kan benyttes som et middel til at bilægge tvister eller til at undgå, at den ene part hævder sine intellektuelle ejendomsrettigheder for at forhindre den anden part i at udnytte egne teknologirettigheder ⁽⁸⁸⁾.

235. I princippet er forligsaftaler, der indgås i forbindelse med tvister om teknologi, ligesom forligsaftaler på mange andre områder, en legitim måde at nå frem til et gensidigt acceptabelt kompromis i en reel juridisk tvist. Parterne kan foretrække at bringe tvisten eller retssagen til ophør, fordi den viser sig at være for omkostningsfuld, tidkrævende og/eller at have et uforudsigeligt udfald. Forlig kan desuden spare domstole og/eller kompetente administrative organer for arbejdet med at tage stilling til sagen, hvilket derfor kan gavne samfundet. På den anden side er det i almen interesse at ophæve ugyldige intellektuelle ejendomsrettigheder, der udgør en uberettiget hindring for innovation og økonomisk aktivitet ⁽⁸⁹⁾.

236. Meddelelse af licens, herunder gensidig meddelelse af licens som led i forligsaftaler, er som sådan generelt ikke konkurrencebegrænsende, da licenserne sætter parterne i stand til at udnytte deres teknologier efter indgåelsen af aftalen. I sager, hvor det er muligt, at licenstageren uden licensaftalen ville være udelukket fra markedet, falder licenstagernes adgang til den pågældende teknologi via en forligsaftale almindeligvis ikke ind under traktatens artikel 101, stk. 1.

237. Dog kan de individuelle vilkår knyttet til sådanne aftaler falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1. Licensering i forbindelse med forligsaftaler behandles på samme måde som andre licensaftaler ⁽⁹⁰⁾. I sådanne sager er det særlig nødvendigt at vurdere, om parterne er potentielle eller faktiske konkurrenter.

Forligsaftaler, hvor der betales for begrænsninger

238. Forligsaftaler, hvori der indgår betaling for begrænsninger eller udsættelse af produktlancering, medfører ofte ikke overførsel af teknologirettigheder, men består i én parts værdioverførsel til gengæld for begrænsning af adgang til og/eller ekspansion på den anden parts marked og kan falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1 ⁽⁹¹⁾.
239. Hvis en sådan forligsaftale også omfatter meddelelse af licens på de teknologirettigheder, der er genstand for den bagvedliggende tvist, og aftalen medfører en forsinkelse eller på anden måde begrænser licenstagernes mulighed for at lancere produktet på et af de berørte markeder, kan aftalen imidlertid falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1, og vil i så fald navnlig skulle vurderes i lyset af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, stk. 1, litra c) og d) (se afsnit 3.4.2 ovenfor). Hvis parterne i en sådan forligsaftale er faktiske eller potentielle konkurrenter, og der er tale om en betydelig værdioverførsel fra

⁽⁸⁹⁾ Sag 193/83, Windsurfing International, Sml. 1986, s. 611, præmis 92.

⁽⁹⁰⁾ Jf. sag 65/86, Bayer mod Sullhöfer, Sml. 1988, s. 5259, præmis 15.

⁽⁹¹⁾ Se f.eks. Kommissionens afgørelse i Lundbeck-sagen, endnu ikke offentliggjort.

⁽⁸⁸⁾ Gruppefritagelsesforordningen og retningslinjerne er ikke til hinder for anvendelse af traktatens artikel 101 på forligsaftaler, som ikke indeholder en licensaftale.

licensgiver til licenstagere, vil Kommissionen være særlig opmærksom på risikoen for markedsopdeling/markedsdeling.

Krydslicensering i forligsaftaler

240. Forligsaftaler, hvorved parterne meddeler gensidig licens og pålægger hinanden begrænsninger med hensyn til udnyttelsen af deres teknologier, herunder begrænsninger i adgangen til meddelelse af licens til tredjeparter, kan falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1. Når parterne har betydelig markedsstyrke, og aftalen indeholder begrænsninger, der går klart ud over, hvad der er nødvendigt for at frigøre blokeringer, kan aftalen forventes at falde ind under forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, selv hvis der er sandsynlighed for, at der forekommer gensidigt blokerende stillinger. Traktatens artikel 101, stk. 1, kan især forventes at finde anvendelse, når parterne deler markeder eller indfører gensidige løbende royalties, der har væsentlig indflydelse på markedspriserne.

