

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

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

(2004/C 101/02)

(Voor de EER relevante tekst)

I. INLEIDING

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet voor de toetsing van overeenkomsten inzake technologieoverdracht aan artikel 81 van het Verdrag. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben betrekking op het in licentie geven van technologie, waarbij de licentiegever de licentienemer machtigt om de in licentie gegeven technologie te exploiteren voor de productie van goederen of diensten, overeenkomstig de definitie in artikel 1, lid 1, onder b) van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (de GVTO) ⁽¹⁾.
2. Het doel van de richtsnoeren is aanwijzingen te geven voor de toepassing van de GVTO, alsmede voor de toepassing van artikel 81 op overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten het toepassingsgebied van de GVTO vallen. De GVTO en de richtsnoeren doen geen afbreuk aan de eventuele gelijktijdige toepassing van artikel 82 van het Verdrag op licentieovereenkomsten ⁽²⁾.
3. De in deze richtsnoeren gegeven regels moeten worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elk geval. Dit sluit een mechanische toepassing uit. Elk geval moet worden beoordeeld op grond van de feitelijke omstandigheden en de richtsnoeren moeten op redelijke en soepele wijze worden toegepast. De gegeven voorbeelden dienen slechts ter illustratie en zijn niet exhaustief bedoeld. De Commissie zal in het kader van het nieuwe handhavingssysteem dat bij Verordening nr. 1/2003 ⁽³⁾ is ingevoerd, toezien op het functioneren van de GVTO en de richtsnoeren om na te gaan of wijzigingen noodzakelijk zijn.
4. Deze richtsnoeren doen geen afbreuk aan de interpretatie die mogelijk door het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg aan artikel 81 en de GVTO wordt gegeven.

II. ALGEMENE BEGINSELEN

1. Artikel 81 en intellectuele-eigendomsrechten

5. Het doel van artikel 81 in zijn geheel is de bescherming van de mededinging op de markt met het oog op de bevordering van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Artikel 81, lid 1, verbiedt alle overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen, alsmede besluiten van ondernemersverenigingen ⁽⁴⁾ die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden ⁽⁵⁾ en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst ⁽⁶⁾. Bij wijze van uitzondering op deze regel bepaalt artikel 81, lid 3, dat het verbod van artikel 81, lid 1, buiten toepassing kan worden verklaard voor overeenkomsten tussen ondernemingen die bijdragen tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn of hen de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

6. De wetgeving inzake intellectuele eigendom kent exclusieve rechten toe aan de houders van octrooien, auteursrechten, modelrechten, merken en andere wettelijk beschermde rechten. De eigenaar van intellectuele eigendom is krachtens de wetgeving inzake intellectuele eigendom gerechtigd ongeoorloofd gebruik van zijn intellectuele eigendom te voorkomen en deze te exploiteren, onder meer door haar in licentie te geven aan derden. Wanneer een product waarin een intellectuele-eigendomsrecht is verwerkt, door de houder of met zijn toestemming eenmaal binnen de EER op de markt is gebracht, is het intellectuele-eigendomsrecht uitgeput, dit wil zeggen dat de houder het niet langer kan gebruiken om zeggenschap te houden over de verkoop van het product ⁽⁷⁾ (beginsel van communautaire uitputting). De houder heeft krachtens de wetgeving inzake intellectuele eigendom niet het recht om verkopen door licentienemers of afnemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te verhinderen ⁽⁸⁾. Het beginsel van communautaire uitputting strookt met de wezenlijke functie van intellectuele-eigendomsrechten, die erin bestaat de houder het recht toe te kennen om anderen te beletten zijn intellectuele eigendom zonder zijn toestemming te exploiteren.
7. Het feit dat de wetgeving inzake intellectuele eigendom exclusieve exploitatierechten verleent, betekent niet dat intellectuele-eigendomsrechten geheel buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht vallen. De artikelen 81 en 82 zijn met name van toepassing op overeenkomsten waarbij een rechthebbende aan een andere onderneming een licentie geeft om zijn intellectuele-eigendomsrechten te exploiteren ⁽⁹⁾. Het betekent evenmin dat er noodzakelijkerwijs een conflict is tussen intellectuele-eigendomsrechten en de communautaire mededingingsregels. Beide groepen rechtsregels hebben immers hetzelfde fundamentele doel, namelijk de bescherming van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Innovatie is een wezenlijk en dynamisch bestanddeel van een open en concurrerende markteconomie. Intellectuele-eigendomsrechten bevorderen een dynamische mededinging doordat zij ondernemingen aanmoedigen om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen. Dat doet ook een vrije mededinging, omdat zij ondernemingen onder druk zet om te innoveren. Zowel intellectuele-eigendomsrechten als vrije mededinging zijn derhalve noodzakelijk om innovatie te bevorderen en een concurrerende exploitatie daarvan te waarborgen.

8. Bij de toetsing van licentieovereenkomsten aan artikel 81 mag niet uit het oog worden verloren dat voor de totstandkoming van intellectuele-eigendomsrechten vaak aanzienlijke investeringen vereist zijn en grote risico's moeten worden genomen. Om een dynamische mededinging niet te beperken en de prikkel tot innovatie te handhaven mag de innovator dan ook niet te veel worden beperkt in de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten die waardevol blijken te zijn. Daarom moet een innovator gewoonlijk het recht hebben om voor succesvolle projecten een vergoeding te vragen die toereikend is om investeringsprijkkels te handhaven, waarbij met mislukte projecten rekening wordt gehouden. Het in licentie geven van technologie kan ook inhouden dat de licentienemer aanzienlijke niet-recupereerbare investeringen moet doen in de in licentie gegeven technologie en de productiemiddelen die nodig zijn om deze te exploiteren. Artikel 81 kan niet worden toegepast zonder rekening te houden met dergelijke voorafgaande investeringen van de partijen en de risico's die daarmee verband houden. Het risico dat de partijen nemen en de niet-recupereerbare investering die moet worden vastgelegd kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst, naargelang van het geval, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.
9. Bij de toetsing van licentieovereenkomsten aan artikel 81 is het bestaande analytische kader soepel genoeg om afdoende rekening te houden met de dynamische aspecten van het in licentie geven van technologie. Er is geen vermoeden dat intellectuele-eigendomsrechten en licentieovereenkomsten op zichzelf aanleiding zouden geven tot bezwaren uit mededingingsoogpunt. De meeste licentieovereenkomsten zijn niet concurrentiebeperkend en brengen concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweeg. Het in licentie geven als zodanig is concurrentiebevorderend omdat het leidt tot de verspreiding van technologie en aanzet tot innovatie. Bovendien kunnen zelfs concurrentiebeperkende licentieovereenkomsten dikwijls concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweegbrengen, die in het licht van artikel 81, lid 3, dienen te worden onderzocht en moeten worden afgewogen tegen de negatieve effecten voor de mededinging⁽¹⁰⁾. Verreweg de meeste licentieovereenkomsten zijn derhalve verenigbaar met artikel 81.
- 2. Het algemene kader voor de toepassing van artikel 81**
10. Artikel 81, lid 1 verbiedt overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt. Deze bepaling is zowel van toepassing op beperkingen van de mededinging tussen de partijen bij een overeenkomst als op beperkingen van de mededinging tussen een van de partijen en derden.
11. Of een licentieovereenkomst de mededinging beperkt, moet worden beoordeeld binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich zou afspelen zonder de overeenkomst met zijn vermeende beperkingen⁽¹¹⁾. Bij het maken van deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de waarschijnlijke invloed van de overeenkomst op de *intertechnologiemededinging* (d.w.z. de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken) en op de *intratechnologiemededinging* (d.w.z. de mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken)⁽¹²⁾. Artikel 81, lid 1 verbiedt zowel beperking van de *intertechnologiemededinging* als van de *intratechnologiemededinging*. Er moet derhalve worden nagegaan in welke mate de overeenkomst deze twee aspecten van de mededinging op de markt beïnvloedt of zou kunnen beïnvloeden.
12. De volgende twee vragen kunnen hierbij een nuttige leidraad bieden. De eerste vraag heeft betrekking op de invloed van de overeenkomst op *intertechnologiemededinging*, de tweede vraag betreft de invloed van de overeenkomst op *intratechnologiemededinging*. Aangezien beperkingen beide vormen van mededinging tegelijkertijd kunnen beïnvloeden, kan het noodzakelijk zijn een beperking in het licht van beide vragen te onderzoeken alvorens kan worden vastgesteld of de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 81, lid 1:
- a) Beperkt de licentieovereenkomst de daadwerkelijke of potentiële concurrentie die zonder de desbetreffende overeenkomst zou hebben bestaan? Indien dat het geval is, valt de overeenkomst mogelijk onder het verbod van artikel 81, lid 1. Om dit te kunnen beoordelen moet rekening worden gehouden met de mededinging tussen de partijen onderling en die tussen de partijen en derden. Wanneer bijvoorbeeld twee ondernemingen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, elkaar wederzijds licenties verlenen voor concurrerende technologieën en de verbintenis aangaan geen producten te verkopen op elkaars thuismarkten, wordt de (potentiële) mededinging die vóór de overeenkomst bestond, beperkt. Ook wanneer een licentiegever aan zijn licentienemers de verplichting oplegt geen concurrerende technologieën te gebruiken en die verplichting de technologieën van derden uitsluit van de markt, wordt de daadwerkelijke of potentiële mededinging die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan, beperkt.
- b) Beperkt de overeenkomst de feitelijke of potentiële mededinging die zonder de contractuele beperking(en) zou hebben bestaan? Indien dat het geval is, valt de overeenkomst mogelijk onder het verbod van artikel 81, lid 1. Wanneer een licentiegever bijvoorbeeld zijn licentienemers verbiedt om met elkaar te concurreren, wordt de (potentiële) mededinging die zonder de beperkingen tussen de licentienemers had kunnen bestaan, beperkt. Dergelijke beperkingen omvatten verticale prijsbinding evenals beperkingen van het verkoopgebied of de klantenkring tussen licentienemers. In sommige gevallen is het evenwel mogelijk dat bepaalde beperkingen niet onder artikel 81, lid 1 vallen, namelijk wanneer de beperking objectief noodzakelijk is voor het sluiten van een overeenkomst van een dergelijk type of karakter⁽¹³⁾. Deze uitsluiting van de toepassing van artikel 81, lid 1 kan slechts plaatsvinden op basis van objectieve factoren die losstaan van de partijen zelf, en niet op grond van de subjectieve meningen en kenmerken van de partijen. De vraag is niet of de partijen in hun specifieke situatie er niet mee hadden ingestemd een minder beperkende overeenkomst te sluiten, maar of, gezien de aard van de overeenkomst en de kenmerken van de markt, een minder beperkende overeenkomst niet zou zijn gesloten door ondernemingen in een soortgelijke situatie. Zo kunnen bijvoorbeeld territoriale beperkingen in een overeenkomst tussen niet-concurrenten gedurende enige tijd buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen indien die beperkingen objectief gezien noodzakelijk zijn wil een licentienemer een nieuwe markt kunnen betreden. Evenzo is een aan alle licentienemers opgelegd verbod om aan bepaalde categorieën eindgebruikers te verkopen doorgaans niet concurrentiebeperkend indien een dergelijke beperking, om redenen van veiligheid of

gezondheid gezien de gevaarlijke aard van het betrokken product, objectief gezien noodzakelijk is. De bewering dat de leverancier zonder de overeenkomst zou zijn overgegaan tot verticale integratie is niet voldoende. Besluiten om al dan niet tot verticale integratie over te gaan, hangen af van een brede waaier van complexe economische factoren, waaronder een aantal interne overwegingen binnen de betrokken onderneming.

13. Bij de toepassing van het in het voorgaande punt uiteengezette analytische kader moet rekening worden gehouden met het feit dat artikel 81, lid 1, een onderscheid maakt tussen overeenkomsten die een beperking van de mededinging tot doel hebben en overeenkomsten die een mededingingsbeperking als gevolg hebben. Een overeenkomst of contractuele beperking valt slechts onder het verbod van artikel 81, lid 1, indien zij tot doel of als gevolg heeft de intertechnologiemededinging en/of de intratechnologiemededinging te beperken.
14. Beperkend door hun doel zijn mededingingsbeperkingen die door hun aard beperkend zijn. Dit zijn mededingingsbeperkingen waarvan het, in het licht van de door de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen, dermate waarschijnlijk is dat zij negatieve effecten voor de mededinging hebben dat het voor de toepassing van artikel 81, lid 1, niet noodzakelijk is aan te tonen dat er daadwerkelijke gevolgen zijn op de markt (¹⁴). Bovendien is het in geval van beperkingen door hun doel onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. De afweging of een overeenkomst al dan niet ten doel heeft de mededinging te beperken, geschiedt op basis van een aantal factoren. Deze factoren omvatten met name de inhoud van de overeenkomst en de objectieve oogmerken ervan. Het kan tevens noodzakelijk zijn rekening te houden met de context waarin de overeenkomst wordt toegepast of bedoeld is om te worden toegepast, of met de feitelijke gedragingen van de partijen op de markt (¹⁵). Met andere woorden, het kan noodzakelijk zijn de feiten die aan de overeenkomst ten grondslag liggen en de specifieke omstandigheden waaronder zij ten uitvoer wordt gelegd te onderzoeken alvorens kan worden vastgesteld of een bepaalde beperking al dan niet een „hardcore”-beperking van de mededinging vormt. De wijze waarop een overeenkomst daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd kan een beperking door het doel ervan aan het licht brengen, zelfs wanneer de formele overeenkomst geen uitdrukkelijke bepaling in die zin bevat. Het bewijs van de subjectieve intentie van de partijen om de mededinging te beperken is een relevante factor maar geen noodzakelijke voorwaarde. Voor licentieovereenkomsten gaat de Commissie ervan uit dat de beperkingen die zijn opgenomen in de lijst van meest ingrijpende beperkingen van de mededinging in artikel 4 van de GVTO, beperkend zijn door hun doel zelf.
15. Wanneer een overeenkomst niet mededingingsbeperkend door haar doel is, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende effecten heeft. Daarbij moet rekening worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen (¹⁶). Met andere woorden, de overeenkomst moet *waarschijnlijk* concurrentiebeperkende gevolgen hebben. Om beperking van de mededinging ten gevolge te hebben moet een licentieovereenkomst in zoverre de daadwerkelijke of potentiële mededinging ongunstig kunnen beïnvloeden dat zij met een behoorlijke mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen doet verwachten op het punt van prijzen, productie, innovatie of de verscheidenheid of kwaliteit van de goederen en diensten. Dergelijke ongunstige effecten dienen merkbaar te zijn (¹⁷). Merkbare concurrentieverstorende effecten zullen zich waarschijnlijk voordoen wanneer tenminste één van de partijen in zekere mate marktmacht heeft of verkrijgt en de overeenkomst bijdraagt tot het tot stand brengen, handhaven of versterken van die marktmacht dan wel de partijen in staat stelt van die marktmacht gebruik te maken. Marktmacht is het vermogen om gedurende een niet-onaanzienlijke periode een prijsniveau in stand te houden dat boven het niveau van concurrerende prijzen ligt c.q. om een productie in stand te houden die qua omvang, productkwaliteit en -diversiteit of qua innovatie beneden het concurrerende niveau ligt. De omvang van de marktmacht die normaal gesproken is vereist om te besluiten tot een inbreuk op artikel 81, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 82.
16. Om beperkingen te analyseren die mededingingsbeperkingen als gevolg hebben is het in de regel nodig de relevante markten af te bakenen. Doorgaans dient ook een onderzoek en beoordeling plaats te vinden van onder meer de aard van de betrokken producten en technologieën, de marktpositie van de partijen, de marktpositie van de concurrenten, de marktpositie van de afnemers, de aanwezigheid van potentiële concurrenten en de hoogte van de toetredingsdrempels. In sommige gevallen kan het evenwel mogelijk zijn rechtstreeks mededingingsbeperkende effecten aan te tonen door de marktgedragingen van de partijen bij de overeenkomst te analyseren. Het kan bijvoorbeeld mogelijk zijn aan te tonen dat een overeenkomst heeft geleid tot prijsstijgingen.
17. Licentieovereenkomsten hebben evenwel ook een aanzienlijk concurrentiebevorderend potentieel. Verreweg de meeste licentieovereenkomsten zijn zelfs concurrentiebevorderend. Licentieovereenkomsten kunnen innovatie in de hand werken doordat zij innovatoren de mogelijkheid bieden een rendement te halen waardoor zij althans gedeeltelijk hun onderzoeks- en ontwikkelingskosten kunnen dekken. Licentieovereenkomsten leiden ook tot een verspreiding van technologieën, hetgeen een waarde kan creëren doordat de productiekosten van de licentienemer worden verminderd of doordat hij in staat wordt gesteld nieuwe of verbeterde producten te produceren. Efficiëntieverbeteringen bij de licentienemer zijn dikwijls het resultaat van een combinatie van de technologie van de licentiegever en de productiemiddelen en technologieën van de licentienemer. Dit samenvoegen van complementaire productiemiddelen en technologieën kan leiden tot een configuratie van kosten en productie die anders niet had kunnen worden bereikt. Zo kan bijvoorbeeld de combinatie van een verbeterde technologie van de licentiegever met doeltreffendere productie- of distributiemethoden van de licentienemer de productiekosten verminderen of leiden tot de vervaardiging van een product van hogere kwaliteit. Licentiëring kan ook concurrentiebevorderend werken doordat het de belemmeringen voor de ontwikkeling en exploitatie van de eigen technologie van de licentienemer wegneemt. Met name in sectoren waar veel octrooien worden verleend heeft licentiëring dikwijls tot doel om vrijheid van ontwerp tot stand te brengen doordat het risico van inbreukvorderingen door de licentiegever wordt weggenomen. Wanneer de licentiegever ermee instemt zijn intellectuele-eigendomsrechten niet te gebruiken om de verkoop van producten door de licentienemer tegen te houden, neemt de overeenkomst een belemmering weg voor de verkoop van het product door de licentienemer, en bevordert zij aldus de mededinging in algemene zin.

18. Wanneer een licentieovereenkomst onder artikel 81, lid 1 valt, moeten de concurrentiebevorderende effecten van de overeenkomst in het kader van artikel 81, lid 3, worden afgewogen tegen de beperkende effecten. Wanneer aan elk van de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan, is de beperkende licentieovereenkomst geldig en afdwingbaar, zonder dat daartoe een voorafgaande beslissing vereist is⁽¹⁸⁾. „Hardcore”-beperkingen van de mededinging voldoen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dergelijke overeenkomsten voldoen over het algemeen niet aan (minstens) een van de eerste twee voorwaarden van artikel 81, lid 3. Zij creëren in de regel geen objectieve economische voordelen of voordelen voor de consument. Daarenboven voldoen dit soort overeenkomsten over het algemeen niet aan de onmisbaarheidstoets waarvan sprake is in de derde voorwaarde. Indien de partijen bijvoorbeeld de prijs vaststellen waartegen de op basis van de licentie vervaardigde producten moeten worden verkocht, zal dit in de regel leiden tot een geringere productie en een ondoeltreffende besteding van middelen, en uiteindelijk tot hogere prijzen voor de consument. De prijsbeperking is evenmin onmisbaar om de eventuele efficiëntieverbeteringen te bereiken die zouden voortvloeien uit het feit dat beide concurrenten over de twee technologieën beschikken.

3. Bepaling van de markt

19. De benadering van de Commissie ten aanzien van de definitie van de markt is terug te vinden in haar richtsnoeren inzake de bepaling van de relevante markt⁽¹⁹⁾. Hier wordt alleen ingegaan op die aspecten van de bepaling van de markt die van specifiek belang zijn bij het in licentie geven van technologie.
20. Technologie is een input, die verwerkt wordt in een product dan wel een productieproces. Het in licentie geven van technologie kan derhalve een invloed hebben op zowel inputmarkten als outputmarkten. Bijvoorbeeld, een overeenkomst tussen twee partijen die concurrerende producten verkopen en die elkaar wederzijds technologieën in licentie geven in verband met de productie van die producten, kan de mededinging op de betrokken productmarkt beperken. Zij kan tevens de concurrentie beperken op de technologiemarkt en mogelijk ook op andere inputmarkten. Voor de beoordeling van de mededingingseffecten van licentieovereenkomsten kan het derhalve noodzakelijk zijn zowel relevante markten voor goederen en diensten (productmarkten) als technologiemarkten af te bakenen⁽²⁰⁾. De term „productmarkt”, zoals gebruikt in artikel 3 van de GVTO, verwijst naar de relevante markten van goederen en diensten, met zowel een geografische als een productdimensie. Zoals duidelijk blijkt uit artikel 1, lid 1, onder j), van de GVTO wordt de term enkel gebruikt om de relevante markten van goederen en diensten te onderscheiden van de relevante technologiemarkten.
21. De GVTO en de onderhavige richtsnoeren betreffen de effecten op zowel de productmarkten voor eindproducten als de productmarkten voor halffabrikaten. De relevante productmarkt omvat producten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de kopers worden beschouwd als onderling verwisselbaar met, of substitueerbaar voor de contractproducten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt.
22. Technologiemarkten betreffen de in licentie gegeven technologie en haar substituten, d.w.z. andere technologieën die op grond van hun kenmerken, hun royalty's en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de licentienemers als onderling verwisselbaar met, of substitueerbaar voor de in licentie gegeven technologie worden beschouwd. De methode voor het afbakenen van technologiemarkten is gebaseerd op dezelfde beginselen als die welke bij de afbakening van productmarkten worden gehanteerd. Uitgaand van de technologie die door de licentiegever op de markt wordt gebracht, moet worden nagegaan op welke andere technologieën de licentienemers zouden kunnen overschakelen bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen, d.w.z. de royalty's. Een andere benadering bestaat erin de markt voor producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, in ogenschouw te nemen (zie punt 23).
23. Wanneer de relevante markten eenmaal zijn afgebakend, kunnen marktaandelen worden toegekend aan de diverse bronnen van concurrentie op de markt en worden gebruikt als een aanwijzing voor de relatieve sterkte van de marktdeelnemers. Bij technologiemarkten is een mogelijke werkwijze de marktaandelen te berekenen op basis van het aandeel van elke technologie in de totale licentieopbrengsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van de betrokken technologie vertegenwoordigt op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Dit zal echter dikwijls een louter theoretische veeleer dan praktische werkwijze zijn gezien het gebrek aan duidelijke informatie over royalty's enz. Een andere aanpak — en deze wordt in artikel 3, lid 3, van de GVTO toegepast — bestaat erin de marktaandelen op de technologiemarkt te berekenen aan de hand van de omzet van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, op de downstreamproductmarkten (zie punt 70). Bij deze benadering wordt rekening gehouden met alle verkopen op de relevante productmarkt, ongeacht of in het product een in licentie gegeven technologie is verwerkt. In het geval van technologiemarkten is de benadering van artikel 3, lid 3 waarbij rekening wordt gehouden met technologieën die (alleen) intern worden gebruikt, gerechtvaardigd. Deze aanpak geeft immers in het algemeen goed de sterkte van de technologie aan. Om te beginnen wordt rekening gehouden met eventuele potentiële concurrentie van ondernemingen die produceren op basis van een eigen technologie en die deze technologie wellicht in licentie zouden beginnen te geven bij een kleine maar duurzame stijging van de prijzen voor licenties. Zelfs indien het onwaarschijnlijk is dat andere technologiebezitters zouden beginnen te licentiëren, moet daarenboven worden vastgesteld dat de licentiegever niet noodzakelijk marktmacht heeft op de technologiemarkt, zelfs indien hij een groot aandeel heeft in de totale opbrengsten van licenties. Indien de downstreamproductmarkt concurrerend is, kan concurrentie op dat niveau de licentiegever daadwerkelijk aan banden leggen. Een verhoging van de royalty's upstream heeft invloed op de kosten van de licentienemer, maakt hem minder concurrerend en doet hem omzet verliezen. Als men uitgaat van het aandeel van de technologie op de productmarkt, wordt ook hiermee rekening gehouden en deze aanpak is derhalve normaliter een goede indicator voor de marktmacht van de licentiegever. Bij de beoordeling van individuele gevallen die buiten de vrijstelling van de GVTO vallen, kan het eventueel noodzakelijk zijn, indien dit praktisch mogelijk is, om beide werkwijzen toe te passen om de marktmacht van de licentiegever nauwkeuriger te bepalen.

24. Daarenboven moet er, afgezien van de vrijstelling van de GVTO, eveneens rekening mee worden gehouden dat een marktaandeel wellicht niet altijd een goede indicator is van de relatieve sterkte van beschikbare technologieën. De Commissie zal daarom onder meer tevens rekening houden met het aantal beschikbare onafhankelijke technologieën naast de technologieën die eigendom zijn van de partijen bij de overeenkomst, die de in licentie gegeven technologie tegen vergelijkbare kosten voor de gebruiker kunnen vervangen (zie punt 131).
25. Sommige licentieovereenkomsten kunnen invloed hebben op innovatiemarkten. Bij het onderzoeken van dergelijke effecten zal de Commissie zich echter doorgaans beperken tot een onderzoek van de invloed van de overeenkomst op de concurrentie binnen de bestaande product- en technologiemarkten (21). De mededinging op dergelijke markten kan worden beïnvloed door overeenkomsten die de invoering vertragen van verbeterde of nieuwe producten die metertijd de bestaande producten zullen vervangen. In dergelijke gevallen is innovatie een bron van potentiële concurrentie waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de invloed van de overeenkomst op de product- en technologiemarkten. In een beperkt aantal gevallen kan het echter nuttig en nodig zijn ook de innovatiemarkten af te bakenen. Dit is met name het geval wanneer de overeenkomst gevolgen heeft voor innovatie die gericht is op de totstandbrenging van nieuwe producten en wanneer in een vroeg stadium O&O-pools kunnen worden onderkend (22). In dergelijke gevallen kan worden nagegaan of na de overeenkomst een voldoende aantal concurrerende O&O-pools zal overblijven voor een daadwerkelijke mededinging op het gebied van innovatie.
- #### 4. Het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten
26. Over het algemeen vormen overeenkomsten tussen concurrenten een groter risico voor de mededinging dan overeenkomsten tussen niet-concurrenten. De mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken (intra-technologieconcurrentie tussen licentienemers) vormt evenwel een belangrijke aanvulling op de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken (inter-technologieconcurrentie). Zo kan intra-technologieconcurrentie bijvoorbeeld leiden tot lagere prijzen voor de producten waarin de betrokken technologie is verwerkt, hetgeen niet alleen de consumenten van die producten rechtstreeks en onmiddellijk voordeel kan opleveren, maar ook de concurrentie tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken verder kan aanwakkeren. In een licentiëringcontext moet er tevens rekening mee worden gehouden dat licentienemers hun eigen product verkopen. Zij zijn geen wederverkopers van een product dat door een andere onderneming is geleverd. Er is dus wellicht meer ruimte voor productdifferentiatie en mededinging gebaseerd op kwaliteit tussen licentienemers dan in het geval van verticale overeenkomsten voor de wederverkoop van producten.
27. Om de concurrentieverhouding tussen de partijen te bepalen, moet worden nagegaan of zij zonder de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn geweest. Indien de partijen zonder de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn geweest, worden zij geacht niet-concurrenten te zijn.
28. Wanneer de licentiegever en de licentienemer beiden actief zijn op dezelfde productmarkt of dezelfde technologiemarkt zonder dat een of beide partijen inbreuk kan maken op de intellectuele-eigendomsrechten van de andere partij, zijn zij *daadwerkelijke concurrenten* op de betrokken markt. De partijen worden geacht daadwerkelijke concurrenten op de technologiemarkt te zijn indien de licentienemer zijn technologie reeds in licentie geeft en de licentiegever de technologiemarkt betreedt door de licentienemer een licentie te verlenen voor een concurrerende technologie.
29. De partijen worden geacht *potentiële concurrenten* op de productmarkt te zijn, indien zij zonder de overeenkomst en zonder inbreuk te maken op de intellectuele-eigendomsrechten van de andere partij, waarschijnlijk de vereiste extra investeringen hadden verricht om bij een kleine maar duurzame stijging van de productprijzen de relevante markt te betreden. Om een realistische concurrentiefactor te zijn is het noodzakelijk dat toetreding waarschijnlijk binnen een korte periode plaatsvindt. Normalgesproken is een periode van één à twee jaar passend. In individuele gevallen kunnen evenwel langere perioden in aanmerking worden genomen. De periode die reeds op de markt aanwezige ondernemingen nodig hebben om hun capaciteit aan te passen kan als maatstaf worden gebruikt om deze periode te bepalen. Zo zullen de partijen doorgaans als potentiële concurrenten op de productmarkt worden beschouwd wanneer de licentienemer op de ene geografische markt produceert op basis van zijn eigen technologie en op een andere geografische markt begint te produceren op basis van een in licentie gegeven concurrerende technologie. In een dergelijk geval zou de licentienemer waarschijnlijk de tweede geografische markt kunnen betreden op basis van zijn eigen technologie, tenzij dat wordt verhinderd door objectieve factoren, zoals het bestaan van blokkeringsoctrooien (zie punt 32).
30. De partijen worden geacht *potentiële concurrenten* op de technologiemarkt te zijn, indien zij beschikken over eigen substitueerbare technologieën maar in het specifieke geval de licentienemer zijn eigen technologie niet in licentie geeft, terwijl hij dat waarschijnlijk wel zou doen bij een kleine maar duurzame stijging van de technologieprijzen. Voor de toepassing van de GVTO wordt potentiële concurrentie op de technologiemarkt evenwel niet in aanmerking genomen (zie punt 66).

31. Soms kunnen de partijen na de sluiting van de overeenkomst concurrenten worden omdat de licentienemer een concurrerende technologie ontwikkelt en begint te exploiteren. In dergelijke gevallen moet er rekening mee worden gehouden dat de partijen ten tijde van de sluiting van de overeenkomst niet-concurrenten waren en dat de overeenkomst onder die omstandigheden werd gesloten. De Commissie zal haar aandacht derhalve voornamelijk richten op de invloed van de overeenkomst op de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen (concurrerende) technologie te exploiteren. Met name zal de lijst van „hardcore”-beperkingen die op overeenkomsten tussen concurrenten van toepassing is, niet op dergelijke overeenkomsten worden toegepast tenzij de overeenkomst later, nadat de partijen concurrenten zijn geworden, op een wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO). De ondernemingen die partij zijn bij een overeenkomst kunnen eveneens concurrenten worden na de sluiting van de overeenkomst wanneer de licentienemer reeds vóór het verwerven van de licentie op de productmarkt actief was en wanneer de licentiegever later de productmarkt betreedt, hetzij op basis van de in licentie gegeven technologie of van een nieuwe technologie. Ook in dit geval blijft de „hardcore”-lijst die voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten geldt, op de overeenkomst van toepassing tenzij deze later op een wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO).
32. Indien de partijen technologieën bezitten die in één richting of in twee richtingen een blokkeringspositie behelzen, worden de partijen geacht niet-concurrenten te zijn op de technologiemarkt. Van een blokkeringspositie in één richting is sprake wanneer een technologie niet kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op een andere technologie. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een octrooi betrekking heeft op de verbetering van een technologie die onder een andere octrooi valt. In dat geval veronderstelt de exploitatie van het verbeteringsoctrooi dat de houder een licentie verkrijgt op het basisoctrooi. Er is sprake van een blokkeringspositie in twee richtingen wanneer geen van beide technologieën kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op de andere en wanneer de houders derhalve van elkaar een licentie of een gebruiksrecht moeten verkrijgen. Bij de vaststelling of er een blokkeringspositie bestaat, zal de Commissie zich baseren op objectieve factoren en niet op het subjectieve standpunt van de partijen. Bijzonder overtuigend bewijsmateriaal van het bestaan van een blokkeringspositie is vereist wanneer de partijen er een gemeenschappelijk belang bij zouden hebben om aanspraak te maken op het bestaan van een blokkeringspositie om als niet-concurrenten te worden aangemerkt, bijvoorbeeld wanneer de beweerde blokkeringspositie in twee richtingen technologieën betreft die uit technisch oogpunt substitueerbaar zijn. Relevant bewijsmateriaal omvat rechterlijke beslissingen, met inbegrip van gerechtelijke bevelen en rapporten van onafhankelijke deskundigen. In het laatste geval zal de Commissie met name zorgvuldig nagaan hoe de deskundige is gekozen. Ook ander overtuigend bewijsmateriaal, zoals door de partijen aangevoerd deskundigenbewijs dat zij goede en geldige redenen hebben of hadden om te geloven dat er sprake is of was van een blokkeringspositie, kan evenwel van belang zijn om het bestaan van een blokkeringspositie te staven.
33. In sommige gevallen kan wellicht ook worden geconcludeerd dat, hoewel de licentiegever en de licentienemer concurrerende producten vervaardigen, zij niet-concurrenten zijn op de relevante productmarkt en op de relevante technologiemarkt, omdat de in licentie gegeven technologie een zo drastische innovatie inhoudt dat de technologie van de licentienemer achterhaald en niet meer concurrerend is. In dergelijke gevallen schept de technologie van de licentiegever een nieuwe markt of stoot zij de technologie van de licentienemer uit de markt. Vaak is het evenwel niet mogelijk tot deze conclusie te komen op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten. Gewoonlijk wordt pas wanneer de technologie of de producten waarin zij verwerkt is reeds enige tijd ter beschikking van de consument staan, duidelijk dat de oude technologie achterhaald en niet meer concurrerend is geworden. Toen bijvoorbeeld de cd-technologie werd ontwikkeld en de eerste spelers en schijfjes op de markt werden gebracht, was het niet duidelijk dat deze nieuwe technologie de lp-technologie zou vervangen. Dit is pas enkele jaren later duidelijk geworden. Bijgevolg zullen de partijen worden beschouwd als concurrenten indien het op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst niet duidelijk is dat de technologie van de licentienemer achterhaald en niet meer concurrerend is. Aangezien zowel artikel 81, lid 1, als artikel 81, lid 3, moeten worden toegepast met inachtneming van de feitelijke omstandigheden waarin de overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd, hebben wezenlijke wijzigingen in de feitelijke omstandigheden gevolgen voor de beoordeling. De classificatie van de verhouding tussen de partijen zal dan ook worden gewijzigd in een verhouding tussen niet-concurrenten indien later blijkt dat de technologie van de licentienemer achterhaald raakt en niet meer concurrerend is op de markt.

III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

1. De gevolgen van de groepsvrijstellingsverordening

34. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht die voldoen aan de in de GVTO gestelde voorwaarden, krijgen als groep ontheffing van het verbod van artikel 81, lid 1. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten zijn geldig in rechte en afdwingbaar. Dergelijke overeenkomsten kunnen alleen voor de toekomst worden verboden, en alleen na een intrekking van de groepsvrijstelling door de Commissie of door een mededingingsautoriteit van een lidstaat. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten kunnen door een nationale rechter in het kader van een geschil tussen particulieren niet op grond van artikel 81 ongeldig worden verklaard.
35. De groepsgewijze vrijstelling van categorieën overeenkomsten inzake technologieoverdracht is gebaseerd op het vermoeden dat dergelijke overeenkomsten — in zoverre zij onder artikel 81, lid 1, vallen — voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3. Vermoed wordt derhalve dat de overeenkomsten economische verbeteringen opleveren, dat de in de overeenkomsten opgenomen beperkingen onmisbaar zijn voor het bereiken van die verbeteringen, dat een billijk aandeel in de efficiëntieverbeteringen de gebruikers op de betrokken markten ten

goede zal komen en dat de overeenkomsten aan de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid zullen geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. De in de GVTO vervatte marktaandeeldrempels (artikel 3), lijst van „hardcore”-beperkingen (artikel 4) en uitgesloten beperkingen (artikel 5) beogen te garanderen dat alleen beperkende overeenkomsten die redelijkerwijs geacht mogen worden aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, te voldoen, onder de groepsvrijstelling vallen.

36. Zoals in deel IV wordt besproken vallen veel licentieovereenkomsten buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, ofwel omdat zij de mededinging in het geheel niet beperken, ofwel omdat deze beperking van de mededinging niet merkbaar is⁽²³⁾. Voor zover dergelijke overeenkomsten hoe dan ook onder de toepassing van de GVTO zouden vallen, is het niet nodig vast te stellen of zij onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen⁽²⁴⁾.
37. Buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling is het relevant te onderzoeken of de overeenkomst in het concrete geval onder het verbod van artikel 81, lid 1, valt, en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. Er bestaat geen vermoeden dat overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten de groepsvrijstelling vallen, onder het verbod van artikel 81, lid 1 vallen of onverenigbaar zijn met artikel 81, lid 3. Met name vormt het loutere feit dat de marktaandelen van de partijen boven de in artikel 3 van de GVTO gestelde marktaandeeldrempels liggen geen voldoende grond om te concluderen dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1 valt. Een individuele beoordeling van de waarschijnlijke gevolgen van de overeenkomst is vereist. Alleen wanneer de overeenkomsten „hardcore”-beperkingen bevatten, kan normaliter aangenomen worden dat zij verboden zijn krachtens artikel 81.

2. Toepassingsgebied en geldigheidsduur van de groepsvrijstellingsverordening

2.1. Overeenkomsten tussen twee partijen

38. Overeenkomstig artikel 2, eerste alinea, van de GVTO heeft de verordening betrekking op overeenkomsten inzake technologieoverdracht „tussen twee ondernemingen”. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen vallen niet onder de GVTO⁽²⁵⁾. Doorslaggevend voor het onderscheid tussen overeenkomsten tussen twee ondernemingen en multilaterale overeenkomsten is of de betrokken overeenkomst gesloten is tussen meer dan twee ondernemingen.
39. Overeenkomsten die gesloten zijn tussen twee ondernemingen vallen onder de toepassing van de GVTO, zelfs indien de overeenkomst voorwaarden bevat voor meer dan één handelsniveau. Zo is de GVTO bijvoorbeeld van toepassing op een licentieovereenkomst die niet alleen betrekking heeft op het productiestadium maar ook op het distributiestadium en die voorschrijft welke verplichtingen de licentienemer moet of mag opleggen aan wederverkopers van de producten die in licentie worden geproduceerd⁽²⁶⁾.
40. Licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen meer dan twee ondernemingen, geven vaak aanleiding tot dezelfde problemen als licentieovereenkomsten van dezelfde aard die tussen twee ondernemingen worden gesloten. Bij de individuele beoordeling van licentieovereenkomsten die van dezelfde aard zijn als die welke onder de groepsvrijstelling vallen maar die zijn gesloten tussen meer dan twee ondernemingen, zal de Commissie naar analogie die in de GVTO vervatte beginselen toepassen.

2.2. Overeenkomsten betreffende de productie van contractproducten

41. Uit artikel 2 volgt dat licentieovereenkomsten slechts onder de GVTO vallen indien zij betrekking hebben op „de productie van contractproducten”, d.w.z. producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt of die ermee zijn vervaardigd. Met andere woorden, onder de GVTO te vallen moet de licentie de licentienemer toestaan de in licentie gegeven technologie voor de productie van goederen of diensten te exploiteren (zie overweging 7 van de GVTO). De GVTO is niet van toepassing op technologiepools. Het begrip technologiepools slaat op overeenkomsten waarbij twee of meer partijen overeenkomen hun respectieve technologieën bijeen te brengen in een pool en deze als een pakket in licentie te geven. Het begrip technologiepools dekt tevens regelingen waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen een licentie te geven aan een derde en deze machtigen het technologiepakket verder in licentie te geven. Technologiepools worden onder IV.4 besproken.
42. De GVTO is van toepassing op licentieovereenkomsten voor de productie van contractproducten waarbij de licentienemer ook wordt gemachtigd om aan derden (sublicentienemers) licenties te verlenen voor in licentie gegeven technologie, mits de productie van contractproducten evenwel het primaire voorwerp van de overeenkomst is. Daarentegen is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die sublicentiëring als primair voorwerp hebben. De Commissie zal evenwel naar analogie de beginselen van de GVTO en deze richtsnoeren toepassen op dergelijke „hoofdlicentieovereenkomsten” tussen de licentiegever en de licentienemer. De overeenkomsten tussen de licentienemer en de sublicentienemers vallen onder de GVTO.
43. De term „contractproducten” omvat goederen en diensten die zijn geproduceerd met gebruikmaking van de in licentie gegeven technologie. Dit is zowel het geval wanneer de in licentie gegeven technologie wordt gebruikt in het productieproces als wanneer deze in het product zelf is verwerkt. In deze richtsnoeren worden met de term „producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt” beide situaties bedoeld. De GVTO is van toepassing in alle gevallen waarin technologie in licentie wordt gegeven met het oog op de productie van goederen of diensten. Het is in dit verband voldoende indien de licentiegever toezegt zijn intellectuele-eigendomsrechten niet tegen de licentienemer uit te oefenen. De essentie van een zuivere octrooilicentie is immers het recht om binnen de werkingssfeer van het exclusieve recht op het octrooi te opereren. Hieruit volgt dat de GVTO ook van toepassing is op zogenaamde overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten en schikkingen waarbij de licentiegever de licentienemer toestaat binnen de werkingssfeer van het octrooi te produceren.