241. Når parterne i henhold til forligsaftalen er berettiget til at benytte hinandens teknologi, og aftalen også dækker den fremtidige udvikling heraf, er det nødvendigt at undersøge aftalens konsekvenser for parternes tilskyndelse til at innovere. Når parterne har betydelig markedsstyrke, vil aftalen sandsynligvis omfattes af forbuddet i traktatens artikel 101, stk. 1, hvis aftalen forhindrer dem i at overhale hinanden i konkurrencen. Aftaler, der fjerner eller væsentligt forringer den ene parts muligheder for at overhale den anden i konkurrencen, forringer tilskyndelsen til at innovere og vil således have negativ indflydelse på en væsentlig del af konkurrencens aspekter. Sådanne aftaler vil sandsynligvis heller ikke opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. Navnlig er det usandsynligt, at begrænsningen kan betragtes som nødvendig i overensstemmelse med den tredje betingelse i traktatens artikel 101, stk. 3. For at opfylde formålet med aftalen, der består i at sikre, at parterne kan fortsætte med at udnytte deres egen teknologi uden at blive blokeret af den anden part, er det ikke nødvendigt for parterne at indgå aftale om deling af fremtidige innovationer. Parterne vil dog sandsynligvis blive forhindret i at vinde et forspring i den indbyrdes konkurrence, når licensen tjener til at sætte dem i stand til at videreudvikle deres respektive teknologier, og når licensen ikke foranlediger dem til at benytte samme teknologiske løsninger. Sådanne aftaler skaber blot designfrihed ved at forhindre fremtidige påstande om retlighedskrænkelser fra den anden parts side.

Ikke-anfægtelsesklauseler i forligsaftaler

242. I forbindelse med forligsaftaler anses ikke-anfægtelsesklauseler normalt at falde uden for traktatens artikel 101, stk. 1. Det ligger i sådanne aftaler, at parterne er enige om, at

de ikke efterfølgende vil anfægte de intellektuelle ejendomsrettigheder, der var genstand for tvist. Selve formålet med aftalen består netop i at bilægge eksisterende tvister og/eller forhindre tvister i fremtiden.

243. Imidlertid kan ikke-anfægtelsesklauseler i forligsaftaler under bestemte omstændigheder være konkurrencebegrænsende og kan falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1. Begrænsning af friheden til at anfægte en intellektuel ejendomsret er ikke en del af den specifikke genstand for en intellektuel ejendomsret og kan virke konkurrencebegrænsende. F.eks. kan en ikke-anfægtelsesklausel være i strid med traktatens artikel 101, stk. 1, hvis der blev tildelt en intellektuel ejendomsret på grundlag af ukorrekte eller vildledende oplysninger⁽⁹²⁾. Det kan også være nødvendigt at undersøge sådanne klauseler, hvis licensgiver ud over at meddele licens på teknologirettighederne giver licenstagere økonomisk eller anden form for incitament til at indvillige i ikke at anfægte gyldigheden af teknologirettighederne, eller hvis teknologirettighederne udgør et nødvendigt input i licenstagernes produktion (se også punkt 135).

4.4. Teknologipuljer

244. Teknologipuljer defineres som aftaler, hvorved to eller flere parter samler en pakke af teknologier, hvorpå ikke blot puljens bidragsydere, men også tredjemand kan modtage licens. Med hensyn til deres opbygning kan teknologipuljer tage form af en simpel aftale mellem et begrænset antal parter eller en detaljeret aftale om organisation, hvorved det overlades det til en særskilt enhed at stå for meddelelsen af licenser på puljeteknologierne. I begge tilfælde kan puljen give licenstagere mulighed for at være aktive på markedet på basis af en enkelt licens.

245. Der er ingen nødvendig forbindelse mellem teknologipuljer og standarder, men ofte understøtter teknologierne i puljen (helt eller delvist) en *de facto* eller en ved lov indført industristandard⁽⁹³⁾. Forskellige teknologipuljer kan understøtte konkurrerende standarder⁽⁹⁴⁾. Teknologipuljer kan være til fordel for konkurrencen, navnlig fordi de mindsker transaktionsomkostningerne og sætter en øvre grænse for de kumulative royalties og hindrer dobbelte fortjenstmargener. Puljen gør det muligt på ét sted at samle meddelelsen af de licenser, som den omfatter. Dette er særlig vigtigt inden for sektorer, hvor intellektuelle ejendomsrettigheder er almindeligt udbredt, og hvor det er nødvendigt at indhente licenser fra et stort

⁽⁹²⁾ Jf. sag C-457/10 P, AstraZeneca mod Kommissionen, Sml. 2012 I, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser.