44. De GVTO heeft tevens betrekking op „toelevering” waarbij de licentiegever technologie in licentie geeft aan de licentienemer, die zich ertoe verbindt op grond daarvan bepaalde producten exclusief voor de licentiegever te produceren. Toelevering kan ook behelzen dat de licentiegever apparatuur ter beschikking stelt die moet worden gebruikt bij de productie van de goederen en diensten die onder de overeenkomst vallen. Wil het laatstgenoemde soort toeleveringscontract onder de GVTO vallen, dan moet de in licentie gegeven technologie en niet de ter beschikking gestelde apparatuur het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen. Toelevering valt tevens onder de bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 81, lid 1, van het Verdrag⁽²⁷⁾. Volgens deze bekendmaking, die nog steeds van toepassing is, vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten uitsluitend voor de opdrachtgever te produceren in de regel niet onder artikel 81, lid 1. Andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling, kunnen echter wel onder het verbod van artikel 81 vallen⁽²⁸⁾.
45. De GVTO is eveneens van toepassing op overeenkomsten waarbij de licentienemer ontwikkelingswerkzaamheden moet verrichten alvorens een product of procédé tot stand te brengen dat klaar is voor commerciële exploitatie, in zoverre een contractproduct is bepaald. Ook al zijn dergelijke verdere werkzaamheden en investeringen noodzakelijk, toch is het voorwerp van de overeenkomst de productie van een bepaald contractproduct. Anderzijds zijn de GVTO en de richtsnoeren niet van toepassing op overeenkomsten waarbij een technologie in licentie wordt gegeven om de licentienemer in staat te stellen op verschillende gebieden verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten. Zo zijn de GVTO en de richtsnoeren bijvoorbeeld niet van toepassing op de licentiëring van een technologisch onderzoeksinstrument dat in het kader van verder onderzoekswerk wordt gebruikt. Het kader van de GVTO en de richtsnoeren is gebaseerd op de veronderstelling dat er een rechtstreekse band bestaat tussen de in licentie gegeven technologie en een bepaald contractproduct. Wanneer een dergelijke band niet bestaat zijn onderzoek en ontwikkeling het voornaamste voorwerp van de overeenkomst, en niet het op de markt brengen van een bepaald product; in dat geval is het analytische kader van de GVTO en de richtsnoeren wellicht niet geschikt. Om dezelfde redenen hebben de GVTO en de richtsnoeren geen betrekking op toelevering op het gebied van onderzoek en ontwikkeling, waarbij de licentienemer zich ertoe verbindt verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten op het gebied dat door de in licentie gegeven technologie wordt bestreken en het verbeterde technologiepakket aan de licentiegever terug te geven. Het voorwerp van dergelijke overeenkomsten is in hoofdzaak de levering van diensten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling met het doel de technologie te verbeteren, en niet de productie van goederen en diensten op basis van de in licentie gegeven technologie.
- ### 2.3. Het begrip overeenkomsten inzake technologieoverdracht
46. De GVTO en deze richtsnoeren hebben betrekking op overeenkomsten voor de overdracht van technologie. Volgens artikel 1, lid 1, onder b) en h), van de GVTO omvat het begrip „technologie” octrooien en octrooiaanvragen, gebruiksmodellen en aanvragen van gebruiksmodellen, rechten inzake tekeningen en modellen, kwekersrechten, topografieën van halfgeleiderproducten, aanvullende beschermingscertificaten voor geneesmiddelen of andere producten waarvoor dergelijke aanvullende beschermingscertificaten kunnen worden verkregen, auteursrechten op software en knowhow. De in licentie gegeven technologie moet de licentienemer in staat stellen om, met of zonder andere input, de contractproducten te produceren.
47. Knowhow wordt in artikel 1, lid 1, onder i), gedefinieerd als een geheel van niet-geoctrooide praktische kennis die voortvloeit uit ervaring en onderzoek en die geheim, wezenlijk en bepaald is. „Geheim” betekent dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is. „Wezenlijk” betekent dat de knowhow informatie omvat die belangrijk en nuttig is voor de productie van de producten die onder de licentieovereenkomst vallen, of voor de toepassing van het procédé waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft. Met andere woorden, de informatie moet in belangrijke mate bijdragen tot of bevorderlijk zijn voor de productie van de contractproducten. Wanneer de in licentie gegeven knowhow veeleer betrekking heeft op een product dan op een procédé, houdt deze voorwaarde in dat de knowhow nuttig is voor de productie van het contractproduct. Aan deze voorwaarde is niet voldaan wanneer het contractproduct op basis van vrij beschikbare technologie kan worden geproduceerd. Deze voorwaarde betekent echter niet dat het contractproduct een grotere waarde moet hebben dan de producten die met vrij beschikbare technologie worden vervaardigd. In het geval van procestechnologie houdt deze voorwaarde in dat de knowhow nuttig is in zoverre bij de sluiting van de overeenkomst redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze in staat is de concurrentiepositie van de licentienemer aanzienlijk te verbeteren, bijvoorbeeld door zijn productiekosten te verminderen. „Bepaald” betekent dat kan worden nagegaan of de in licentie gegeven knowhow aan de criteria van geheimzinnigheid en wezenlijkheid voldoet. Aan deze voorwaarde wordt voldaan wanneer de in licentie gegeven knowhow in een handleiding of in enig ander schriftelijk document wordt beschreven. In sommige gevallen is dit evenwel redelijkerwijs niet mogelijk. De in licentie gegeven knowhow kan uit praktische kennis bestaan waarover de werknemers van de licentiegever beschikken. De werknemers van de licentiegever kunnen bijvoorbeeld over geheime en wezenlijke kennis beschikken inzake een bepaald productieproces die in de vorm van een opleiding aan de werknemers van de licentienemer wordt overgedragen. In dergelijke gevallen is het voldoende in de overeenkomst de algemene aard van de knowhow te beschrijven en de werknemers te registreren die bij deze overdracht aan de licentienemer zullen worden betrokken of betrokken zijn geweest.
48. Het begrip „overdracht” houdt in dat de technologie moet overgaan van de ene onderneming naar de andere. Een dergelijke overdracht vindt normaliter plaats in de vorm van een licentie, waarbij de licentiegever aan de licentienemer het recht verleent om zijn technologie te gebruiken tegen betaling van royalty's. Het kan ook in de vorm van een sublicentie, waarbij een licentienemer, die daarvoor de toestemming van de licentiegever heeft, licenties verleent aan derden (sublicentienemers) voor de exploitatie van de technologie.

49. De GVTO is alleen van toepassing op overeenkomsten die als hun primaire voorwerp de overdracht van in die verordening gedefinieerde technologie hebben, en niet de aankoop van goederen en diensten of de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom. Overeenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de aan- en verkoop van producten vallen slechts onder de GVTO voorzover die bepalingen niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen en rechtstreeks verbonden zijn met de toepassing van de in licentie gegeven technologie. Dit zal doorgaans het geval zijn wanneer de verplicht aan te kopen producten bestaan uit apparatuur of inputs voor procédés die specifiek bestemd zijn om de in licentie gegeven technologie efficiënt te exploiteren. Indien het product daarentegen een gewone grondstof is voor de vervaardiging van het eindproduct, moet zorgvuldig worden nagegaan of de in licentie gegeven technologie het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt. Ingeval bijvoorbeeld de licentienemer reeds met behulp van een andere technologie een eindproduct vervaardigt, moet de licentie leiden tot een significante verbetering van het productieproces van de licentienemer, die de waarde van het van de licentiegever betrokken product overtreft. Het vereiste dat de gekoppelde producten verband moeten houden met de licentiëring van de technologie brengt mee dat de GVTO niet van toepassing is op de aankoop van producten die geen verband houden met de producten waarin de in licentie gegeven technologie wordt verwerkt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het gekoppelde product niet bestemd is om met het in licentie vervaardigde product te worden gebruikt, maar verband houdt met een activiteit op een afzonderlijke productmarkt.
50. De GVTO is slechts van toepassing op de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom, zoals merken en auteursrechten op andere werken dan software, voorzover die rechtstreeks verband houden met de exploitatie van de in licentie gegeven technologie en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat de groepsvrijstelling slechts geldt voor overeenkomsten betreffende andere soorten intellectuele-eigendomsrechten voorzover die andere intellectuele-eigendomsrechten dienen om de licentienemer in staat te stellen de in licentie gegeven technologie beter te exploiteren. De licentiegever kan bijvoorbeeld de licentienemer machtigen om zijn merk te gebruiken voor de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. De merklicentie maakt het de licentienemer wellicht mogelijk de in licentie gegeven technologie beter te exploiteren doordat de consumenten gemakkelijker een rechtstreeks verband kunnen leggen tussen het product en de kenmerken die het ontleent aan de in licentie gegeven technologie. Een verplichting voor de licentienemer om het merk van de licentiegever te gebruiken kan eveneens de verspreiding van de technologie bevorderen doordat de licentiegever zich beter kan bekendmaken als de bron van de technologie waarop de producten zijn gebaseerd. Wanneer de waarde van de in licentie gegeven technologie voor de licentienemer echter beperkt is omdat hij reeds een identieke of zeer vergelijkbare technologie gebruikt, en het belangrijkste voorwerp van de overeenkomst het merk is, is de GVTO niet van toepassing ⁽²⁹⁾.
51. De licentiëring van een auteursrecht met het oog op de verveelvoudiging en verspreiding van het beschermde werk, d.w.z. de productie van kopieën voor wederverkoop, wordt geacht vergelijkbaar te zijn met de licentiëring van technologie. Aangezien dergelijke licentieovereenkomsten betrekking hebben op de productie en verkoop van producten op grond van een intellectuele-eigendomsrecht, worden zij geacht van gelijke aard te zijn als overeenkomsten inzake technologieoverdracht en roepen zij normaliter soortgelijke problemen op. Hoewel de GVTO geen betrekking heeft op andere vormen van auteursrecht dan het auteursrecht inzake software, zal de Commissie als algemene regel de in de GVTO en onderhavige richtsnoeren neergelegde beginselen hantieren bij de toetsing van dit soort licentiëring.
52. De licentiëring van rechten op uitvoeringen en andere aan het auteursrecht verwante rechten daarentegen wordt geacht bijzondere kwesties met zich mee te brengen en het kan niet toepasselijk zijn dit soort licenties te beoordelen op basis van de beginselen die in deze richtsnoeren worden ontwikkeld. In het geval van de diverse rechten die betrekking hebben op uitvoeringen, wordt de waarde gecreëerd niet door de verveelvoudiging en verkoop van kopieën van een product maar door elke individuele uitvoering van het beschermde werk. Dit soort exploitatie kan diverse vormen aannemen, waaronder uitvoering, vertoning of verhuring van beschermd materiaal zoals films, muziek of sportgebeurtenissen. Bij de toepassing van artikel 81 moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van het werk en de wijze waarop het wordt geëxploiteerd ⁽³⁰⁾. Beperkingen inzake wederverkoop geven wellicht in mindere mate aanleiding tot mededingingsbezwaren, terwijl zich wel bijzondere problemen kunnen voordoen wanneer licentiegevers hun licentienemers ertoe verplichten de door één licentiegever verkregen gunstiger voorwaarden tot elk van de licentiegevers uit te breiden. De Commissie zal de GVTO en deze richtsnoeren derhalve niet naar analogie toepassen op de licentiëring van deze andere rechten.
53. De Commissie zal de in de GVTO en deze richtsnoeren ontwikkelde beginselen evenmin uitbreiden tot merklicenties. Merklicenties worden vaak verleend in het kader van de distributie en wederverkoop van goederen en diensten, en leunen over het algemeen nauwer aan bij distributieovereenkomsten dan bij technologieovereenkomsten. Wanneer een merklicentie rechtstreeks verband houdt met het gebruik, de verkoop of wederverkoop van goederen en diensten en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt, valt de licentieovereenkomst onder de toepassing van Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ⁽³¹⁾.

2.4. Duur van de vrijstelling

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

55. De groepsvrijstelling geldt voor elk in licentie gegeven eigendomsrecht dat onder de overeenkomst valt, en vervalt op het ogenblik van het verstrijken, de nietigverklaring of de algemene bekendwording van het laatste intellectuele-eigendomsrecht dat als „technologie” wordt beschouwd in de zin van de GVTO (zie punt 46).
- 2.5. Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen**
56. De GVTO heeft betrekking op overeenkomsten tussen twee ondernemingen betreffende het in licentie geven van technologie met het oog op de productie van contractproducten. Technologie kan evenwel ook een onderdeel vormen van andere soorten overeenkomsten. Daarenboven worden de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is vervolgens op de markt verkocht. Bijgevolg moet de relatie worden onderzocht tussen de GVTO en Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten⁽³²⁾, Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten⁽³³⁾ en Verordening (EG) nr. 2790/1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen⁽³⁴⁾.
- 2.5.1. De groepsvrijstellingsverordeningen inzake specialisatie- en O&O-overeenkomsten*
57. Volgens artikel 1, lid 1, onder c), van Verordening (EG) nr. 2658/2000 inzake specialisatieovereenkomsten heeft die verordening onder meer betrekking op overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie, waarbij twee of meer ondernemingen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te produceren. De verordening is ook van toepassing op bepalingen betreffende de verkoop of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten, voorzover die niet het voornaamste voorwerp van de overeenkomst vormen, maar rechtstreeks daarmee verband houden en voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk zijn.
58. Wanneer ondernemingen een productie joint venture oprichten en aan deze gemeenschappelijke onderneming een licentie geven om technologie te exploiteren die wordt gebruikt bij de productie van de producten die door de gemeenschappelijke onderneming worden vervaardigd, valt die licentie onder Verordening (EG) nr. 2658/2000 en niet onder de GVTO. Licenties in het kader van een productie joint venture dienen derhalve normaliter te worden getoetst aan Verordening (EG) nr. 2658/2000. Wanneer de joint venture echter aan derden licenties op de technologie verleent, heeft deze activiteit geen verband met de productie door de joint venture zelf en valt zij derhalve niet onder die verordening. Dergelijke licentieregelingen, waarbij de technologieën van de partijen worden bijeengebracht, zijn technologiepools, waarop onder IV.4 nader wordt ingegaan.
59. Verordening (EG) nr. 2659/2000 inzake onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten heeft betrekking op overeenkomsten waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling te verrichten en gemeenschappelijk de resultaten daarvan te exploiteren. Volgens artikel 2, punt 11, geschieden onderzoek en ontwikkeling, en de exploitatie van de resultaten ervan, gemeenschappelijk wanneer de daarmee verbonden taken door een gemeenschappelijke werkgroep, een gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke ondernemingen worden verricht, gemeenschappelijk aan een derde partij worden toevertrouwd, of onder de partij volgens specialisatie bij onderzoek, ontwikkeling, productie en distributie (met inbegrip van licentiëring) worden verdeeld.
60. Daaruit volgt dat Verordening (EG) nr. 2659/2000 van toepassing is op licentiëring tussen de partijen en op licentiëring door de partijen aan een gemeenschappelijke eenheid in het kader van een onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst. In het kader van een dergelijke overeenkomst kunnen de partijen tevens de voorwaarden vaststellen voor het in licentie geven van de vruchten van de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst aan derden. Aangezien derden-licentienemers evenwel geen partijen zijn bij de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst, valt een individuele licentieovereenkomst die met derden wordt gesloten niet onder Verordening (EG) nr. 2659/2000. Voor dergelijke licentieovereenkomsten geldt een groepsvrijstelling uit hoofde van de GVTO indien zij aan de voorwaarden van die verordening voldoen.
- 2.5.2. De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten*
61. Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie inzake verticale overeenkomsten heeft betrekking op overeenkomsten die worden gesloten tussen twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Zij is dus van toepassing op leverings- en distributieovereenkomsten⁽³⁵⁾.
62. Aangezien de GVTO alleen betrekking heeft op overeenkomsten tussen twee partijen en een licentienemer die producten verkoopt waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt een leverancier is in de zin van Verordening (EG) nr. 2790/1999, bestaat er een nauw verband tussen deze twee groepsvrijstellingsverordeningen. De overeenkomst tussen de licentiegever en de licentienemer valt onder de GVTO, terwijl overeenkomsten tussen een licentienemer en zijn afnemers onderworpen zijn aan Verordening (EG) nr. 2790/1999 en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁽³⁶⁾.
63. De GVTO verleent ook een groepsvrijstelling voor overeenkomsten tussen de licentiegever en de licentienemer wanneer de overeenkomst aan de licentienemer verplichtingen oplegt met betrekking tot de wijze waarop hij de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt moet verkopen. Met name kan de licentienemer ertoe verplicht worden een bepaald type distributiesysteem op te zetten, zoals exclusieve of selectieve distributie. Om in aanmerking te komen voor een groepsvrijstelling moeten de distributieovereenkomsten die voor het nakomen van die verplichtingen worden gesloten

evenwel in overeenstemming zijn met Verordening (EG) nr. 2790/1999. De licentiegever kan de licentienemer bijvoorbeeld verplichten een systeem op te zetten dat gebaseerd is op exclusieve distributie volgens bepaalde regels. Uit artikel 4, onder b), van Verordening (EG) nr. 2790/1999 kan evenwel worden afgeleid dat passieve verkoop in het gebied van andere exclusieve distributeurs geoorloofd moet zijn.

64. Voorts moet het de distributeurs in principe vrij staan zowel actief als passief te verkopen in gebieden die bestreken worden door de distributiesystemen van andere licentienemers die op basis van de in licentie gegeven technologie hun eigen producten vervaardigen. Dit komt doordat, voor de toepassing van Verordening (EG) nr. 2790/1999, elke licentienemer een afzonderlijke leverancier is. De redenen die aan de door die verordening verleende groepsvrijstelling ten grondslag liggen, kunnen echter eveneens gelden wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is door de licentienemers verkocht worden onder een gemeenschappelijke merknaam, die aan de licentiegever toebehoort. Wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is onder een gemeenschappelijke merknaam verkocht worden, kunnen dezelfde doelmatigheidsgronden een reden zijn om dezelfde soorten beperkingen toe te passen tussen distributiesystemen van licentienemers onderling als binnen een enkel verticaal distributiesysteem. In dergelijke gevallen is het onwaarschijnlijk dat de Commissie beperkingen zou aanvechten wanneer naar analogie aan de vereisten van Verordening (EG) nr. 2790/1999 is voldaan. Wil er sprake zijn van verkoop onder een gemeenschappelijke merknaam, dan moeten de producten worden verkocht en op de markt gebracht onder eenzelfde merknaam die bepalend is voor het uitdrukken van kwaliteit en het overbrengen van andere relevante informatie aan de consument. Het is niet voldoende dat het product naast de merknamen van de licentienemers ook die van de licentiegever draagt, die hem identificeert als de bron van de in licentie gegeven technologie.
- 3. De door de groepsvrijstellingsverordening geboden veilige haven**
65. Krachtens artikel 3 van de GVTO geldt de groepsvrijstelling voor beperkende overeenkomsten slechts beneden bepaalde marktaandeeldrempels, die de werkingssfeer van de groepsvrijstelling beperken tot overeenkomsten die, hoewel zij soms de mededinging beperken, over het algemeen geacht mogen worden te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Buiten de veilige haven die door de marktaandeeldrempels wordt geschapen, is individuele beoordeling van overeenkomsten vereist. Het feit dat marktaandelen de drempels overschrijden doet geen vermoeden ontstaan dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1 valt of dat de overeenkomst niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 voldoet. Indien er geen sprake is van „hardcore”-beperkingen moet een marktonderzoek worden uitgevoerd.
66. Welke marktaandeeldrempel in verband met de door de GVTO geboden veilige haven van toepassing is, hangt af van de vraag of de overeenkomst is gesloten tussen concurrenten of niet-concurrenten. Voor de toepassing van de GVTO zijn ondernemingen concurrenten op de relevante technologiemarkt wanneer zij concurrerende technologieën in licentie geven. Potentiële concurrentie op de technologiemarkt wordt niet in aanmerking genomen voor de toepassing van de marktaandeeldrempels of van de „hardcore”-beperkingen. Buiten de veilige haven van de GVTO wordt met potentiële mededinging op de technologiemarkt rekening gehouden, maar dit leidt niet tot de toepassing van de lijst van „hardcore”-beperkingen voor overeenkomsten tussen concurrenten (zie ook punt 31).
67. Ondernemingen zijn concurrenten op de betrokken productmarkt wanneer zij beide actief zijn op dezelfde product- en geografische markt(en) waarop de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, worden verkocht (daadwerkelijke concurrenten). Zij worden eveneens als concurrenten beschouwd wanneer het waarschijnlijk is dat zij, op grond van realistische verwachtingen, de noodzakelijke bijkomende investeringen zouden doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten zouden maken om bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen binnen een redelijk korte termijn⁽³⁷⁾ de relevante product- en geografische markt(en) te betreden (potentiële concurrenten).
68. Uit de punten 66 en 67 volgt dat twee ondernemingen geen concurrenten zijn in de zin van de GVTO wanneer de licentiegever noch een feitelijke noch een potentiële leverancier van producten is op de relevante markt en de licentienemer — die reeds aanwezig is op de productmarkt — geen licenties verleent op een concurrerende technologie, zelfs indien hij een concurrerende technologie bezit en op basis daarvan produceert. De partijen worden evenwel concurrenten indien de licentienemer op een later tijdstip zijn technologie in licentie begint te geven of indien de licentiegever een daadwerkelijke of potentiële leverancier van producten op de relevante markt wordt. In dat geval blijft de „hardcore”-lijst die geldt voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten, op de overeenkomst van toepassing tenzij deze vervolgens op een wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3 van de GVTO en punt 31).
69. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten is de marktaandeeldrempel 20 % en in het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten is die 30 % (zie artikel 3, leden 1 en 2 van de GVTO). Wanneer de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst geen concurrenten zijn, valt de overeenkomst onder de groepsvrijstelling voor zover het marktaandeel van geen van de partijen op de betrokken relevante technologie- en productmarkten groter is dan 30 %. Indien de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst concurrenten zijn, valt de overeenkomst onder de groepsvrijstelling voor zover het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de relevante technologie- en productmarkten niet groter is dan 20 %. De marktaandeeldrempels gelden zowel voor de technologiemarkten als voor de markten van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Indien de toepasselijke marktaandeeldrempel op een van de betrokken relevante markten wordt overschreden, is de groepsvrijstelling voor de overeenkomst niet van toepassing op die relevante markt. Indien de licentieovereenkomst bijvoorbeeld betrekking heeft op twee afzonderlijke productmarkten of twee afzonderlijke geografische markten, is het mogelijk dat de groepsvrijstelling op een van de markten van toepassing is en niet op de andere.