⁽⁹³⁾ Vedrørende behandlingen af standarder og af standardiseringsaftaler, se punkt 257 ff. i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler, citeret i fodnote 27.

⁽⁹⁴⁾ Se Kommissionens pressemeddelelse IP/02/1651 om patentlicenser til tredje generation (3G) af mobiltjenester. Sagen drejede sig om fem teknologipuljer, som skabte fem forskellige teknologier, der alle kunne benyttes til at fremstille 3G-udstyr.

antal licensgivere for at kunne operere på markedet. Når licenstagere modtager løbende tjenester i forbindelse med anvendelse af den overførte teknologi, kan fælles meddelelse af licens og servicering føre til yderligere besparelser. Patentpuljer kan også spille en positiv rolle ved gennemførelsen af konkurrencefremmende standarder.

246. Teknologipuljer kan også være konkurrencebegrænsende. Oprettelsen af en teknologipulje indebærer nødvendigvis fælles salg af de teknologier, der er samlet i puljen, hvilket i tilfælde af puljer, der udelukkende eller overvejende er sammensat af indbyrdes stedfortrædertechnologier svarer til et priskartel. Foruden at mindske konkurrencen mellem parterne kan teknologipuljer også — navnlig når de understøtter en industristandard eller etablerer en *de facto* industristandard — bremse innovationen ved at holde stedfortrædertechnologier uden for markedet. Standarden og en hermed forbundet teknologipulje kan gøre det vanskeligt for nye og forbedrede teknologier at trænge ind på markedet.
247. Aftaler om oprettelse af teknologipuljer og fastsættelse af de nærmere regler for, hvordan de skal fungere, er ikke — uanset antallet af puljemedlemmer — omfattet af gruppefritagelsen, idet aftalen om at etablere puljen ikke tillader en bestemt licenstagere at producere aftaleprodukter (jf. afsnit 3.2.4). Sådanne aftaler er kun omhandlet i disse retningslinjer. Puljeordninger giver anledning til en række specifikke spørgsmål vedrørende udvælgelsen af de teknologier, der indgår i puljen, og den måde, hvorpå puljen administreres. Disse spørgsmål melder sig ikke i forbindelse med andre former for meddelelse af licens. Meddelelse af licens fra en pulje er generelt en flerpartsaftale, idet bidragsyderne normalt fastsætter betingelserne for sådanne meddelelser i fællesskab, hvorfor en sådan meddelelse heller ikke er omfattet af gruppefritagelsen. Meddelelse af licens fra puljen er nærmere behandlet i punkt 261 og i afsnit 4.4.2.

4.4.1. Vurdering af teknologipuljers oprettelse og administration

248. Den måde, hvorpå en teknologipulje dannes, organiseres og drives, kan mindske risikoen for, at den har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og give sikkerhed for, at den fremmer konkurrencen. I forbindelse med sin vurdering af de potentielle konkurrencemæssige risici og effektivitetsgevinster vil Kommissionen blandt andet tage hensyn til gennemsigtigheden af den proces, hvori en pulje dannes, valget og arten af de teknologier, der indgår i puljen, herunder det omfang i hvilket uafhængige eksperter deltager i puljens oprettelse og administration, og hvorvidt der er truffet foranstaltninger til sikring mod udveksling af følsomme oplysninger og etableret mekanismer til uafhængig tvistbilæggelse.

Uhindret deltagelse

249. Når deltagelse i det arbejde, der er forbundet med at fastsætte en standard eller danne en pulje, er åben for alle interesserede parter, er der større sandsynlighed for, at de

teknologier, der udvælges til puljen, udvælges under hensyn til pris og kvalitet, end når puljen oprettes af en snæver gruppe af teknologiejere.