70. Voor technologiemarkten dient het marktaandeel van de licentiegever, overeenkomstig artikel 3, lid 3 van de GVTO, te worden berekend op basis van de verkopen door de licentiegever en al zijn licentienemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en wel voor elke relevante markt afzonderlijk⁽³⁸⁾. Wanneer de partijen concurrenten zijn op de technologiemarkt, moet de verkoop van producten waarin de eigen technologie van de licentienemer is verwerkt worden opgeteld bij de verkoop van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. In het geval van nieuwe technologieën die nog geen verkoop hebben opgeleverd, wordt een marktaandeel van 0 % toegekend. Wanneer met de verkoop wordt begonnen, begint de technologie een marktaandeel op te bouwen.
71. Voor productmarkten dient het marktaandeel van de licentienemer te worden berekend op basis van de verkoop, door de licentienemer, van producten waarin de technologie van de licentiegever is verwerkt en van concurrerende producten, d.w.z. de totale omzet van de licentienemer op de betrokken productmarkt. Wanneer de licentiegever tevens een leverancier van producten is op de relevante markt, moet de omzet van de licentiegever op de betrokken productmarkt eveneens in aanmerking worden genomen. Bij de berekening van de marktaandelen op productmarkten wordt evenwel met de omzet van andere licentienemers geen rekening gehouden bij de berekening van het marktaandeel van de licentienemer en/of de licentiegever.
72. De marktaandelen dienen te worden berekend aan de hand van gegevens betreffende de waarde van de verkopen voorzover die beschikbaar zijn. Die gegevens geven normaliter een nauwkeurigere indicatie van de sterkte van een technologie dan gegevens betreffende het verkochte volume. Wanneer gegevens betreffende de waarde van de verkopen echter niet beschikbaar zijn, kan gebruik worden gemaakt van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder gegevens betreffende de omvang van de verkopen op de markt, gebaseerd zijn.
73. De hierboven uiteengezette beginselen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de volgende voorbeelden:

*Licentiëring tussen niet-concurrenten*Voorbeeld 1

Onderneming A is gespecialiseerd in de ontwikkeling van biotechnologische producten en technieken en heeft een nieuw product, Xeran, ontwikkeld. Zij houdt zich niet zelf bezig met de productie van Xeran, waarvoor zij noch de productie- noch de distributiefaciliteiten heeft. Onderneming B is een van de producenten van concurrerende producten, die worden vervaardigd op basis van vrij toegankelijke, niet-beschermden technologieën. In jaar 1 verkocht B voor 25 miljoen EUR aan producten die op basis van vrij toegankelijke technologie waren vervaardigd. In jaar 2 verleent A een licentie aan B voor de productie van Xeran. In dat jaar verkoopt B voor 15 miljoen EUR producten op basis van vrij toegankelijke technologieën en voor 15 miljoen EUR Xeran. In jaar 3 en de daaropvolgende jaren produceert en verkoopt B alleen Xeran, voor een bedrag van 40 miljoen EUR per jaar. Daarnaast verleent A in jaar 2 tevens een licentie aan C. C was niet eerder actief op die productmarkt. C produceert en verkoopt uitsluitend Xeran, voor 10 miljoen EUR in jaar 2 en voor 15 miljoen EUR in jaar 3 en de daaropvolgende jaren. Het is vastgesteld dat de totale markt voor Xeran en vervangproducten, waarop B en C actief zijn, een waarde van 200 miljoen EUR per jaar vertegenwoordigt.

In jaar 2, het jaar waarin de licentieovereenkomst wordt gesloten, bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 0 %, aangezien dit marktaandeel moet worden berekend op basis van de totale verkoop van Xeran in het voorafgaande jaar. In jaar 3 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 12,5 %, hetgeen de waarde vertegenwoordigt van de in het voorafgaande jaar 2 door B en C geproduceerde Xeran. In jaar 4 en in de daaropvolgende jaren bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 27,5 %, hetgeen de waarde vertegenwoordigt van de in het voorafgaande jaar door B en C geproduceerde Xeran.

In jaar 2 bedraagt het marktaandeel van B op de productmarkt 12,5 %, hetgeen de 25 miljoen EUR omzet van B in jaar 1 vertegenwoordigt. In jaar 3 bedraagt het marktaandeel van B 15 %, omdat haar omzet is gestegen tot 30 miljoen EUR in jaar 2. In jaar 4 en in de daaropvolgende jaren bedraagt het marktaandeel van B 20 %, met een jaaromzet van 40 miljoen EUR. Het marktaandeel van C op de productmarkt bedraagt 0 % in jaar 1 en 2, 5 % in jaar 3 en 7,5 % in de daaropvolgende jaren.

Aangezien het licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten betreft en de individuele marktaandelen van A, B en C elk jaar minder dan 30 % bedragen, vallen de overeenkomsten binnen de door de GVTO geboden veilige haven.

Voorbeeld 2

De situatie is dezelfde als in voorbeeld 1, maar B en C zijn nu actief op verschillende geografische markten. Het is vastgesteld dat de totale markt voor Xeran en vervangproducten een waarde vertegenwoordigt van 100 miljoen EUR per jaar op elke geografische markt.

In dit geval moet het marktaandeel van A op de technologiemarkt worden berekend voor elk van de twee geografische markten. Op de markt waarop B actief is, hangt het marktaandeel van A af van de omzet die B behaalt met Xeran. Aangezien de totale markt in dit voorbeeld bij hypothese 100 miljoen EUR bedraagt, d.w.z. dat hij half zo groot is als in voorbeeld 1, bedraagt het marktaandeel van A 0 % in jaar 2, 15 % in jaar 3 en 40 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van B bedraagt 25 % in jaar 2, 30 % in jaar 3 en 40 % daarna. In jaar 2 en 3 bedraagt het marktaandeel van zowel A als B minder dan de 30 %-drempel. De drempel wordt echter overschreden vanaf jaar 4 en dit betekent dat, krachtens artikel 8, lid 2, van de GVTO, de licentieovereenkomst tussen A en B na jaar 6 niet meer in aanmerking komt voor de vrijstelling en individueel moet worden beoordeeld.

Op de markt waarop C actief is, hangt het marktaandeel van A af van de omzet die C behaalt met Xeran. Het marktaandeel van A op de technologiemarkt, op basis van de omzet van C in het voorafgaande jaar, bedraagt derhalve 0 % in jaar 2, 10 % in jaar 3 en 15 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van C op de productmarkt is hetzelfde: 0 % in jaar 2, 10 % in jaar 3 en 15 % in de daaropvolgende jaren. De licentieovereenkomst tussen A en C valt derhalve gedurende de gehele periode binnen de veilige haven.

*Licentiëring tussen concurrenten***Voorbeeld 3**

De ondernemingen A en B zijn actief op dezelfde relevante product- en geografische markt voor een bepaald chemisch product. Zij bezitten elk ook een octrooi op verschillende technologieën die worden gebruikt voor de vervaardiging van dat product. In jaar 1 ondertekenen A en B een wederkerige licentieovereenkomst, waarbij zij elkaar een licentie verlenen voor het gebruik van hun respectieve technologieën. In jaar 1 produceren A en B uitsluitend op basis van hun eigen technologie en verkoopt A voor 15 miljoen EUR van het product en B voor 20 miljoen EUR. Vanaf jaar 2 gebruiken zij beide hun eigen en elkaars technologie. Vanaf dat jaar verkoopt A voor 10 miljoen EUR van het product op basis van haar eigen technologie en voor 10 miljoen EUR op basis van de technologie van B. B verkoopt vanaf jaar 2 voor 15 miljoen EUR van het product op basis van haar eigen technologie en voor 10 miljoen EUR op basis van de technologie van A. Het is vastgesteld dat de totale markt voor het product en zijn vervangproducten een waarde van 100 miljoen EUR per jaar vertegenwoordigt.

Om de licentieovereenkomst in het kader van de GVTO te beoordelen, moeten de marktaandelen van A en B, zowel op de technologiemarkt als op de productmarkt, worden berekend. Het marktaandeel van A op de technologiemarkt hangt af van de hoeveelheid van het product die in het voorgaande jaar is verkocht en die door zowel A als B is geproduceerd op basis van de technologie van A. In jaar 2 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt derhalve 15 %, hetgeen overeenkomt met haar eigen productie en verkoop van 15 miljoen EUR in jaar 1. Vanaf jaar 3 bedraagt het marktaandeel van A op de technologiemarkt 20 %, hetgeen overeenkomt met de omzet van 20 miljoen EUR die werd behaald met de verkoop van het product dat op basis van de technologie van A is geproduceerd en verkocht door A en door B (10 miljoen EUR elk). Op dezelfde wijze berekend, bedraagt het marktaandeel van B op de technologiemarkt in jaar 2 20 % en in de daaropvolgende jaren 25 %.

De marktaandelen van A en B op de productmarkt hangen af van hun respectieve omzet van het product in het voorafgaande jaar, ongeacht de gebruikte technologie. Het marktaandeel van A op de productmarkt bedraagt 15 % in jaar 2 en 20 % in de daaropvolgende jaren. Het marktaandeel van B op de productmarkt bedraagt 20 % in jaar 2 en 25 % in de daaropvolgende jaren.

Aangezien het een overeenkomst tussen concurrenten betreft, moet hun gezamenlijke marktaandeel, zowel op de technologiemarkt als op de productmarkt, beneden de marktaandeeldrempel van 20 % blijven om in aanmerking te komen voor de veilige haven. Het is duidelijk dat dat hier niet het geval is. Het gezamenlijke marktaandeel op de technologiemarkt en op de productmarkt bedraagt 35 % in jaar 2 en 45 % in de daaropvolgende jaren. Deze overeenkomst tussen concurrenten zal derhalve individueel moeten worden beoordeeld.

4. „Hardcore”-beperkingen van de mededinging in het kader van de groepsvrijstellingsverordening**4.1. Algemene beginselen**

74. Artikel 4 van de GVTO bevat een lijst van meest ingrijpende beperkingen („hardcore”-beperkingen) van de mededinging. De classificering van een beperking als een „hardcore”-beperking van de mededinging is gebaseerd op de aard van de beperking en op de ervaring, die leert dat dergelijke beperkingen bijna altijd concurrentieverstorend zijn. In overeenstemming met de jurisprudentie van de communautaire rechtscollèges⁽³⁹⁾ kan een dergelijke beperking blijken uit het klaarblijkelijke doel van de overeenkomst of uit de omstandigheden van het individuele geval (zie punt 14).

75. Wanneer een overeenkomst inzake technologieoverdracht een „hardcore”-beperking van de mededinging bevat, valt de overeenkomst krachtens artikel 4, leden 1 en 2, van de GVTO buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling. Voor de toepassing van de GVTO kunnen „hardcore”-beperkingen niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden. Voorts is de Commissie van mening dat „hardcore”-beperkingen bij een individuele beoordeling slechts in uitzonderlijke omstandigheden zullen voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3 (zie punt 18).
76. Artikel 4 van de GVTO maakt onderscheid tussen overeenkomsten tussen concurrenten en overeenkomsten tussen niet-concurrenten.
- 4.2. Overeenkomsten tussen concurrenten**
77. Artikel 4, lid 1, bevat een lijst van de „hardcore”-beperkingen bij het verlenen van licenties tussen concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben:
- a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken;
 - b) de productie te beperken, met uitzondering van beperkingen van de productie van contractproducten die aan de licentienemer worden opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst of die aan slechts één van de licentienemers worden opgelegd in een wederkerige overeenkomst;
 - c) markten of klanten toe te wijzen, met uitzondering van:
 - i) de verplichting die aan de licentienemer of licentienemers wordt opgelegd om met de in licentie gegeven technologie uitsluitend binnen één of meer technische gebruiksgebieden of één of meer productmarkten te produceren;
 - ii) de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentiegever en/of licentienemer wordt opgelegd om met de in licentie gegeven technologie niet binnen één of meer technische gebruiksgebieden, één of meer productmarkten of één of meer exclusieve gebieden die aan de andere partij zijn voorbehouden, te produceren;
 - iii) de verplichting die aan de licentiegever wordt opgelegd om de technologie niet aan een andere licentienemer in een specifiek gebied in licentie te geven;
 - iv) de beperking, in een niet-wederkerige overeenkomst, van actieve en/of passieve verkoop door de licentienemer en/of de licentiegever in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die aan de andere partij is voorbehouden;
 - v) de beperking, in een niet-wederkerige overeenkomst, van actieve verkoop door de licentienemer in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die door de licentiegever is toegewezen aan een andere licentienemer, mits laatstgenoemde ten tijde van het sluiten van zijn licentieovereenkomst geen concurrerende onderneming van de licentiegever was;
 - vi) de verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd om de contractproducten uitsluitend te produceren voor eigen gebruik, mits de licentienemer niet wordt beperkt met betrekking tot de actieve of passieve verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;
 - vii) de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentienemer wordt opgelegd om de contractproducten uitsluitend te produceren voor een specifieke afnemer, indien de licentie is verleend om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden;
 - d) de mogelijkheden van de licentienemer tot het exploiteren van zijn eigen technologie te beperken of de mogelijkheden van een van de partijen bij de overeenkomst tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling te beperken, tenzij die laatste beperking onmisbaar is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt.
78. Voor een aantal „hardcore”-beperkingen maakt de GVTO een onderscheid tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. De „hardcore”-lijst is strikter voor wederkerige overeenkomsten dan voor niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten. Wederkerige overeenkomsten zijn overeenkomsten waarbij wederzijdse licenties worden verleend en de in licentie gegeven technologieën concurrerende technologieën zijn of gebruikt kunnen worden voor de productie van concurrerende producten. Niet-wederkerige overeenkomsten zijn overeenkomsten waarbij slechts één van de partijen haar technologie aan de andere partij in licentie geeft of waarbij, in het geval van wederzijdse licenties, de in licentie gegeven technologieën geen concurrerende technologieën zijn en niet kunnen worden gebruikt voor de productie van concurrerende producten. Een overeenkomst is niet wederkerig louter omdat zij een „grant-back”-verplichting bevat of omdat de licentienemer de door hem aangebrachte verbeteringen in de in licentie gegeven technologie weer aan de licentiegever in licentie geeft. Ingeval een niet-wederkerige overeenkomst op een later tijdstip een wederkerige overeenkomst wordt doordat een tweede licentieovereenkomst tussen dezelfde partijen wordt gesloten, zullen zij eventueel de eerste licentieovereenkomst moeten herzien om te voorkomen dat deze een „hardcore”-beperking bevat. Bij de beoordeling van het individuele geval zal de Commissie rekening houden met de tijd die tussen de sluiting van de eerste en de tweede licentieovereenkomst is verstreken.

79. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder a), betreft overeenkomsten tussen concurrenten die ten doel hebben prijzen vast te stellen voor de verkoop van hun producten aan derden, met inbegrip van de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Prijsafspraken tussen concurrenten vormen door hun doel zelf een beperking van de mededinging. Prijsafspraken kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van een rechtstreekse overeenkomst over de exacte prijs die moet worden gerekend of over een prijslijst met maximum toegestane kortingen. Of de overeenkomst vaste, minimum-, maximum- of aanbevolen prijzen betreft, speelt geen rol. Prijsafspraken kunnen ook indirect tot stand komen door het gebruik van prikkels om afwijkingen van een overeengekomen prijsniveau te ontmoedigen, bijvoorbeeld door te bepalen dat het tarief van royalty's zal stijgen indien de productprijzen beneden een bepaald niveau dalen. Een aan de licentienemer opgelegde verplichting om een bepaalde minimum royalty te betalen vormt op zich echter geen prijsafpraak.
80. Wanneer royalty's worden berekend op basis van de individuele omzet van de betrokken producten, heeft het bedrag van de royalty's een rechtstreekse invloed op de marginale kosten van het product en dus ook op de productprijzen⁽⁴⁰⁾. Concurrenten kunnen derhalve wederzijdse licenties met wederkerige „running” royalty's (royalty's, berekend op basis van de individuele verkoop van producten) gebruiken om de prijzen op downstream-productmarkten te coördineren⁽⁴¹⁾. De Commissie zal wederzijdse licenties met wederkerige „running” royalty's slechts als een prijsafpraak beschouwen indien de overeenkomst geen enkel concurrentiebevorderend doel heeft en derhalve geen bonafide licentieovereenkomst is. In dergelijke gevallen, waarin de overeenkomst geen enkele waarde schept en derhalve geen geldige commerciële rechtvaardiging heeft, is het een pseudo-licentie en houdt zij kartelvorming in.
81. De „hardcore”-beperking waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder a), heeft eveneens betrekking op overeenkomsten waarbij de royalty's worden berekend op basis van de totale omzet van alle producten, ongeacht of de in licentie gegeven technologie is gebruikt. Dergelijke overeenkomsten vallen eveneens onder artikel 4, lid 1, onder d), volgens hetwelk de licentienemer niet mag worden beperkt in de mogelijkheid om zijn eigen technologie te gebruiken (zie punt 95). Dergelijke overeenkomsten beperken over het algemeen de mededinging, aangezien de overeenkomst de kosten van het gebruik van de eigen concurrerende technologie van de licentienemer verhoogt en de mededinging die zonder de overeenkomst bestond beperkt⁽⁴²⁾. Dit geldt zowel voor wederkerige als voor niet-wederkerige overeenkomsten. Uitzonderlijk kan een overeenkomst waarbij de royalty's worden berekend op basis van de totale omzet van alle producten in een individueel geval toch voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wanneer op basis van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat de beperking onmisbaar is voor het tot stand brengen van concurrentiebevorderende licentiëring. Dit kan het geval zijn wanneer het zonder de beperking onmogelijk of bijzonder moeilijk zou zijn de door de licentienemer te betalen royalty's te berekenen en te controleren, bijvoorbeeld omdat de technologie van de licentiegever geen zichtbare sporen nalaat in het eindproduct en er geen andere, praktisch toepasbare controlemethodes voorhanden zijn.
82. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder b), betreft wederzijdse productiebeperkingen die aan de partijen worden opgelegd. Een productiebeperking is een beperking van de hoeveelheid die een partij mag produceren en verkopen. Artikel 4, lid 1, onder b) heeft geen betrekking op productiebeperkingen die een licentienemer in een niet-wederkerige overeenkomst worden opgelegd, of productiebeperkingen die aan één van de licentienemers in een wederkerige overeenkomst worden opgelegd, mits de productiebeperking slechts betrekking heeft op producten die met de in licentie gegeven technologie zijn geproduceerd. Artikel 4, lid 1, onder b) merkt derhalve wederkerige productiebeperkingen die aan de partijen, en productiebeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd wat zijn eigen technologie betreft, als „hardcore”-beperkingen aan. Wanneer concurrenten instemmen met wederzijdse beperkingen van de productie, is het doel en het waarschijnlijke gevolg van de overeenkomst dat de productie in de markt wordt verminderd. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten die de prikkel voor de partijen om de productie te verhogen verminderen, bijvoorbeeld doordat aan de ene partij de verplichting wordt opgelegd aan de andere partij een vergoeding te betalen indien een bepaald productieniveau wordt overschreden.
83. De gunstigere behandeling van niet-wederkerige hoeveelhedsbeperkingen is gebaseerd op de overweging dat een eenzijdige beperking niet noodzakelijkerwijs tot een lagere productie op de markt leidt terwijl ook het risico dat de overeenkomst geen bonafide licentieovereenkomst is geringer is wanneer de beperking niet wederkerig is. Wanneer een licentienemer bereid is een eenzijdige beperking te aanvaarden, is het waarschijnlijk dat de overeenkomst leidt tot een echte integratie van complementaire technologieën of tot een efficiëntieverbeterende integratie van de superieure technologie van de licentiegever met de productiemiddelen van de licentienemer. In een wederkerige overeenkomst is het waarschijnlijk dat een productiebeperking die aan één van de licentienemers wordt opgelegd de hogere waarde weerspiegelt van de door een van de partijen in licentie gegeven technologie, en concurrentiebevorderende licentiëring wellicht aanmoedigt.
84. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder c), betreft de toewijzing van markten en klanten. Overeenkomsten waarbij concurrenten markten en klanten verdelen hebben de beperking van de mededinging ten doel. Het is een „hardcore”-beperking wanneer concurrenten in een wederkerige overeenkomst overeenkomen om niet in bepaalde gebieden te produceren of niet actief en/of passief in bepaalde gebieden of aan bepaalde klanten, welke aan de andere partij zijn voorbehouden, te verkopen.
85. Artikel 4, lid 1, onder c), is van toepassing, ongeacht of de licentienemer zijn eigen technologie mag blijven gebruiken. Wanneer de licentienemer zijn apparatuur eenmaal heeft aangepast voor het gebruik van de technologie van de licentiegever met het oog op de productie van een bepaald product, zal het wellicht veel geld kosten om een afzonderlijke productielijn te handhaven waarbij van een andere technologie gebruik wordt gemaakt om klanten te bedienen die onder de beperkingen vallen. Gelet op het concurrentiebeperkende potentieel van de beperking zal de licentienemer bovendien waarschijnlijk niet sterk geneigd zijn om op basis van zijn eigen technologie te produceren. Het is bovendien zeer onwaarschijnlijk dat dergelijke beperkingen noodzakelijk zijn voor concurrentiebevorderende licentiëring.

86. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), is het geen „hardcore”-beperking wanneer de licentiegever de licentienemer in een niet-wederkerige overeenkomst een exclusieve licentie verleent om op basis van de in licentie gegeven technologie in een specifiek gebied te produceren, en hij er aldus mee instemt de contractproducten niet zelf in dat gebied te produceren of deze vanuit dat gebied te leveren. Deze exclusieve licenties zijn vrijgesteld, ongeacht de omvang van het gebied. Indien de licentie voor de gehele wereld geldt houdt de exclusiviteit in dat de licentiegever ervan afziet de markt te betreden of daarop aanwezig te blijven. De groepsvrijstelling is eveneens van toepassing wanneer de licentie beperkt is tot een of meer technische gebruiksgebieden of een of meer productmarkten. Het doel van de overeenkomsten die onder artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), vallen kan zijn de licentienemer te stimuleren om in de in licentie gegeven technologie te investeren en deze verder te ontwikkelen. Het doel van de overeenkomst is derhalve niet noodzakelijkerwijs een verdeling van de markten.
87. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt iv), en om dezelfde reden is de groepsvrijstelling eveneens van toepassing op niet-wederkerige overeenkomsten waarbij de partijen afspreken niet actief of passief te verkopen⁽⁴³⁾ in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring die aan de andere partij zijn voorbehouden.
88. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt iii), is er evenmin sprake van een „hardcore”-beperking wanneer de licentiegever de licentienemer aanwijst als zijn enige licentienemer in een specifiek gebied, hetgeen impliceert dat derden geen licentie zullen verkrijgen om op basis van de technologie van de licentiegever in het betrokken gebruiksgebied te produceren. Bij dergelijke „sole licences” is de groepsvrijstelling van toepassing, ongeacht of de overeenkomst wederkerig is of niet, aangezien de overeenkomst de mogelijkheden van de partijen om hun eigen technologie in de betrokken gebieden volledig te exploiteren, niet aantast.
89. Bij artikel 4, lid 1, onder c), punt v), zijn van de „hardcore”-lijst uitgesloten, en wordt derhalve, mits de markt-aandreedrempel in acht wordt genomen, vrijstelling verleend voor beperkingen, in een niet-wederkerige overeenkomst, van de actieve verkoop door een licentienemer in het gebied of aan de klantenkring die door de licentiegever aan een andere licentienemer zijn toegewezen. Voorwaarde is evenwel dat de beschermde licentienemer geen concurrent was van de licentiegever toen de overeenkomst werd gesloten. Het is niet gerechtvaardigd om dergelijke beperkingen als „hardcore”-beperkingen aan te merken. Deze beperkingen zullen, doordat zij de licentiegever in staat stellen een licentienemer die nog niet op de markt aanwezig was te beschermen tegen de actieve verkoop door licentienemers die concurrenten van de licentiegever zijn en die daarom reeds op de markt aanwezig zijn, de licentienemer waarschijnlijk aanmoedigen de in licentie gegeven technologie efficiënter te exploiteren. Kommen de licentienemers evenwel onderling overeen om niet actief of passief in bepaalde gebieden of aan bepaalde klantenkringen te verkopen, dan behelst de overeenkomst een kartel van de licentienemers. Aangezien dergelijke overeenkomsten geen technologieoverdracht met zich brengen, vallen zij buiten het toepassingsgebied van de GVTO.
90. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt i), zijn in overeenkomsten tussen concurrenten opgenomen beperkingen die inhouden dat een licentie slechts op één of meer productmarkten of in één of meer technische gebruiksgebieden⁽⁴⁴⁾ mag worden geëxploiteerd, geen „hardcore”-beperkingen. Deze beperkingen zijn, tot een markaandreedrempel van 20 %, vrijgesteld ongeacht of de overeenkomst wederkerig is of niet. Een voorwaarde voor de toepassing van de groepsvrijstelling is echter wel dat de beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied niet verder gaan dan het toepassingsgebied van de in licentie gegeven technologieën. Een andere voorwaarde is dat aan de licentienemers geen beperkingen mogen worden opgelegd ten aanzien van het gebruik van hun eigen technologie (zie artikel 4, lid 1, onder d)). Worden licentienemers beperkt in het gebruik van hun eigen technologie, dan komt de overeenkomst neer op marktverdeling.
91. De groepsvrijstelling is van toepassing ongeacht of de beperking van het gebruiksgebied symmetrisch of asymmetrisch is. Een asymmetrische beperking van het gebruiksgebied in een wederkerige licentieovereenkomst houdt in dat beide partijen de respectievelijke technologieën die zij in licentie nemen slechts mogen gebruiken binnen verschillende gebruiksgebieden. Zolang de partijen geen beperkingen worden opgelegd ten aanzien van de exploitatie van hun eigen technologieën wordt er niet van uitgegaan dat de overeenkomst de partijen ertoe zal brengen het gebruiksgebied waarvoor de aan de andere partij verleende licentie geldt, te verlaten of niet te betreden. Zelfs indien de licentienemers hun apparatuur aanpassen om de in licentie gegeven technologie te exploiteren in het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt, heeft dit niet noodzakelijkerwijs gevolgen voor de productiemiddelen die worden gebruikt om buiten het toepassingsgebied van de licentie te produceren. Het is in dit verband van belang dat de beperking slechts betrekking heeft op onderscheiden productmarkten of gebruiksgebieden en niet op klanten, hetzij per gebied hetzij per klantenkring toegewezen, die producten kopen die in dezelfde productmarkt of in hetzelfde technische gebruiksgebied vallen. Het gevaar van marktverdeling wordt in het laatstgenoemde geval aanmerkelijk groter geacht (zie punt 85). Bovendien kunnen beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied noodzakelijk zijn om concurrentiebevorderende licentiëring te stimuleren (zie punt 182).
92. Artikel 4, lid 1, onder c), punt vi), voorziet in een andere uitzondering, namelijk beperkingen tot eigen gebruik; het betreft de bepaling dat de licentienemer de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt alleen voor eigen gebruik mag produceren. Wanneer bijvoorbeeld het contractproduct een bestanddeel is, kan de licentienemer worden verplicht dat bestanddeel alleen te produceren voor verwerking in zijn eigen producten en het niet aan andere producenten te verkopen. De licentienemer moet echter de bestanddelen kunnen verkopen als reserveonderdelen voor zijn eigen producten en moet dus kunnen leveren aan derden die klantenservice verlenen met betrekking tot die producten. Beperkingen tot eigen gebruik, zoals hier bedoeld, kunnen noodzakelijk zijn om de verspreiding van technologie, inzonderheid onder concurrenten, aan te moedigen en vallen onder de groepsvrijstelling. Deze beperkingen worden besproken onder IV.2.5.

93. Tenslotte is krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt vii), van de „hardcore“-lijst uitgesloten, de verplichting die in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentienemer wordt opgelegd om de contractproducten uitsluitend voor een specifieke afnemer te produceren om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden. Voorwaarde voor de toepassing van artikel 4, lid 1, onder c), punt vii), is derhalve dat de licentie beperkt is tot het creëren van een alternatieve voorzieningsbron voor die specifieke afnemer. Het is echter geen voorwaarde dat slechts één dergelijke licentie wordt verleend. Artikel 4, lid 1, onder c), punt vii), is eveneens van toepassing op situaties waarbij aan meer dan één onderneming licentie wordt verleend om aan dezelfde afnemer te leveren. De mogelijkheid dat dergelijke overeenkomsten tot marktverdeling leiden is beperkt wanneer de licentie uitsluitend wordt verleend om aan een specifieke afnemer te leveren. Met name kan er in een dergelijk geval niet van worden uitgegaan dat de overeenkomst de licentienemer ertoe zal brengen de exploitatie van zijn eigen technologie te staken.
94. De „hardcore“-beperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder d), betreft in de eerste plaats beperkingen ten aanzien van de mogelijkheden van een van de partijen tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling. Het moet beide partijen vrij staan onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling te verrichten. Deze regel geldt ongeacht of de beperking betrekking heeft op een gebied dat onder de licentie valt dan wel op andere gebieden. Het loutere feit dat de partijen overeenkomen elkaar toekomstige verbeteringen van hun respectievelijke technologieën ter beschikking te stellen houdt als zodanig geen beperking van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling in. De gevolgen van dergelijke overeenkomsten voor de mededinging moeten in het licht van de omstandigheden van het individuele geval worden beoordeeld. Artikel 4, lid 1, onder d) geldt evenmin voor beperkingen om onderzoek en ontwikkeling met derden te verrichten die aan een partij worden opgelegd om de knowhow van de licentiegever tegen openbaarmaking te beschermen. Om onder de uitzondering te vallen, dienen de beperkingen opgelegd om de knowhow van de licentiegever tegen openbaarmaking te beschermen, noodzakelijk en evenredig te zijn om een dergelijke bescherming te waarborgen. Wanneer de overeenkomst bijvoorbeeld bepaalt dat specifieke werknemers van de licentienemer moeten worden opgeleid in en verantwoordelijk zijn voor het gebruik van de in licentie gegeven knowhow, is het wellicht voldoende om de licentienemer te verplichten deze werknemers niet toe te staan om bij onderzoek en ontwikkeling met derde partijen betrokken te zijn. Andere voorzorgsmaatregelen kunnen eveneens passend zijn.
95. Krachtens artikel 4, lid 1, onder d), mag de licentienemer ook geen beperking worden opgelegd in het gebruik van zijn eigen concurrerende technologie, voor zover hij daarbij geen gebruik maakt van de technologie die hij van de licentiegever in licentie neemt. Met betrekking tot zijn eigen technologie mag de licentienemer niet onderworpen zijn aan beperkingen met betrekking tot de plaats waar hij produceert of verkoopt, de hoeveelheid die hij produceert of verkoopt en de prijs waartegen hij verkoopt. Hij mag evenmin verplicht zijn royalty's te

betalen voor producten die zijn vervaardigd op basis van zijn eigen technologie (zie punt 81). Bovendien mag aan de licentienemer geen beperking worden opgelegd met betrekking tot het in licentie geven van zijn eigen technologie aan derden. Wanneer aan de licentienemer beperkingen worden opgelegd met betrekking tot het gebruik van zijn eigen technologie of met betrekking tot het verrichten van onderzoek en ontwikkeling, wordt het concurrentievermogen van de technologie van de licentienemer verzwakt. Dit leidt tot een vermindering van de concurrentie op de bestaande technologie- en productmarkten en tot een vermindering van de prikkel voor de licentienemer om te investeren in de ontwikkeling en verbetering van zijn technologie.

4.3. Overeenkomsten tussen niet-concurrenten

96. Artikel 4, lid 2, bevat een lijst van de „hardcore“-beperkingen bij het verlenen van licenties tussen niet-concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben:
- a) de mogelijkheden van een van de partijen tot het vaststellen van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken, onverminderd de mogelijkheid om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden mits dit niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect heeft als een vaste prijs of minimumprijs;
 - b) het gebied waarin of de klanten aan wie de licentienemer de contractproducten passief mag verkopen te beperken, met uitzondering van:
 - i) de beperking van passieve verkoop in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring, voorbehouden aan de licentiegever;
 - ii) de beperking van passieve verkoop in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring, door de licentiegever toegewezen aan een andere licentienemer gedurende de eerste twee jaar waarin deze andere licentienemer de contractproducten in dat gebied of aan die klantenkring verkoopt;
 - iii) de verplichting de contractproducten uitsluitend te produceren voor eigen gebruik, mits de licentienemer geen beperkingen wordt opgelegd ten aanzien van de actieve en passieve verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;
 - iv) de verplichting de contractproducten uitsluitend te produceren voor een specifieke afnemer, indien de licentie is verleend om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden;

- v) de beperking van de verkoop aan eindgebruikers door een op groothandelniveau werkzame licentienemer;
- vi) de beperking van de verkoop aan niet-erkende distributeurs door de leden van een selectief distributiestelsel;
- c) de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door een licentienemer die lid is van een selectief distributiestelsel en die op detailhandelniveau werkzaam is, te beperken, onverminderd de mogelijkheid een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn.
97. De „hardcore”-beperking van de mededinging waarvan sprake in artikel 4, lid 2, onder a), betreft het vaststellen van prijzen voor de verkoop van producten aan derden. Meer in het bijzonder heeft deze bepaling betrekking op beperkingen die direct of indirect ten doel hebben een vaste of minimumprijs dan wel een vast of minimumprijsniveau vast te stellen, dat door de licentiegever of de licentienemer bij de verkoop van producten aan derden in acht moet worden genomen. In het geval van overeenkomsten die rechtstreeks de verkoopprijs vaststellen, is de beperking duidelijk. Het vaststellen van verkoopprijzen kan echter ook met indirecte middelen worden bereikt. Voorbeelden daarvan zijn overeenkomsten die de winstmarge vastleggen, het maximumniveau van kortingen bepalen, de verkoopprijs koppelen aan die van de concurrenten, en verder ook bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties of het beëindigen van contracten in verband met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. Directe of indirecte maatregelen om tot prijsafspraken te komen kunnen doeltreffender worden gemaakt wanneer zij gecombineerd worden met maatregelen om verkopen onder de prijs op te sporen, zoals de toepassing van een controlesysteem op de prijzen of het opleggen van de verplichting aan licentienemers om prijsafwijkingen te melden. Directe of indirecte prijsbinding kan eveneens doeltreffender worden gemaakt wanneer zij gecombineerd wordt met maatregelen die voor de licentienemer de prikkel verminderen om zijn verkoopprijs te verlagen, bijvoorbeeld wanneer de licentiegever de licentienemer verplicht een beding van „meest begunstigde klant” toe te passen, d.w.z. een verplichting om aan een afnemer dezelfde gunstigere voorwaarden aan te bieden die aan een andere afnemer worden aangeboden. Dezelfde maatregelen kunnen worden gebruikt om maximum- of aanbevolen prijzen te laten fungeren als vaste of minimumprijzen. Het verstrekken van een lijst met aanbevolen prijzen of het opleggen van een maximumprijs aan de licentienemer door de licentiegever wordt echter op zich niet beschouwd als een maatregel die tot vaste of minimumprijzen leidt.
98. Artikel 4, lid 2, onder b), rekent tot „hardcore”-beperkingen van de mededinging overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de passieve verkoop door de licentienemer van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te beperken⁽⁴⁵⁾. Aan de licentienemer opgelegde passieve verkoopbeperkingen kunnen het resultaat zijn van rechtstreekse verplichtingen, zoals de verplichting om niet aan bepaalde afnemers of aan afnemers in bepaalde gebieden te verkopen, of de verplichting om de orders van deze afnemers op andere licentienemers over te dragen. Zij kunnen tevens voortvloeien uit indirecte maatregelen om de licentienemer ertoe te brengen van dergelijke verkoop af te zien, zoals financiële prikkels en de invoering van een controlesysteem om de daadwerkelijke bestemming van de in licentie gegeven producten na te gaan. Hoeveelheidsbeperkingen kunnen een indirect middel zijn om passieve verkoop te beperken. De Commissie zal er niet van uitgaan dat hoeveelheidsbeperkingen als zodanig daartoe leiden. De zaken liggen echter anders wanneer hoeveelheidsbeperkingen worden gebruikt om een achterliggende overeenkomst tot verdeling van de markt ten uitvoer te leggen. Periodieke aanpassingen van de hoeveelheden om uitsluitend de lokale vraag te dekken, de combinatie van hoeveelheidsbeperkingen en een verplichting om minimumhoeveelheden in een gebied te verkopen, minimum royaltyverplichtingen gekoppeld aan verkoop in het gebied, gedifferentieerde royaltytarieven naargelang van de bestemming van de producten en systemen van controle op de bestemming van de producten die door de individuele licentienemers worden verkocht, zijn aanwijzingen voor het bestaan van een dergelijke overeenkomst. Op de algemene „hardcore”-beperking inzake passieve verkoop door licentienemers bestaan een aantal uitzonderingen, die in het onderstaande worden besproken.
99. Artikel 4, lid 2, onder b), heeft geen betrekking op verkoopbeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd. Alle verkoopbeperkingen voor de licentiegever beneden een marktaandeeldrempel van 30 % vallen onder de groepsvrijstelling. Hetzelfde geldt voor alle beperkingen met betrekking tot de actieve verkoop door de licentienemers, met uitzondering van hetgeen over actieve verkoop wordt opgemerkt in de punten 105 en 106. De groepsvrijstelling voor beperkingen op actieve verkoop berust op de veronderstelling dat dergelijke beperkingen bevorderlijk zijn voor de investeringen, niet-prijsconcurrentie en voor verbeteringen in de kwaliteit van de diensten geboden door de licentienemers, doordat zij „free rider”- en „hold-up”-problemen kunnen oplossen. In geval van beperkingen ten aanzien van de actieve verkoop tussen gebieden of klantenkringen van licentienemers, geldt niet als voorwaarde dat aan de licentienemer een exclusief verkoopgebied of een exclusieve klantenkring is toegewezen. De groepsvrijstelling is ook van toepassing op beperkingen op de actieve verkoop wanneer een specifiek verkoopgebied of een specifieke klantenkring aan meer dan één licentienemer is toegewezen. Het is waarschijnlijk dat investeringen in efficiëntieverbeteringen worden bevorderd wanneer een licentienemer ervan verzekerd is dat hij slechts concurrentie op het punt van de actieve verkoop te duchten heeft van een beperkt aantal licentienemers in het verkoopgebied en niet tevens van licentienemers van buiten dat gebied.
100. Beperkingen op de actieve en passieve verkoop door licentienemers in een exclusief verkoopgebied of aan een exclusieve klantenkring die aan de licentiegever is voorbehouden, vormen geen „hardcore”-beperking van de mededinging (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt i)). Integendeel, zij vallen onder de groepsvrijstelling. Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen, ook als zij de mededinging inperken, tot aan de marktaandeeldrempel bevorderlijk zijn voor een concurrentiebevorderende verspreiding van de technologie en voor de integratie van die technologie in de productiemiddelen van de licentienemer. Dat een verkoopgebied of klantenkring aan een licentiegever is voorbehouden houdt niet in dat de licentiegever met de in licentie gegeven technologie daadwerkelijk in het desbetreffende gebied of voor de desbetreffende klantenkring produceert. Een verkoopgebied of klantenkring kan tevens aan de licentiegever zijn voorbehouden voor latere exploitatie.

101. Beperkingen op de passieve verkoop door licentienemers in een exclusief verkoopgebied of aan een exclusieve klantenkring die aan een andere licentienemer zijn toegevoegd vallen gedurende twee jaar vanaf de datum waarop de beschermde licentienemer de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt voor het eerst in zijn exclusieve verkoopgebied of in zijn exclusieve klantenkring in de handel brengt, onder de groepsvrijstelling (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt ii)). Licentienemers moeten vaak aanzienlijk investeren in productiemiddelen en promotieactiviteiten om een nieuw verkoopgebied te betreden en te ontwikkelen. De risico's voor een nieuwe licentienemer zijn derhalve meestal vrij groot, met name omdat de promotieuitgaven en de investeringen in productiemiddelen die vereist zijn om op grond van een bepaalde technologie te gaan produceren, vaak niet-recupereerbare kosten zijn, d.w.z. dat ze verloren zijn indien de licentienemer de markt verlaat. In dergelijke omstandigheden zouden de licentienemers waarschijnlijk de licentieovereenkomst niet sluiten zonder een bescherming gedurende een zekere periode tegen passieve (en actieve) verkoop in hun verkoopgebied door andere licentienemers. Daarom vallen beperkingen op de passieve verkoop in het exclusieve verkoopgebied van een licentienemer door andere licentienemers in de regel buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 gedurende een periode van twee jaar vanaf de datum waarop het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, voor het eerst door de betrokken licentienemer op de markt is gebracht. Vallen deze beperkingen evenwel in individuele gevallen onder artikel 81, lid 1, dan is de groepsvrijstelling hierop van toepassing. Na het verstrijken van deze periode van twee jaar vallen beperkingen op de passieve verkoop tussen licentienemers onder de „hardcore”-beperkingen. Deze beperkingen vallen meestal onder het verbod van artikel 81, lid 1, zonder doorgaans aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, te voldoen. Met name zullen beperkingen op de passieve verkoop waarschijnlijk niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen ⁽⁴⁶⁾.
102. Artikel 4, lid 2, onder b), punt iii), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een beperking waarbij de licentienemer ertoe wordt verplicht producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt uitsluitend voor zijn eigen gebruik te produceren. Wanneer het contractproduct een bestanddeel is, kan de licentienemer aldus verplicht worden dat product uitsluitend te gebruiken voor verwerking in zijn eigen producten en kan hem een verbod worden opgelegd het te verkopen aan andere producenten. De licentienemer moet de producten echter wel actief en passief kunnen verkopen als reserveonderdelen voor zijn eigen producten en moet derhalve kunnen leveren aan derden die klantenservice verlenen met betrekking tot die producten. Beperkingen tot eigen gebruik worden ook besproken onder IV.2.5.
103. Evenals het geval is bij overeenkomsten tussen concurrenten (zie punt 93) is de groepsvrijstelling van toepassing op overeenkomsten waarbij de licentienemer wordt verplicht de contractproducten uitsluitend voor een specifieke afnemer te produceren om hem een alternatieve voorzieningsbron te bieden (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt iv). Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen dergelijke beperkingen meestal niet onder het verbod van artikel 81, lid 1.
104. Artikel 4, lid 2, onder b), punt v), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd om niet te verkopen aan eindgebruikers en dus alleen aan detailhandelaars te verkopen. Door een dergelijke verplichting kan de licentiegever de groothandelsdistributie toewijzen aan de licentienemer; deze verplichting valt normaliter buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 ⁽⁴⁷⁾.
105. Artikel 4, lid 2, onder b), punt vi), ten slotte kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verbod dat aan de licentienemer wordt opgelegd om aan niet-erkende distributeurs te verkopen. Deze uitzondering maakt het de licentiegever mogelijk aan de licentienemers een verplichting op te leggen om deel uit te maken van een selectief distributiestelsel. In dat geval moet het de licentienemers volgens artikel 4, lid 2, onder c), evenwel vrij staan zowel actief als passief aan eindgebruikers te verkopen, onverminderd de mogelijkheid om de verkoop van de licentienemer te beperken tot het groothandelniveau, zoals bepaald in artikel 4, lid 2, onder b), punt v) (zie het vorige punt).
106. Er wordt aan herinnerd (zie punt 39) dat de groepsvrijstelling ook licentieovereenkomsten omvat waarbij de licentiegever verplichtingen vaststelt die de licentienemer aan zijn afnemers, met inbegrip van zijn distributeurs, moet of mag opleggen. Deze verplichtingen moeten evenwel in overeenstemming zijn met de mededingingsregels welke van toepassing zijn op leverings- en distributieovereenkomsten. Aangezien de GVTO zich beperkt tot overeenkomsten tussen twee partijen vallen overeenkomsten tussen de licentienemer en zijn afnemers waarin dergelijke verplichtingen zijn opgenomen niet onder de GVTO. Voor dergelijke overeenkomsten geldt een groepsvrijstelling indien zij voldoen aan Verordening EG nr. 2790/1999 (zie 2.5.2.).

5. Uitgesloten beperkingen

107. Artikel 5 van de GVTO vermeldt vier soorten beperkingen waarvoor de groepsvrijstelling niet geldt en waarvoor dus een individuele beoordeling van hun concurrentiebeperkende en concurrentiebevorderende effecten vereist is. Uit artikel 5 volgt dat het voorkomen in een licentieovereenkomst van een van de in dat artikel genoemde beperkingen niet aan de toepassing van de groepsvrijstelling op de rest van de overeenkomst in de weg staat. De groepsvrijstelling is alleen op de desbetreffende bepaling zelf niet van toepassing, hetgeen meebrengt dat een individuele beoordeling vereist is. De scheidbaarheidsregel is derhalve van toepassing op de in artikel 5 genoemde beperkingen.
108. Artikel 5, lid 1, bepaalt dat de groepsvrijstelling niet geldt voor de volgende drie verplichtingen:
- a) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde een exclusieve licentie te verlenen op zijn eigen scheidbare verbeteringen aan of zijn eigen nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie;

- b) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om aan de licentiegever of aan een door de licentiegever aangewezen derde geheel of gedeeltelijk de rechten op zijn eigen scheidbare verbeteringen aan of zijn eigen nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie over te dragen;
- c) elke directe of indirecte verplichting van de licentienemer om de geldigheid van intellectuele-eigendomsrechten die de licentiegever op de gemeenschappelijke markt bezit niet aan te vechten. De GVTO voorziet evenwel in de mogelijkheid voor de licentiegever de licentieovereenkomst te beëindigen indien de licentienemer de geldigheid van de in licentie gegeven technologie aanvecht.

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

109. Artikel 5, lid 1, onder a) en b), betreft exclusieve „grant back”-verplichtingen of overdrachten aan de licentiegever van scheidbare verbeteringen van de in licentie gegeven technologie. Een verbetering is scheidbaar wanneer zij kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op de in licentie gegeven technologie. Een verplichting om de licentiegever een exclusieve licentie te verlenen op scheidbare verbeteringen van de in licentie gegeven technologie of om dergelijke verbeteringen aan hem over te dragen zal voor de licentienemer waarschijnlijk de prikkel tot innovatie verminderen, aangezien dit hem hindert bij de exploitatie van zijn verbeteringen, onder meer door ze in licentie te geven aan derden. Dit is zowel het geval wanneer de scheidbare verbetering dezelfde toepassing betreft als de in licentie gegeven technologie, als wanneer de licentienemer nieuwe toepassingen voor de in licentie gegeven technologie ontwikkelt. Krachtens artikel 5, lid 1, onder a) en b), geldt de groepsvrijstelling niet voor dergelijke verplichtingen. De groepsvrijstelling geldt daarentegen wel voor niet-exclusieve „grant back”-verplichtingen met betrekking tot scheidbare verbeteringen. Dit is zelfs het geval wanneer de „grant back”-verplichting niet wederkerig is, d.w.z. dat zij alleen geldt voor de licentienemer, en wanneer de licentiegever krachtens de overeenkomst gerechtigd is de scheidbare verbeteringen aan andere licentienemers door te geven. Een niet-wederkerige „grant back”-verplichting kan de innovatie en de verspreiding van nieuwe technologieën bevorderen doordat zij de licentiegever de mogelijkheid biedt vrij te bepalen of en in welke mate hij zijn eigen verbeteringen aan zijn licentienemers doorgeeft. Een doorgeefbeding kan eveneens de verspreiding van de technologie bevorderen omdat elke licentienemer bij het aangaan van de overeenkomst weet dat hij op gelijke voet staat met andere licentienemers met betrekking tot de technologie op basis waarvan hij produceert. Exclusieve „grant backs” en de verplichting om niet-scheidbare verbeteringen over te dragen houden geen beperking van de mededinging in in de zin van artikel 81, lid 1, omdat niet-scheidbare verbeteringen zonder toestemming van de licentiegever niet door de licentienemer kunnen worden geëxploiteerd.
110. De toepassing van artikel 5, lid 1, onder a) en b), hangt niet af van de vraag of de licentiegever al dan niet een vergoeding betaalt in ruil voor de verwerving van de

verbetering of voor het verkrijgen van een exclusieve licentie. Of er betaald wordt, en hoeveel, kan echter wel een relevante factor zijn in het kader van een individuele beoordeling op grond van artikel 81. Wanneer exclusieve „grant backs” plaatsvinden tegen betaling, is het minder waarschijnlijk dat de verplichting de licentienemer ontmoedigt om te innoveren. Bij de beoordeling van exclusieve „grant backs” buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling is de marktpositie van de licentiegever op de technologiemarkt eveneens een relevante factor. Hoe sterker de positie van de licentiegever, hoe waarschijnlijker het is dat „grant back”-verplichtingen de concurrentie op het stuk van innovatie zullen beperken. Hoe sterker de positie van de technologie van de licentiegever, hoe waarschijnlijker het is dat de licentienemer een belangrijke bron van innovatie en toekomstige mededinging zal zijn. Voorts kan de negatieve invloed van „grant back”-verplichtingen toenemen in geval van parallelle netwerken van licentieovereenkomsten die dergelijke verplichtingen bevatten. Wanneer de beschikbare technologieën in handen zijn van een beperkt aantal licentiegevers die exclusieve „grant back”-verplichtingen opleggen aan de licentienemers, is het risico op concurrentieverstorende effecten groter dan wanneer er een aantal technologieën voorhanden zijn waarvan slechts enkele op exclusieve „grant back”-voorwaarden in licentie worden gegeven.

111. In het geval van wederzijdse licenties tussen concurrenten is het gevaar voor negatieve effecten op de innovatie groter wanneer een „grant back”-verplichting voor beide partijen gecombineerd wordt met een verplichting voor beide partijen om verbeteringen van de eigen technologie met de tegenpartij te delen. Het delen van alle verbeteringen onder concurrenten kan het beide onmogelijk maken een concurrentievoordeel op de ander te behalen (zie ook punt 208). Het is evenwel onwaarschijnlijk dat het de partijen onmogelijk wordt gemaakt om een concurrentievoordeel op de ander te behalen wanneer het doel van de licentie is hen in staat te stellen hun respectievelijke technologieën te ontwikkelen, en wanneer de licentie niet als gevolg heeft dat zij bij het ontwerp van hun producten van dezelfde technologische basis gebruik maken. Dit is het geval wanneer de licentie veeleer bedoeld is om vrijheid van ontwerp tot stand te brengen dan om de technologische basis van de licentienemer te verbeteren.
112. De in artikel 5, lid 1, onder c), genoemde uitgesloten beperking betreft niet-aanvechtingsbedingen, d.w.z. verplichtingen om de geldigheid van het intellectuele-eigendomsrecht van de licentiegever niet aan te vechten. De reden waarom dergelijke beperkingen van de werkingssfeer van de groepsvrijstelling worden uitgesloten, is het feit dat licentienemers normaliter in de beste positie verkeren om te beoordelen of een intellectuele eigendomsrecht al dan niet ongeldig is. In het belang van een onvervalste mededinging en in overeenstemming met de beginselen die aan de bescherming van intellectuele eigendom ten grondslag liggen, dienen ongeldige intellectuele-eigendomsrechten te worden geëlimineerd. Ongeldige intellectuele eigendom remt de innovatie, veeleer dan die te bevorderen. Artikel 81, lid 1, is bijna steeds van toepassing op niet-aanvechtingsbedingen wanneer de in licentie gegeven technologie waardevol is en derhalve een concurrentienadeel in het leven roept voor onder-

nemingen die er geen gebruik van kunnen maken of die er alleen tegen betaling van royalty's gebruik van kunnen maken⁽⁴⁸⁾. In dergelijke gevallen zal waarschijnlijk niet voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3⁽⁴⁹⁾. De Commissie staat echter positief tegenover niet-aanvechttingsbedingen met betrekking tot knowhow waarbij het, wanneer de in licentie gegeven knowhow eenmaal bekend is gemaakt, doorgaans onmogelijk of zeer moeilijk is om de in licentie gegeven knowhow te recupereren. In dergelijke gevallen bevordert een aan de licentienemer opgelegde verplichting om de in licentie gegeven knowhow niet aan te verspreiden de verspreiding van nieuwe technologie, met name doordat zwakkere licentiegevers in staat worden gesteld sterkere licentienemers licenties te verlenen zonder dat zij het risico lopen dat de knowhow wordt aangevochten wanneer deze eenmaal door de licentienemer is geabsorbeerd.

113. De GVTO dekt de mogelijkheid voor de licentiegever om de licentieovereenkomst te beëindigen wanneer de in licentie gegeven technologie wordt aangevochten. De licentiegever is derhalve niet verplicht zaken te blijven doen met een licentienemer die het voorwerp zelf van de licentieovereenkomst aanvecht, hetgeen meebrengt dat elk verder gebruik van de aangevochten technologie door de licentienemer na de beëindiging van de overeenkomst op diens eigen risico gebeurt. Artikel 5, lid 1, onder c), zorgt er evenwel voor dat de GVTO niet van toepassing is op contractuele bepalingen die de licentienemer verbieden de in licentie gegeven technologie aan te vechten, waardoor de licentiegever de licentienemer wegens contractbreuk zou kunnen vervolgen, hetgeen een extra ontmoedigende factor voor de licentienemer zou zijn om de geldigheid van de technologie van de licentiegever aan te vechten. Deze bepaling zorgt er dus voor dat de licentienemer zich in dezelfde positie bevindt als derden.
114. Artikel 5, lid 2, sluit, ingeval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten, elke directe of indirecte verplichting die de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren of de mogelijkheden van de partijen bij de overeenkomst om onderzoek en ontwikkeling te verrichten beperkt van de toepassing van de groepsvrijstelling uit, tenzij die laatste beperking noodzakelijk is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt. Het voorwerp van deze voorwaarde is identiek met dat van artikel 4, lid 1, onder d), van de „hardcore”-lijst betreffende overeenkomsten tussen concurrenten, welke bepaling in de punten 94 en 95 is besproken. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten mag evenwel niet worden aangenomen dat dergelijke beperkingen over het algemeen negatieve effecten hebben voor de mededinging of dat in het algemeen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, niet is voldaan⁽⁵⁰⁾. Een individuele beoordeling is vereist.
115. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten bezit de licentienemer doorgaans geen concurrerende technologie. Er kunnen echter gevallen zijn waarin de partijen voor de toepassing van de groepsvrijstelling als niet-concurrenten worden beschouwd terwijl de licentienemer toch een concurrerende technologie bezit. Dit is het geval wanneer de licentienemer een technologie bezit maar deze niet in licentie geeft en de licentiegever geen daadwerkelijke of potentiële concurrent is op de productmarkt. Voor de toepassing van de groepsvrijstelling zijn de partijen in dat geval noch op de technologiemarkt noch op de productmarkt concurrenten⁽⁵¹⁾. In dergelijke gevallen is het van belang ervoor te zorgen dat de licentienemer niet wordt beperkt in zijn mogelijkheden om zijn eigen technologie te exploiteren en verder te ontwikkelen. Die technologie zorgt voor concurrentiedruk op de markt, die in stand moet worden gehouden. In een dergelijk geval worden beperkingen op de exploitatie van zijn eigen technologie door de licentienemer of op onderzoek en ontwikkeling doorgaans geacht de concurrentie te beperken en niet te voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Bijvoorbeeld, een aan de licentienemer opgelegde verplichting om niet alleen royalty's te betalen op basis van de door hem met de in licentie gegeven technologie geproduceerde producten maar ook op basis van de producten die hij met zijn eigen technologie produceert, zal in de regel de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologie te exploiteren, beperken en is dan ook van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling uitgesloten.
116. In gevallen waarin de licentienemer geen concurrerende technologie bezit en niet reeds bezig is met de ontwikkeling van een dergelijke technologie, kan het beperken van de mogelijkheden van de partijen tot het verrichten van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling concurrentiebeperkend zijn wanneer er slechts enkele technologieën beschikbaar zijn. In dat geval kunnen de partijen een belangrijke (potentiële) bron van innovatie zijn op de markt. Dit is inzonderheid het geval wanneer de partijen over de nodige productiemiddelen en vaardigheden beschikken om verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. In andere gevallen, waarin er meer technologieën beschikbaar zijn en waarin de partijen geen bijzondere productiemiddelen of vaardigheden bezitten, zal een beperking op onderzoek en ontwikkeling waarschijnlijk ofwel buiten de toepassing van artikel 81, lid 1, vallen omdat zij geen merkbare concurrentiebeperkende effecten heeft, ofwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. De beperking kan de verspreiding van nieuwe technologie bevorderen doordat zij de licentiegever garandeert dat de licentie geen nieuwe concurrent in het leven roept en doordat de licentienemer wordt aangespoord zich te concentreren op de exploitatie en ontwikkeling van de in licentie gegeven technologie. Bovendien is artikel 81, lid 1, alleen van toepassing wanneer de overeenkomst de prikkel voor de licentienemer om zijn eigen technologie te verbeteren en te exploiteren, vermindert. Dit geldt bijvoorbeeld doorgaans niet indien de licentiegever het recht heeft de licentieovereenkomst te beëindigen wanneer de licentienemer op basis van zijn eigen concurrerende technologie begint te produceren. Dit recht tast de prikkel voor de licentienemer om te innoveren niet aan, omdat de overeenkomst alleen kan worden beëindigd wanneer een commercieel levensvatbare technologie is ontwikkeld en de op basis daarvan vervaardigde producten klaar zijn om in de handel te worden gebracht.

6. Intrekking en niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening

6.1. Intrekkingprocedure

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

118. De vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, gelden cumulatief en moeten alle vier vervuld zijn voor de toepassing van de vrijstelling⁽⁵²⁾. De groepsvrijstelling kan dan ook worden ingetrokken wanneer een bepaalde overeenkomst niet voldoet aan een of meer van de vier voorwaarden.

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

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

- 1) wanneer technologieën van derden de toegang tot de markt bemoeilijken, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentienemers het gebruik van technologieën van derden verbieden;
- 2) wanneer de toegang van potentiële licentienemers tot de markt wordt beperkt, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van parallelle netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentiegevers verbieden om licenties te verlenen aan andere licentienemers;
- 3) wanneer de partijen zonder enige objectieve, geldige reden de in licentie gegeven technologie niet exploiteren.

121. De artikelen 4 en 5 van de GVTO, die respectievelijk een lijst bevatten van „hardcore”-beperkingen van de mededinging en uitgesloten beperkingen, beogen te garanderen dat overeenkomsten waarvoor de groepsvrijstelling geldt de prikkel tot innovatie niet verminderen, de verspreiding van technologie niet vertragen en de mededinging tussen licentiegever en licentienemer of tussen licentienemers onderling niet onnodig beperken. De lijsten met „hardcore”-beperkingen en uitgesloten beperkingen houden

echter geen rekening met alle mogelijke gevolgen van licentieovereenkomsten. Met name houdt de groepsvrijstelling geen rekening met enig cumulatief effect van gelijksoortige beperkingen in netwerken van licentieovereenkomsten. Licentieovereenkomsten kunnen leiden tot de uitsluiting van derden, zowel op het niveau van de licentiegever als van de licentienemer. De uitsluiting van andere licentiegevers kan het gevolg zijn van het cumulatieve effect van netwerken van licentieovereenkomsten die de licentienemers verbieden om concurrerende technologieën te exploiteren, hetgeen leidt tot de uitsluiting van andere (potentiële) licentiegevers. De kans op een dergelijke marktafscherming is groot wanneer de meeste ondernemingen op de markt die (met succes) een concurrerende licentie zouden kunnen nemen, daarvan worden weerhouden door beperkende overeenkomsten en wanneer voor potentiële licentienemers de drempel om de markt te betreden vrij hoog is. De uitsluiting van andere licentienemers kan het gevolg zijn van het cumulatieve effect van licentieovereenkomsten die de licentiegevers verbieden licentie te verlenen aan andere licentienemers, waardoor potentiële licentienemers de toegang tot de noodzakelijke technologie wordt ontzegd. Het vraagstuk van marktafscherming wordt grondiger behandeld onder IV.2.7. Bovendien zal de Commissie doorgaans het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken wanneer een aanzienlijk aantal licentiegevers van concurrerende technologieën hun licentienemers in individuele overeenkomsten verplichten de gunstigere voorwaarden die zij met andere licentiegevers zijn overeengekomen tot hen uit te breiden.

122. De Commissie zal het voordeel van de groepsvrijstelling waarschijnlijk ook intrekken wanneer de partijen nalaten de in licentie gegeven technologie te exploiteren, tenzij zij daarvoor een objectieve reden hebben. Wanneer de partijen de in licentie gegeven technologie niet exploiteren, vindt er immers geen concurrentiebevorderende activiteit plaats, in welk geval de wezenlijke reden voor de toekenning van de groepsvrijstelling verdwijnt. Exploitatie behoeft evenwel niet de vorm van een integratie van productiemiddelen aan te nemen. Exploitatie vindt ook plaats wanneer de licentie de licentienemer vrijheid van ontwerp toekent door hem in staat te stellen zijn eigen technologie te exploiteren zonder het risico van inbreukvorderingen door de licentiegever. Bij licenties tussen concurrenten kan het feit dat de partijen de in licentie gegeven technologie niet exploiteren een aanwijzing zijn dat de regeling een vermomd kartel is. Daarom zal de Commissie gevallen van niet-exploitatie zeer grondig onderzoeken.

6.2. Buitentoe passingverklaring van de groepsvrijstellingsverordening

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

124. Terwijl de intrekking van het voordeel van de GVTO door de Commissie op grond van artikel 6 meebrengt dat een beschikking op grond van de artikelen 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet worden genomen, heeft een buitentoepassingverklaring door de Commissie op grond van artikel 7 van de GVTO uitsluitend ten gevolge dat ten aanzien van de betrokken beperkingen en markten het voordeel van de toepassing van de GVTO wegvalt en dat artikel 81, lid 1 en lid 3, opnieuw onverkort van toepassing worden. Na de vaststelling van een verordening waarbij de GVTO voor een bepaalde markt buiten toepassing wordt verklaard ten aanzien van overeenkomsten waarin bepaalde beperkingen zijn opgenomen, moet worden teruggegrepen op de criteria die zijn ontwikkeld in de desbetreffende jurisprudentie van de Europese rechterlijke instanties en in de mededelingen en eerdere beschikkingen van de Commissie, als richtsnoer voor de toepassing van artikel 81 op individuele overeenkomsten. Indien nodig zal de Commissie een beschikking geven in een individuele zaak, aan de hand waarvan alle ondernemingen die op de betrokken markt werkzaam zijn kunnen weten waar ze aan toe zijn.
125. Bij de berekening van de marktdekkingsgraad van 50 % moet rekening worden gehouden met elk individueel netwerk van licentieovereenkomsten die beperkingen of combinaties van beperkingen bevatten welke soortgelijke effecten hebben op de markt.
126. Artikel 7 houdt voor de Commissie niet de verplichting in om op te treden wanneer de 50 % marktdekkingsgraad is overschreden. In het algemeen is buitentoepassingverklaring van de GVTO passend wanneer het waarschijnlijk is dat de toegang tot de relevante markt of de mededinging daarop merkbaar wordt beperkt. Bij het afwegen van de wenselijkheid om artikel 7 toe te passen zal de Commissie nagaan of een individuele intrekking eventueel een meer geschikte oplossing zou zijn. Dit kan met name afhangen van het aantal concurrerende ondernemingen dat bijdraagt aan het cumulatieve effect op de markt of van het aantal geografische markten binnen de Gemeenschap waarop de gevolgen zich doen gevoelen.
127. Elke verordening die krachtens artikel 7 wordt vastgesteld, moet duidelijk haar reikwijdte omschrijven. Dit betekent in de eerste plaats dat de Commissie de relevante product- en geografische markt(en) moet omschrijven en in de tweede plaats dat zij moet aangeven voor welk type licentiebeperkingen de GVTO niet langer van toepassing zal zijn. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie de werkingssfeer van haar verordening aanpassen naargelang van het concurrentieprobleem dat zij wil aanpakken. Wanneer bijvoorbeeld alle parallelle netwerken van niet-concurrentieafspraken in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de 50 % marktdekkingsgraad, kan de Commissie toch de reikwijdte van de verordening tot buitentoepassingverklaring beperken tot niet-concurrentiebedingen van meer dan een bepaalde duur. Zo kunnen overeenkomsten van kortere duur of van minder beperkende aard ongemoeid worden gelaten wegens de geringere mate van marktafscherming die zij teweegbrengen. Eventueel kan de Commissie ook aangeven welk marktaandeelniveau in de specifieke marktcontext kan worden beschouwd als te gering om te kunnen spreken van een significante bijdrage van een individuele onderneming tot het cumulatieve effect. Wanneer het marktaandeel van de producten waarin de technologie van een individuele licentiegever is verwerkt niet groter is dan 5 %, wordt de overeenkomst of het netwerk van overeenkomsten die betrekking hebben op die technologie in het algemeen niet geacht in aanzienlijke mate bij te dragen tot een cumulatief marktafschermingseffect⁽⁵³⁾.
128. De overgangperiode van niet minder dan zes maanden die de Commissie krachtens artikel 7, lid 2, moet vaststellen, is bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun overeenkomsten aan te passen om rekening te houden met de verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard.
129. Een verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard, laat de geldigheid van de groepsvrijstelling voor de betrokken overeenkomsten in de periode die voorafgaat aan haar inwerkingtreding, onverlet.