Valg af puljeteknologier og disses art

250. De konkurrencemæssige risici og de potentielle effektivitetsgevinster, der er forbundet med teknologipuljer, afhænger i vid udstrækning af forholdet mellem på den ene side de teknologier, der indgår i puljen, og på den anden side forholdet mellem disse teknologier og teknologier uden for puljen. Der må foretages to grundlæggende sondringer, nemlig a) mellem komplementære teknologier og stedfortrædertechnologier og b) mellem essentielle og ikke-essentielle teknologier.
251. To teknologier er komplementære teknologier i modsætning til stedfortrædertechnologier, når de begge er nødvendige for at fremstille et givet produkt eller gennemføre den proces, som teknologierne har relation til. Omvendt er to teknologier stedfortrædertechnologier, når begge teknologier uden den anden kan benyttes til at fremstille et givet produkt eller gennemføre den proces, som teknologierne har relation til.
252. En teknologi kan være essentiel enten a) for fremstillingen af et bestemt produkt eller for udførelsen af en bestemt proces, som puljeteknologierne er forbundet med, eller b) for fremstillingen af et produkt eller for udførelsen af en proces i overensstemmelse med en standard, som puljeteknologierne indgår i. I det førstnævnte tilfælde betragtes en teknologi som essentiel i modsætning til ikke-essential, når der ikke findes noget levedygtigt alternativ (både fra et kommercielt og et teknisk synspunkt) til den pågældende teknologi inden for og uden for puljen, og når den pågældende teknologi udgør en nødvendig del af pakken af teknologier beregnet til produktion af det eller de produkter eller gennemførelse af den eller de processer, som puljen har relation til. I sidstnævnte tilfælde er en teknologi essentiel, hvis den udgør en nødvendig del, dvs., at der ikke er nogen levedygtige alternativer, af de puljeteknologier, som er nødvendige for at leve op til den af puljen understøttede standard (teknologier, der er nødvendige for en standard). Essentielle teknologier er nødvendigvis også komplementære teknologier. En teknologiejers blotte udtalelse om, at en teknologi er essentiel, er ikke ensbetydende med, at denne teknologi er essentiel i henhold til kriterierne i dette punkt.
253. Når de teknologier, der indgår i en pulje, er stedfortrædertechnologier, vil royalty-betalingerne sandsynligvis være højere, end de ellers ville være, fordi licenstagere ikke kan drage fordel af rivaliseringen mellem de pågældende teknologier. Når de teknologier, der indgår i en pulje, er komplementære teknologier, mindsker teknologipuljen

transaktionsomkostningerne, og den kan føre til, at de samlede licensafgifter bliver lavere, eftersom parterne kan fastsætte en fælles royalty-sats for hele pakken i stedet for, at hver enkelt part fastsætter en royalty-sats for egen teknologi, der ikke tager hensyn til, at en højere royalty-sats for én teknologi normalt sænker efterspørgslen efter komplementære teknologier. Hvis royalties for komplementære teknologier fastsættes individuelt, kan summen af disse royalties ofte overstige den afgift, som deltagerne i en teknologipulje i fællesskab ville fastsætte for pakken med samme komplementære teknologier. Vurderingen af alternative teknologier uden for puljen behandles i punkt 261.

254. Sondringen mellem komplementære og stedfortrædertechnologier er ikke altid helt klar, eftersom teknologier kan være delvist indbyrdes substituerbare og delvist komplementære. Når det er sandsynligt, at licenstagere vil efterspørge begge teknologier på grund af de effektivitetsgevinster, som en kombination af teknologierne kan føre med sig, behandles teknologierne som komplementære teknologier, selv om de til en vis grad er indbyrdes substituerbare. I sådanne tilfælde er det sandsynligt, at licenstagere uden teknologipuljen ville forsøge at opnå licens på begge teknologier som følge af de ekstra økonomiske fordele, der følger af at anvende begge teknologier i stedet for blot en enkelt af dem. Hvis der ikke foreligger en sådan efterspørgselsbaseret evidens for puljeteknologiernes komplementaritet, betragtes det som en indikation på, at teknologierne er komplementære, hvis i) de parter, der bidrager med teknologi til en pulje, har mulighed for individuelt at meddele licens på deres teknologi, og ii) der fra puljen ud over meddelelse af licens på pakken af alle parter teknologier også kan foretages særskilt meddelelse af licens på hver enkelt parts teknologi, og iii) de samlede royalties for særskilt licens på alle puljeteknologiernes ikke overstiger de royalties, der skal betales til puljen for hele pakken af teknologier.