IV. DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 81, LEDEN 1 EN 3, BUITEN HET TOEPASSINGSGBIED VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

1. Het algemene kader van de analyse

130. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de groepsvrijstelling vallen, bijvoorbeeld omdat de marktaandreedrempels zijn overschreden of omdat er meer dan twee partijen bij de overeenkomst betrokken zijn, worden individueel getoetst. Overeenkomsten die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, of die voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zijn geldig en afdwingbaar. Er wordt op gewezen dat er geen vermoeden van onwettigheid bestaat ten aanzien van overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling vallen, voorzover zij geen „hardcore”-beperkingen van de mededinging bevatten. Met name is er geen vermoeden dat artikel 81, lid 1 van toepassing is op grond van het loutere feit dat de marktaandreedrempels zijn overschreden. Een individuele toetsing, op basis van de in deze richtsnoeren beschreven beginselen is vereist.
131. Om, afgezien van de toepassing van de GVTO, de voorspelbaarheid te bevorderen en uitvoerig onderzoek te beperken tot gevallen die waarschijnlijk aanleiding geven tot reële mededingingsbezwaren, is de Commissie van mening dat, de „hardcore”-beperkingen buiten beschouwing gelaten, inbreuk op artikel 81 onwaarschijnlijk is indien er, naast de technologieën die onder het gezag staan van de partijen bij de overeenkomst, vier of meer onafhankelijke technologieën zijn die de in licentie gegeven technologie tegen vergelijkbare kosten voor de gebruiker, kunnen vervangen. Wanneer wordt beoordeeld of de technologieën voldoende substitueerbaar zijn moet het relatieve commerciële gewicht van de betrokken technologieën in aanmerking worden genomen. De concurrentiedruk die van een technologie uitgaat is beperkt indien deze technologie geen commercieel levensvatbaar alternatief voor de in licentie gegeven technologie vormt. Indien consumenten bijvoorbeeld als gevolg van netwerk-effecten op de markt, een sterke voorkeur hebben voor producten waarin de in licentie gegeven technologie is

verwerkt, is het mogelijk dat andere technologieën die reeds op de markt zijn of waarschijnlijk binnen een redelijke termijn op de markt komen, geen daadwerkelijk alternatief vormen en derhalve slechts een beperkte concurrentiedruk uitoefenen. Het feit dat een overeenkomst buiten de in dit punt beschreven veilige haven valt houdt niet in dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1 valt en, indien dit geval is, dat niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 is voldaan. Deze bijkomende veilige haven doet slechts een negatief vermoeden ontstaan dat de overeenkomst niet onder het verbod van artikel 81 valt, zoals dat ook geldt voor de door de GVTO met behulp van het marktaandeel geboden veilige haven. Buiten de veilige haven is de afzonderlijke beoordeling van de overeenkomst op basis van de in deze richtsnoeren ontwikkelde beginselen noodzakelijk.

1.1. Relevante factoren

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

- a) de aard van de overeenkomst;
- b) de marktpositie van de partijen;
- c) de marktpositie van de concurrenten;
- d) de marktpositie van de afnemers van de in licentie vervaardigde producten;
- e) belemmeringen voor het betreden van de markt;
- f) de rijpheid van de markt; en
- g) andere factoren.

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

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

134. De *marktpositie van de partijen* geeft een aanwijzing voor de mate van marktmacht die de licentiegever, de licentie-

nemer of beiden eventueel bezitten. Hoe groter het marktaandeel, hoe groter de marktmacht wellicht zal zijn. Dit is met name het geval wanneer het marktaandeel een gevolg is van kostenvoordelen of andere concurrentievoordelen ten opzichte van de concurrenten. Deze concurrentievoordelen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat men de eerste speler is op een markt, uit het bezit van essentiële octrooien of uit het feit dat men beschikt over een superieure technologie.

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

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

137. De *marktpositie van de afnemers* geeft een indicatie of een of meer afnemers al dan niet beschikken over kopersmacht. De belangrijkste maatstaf voor kopersmacht is het marktaandeel van de afnemer op de kopersmarkt. Dit aandeel geeft aan hoe belangrijk zijn vraag is voor potentiële leveranciers. Andere aanwijzingen hebben te maken met de positie van de afnemer op zijn wederverkoopmarkt, waarbij kenmerken zoals een ruime geografische spreiding van zijn verkooppunten en zijn merk-imago bij de eindgebruikers een rol spelen. In bepaalde omstandigheden kan kopersmacht voorkomen dat de licentiegever en/of de licentienemer marktmacht uitoefenen; zo kan kopersmacht soms een concurrentieprobleem oplossen dat anders zou zijn ontstaan. Dit is met name het geval wanneer sterke afnemers de capaciteit en de prikkels hebben om nieuwe bevoorradingsbronnen op de markt te brengen bij een kleine maar duurzame stijging van de betrokken prijzen. Wanneer de sterke afnemers zich ertoe beperken gunstige voorwaarden van de leveranciers te verkrijgen of alle prijsstijgingen aan hun klanten door te geven, is de positie van de afnemers niet van dien aard dat zij de uitoefening van marktmacht door de licentienemer op de productmarkt verhindert en lost zij derhalve het concurrentieprobleem op die markt niet op ⁽⁵⁴⁾.

138. *Belemmeringen voor het betreden van de markt* worden afgenomen aan de mate waarin gevestigde ondernemingen hun prijs boven het concurrerende niveau kunnen verhogen zonder nieuwkomers op de markt aan te trekken. Indien er geen belemmeringen zijn voor het betreden van de markt, zou een gemakkelijke en snelle toetreding tot de markt prijsverhogingen onrendabel maken. Wanneer het waarschijnlijk is dat daadwerkelijk binnen een of twee jaar nieuwkomers hun intrede maken op de markt — hetgeen de uitoefening van marktmacht zou voorkomen of bemoeilijken — kan worden gesteld dat de toetredingsdrempels over het algemeen laag zullen zijn. De toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van een hele reeks factoren, zoals schaalvoordelen en meerproductvoordelen, overheidsvoorschriften, met name wanneer die exclusieve rechten in het leven roepen, overheidssteun, invoertarieven, intellectuele-eigendomsrechten, het bezit van grondstoffen wanneer de voorraden bijvoorbeeld wegens natuurlijke beperkingen gelimiteerd zijn, het beschikken over essentiële faciliteiten, het voordeel om de eerste speler op een markt te zijn geweest of merktrouw van de consumenten die is opgebouwd door langdurige en uitgebreide reclame. Beperkende overeenkomsten tussen ondernemingen kunnen eveneens leiden tot een toetredingsdrempel, doordat zij de toegang bemoeilijken en (potentiële) concurrenten uitsluiten. Toetredingsdrempels kunnen zich voordoen in alle stadia van onderzoek en ontwikkeling, productie en distributie. Of sommige van de genoemde factoren dienen te worden beschouwd als toetredingsdrempels, hangt vooral af van de vraag of zij niet-recupereerbare kosten met zich brengen. Niet-recupereerbare kosten zijn kosten die moeten worden gemaakt om de markt te betreden of er actief op te zijn maar die niet kunnen worden gerecupereerd wanneer men de markt verlaat. Hoe groter de niet-recupereerbare kosten, hoe ernstiger potentiële nieuwkomers de risico's van het betreden van de markt moeten afwegen en hoe geloofwaardiger de gevestigde ondernemingen kunnen dreigen dat zij nieuwe concurrentie zullen bestrijden, aangezien de niet-recupereerbare kosten het voor de gevestigde ondernemingen duur maken om de markt te verlaten. In het algemeen zijn niet-recupereerbare kosten noodzakelijk bij het betreden van de markt, soms in mindere, soms in meerdere mate. Daarom is daadwerkelijke concurrentie in het algemeen doeltreffender en zal zij bij de beoordeling meer gewicht in de schaal leggen dan potentiële concurrentie.
139. Een *rijpe markt* is een markt die al enige tijd bestaat, waarop de gebruikte technologie algemeen bekend en wijdverspreid is en niet sterk verandert en waarop de vraag vrij stabiel is of terugloopt. Op een dergelijke markt is het waarschijnlijker dat beperkingen van de mededinging negatieve effecten hebben dan op meer dynamische markten.
140. Bij de beoordeling van sommige beperkingen moeten wellicht *andere factoren* in aanmerking worden genomen, zoals cumulatieve effecten, d.w.z. de dekking van de markt door gelijksoortige overeenkomsten, de looptijd van de overeenkomsten, het regelgevingskader en gedragingen die wijzen op collusie of deze kunnen vergemakkelijken, zoals prijsleiderschap, vooraf aangekondigde prijsstijgingen en overleg over de „juiste” prijs, prijsstarheid als reactie op overcapaciteit, prijsdiscriminatie en het bestaan van collusie in het verleden.
- 1.2. Negatieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten**
141. De negatieve effecten voor de mededinging op de markt die kunnen voortvloeien uit beperkende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, omvatten:
- 1) vermindering van de intertechnologieconcurrentie tussen de ondernemingen die actief zijn op een technologiemarkt of op een markt van producten waarin de betrokken technologieën zijn verwerkt, met inbegrip van het vergemakkelijken van collusie, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend;
 - 2) uitsluiting van concurrenten door het verhogen van hun kosten, het beperken van hun toegang tot essentiële inputs of het op andere wijze verhogen van de toetredingsdrempels; en
 - 3) vermindering van de intratechnologieconcurrentie tussen ondernemingen die producten vervaardigen op basis van dezelfde technologie.
142. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht kunnen de intertechnologieconcurrentie verminderen, d.w.z. de concurrentie tussen ondernemingen die licenties verlenen of produceren op basis van verwisselbare technologieën. Dit is met name het geval wanneer wederkerige verplichtingen worden opgelegd. Wanneer bijvoorbeeld concurrenten concurrerende technologieën aan elkaar overdragen en daarbij wederzijds de verplichting opleggen elkaar toekomstige verbeteringen van hun respectievelijke technologieën ter beschikking te stellen, en deze overeenkomst ertoe leidt dat geen van beide concurrenten een technologische voorsprong op de ander kan behalen, wordt de concurrentie op het stuk van innovatie tussen de partijen beperkt (zie ook punt 208).
143. Licenties tussen concurrenten kunnen tevens collusie vergemakkelijken. De kans op collusie is met name groot in geconcentreerde markten. Voor collusie moeten de betrokken ondernemingen dezelfde kijk hebben op wat hun gemeenschappelijk belang is en hoe de coördinatie-mechanismen functioneren. Wil collusie succes hebben, dan moeten de ondernemingen ook in staat zijn elkaars marktgedrag te controleren en dienen er doeltreffende afschrikingsmechanismen te zijn om afwijkingen van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt te ontmoedigen, terwijl de toetredingsdrempels hoog genoeg moeten zijn om de toegang of expansie van derden te beperken. Overeenkomsten kunnen collusie vergemakkelijken door de transparantie op de markt te vergroten, bepaald gedrag te controleren en de toetredingsdrempels te verhogen. Collusie kan voorts in uitzonderlijke gevallen worden vergemakkelijkt door licentieovereenkomsten die leiden tot een hoge mate van gemeenschappelijke kosten, omdat ondernemingen die vergelijkbare kosten hebben waarschijnlijk ook soortgelijke ideeën hebben over de wijze waarop coördinatie moet worden aangepakt ⁽⁵⁵⁾.

144. Licentieovereenkomsten kunnen de intertechnologieconcurrentie ook negatief beïnvloeden door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt en voor de groeiomgankelijkheden van concurrenten. Dergelijke marktafschermingseffecten kunnen voortvloeien uit beperkingen die de licentienemers beletten om licenties te nemen bij derden of die hen ontmoedigen om dat te doen. Derden kunnen bijvoorbeeld worden uitgesloten wanneer gevestigde licentiegevers aan de licentienemers niet-concurrentiebedingen opleggen die zo ver gaan dat er voor derden een ontoereikend aantal licentienemers overblijft en wanneer het betreden van de markt op het niveau van de licentienemers moeilijk is. Leveranciers van concurrerende technologieën kunnen voorts worden uitgesloten wanneer een licentiegever met een voldoende mate van marktmacht verschillende bestanddelen van een technologie samenvoegt en deze als een pakket in licentie geeft, terwijl slechts een deel van het pakket noodzakelijk is voor de vervaardiging van een bepaald product.
145. Licentieovereenkomsten kunnen ook de intratechnologieconcurrentie beperken, d.w.z. de concurrentie tussen ondernemingen die produceren op basis van dezelfde technologie. Een overeenkomst die aan de licentienemers territoriale beperkingen oplegt en hen verbiedt om in elkaars gebied te verkopen, vermindert de onderlinge concurrentie tussen hen. Licentieovereenkomsten kunnen voorts de intratechnologieconcurrentie beperken door collusie tussen licentienemers te vergemakkelijken. Daarenboven kunnen licentieovereenkomsten die de intratechnologieconcurrentie verminderen collusie tussen de bezitters van concurrerende technologieën vergemakkelijken of de intertechnologieconcurrentie verminderen door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt.
- 1.3. Positieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten en het toetsingskader voor de analyse van dergelijke effecten**
146. Zelfs beperkende licentieovereenkomsten hebben meestal ook concurrentiebevorderende effecten in de vorm van efficiëntieverbeteringen die mogelijk opwegen tegen de concurrentieverstorende effecten. Deze afweging vindt plaats in het kader van artikel 81, lid 3, dat voorziet in een uitzondering op het verbod van artikel 81, lid 1. Om voor deze uitzondering in aanmerking te komen moet de licentieovereenkomst objectieve economische voordelen opleveren, moeten de beperkingen van de mededinging onmisbaar zijn om die efficiëntieverbeteringen te bereiken, moet een billijk aandeel in de efficiëntieverbeteringen de gebruikers ten goede komen en mag de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
147. De toetsing van beperkende overeenkomsten aan artikel 81, lid 3, vindt plaats in samenhang met de feitelijke omstandigheden waarin zij zich afspelen⁽⁵⁶⁾, en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. Deze toets is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, is van toepassing zolang voldaan is aan de vier voorwaarden, en houdt op van toepassing te zijn wanneer zulks niet langer het geval is⁽⁵⁷⁾. Bij de toepassing van artikel 81, lid 3, overeenkomstig deze beginselen is het evenwel noodzakelijk rekening te houden met de initiële niet-recupereerbare investeringen die de partijen hebben gedaan, evenals met de tijd die nodig is en de beperkingen die vereist zijn om een efficiëntieverbeterende investering vast te leggen en terug te verdienen. Artikel 81 kan niet worden toegepast zonder rekening te houden met een dergelijke voorafgaande investering en de risico's die daarmee verband houden. Het risico dat de partijen nemen en de niet-recupereerbare investering die moet worden vastgelegd om de overeenkomst ten uitvoer te leggen, kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst, naargelang van het geval, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.
148. De eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3 vereist een toetsing van de objectieve voordelen die de overeenkomst oplevert in de vorm van efficiëntieverbeteringen. In dit verband bieden licentieovereenkomsten met name de mogelijkheid om complementaire technologieën en andere productiemiddelen bijeen te brengen, waardoor nieuwe of verbeterde producten op de markt kunnen worden gebracht of bestaande producten tegen lagere kosten kunnen worden vervaardigd. „Hardcore“-kartels buiten beschouwing gelaten, vindt licentiëring vaak plaats omdat het voor de licentiegever doeltreffender is de technologie in licentie te geven dan ze zelf te exploiteren. Dit kan met name het geval zijn wanneer de licentienemer reeds toegang heeft tot de nodige productiemiddelen. De overeenkomst geeft de licentienemer toegang tot een technologie die met deze productiemiddelen kan worden gecombineerd en die hem aldus in staat stelt nieuwe of verbeterde technologieën te exploiteren. Een ander voorbeeld van potentieel efficiëntievergrotende licentiëring is het geval waarin de licentienemer reeds een technologie bezit en de combinatie van deze technologie met die van de licentiegever leidt tot synergieën. Wanneer de twee technologieën worden gecombineerd, kan de licentienemer wellicht tot een configuratie van kosten en productie komen die anders niet haalbaar zou zijn. Licentieovereenkomsten kunnen voorts net als verticale distributieovereenkomsten aanleiding geven tot efficiëntieverbeteringen in het distributiestadium. Dergelijke efficiëntieverbeteringen kunnen de vorm aannemen van kostenbesparingen of van het verstrekken van waardevolle diensten aan gebruikers. De positieve effecten van verticale overeenkomsten worden beschreven in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁽⁵⁸⁾. Een ander voorbeeld van mogelijke efficiëntieverbeteringen zijn overeenkomsten waarbij bezitters van technologieën een technologiepakket samenstellen om aan derden in licentie te geven. Dergelijke „pooling“-regelingen kunnen met name de transactiekosten verminderen doordat de licentienemers geen afzonderlijke licentieovereenkomsten met elke licentiegever behoeven te sluiten. Concurrentiebevorderende licentiëring kan ook plaatsvinden om de vrijheid van ontwerp te waarborgen. In sectoren waar sprake is van grote aantallen intellectuele-eigendomsrechten en waar de afzonderlijke producten mogelijk inbreuk maken op een aantal bestaande en toekomstige eigendomsrechten, bevorderen licentieovereenkomsten waarbij de partijen afspreken hun eigendomsrechten niet tegen elkaar uit te oefenen dikwijls de concurrentie omdat zij de partijen in staat stellen hun respectievelijke technologieën te ontwikkelen zonder het risico te lopen dat naderhand inbreukvorderingen worden ingediend.
149. Bij het toetsen van de onmisbaarheid waarvan sprake in artikel 81, lid 3, zal de Commissie met name nagaan of een bepaalde beperking het mogelijk maakt de betrokken activiteit doeltreffender uit te voeren dan het geval zou zijn geweest zonder de betrokken beperking. Bij het uitvoeren van deze beoordeling moeten de marktvoorwaarden en de zakelijke realiteit waarmee de partijen bij de

overeenkomst te maken hebben, in aanmerking worden genomen. Ondernemingen die de toepassing inroepen van artikel 81, lid 3, zijn niet verplicht louter hypothetische of theoretische alternatieven te onderzoeken. Zij moeten enkel uiteenzetten en aantonen waarom kennelijk realistische en minder beperkende alternatieven aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn. Indien de toepassing van een schijnbaar zakelijk, realistisch en minder beperkend alternatief zou leiden tot een aanzienlijk verlies van efficiëntie, wordt de betrokken beperking als onmisbaar beschouwd. In sommige gevallen is het wellicht ook noodzakelijk na te gaan of de overeenkomst als zodanig onmisbaar is voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij technologiepools waarin ook complementaire maar niet-essentiële technologieën zijn opgenomen⁽⁵⁹⁾, in welk geval moet worden onderzocht in welke mate die opneming aanleiding geeft tot specifieke efficiëntieverbeteringen dan wel of de pool zonder een noemenswaardig verlies van efficiëntie kan worden beperkt tot technologieën waarvoor er geen vervangingstechnologie bestaat. Bij een gewone licentieverlening tussen twee partijen is het in het algemeen niet noodzakelijk meer te doen dan een onderzoek van de onmisbaarheid van de individuele beperkingen. Normaliter is er geen minder beperkend alternatief voor de licentieovereenkomst als zodanig.

150. De voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen, houdt in dat de gebruikers van de in licentie vervaardigde producten op zijn minst compensatie moeten krijgen voor de negatieve effecten van de overeenkomst⁽⁶⁰⁾. Dit betekent dat de efficiëntieverbeteringen ten volle moeten opwegen tegen de vermoedelijke negatieve effecten van de overeenkomst op de prijzen, de productie en andere relevante factoren. Dit kan gebeuren door een wijziging van de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen, hetgeen hen een prikkel geeft om de prijzen te verlagen, of door de gebruikers nieuwe of verbeterde producten aan te bieden, als compensatie voor een mogelijke prijsstijging⁽⁶¹⁾.
151. De laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, volgens welke de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid mag geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen, veronderstelt dat wordt nagegaan hoe groot de resterende concurrentiedruk op de markt is en wat de invloed van de overeenkomst op de bestaande bronnen van mededinging is. Bij de toepassing van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, moet aandacht worden besteed aan de relatie tussen artikel 81, lid 3, en artikel 82. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 81, lid 3, niet aan de toepassing van artikel 82 van het Verdrag in de weg⁽⁶²⁾. Aangezien de artikelen 81 en 82 allebei beogen een daadwerkelijke mededinging op de markt te handhaven, veronderstelt een consequente rechtstoepassing daarenboven dat artikel 81, lid 3, zodanig wordt uitgelegd dat elke toepassing van de uitzonderingsregel op beperkende overeenkomsten die een misbruik van een machtspositie inhouden, uitgesloten is⁽⁶³⁾.
152. Het feit dat de overeenkomst één dimensie van de mededinging aanzienlijk beperkt, betekent niet noodzakelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld in de zin van

artikel 81, lid 3. Een technologiepool bijvoorbeeld kan leiden tot een industriernorm, waardoor een situatie ontstaat waarbij er weinig mededinging is op het stuk van technologische procédés of uitvoering. Wanneer de belangrijkste marktdeelnemers eenmaal een bepaald procédé of een bepaalde uitvoering in gebruik hebben genomen, kunnen netwerkeffecten ervoor zorgen dat alternatieve procédés of uitvoeringen zeer moeilijk kunnen overleven. Dit betekent echter niet dat de totstandkoming van een feitelijke industriernorm altijd leidt tot uitschakeling van de mededinging in de zin van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3. Binnen de norm kunnen leveranciers concurreren op prijs, kwaliteit en productkenmerken. Wil de overeenkomst echter in aanmerking komen voor de toepassing van artikel 81, lid 3, dan moet worden gegarandeerd dat zij de mededinging niet onnodig beperkt en toekomstige innovatie niet al te zeer afremt.