255. Optagelse af stedfortrædertechnologier i puljen begrænser generelt interteknologi-konkurrencen, eftersom den kan svare til kollektiv bundling og medføre prisfastsættelse mellem konkurrenter. Kommissionen er som hovedregel af den opfattelse, at optagelsen af væsentlige stedfortrædertechnologier i puljen udgør en overtrædelse af traktatens artikel 101, stk. 1. Kommissionen mener også, at det er usandsynligt, at betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt i sager vedrørende puljer, der i væsentligt omfang består af stedfortrædertechnologier. Eftersom de pågældende teknologier er stedfortrædertechnologier, fører begge teknologiers tilstedeværelse i puljen ikke til en mindskelse af transaktionsomkostningerne. Hvis puljen ikke havde eksisteret, ville licenstagere ikke have efterspurgt begge teknologier. For at imødegå de konkurrencemæssige problemer er det ikke tilstrækkeligt, at parterne bevarer deres ret til at meddele licens uafhængigt af hinanden. Det skyldes, at parterne næppe vil have nogen tilskyndelse til uafhængigt af hinanden at meddele licens, idet de vil ønske at undgå at underminere puljens meddelelse af licens, der gør det muligt for dem at udnytte deres markedsstyrke i fællesskab.

Udvælgelse af uafhængige eksperter og deres virke

256. En anden relevant faktor i forbindelse med vurderingen af de med teknologipuljerne forbundne konkurrencerisici og effektivitetsgevinster er det omfang, i hvilket der deltager uafhængige eksperter i puljens oprettelse og administration. Eksempelvis er vurderingen af, om en teknologi er essentiel for en af puljen understøttet standard, ofte en kompliceret øvelse, der kræver særlig ekspertise. Inddragelsen af uafhængige eksperter i udvælgelsesprocessen kan i høj grad bidrage til at sikre, at et tilsagn om kun at medtage essentielle teknologier overholdes i praksis. Hvis udvælgelsen af de teknologier, der skal indgå i en pulje, foretages af en uvildig ekspert, kan dette også bidrage til at skærpe konkurrencen mellem de tilgængelige teknologiske løsninger.

257. Kommissionen vil tage hensyn til, hvordan eksperterne udvælges, og hvilke opgaver de skal udføre. Experterne bør være uafhængige af de virksomheder, der har oprettet puljen. Hvis eksperterne har tilknytning til licensgiverne (eller puljens meddelelse af licens) eller på anden vis er afhængige af dem, vil deres deltagelse blive tillagt mindre vægt. Experterne skal også være i besiddelse af den nødvendige tekniske ekspertise til at kunne udføre de forskellige opgaver, de måtte blive betroet. De uafhængige eksperter kan bl.a. få til opgave at vurdere, om de teknologier, der foreslås optaget i puljen, lever op til gyldigheds-kriterierne, og om de er essentielle.

258. Endelig er enhver tvistbilæggelsesordning, der indgår i de instrumenter, som blev anvendt ved puljens oprettelse, relevant, og der bør der tages hensyn til disse. I jo højere grad bilæggelsen af tvister overlades til organer og personer, der er uafhængige af puljen og dens medlemmer, desto større er sandsynligheden for en upartisk behandling.

Foranstaltninger til sikring mod udveksling af følsomme oplysninger

259. Det er også relevant at undersøge, hvordan parternes indbyrdes udveksling af følsomme oplysninger foregår⁽⁹⁵⁾. På oligopolistiske markeder kan udveksling af følsomme oplysninger om f.eks. priser og produktion lette muligheden for ulovlig samordning mellem parterne⁽⁹⁶⁾. I sådanne tilfælde vil Kommissionen tage hensyn til, hvilke sikkerhedsforanstaltninger der er blevet truffet for at forhindre udveksling af følsomme oplysninger. En uafhængig ekspert eller et uafhængigt licensorgan kan i denne henseende spille en vigtig rolle ved at sikre, at produktions- og salgsdata, der kan være nødvendige for beregningen og kontrollen af licensafgifter, ikke udleveres til virksomheder, der er konkurrenter på de berørte markeder.

⁽⁹⁵⁾ Der findes nærmere oplysninger om informationsudveksling i de horisontale retningslinjer, punkt 55 ff., nævnt i fodnote 27.

⁽⁹⁶⁾ Se John Deere-dommen, jf. fodnote 11.

260. Der bør gøres en særlig indsats for at etablere sådanne sikringsforanstaltninger, hvis implicerede parter samtidig deltager i bestræbelser på at danne puljer med konkurrerende standarder, når dette kan føre til udveksling af følsomme oplysninger mellem konkurrerende puljer.

»Sikker havn«

261. Puljens oprettelse og administration, herunder meddelelse af licens, falder normalt uden for traktatens artikel 101, stk. 1, uanset parternes markedsstilling, hvis alle de følgende betingelser er opfyldt:

- a) der er uhindret adgang for alle interesserede ejere af teknologirettigheder til at deltage i oprettelsen af puljen
- b) der er truffet tilstrækkelige foranstaltninger til at sikre, at det kun er essentielle teknologier (som derfor nødvendigvis også er komplementære), der indgår i puljen
- c) der er truffet tilstrækkelige foranstaltninger til at sikre, at udveksling af følsomme oplysninger (såsom prisfastsættelse og produktionsdata) begrænses til, hvad der er nødvendigt for at oprette og administrere puljen
- d) der meddeles licens på teknologierne i puljen på ikke-eksklusivt grundlag
- e) der meddeles licens på teknologierne i puljen til alle potentielle licenstagere på fair, fornuftige og ikke-diskriminerende vilkår (FRAND⁽⁹⁷⁾)
- f) de parter, der har overført teknologi til puljen, og licenstagere har mulighed for at anfægte, hvorvidt puljeteknologierne lever op til gyldighedskriterierne, og om de er essentielle, og
- g) de parter, der har overført teknologi til puljen, og licenstagere har mulighed for at udvikle konkurrerende produkter og teknologier.

Uden for den »sikre havn«

262. Når der i puljen indgår væsentlige, men ikke-essentielle, komplementære patenter, er der risiko for, at markedet afskærmes for teknologier tilhørende tredjeparter. Når først en teknologi optages i puljen og gives i licens som en del af den samlede pakke, vil licenstagere næppe have nogen særlig tilskyndelse til at søge licens på en konkurrerende teknologi, når de royalties, der betales for pakken, allerede dækker en stedfortrædertechnologi. Optagelsen af teknologier, der ikke er nødvendige for fremstillingen af

det eller de produkter eller gennemførelsen af den eller de processer, som puljen har relation til, tvinger, ligesom opfyldelse af den standard, som puljeteknologien er omfattet af, også licenstagere til at betale for teknologi, de måske ikke har behov for. Optagelsen af en sådan komplementær teknologi må således betragtes som kollektiv »bundling«. Når en pulje omfatter ikke-essentielle teknologier, vil aftalen sandsynligvis falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1, hvis puljen indtager en stærk position på et relevant marked.

263. Eftersom der kan udvikles stedfortrædertechnologier og komplementære teknologier efter oprettelsen af puljen, ophører behovet for at vurdere, hvad der er essentielt, ikke nødvendigvis med puljens oprettelse. En teknologi kan blive ikke-essentielt efter puljens oprettelse som følge af tredjeparters udvikling af nye teknologier. Når puljen er blevet opmærksom på, at en sådan ny tredjepartsteknologi tilbydes og efterspørges af licenstagere, kan markedsafskærmingsproblemer undgås ved at tilbyde nye og eksisterende licenstagere licens uden den nu ikke-essentielle teknologi til en tilsvarende reduceret royalty-sats. Der kan imidlertid også være andre metoder til at forhindre denne markedsafskærmning.

264. I forbindelse med sin vurdering af teknologipuljer, der omfatter ikke-essentielle, men komplementære teknologier, vil Kommissionen i sin samlede vurdering blandt andet tage hensyn til følgende faktorer:

- a) om der er konkurrencefremmende årsager til at inkludere de ikke-essentielle teknologier i puljen, f.eks. på grund af de omkostninger, der i lyset af det store antal teknologier i puljen er forbundet med at vurdere, om alle teknologierne er essentielle
- b) om licensgiverne fortsat har mulighed for at meddele licens på deres respektive teknologier på uafhængig vis: når puljen består af et begrænset antal teknologier, og der findes stedfortrædertechnologier uden for puljen, kan licenstagere nære ønske om at sammensætte deres egne teknologipakker bestående dels af teknologier fra puljen, dels af teknologier tilhørende tredjeparter
- c) om puljeteknologierne, når de tjener forskellige anvendelsesformål, hvoraf nogle ikke nødvendiggør brug af samtlige puljeteknologier, alene tilbydes som en samlet pakke, eller om de også tilbydes i særskilte pakker omfattende alene de til det specifikke anvendelsesformål relevante teknologier: i sidstnævnte tilfælde er teknologier, som ikke er essentielle for et bestemt produkt eller en bestemt fremstillingsproces, ikke bundet til essentielle teknologier
- d) om der kun er adgang til puljeteknologierne som en samlet pakke, eller om licenstagere har mulighed for at tage licens på kun en del af pakken og opnå en

⁽⁹⁷⁾ Der findes nærmere oplysninger om FRAND i de horisontale retningslinjer, punkt 287 ff., nævnt i fodnote 27.

modsvarende nedsættelse af royalty-betalingen. Muligheden for at tage licens på kun en del af pakken kan mindske risikoen for, at markedet afskærms for tredjemands teknologier uden for puljen, navnlig hvis licenstagere opnår en modsvarende nedsættelse af royalty-betalingen. Dette forudsætter, at hver enkelt teknologi i puljen tildeles en bestemt andel af de samlede licensafgifter. Når licensaftaler, der er indgået mellem puljen og de individuelle licenstagere, har en forholdsvis lang løbetid, og teknologien i puljen understøtter en *de facto* industristandard, skal der tages højde for, at puljen kan medføre afskærmning af markedet for nye teknologier, der kan substituere teknologien i puljen. Ved vurdering af risikoen for markedsafskærmning i sådanne sager er det relevant at tage hensyn til, om licenstagere med et rimeligt varsel kan opsige dele af licensaftalen og opnå en modsvarende nedsættelse af royalty-betalingen.

265. Selv teknologipuljeordninger, der begrænser konkurrencen, kan resultere i konkurrencefremmende effektivitetsgevinster (jf. punkt 244) der må vurderes efter traktatens artikel 101, stk. 3, og vejes op mod de negative følger for konkurrencen. Hvis en teknologipulje f.eks. omfatter ikke-essentielle patenter, men opfylder alle andre kriterier for »sikker havn«, jf. punkt 260, er det sandsynligt, at betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3, er opfyldt, hvis der er konkurrencefremmende årsager til at inkludere ikke-essentielle patenter i puljen (jf. punkt 263), og hvis licenstagere har mulighed for at tage licens på kun en del af pakken og opnå en tilsvarende nedsættelse af licensafgiften (se punkt 263).

4.4.2. Vurdering af individuelle begrænsninger i aftaler mellem puljen og dens licenstagere

266. Hvis aftalen om at oprette en teknologipulje ikke udgør en overtrædelse af traktatens artikel 101, består næste skridt i at vurdere den samlede indvirkning på konkurrencen af de licenser, hvorom der er truffet aftale mellem puljen og licenstagere. De vilkår, på hvilke disse licenser meddeles, kan falde ind under traktatens artikel 101, stk. 1. Formålet med dette afsnit er at se nærmere på nogle begrænsninger, som i en eller anden form ofte findes i aftaler om licens meddelt fra teknologipuljer, og som skal vurderes som led i den overordnede bedømmelse af puljen. Gruppefritagelsesforordningen finder generelt ikke anvendelse på licensaftaler indgået mellem puljen og tredjeparter (jf. punkt 246). Dette afsnit omhandler derfor den individuelle vurdering af licensproblemer, der er særlige for meddelelse af licens via teknologipuljer.

267. Kommissionen vil bygge sin vurdering af teknologioverførselsaftaler mellem puljen og licenstagere på følgende hovedprincipper:

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

b) jo stærkere puljens markedsstilling, desto større er sandsynligheden for, at en aftale om ikke at meddele licens til alle potentielle licenstagere eller om at meddele licens på diskriminerende vilkår, udgør en overtrædelse af traktatens artikel 101

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

d) teknologioverførselsaftalerne må ikke indeholde nogen af de hardcore-begrænsninger, der er opført i gruppefritagelsesforordningens artikel 4 (jf. afsnit 3.4).

268. Virksomheder, der opretter en teknologipulje, som er forenelig med traktatens artikel 101, kan som regel frit forhandle om og fastsætte royalties for teknologipakken, med forbehold af enhver forpligtelse til at meddele licens på rimelige, fornuftige og ikke-diskriminerende vilkår (FRAND), og hver enkelt teknologis andel af disse royalties enten før eller efter fastsættelsen af standarden. En aftale herom er væsentlig for oprettelsen af puljen og kan ikke i sig selv betragtes som konkurrencebegrænsende. Under visse omstændigheder kan det være mere fordelagtigt at indgå en aftale om puljens royalties før valget af standard, da man dermed kan forhindre, at valget af standard medfører en højere licensafgift, idet en eller flere essentielle teknologier gives en betydelig grad af markedsstyrke. Licenstagere skal imidlertid fortsat have ret til selv at bestemme prisen på de produkter, de producerer på licens.

269. Når puljen indtager en dominerende stilling på markedet, bør royalties og andre licensbetingelser være rimelige og ikke-diskriminerende, og licenserne bør ikke være eksklusive⁽⁹⁸⁾. Disse krav er nødvendige for at sikre, at puljen er åben og ikke fører til markedsafskærmning og andre konkurrencebegrænsninger på markeder i efterfølgende led. De udelukker imidlertid ikke, at der kan beregnes forskellige royalty-satser for forskellige anvendelser. Det betragtes normalt ikke som konkurrencebegrænsende at anvende forskellige licensafgifter på forskellige produktmarkeder, men der må ikke forekomme nogen forskelsbehandling på det enkelte produktmarked. Behandlingen af puljens licenstagere bør især ikke afhænge af, om de også er licensgivere. Kommissionen vil derfor tage hensyn til, om licensgivere og licenstagere er underlagt de samme royalty-forpligtelser.

⁽⁹⁸⁾ Hvis en teknologipulje ikke har nogen markedsstyrke, vil meddelelse af licens fra puljen imidlertid normalt ikke være i strid med traktatens artikel 101, stk. 1, selv hvis disse betingelser ikke er opfyldt.

270. Licensgivere og licenstagere bør have ret til at udvikle konkurrerende produkter og standarder. De bør også have mulighed for at indgå licensaftaler uden for puljen. Disse krav er nødvendige for at begrænse risikoen for, at teknologier tilhørende tredjeparter holdes uden for markedet, og for at sikre, at puljen ikke bremser innovationen og ikke forhindrer konkurrerende teknologiske løsninger i at se dagens lys. Når en pulje indgår i en (*de facto*) industristandard, og når parterne er underlagt konkurrenceklausuler, opstår der en særlig risiko for, at puljen kan lægge hindringer i vejen for udvikling af nye og forbedrede teknologier og standarder.
271. Grant-back-forpligtelser bør være ikke-eksklusive og begrænses til udvikling, som er nødvendig eller vigtig for brugen af den teknologi, der indgår i puljen. Dette gør det muligt for puljen at videregive og drage fordel af forbedringer af den teknologi, der indgår i puljen. Parterne har en berettiget interesse i via grant-back-forpligtelser at sikre, at udnyttelsen af den teknologi, der indgår i puljen, ikke kan forsinkes af licenstagere, herunder underleverandører, som licenstageren har meddelt licens til, og som er i besiddelse af eller opnår essentielle patenter.
272. Et af de problemer, der er konstateret i relation til teknologipuljer, består i, at puljerne kan dække over ugyldige patenter. Samlingen af patenter i puljer kan gøre det dyrere og mere risikabelt at anfægte gyldigheden af patenter, for sagen kan falde til jorden, hvis blot ét af patenterne i puljen er gyldigt. Beskyttelse af ugyldige patenter i puljen kan resultere i højere licensafgifter for licenstagere og kan også hindre innovation på det område, der er dækket af et ugyldigt patent. I den forbindelse er det sandsynligt, at ikke-anfægtelsesklausuler, herunder opsigelsesklausuler⁽⁹⁹⁾, der indgår i en teknologioverførselsaftale mellem puljen og tredjeparter, falder ind under traktatens artikel 101, stk. 1.
273. Puljer omfatter ofte både patenter og ansøgninger herom. Hvis patentansøgere, der indgiver deres patentansøgninger til puljer, så vidt muligt benytter de patentansøgningsprocedurer, der sikrer hurtigere opnåelse af patent, kan der hurtigere opnås sikkerhed om gyldigheden og omfanget af disse patenter.

⁽⁹⁹⁾ Jf. afsnit 3.5.