2. De toepassing van artikel 81 op verschillende soorten licentiebeperkingen

153. In dit deel worden verschillende soorten beperkingen besproken die vaak voorkomen in licentieovereenkomsten. Gezien hun gangbaarheid is het zinvol om inzicht te verschaffen over de manier waarop zij worden beoordeeld wanneer zij niet onder de vrijstelling van de GVTO vallen. De beperkingen die reeds besproken zijn in de vorige delen van deze richtsnoeren, met name onder III.4 en III.5, worden in dit deel slechts kort behandeld.
154. Dit deel heeft betrekking zowel op overeenkomsten tussen niet-concurrenten als op overeenkomsten tussen concurrenten. Wat deze laatste betreft, wordt indien nodig een onderscheid gemaakt tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. Dat onderscheid behoeft voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten niet te worden gemaakt. Wanneer ondernemingen geen feitelijke of potentiële concurrenten zijn op een relevante technologiemarkt of op een markt van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, is een wederkerige overeenkomst vanuit praktisch oogpunt niet verschillend van twee afzonderlijke licenties. Regelingen waarbij de partijen een technologiepakket samenstellen dat vervolgens aan derden in licentie wordt gegeven, zijn technologiepools die in deel 4 worden besproken.
155. In dit deel wordt niet ingegaan op verplichtingen in licentieovereenkomsten die in de regel niet concurrentiebeperkend zijn in de zin van artikel 81, lid 1. Het gaat onder meer om de volgende verplichtingen:
- verplichtingen tot geheimhouding;
 - verplichtingen voor de licentienemers om geen sublicenties te verlenen;
 - verplichtingen om de in licentie gegeven technologie niet te gebruiken na het verstrijken van de overeenkomst, voorzover de in licentie gegeven technologie geldig en van kracht blijft;
 - verplichtingen om de licentiegever bij te staan bij de handhaving van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten;

- e) verplichtingen om een minimumbedrag aan royalty's te betalen of om een minimum hoeveelheid producten te produceren waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, en
- f) verplichtingen om het handelsmerk van de licentiegever te gebruiken of om de naam van de licentiegever op het product te vermelden.

2.1. Royaltyverplichtingen

156. Het staat de partijen bij een licentieovereenkomst normaliter vrij de royalty's te bepalen die door de licentienemer moeten worden betaald en vast te stellen op welke wijze die betaling moet gebeuren, zonder dat de overeenkomst hierdoor onder artikel 81, lid 1, valt. Dit beginsel geldt zowel voor overeenkomsten tussen concurrenten als voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Royaltyverplichtingen kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van een betaling ineens, van een percentage van de verkoopprijs of van een vast bedrag voor elk product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Wanneer de in licentie gegeven technologie te maken heeft met een input die in een eindproduct wordt verwerkt, is het over het algemeen niet concurrentiebeperkend dat de royalty's worden berekend op basis van de prijs van het eindproduct, mits daarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Bij het in licentie geven van software is het berekenen van royalty's op basis van het aantal gebruikers en per machine in de regel verenigbaar met artikel 81, lid 1.
157. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten wordt eraan herinnerd (zie de punten 80 en 81) dat royaltyverplichtingen in een klein aantal gevallen kunnen neerkomen op prijsbinding, wat een „hardcore”-beperking is overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder a). Het is een „hardcore”-beperking ingevolge artikel 4, lid 1, onder a), wanneer concurrenten wederkerige running royalty's verlenen terwijl de overeenkomst een pseudo-licentie is omdat zij geen integratie van complementaire technologieën beoogt noch enig ander concurrentiebevorderend doel heeft. Het is tevens een „hardcore”-beperking op grond van artikel 4, lid 1, onder a) en d), wanneer royalty's zich uitstrekken tot producten die uitsluitend met de eigen technologie van de licentienemer zijn geproduceerd.
158. Andere soorten royaltyregelingen tussen concurrenten zijn tot een marktaandeeldrempel van 20 % vrijgesteld, zelfs indien zij de mededinging beperken. Buiten de veilige haven die de groepsvrijstellingsverordening biedt, kan artikel 81, lid 1, van toepassing zijn wanneer concurrenten wederzijdse licenties verlenen en running royalty's opleggen die duidelijk onevenredig zijn met de marktwaarde van de licentie en wanneer dergelijke royalty's aanzienlijke gevolgen hebben voor de marktprijzen. Om te beoordelen of de royalty's onevenredig zijn is het van belang de royalty's in aanmerking te nemen die door andere licentienemers op de productmarkt voor identieke of vervangstechnologieën worden betaald. In dergelijke gevallen is het niet waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan. Artikel 81, lid 1, kan tevens van toepassing zijn wanneer de wederkerige running royalty's per eenheid stijgen naarmate de productie toeneemt. Indien de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht bezitten, kunnen dergelijke royalty's productiebeperking tot gevolg hebben.
159. Ofschoon de groepsvrijstelling slechts van toepassing is zolang de technologie geldig en van kracht is, kunnen de

partijen normaliter overeenkomen de royaltyverplichtingen uit te breiden tot na de geldigheidsduur van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten zonder inbreuk te maken op artikel 81, lid 1. Wanneer deze rechten eenmaal zijn vervallen, kunnen derden de betrokken technologie op wettige wijze exploiteren en concurreren met de partijen bij de overeenkomst. Die daadwerkelijke en potentiële concurrentie zal normaliter voldoende zijn om te garanderen dat de betrokken verplichting geen merkbare concurrentieverstorende effecten heeft.

160. In het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten dekt de groepsvrijstelling overeenkomsten waarbij de royalty's worden berekend op basis van zowel de producten die met de in licentie gegeven technologie zijn geproduceerd als de producten die met door derden in licentie gegeven technologieën zijn geproduceerd. Dergelijke overeenkomsten kunnen het bepalen van het bedrag van de royalty's vergemakkelijken. Zij kunnen echter eveneens leiden tot marktafsluiting doordat zij de kosten van het gebruik van de input van derden verhogen en bijgevolg soortgelijke effecten kunnen hebben als een niet-concurrentiebeding. Indien royalty's niet alleen worden betaald voor producten die met de in licentie gegeven technologie worden vervaardigd, maar ook voor de producten die met behulp van de technologie van derden zijn vervaardigd, dan verhogen de royalty's ook de kosten van laatstgenoemde producten en verminderen zij de vraag naar de technologie van derden. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling moet dan ook worden nagegaan of de beperking marktafsluitingseffecten heeft. Daartoe dient het onder IV.2.7 beschreven analytische kader te worden gebruikt. Indien er merkbare marktafsluitingseffecten zijn, vallen dergelijke overeenkomsten onder het verbod van artikel 81, lid 1, en is het onwaarschijnlijk dat zij aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen, tenzij er geen andere praktische manier is om betalingen van royalty's te berekenen en te controleren.

2.2. Exclusieve licenties en verkoopbeperkingen

161. Het is binnen dit bestek zinvol om een onderscheid te maken tussen beperkingen ten aanzien van de productie binnen een bepaald grondgebied (exclusieve licenties en „sole licences”) en beperkingen op de verkoop van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt binnen een bepaald grondgebied of ten behoeve van een bepaalde klantenkring (verkoopbeperkingen).

2.2.1. Exclusieve licenties en „sole licences”

162. Een licentie wordt als exclusief beschouwd wanneer de licentienemer de enige is die op basis van de in licentie gegeven technologie binnen een bepaald gebied mag produceren. De licentiegever verplicht zich er derhalve toe niet zelf te produceren of anderen een licentie te verlenen om binnen een bepaald gebied te produceren. Dit gebied kan de gehele wereld zijn. Wanneer de licentiegever slechts toezegt niet aan derden een licentie te zullen verlenen om binnen een bepaald gebied te produceren, is er sprake van een „sole licence”. Exclusieve licenties en „sole licences” gaan dikwijls gepaard met verkoopbeperkingen ten aanzien van het gebied waarin de partijen de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, mogen verkopen.

163. Wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten vallen onder artikel 4, lid 1, onder c), waarin marktverdeling tussen concurrenten als een „hardcore”-beperking wordt aangemerkt. Wederzijdse „sole licences” tussen concurrenten zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Krachtens een dergelijke overeenkomst verplichten de partijen zich om hun concurrerende technologieën niet aan derden in licentie te geven. Wanneer de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten kunnen dergelijke overeenkomsten collusie in de hand werken doordat zij waarborgen dat de op de in licentie gegeven technologie gebaseerde producten uitsluitend door de partijen worden geproduceerd.
164. Niet-wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Boven de marktaandeeldrempel moet worden onderzocht wat de vermoedelijke concurrentiebeperkende gevolgen van de exclusieve licentie zijn. Is de exclusieve licentie wereldwijd van toepassing, dan betekent dit dat de licentiegever de markt verlaat. In gevallen waarin de exclusiviteit beperkt blijft tot een specifiek gebied, zoals een lidstaat, dan houdt de overeenkomst in dat de licentiegever ervan afziet in het desbetreffende gebied goederen en diensten te produceren. In het kader van artikel 81, lid 1, moet met name worden nagegaan wat de positie van de licentiegever op de markt is vanuit het oogpunt van de mededinging. Heeft de licentiegever een beperkte positie op de productmarkt of is hij niet in staat de technologie in het gebied van de licentienemer daadwerkelijk te exploiteren, dan is het onwaarschijnlijk dat de overeenkomst onder artikel 81, lid 1 valt. Een speciale situatie doet zich voor wanneer de licentiegever en de licentienemer alleen op de technologiemarkt concurrenten zijn en de licentiegever, bijvoorbeeld een onderzoeksinstelling of een kleine op onderzoek gebaseerde onderneming, niet over de productie- en distributiemiddelen beschikt om producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, daadwerkelijk op de markt te brengen. In dergelijke gevallen is het niet waarschijnlijk dat inbreuk wordt gemaakt op artikel 81, lid 1.
165. Exclusieve licenties tussen niet-concurrenten — in zoverre deze onder het verbod van artikel 81, lid 1, vallen ⁽⁶⁴⁾ — voldoen meestal aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Het recht om een exclusieve licentie te verlenen is over het algemeen noodzakelijk om de licentienemer in de in licentie gegeven technologie te doen investeren en de producten tijdig op de markt te brengen. Dit geldt met name wanneer een licentienemer grote investeringen moet doen om de in licentie gegeven technologie verder te ontwikkelen. Het nemen van maatregelen tegen deze exclusiviteit wanneer de licentienemer de in licentie gegeven technologie tot een commercieel succes heeft gemaakt zou de licentienemer beletten om van zijn succes te profiteren en zou schadelijk zijn voor de mededinging, de verspreiding van technologie en innovatie. De Commissie zal derhalve slechts bij uitzondering optreden tegen exclusieve licenties in overeenkomsten tussen niet-concurrenten, en wel ongeacht het geografische toepassingsgebied van de licentie.
166. De voornaamste situatie waarin maatregelen nodig kunnen zijn is wanneer een licentienemer met een dominante marktpositie een exclusieve licentie verwerft voor een of meer concurrerende technologieën. Dergelijke overeenkomsten vallen doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, en voldoen naar alle waarschijnlijkheid niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Voorwaarde is evenwel dat de technologiemarkt moeilijk toegankelijk is en de in licentie gegeven technologie een werkelijke bron van concurrentie op de markt is. In dergelijke gevallen kan een exclusieve licentie derde licentienemers uitsluiten en de licentienemer in staat stellen zijn marktmacht te behouden.
167. Overeenkomsten waarbij twee of meer partijen elkaar wederzijds licenties verlenen en zich ertoe verbinden geen licenties aan derden te verlenen, geven aanleiding tot bijzondere bezorgdheid wanneer het pakket technologieën dat uit de wederzijdse licenties voortvloeit een feitelijke industrienor­me in het leven roept waartoe derden toegang moeten hebben om daadwerkelijk te kunnen concurreren op de markt. In dergelijke gevallen creëert de overeenkomst een besloten norm waartoe alleen de partijen toegang hebben. De Commissie zal dergelijke overeenkomsten beoordelen op grond van dezelfde beginselen als die welke worden toegepast op technologiepools (zie deel 4). Normaliter zal verlangd worden dat de technologieën die een dergelijke norm ondersteunen op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden aan derden in licentie worden gegeven ⁽⁶⁵⁾. Wanneer de partijen bij de overeenkomst met derden concurreren op een productmarkt en de overeenkomst betrekking heeft op die productmarkt, zal een besloten norm doorgaans ernstige uitsluitingseffecten hebben. Deze negatieve beïnvloeding van de mededinging kan slechts worden vermeden door ook aan derden licenties te verlenen.
- #### 2.2.2. Verkoopbeperkingen
168. Ook ten aanzien van verkoopbeperkingen moet een belangrijk onderscheid worden gemaakt tussen het verlenen van licenties tussen concurrenten en tussen niet-concurrenten.
169. Beperkingen, in een wederkerige overeenkomst tussen concurrenten, op de actieve en passieve verkoop door één of beide partijen zijn „hardcore”-beperkingen van de mededinging op grond van artikel 4, lid 1, onder c). Verkoopbeperkingen die aan een van de partijen worden opgelegd in een wederkerige overeenkomst tussen concurrenten vallen onder het verbod van artikel 81, lid 1, en voldoen doorgaans niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dergelijke beperkingen worden in de regel als marktverdeling beschouwd, omdat zij de betrokken partij beletten actief en passief te verkopen in het grondgebied en aan de klantenkring die zij daadwerkelijk bediende of zonder de overeenkomst redelijkerwijs had kunnen bedienen.
170. In het geval van niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten is de groepsvrijstelling van toepassing op beperkingen op de actieve en passieve verkoop door de licentiegever of de licentienemer in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die aan de andere partij is voorbehouden (zie artikel 4, lid 1, onder c), punt iv)). Boven de marktaandeeldrempel van 20 % vallen verkoopbeperkingen tussen de licentiegever en licentienemer on-

der het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer één partij of beide partijen een behoorlijke mate van marktmacht bezitten. Dergelijke beperkingen kunnen evenwel onmisbaar zijn voor de verspreiding van waardevolle technologieën en derhalve voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dit kan het geval zijn wanneer de licentiegever een betrekkelijk zwakke marktpositie heeft in het gebied waar hij de technologie zelf exploiteert. In dergelijke gevallen kunnen beperkingen, en met name beperkingen op de actieve verkoop, onmisbaar zijn om de licentiegever ertoe te brengen de licentie te verlenen. Zonder deze beperkingen zou de licentiegever waarschijnlijk te maken krijgen met actieve concurrentie op zijn voornaamste terrein van activiteit. Evenzo kunnen beperkingen op de actieve verkoop door de licentiegever onmisbaar zijn, met name wanneer de licentienemer een betrekkelijk zwakke marktpositie heeft in het aan hem toegewezen gebied en aanzienlijke investeringen moet verrichten om de in licentie gegeven technologie doeltreffend te exploiteren.

171. De groepsvrijstelling dekt tevens beperkingen op actieve verkoop in het gebied of aan de klantenkring die zijn toegewezen aan een andere licentienemer, indien deze geen concurrent van de licentiegever was toen hij de licentieovereenkomst met de licentiegever sloot. Een voorwaarde is echter wel dat de overeenkomst tussen de partijen in kwestie niet wederkerig is. Boven de marktaanderempel vallen dergelijke beperkingen ten aanzien van de actieve verkoop doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht hebben. De beperking zal echter doorgaans onmisbaar zijn in de zin van artikel 81, lid 3, gedurende de periode die de beschermde licentienemer nodig heeft om een nieuwe markt te betreden en een marktaanwezigheid te verwerven in het toegewezen gebied of ten aanzien van de toegewezen klantenkring. Deze bescherming tegen actieve verkoop stelt de licentienemer in staat om de asymmetrische situatie waarmee hij wordt geconfronteerd omdat een aantal licentienemers concurrenten zijn van de licentiegever en derhalve reeds op de markt aanwezig zijn, te overwinnen. Beperkingen op passieve verkoop door licentienemers in een gebied of aan een klantenkring die aan een andere licentienemer zijn toegewezen, vormen „hardcore”-beperkingen ingevolge artikel 4, lid 1, onder c) van de GVTO.

172. Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten geldt een vrijstelling voor verkoopbeperkingen tussen de licentiegever en een licentienemer zolang de marktaandeeldrempel van 30 % niet is overschreden. Boven de marktaandeeldrempel kunnen beperkingen op actieve en passieve verkoop door licentienemers in verkoopgebieden of klantenkringen die aan de licentiegever zijn voorbehouden buiten artikel 81, lid 1, vallen wanneer aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat er zonder de verkoopbeperkingen geen licentiëring zou plaatsvinden. Van een technologiebezitter mag redelijkerwijs niet worden verwacht dat hij op basis van zijn eigen technologie rechtstreekse concurrentie met zichzelf in het leven roept. In andere gevallen kunnen verkoopbeperkingen ten aanzien van de licentienemer onder het verbod van artikel 81, lid 1 vallen, zowel wanneer de licentiegever individueel een behoorlijke mate van marktmacht bezit als wanneer er sprake is van een cumulatief effect van

gelijsoortige overeenkomsten die zijn gesloten door licentiegevers die tezamen een sterke positie op de markt bekleden.

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

174. Wat verkoopbeperkingen tussen licentienemers onderling in overeenkomsten tussen niet-concurrenten betreft, verleent de GVTO een groepsvrijstelling voor beperkingen op de actieve verkoop tussen verkoopgebieden of klantenkringen. Boven de marktaanderempel verminderen beperkingen op de actieve verkoop tussen de verkoopgebieden en klantenkringen van de licentienemers de intratechnologieconcurrentie en vallen zij doorgaans onder het verbod van artikel 81, lid 1, wanneer de individuele licentienemer een aanzienlijke mate van marktmacht bezit. Dergelijke beperkingen kunnen evenwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wanneer zij noodzakelijk zijn om „free riding” te voorkomen en om de licentienemer ertoe te brengen binnen zijn verkoopgebied de investeringen te doen die noodzakelijk zijn voor een doeltreffende exploitatie van de in licentie gegeven technologie, en de verkoop van de in licentie vervaardigde producten te bevorderen. Beperkingen op de passieve verkoop vallen onder de „hardcore”-lijst van artikel 4, lid 2, onder b) (zie punt 101) wanneer zij langer van toepassing zijn dan twee jaar na de datum waarop de licentienemer die van de beperkingen profiteert het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt in zijn exclusieve verkoopgebied op de markt brengt. Passieve verkoopbeperkingen die deze periode van twee jaar overschrijden voldoen doorgaans niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3.

2.3. Productiebeperkingen

175. Wederkerige productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten vormen een „hardcore”-beperking in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van de GVTO (zie punt 82). Genoemde bepaling is niet van toepassing op productiebeperkingen die aan de licentienemer wordt opgelegd in een niet-wederkerige overeenkomst of aan een van de licentienemers in een wederkerige overeenkomst. Dergelijke beperkingen zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Boven de marktaandeeldrempel kunnen productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd de mededinging beperken wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht hebben. Artikel 81, lid

3, zal echter doorgaans van toepassing zijn in gevallen waarin de technologie van de licentiegever aanzienlijk beter is dan die van de licentienemer en de productiebeperking de productie van de licentienemer vóór het sluiten van de overeenkomst ruim overschrijdt. In dat geval is het effect van de productiebeperking gering, zelfs op markten met een groeiende vraag. Bij de toepassing van artikel 81, lid 3, moet er tevens rekening mee worden gehouden dat dergelijke beperkingen noodzakelijk kunnen zijn om de licentiegever ertoe te brengen zijn technologie te verspreiden, en wel op een zo ruim mogelijke schaal. Een licentiegever zou bijvoorbeeld terughoudend kunnen zijn om licenties te verlenen aan zijn concurrenten indien hij de licentie niet kan beperken tot een bepaalde productvestiging met een welomschreven capaciteit (een „site-licentie”). Wanneer de licentieovereenkomst een werkelijke integratie van complementaire productiemiddelen tot gevolg heeft, is het derhalve mogelijk dat de productiebeperkingen die aan de licentienemer worden opgelegd voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Dit is echter doorgaans niet het geval wanneer de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten.

176. Productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling zolang de markaandeeldrempel van 30 % niet is overschreden. Het belangrijkste risico op concurrentievervalsingen dat uit productiebeperkingen opgelegd aan licentienemers in overeenkomsten tussen niet-concurrenten voortvloeit, is een vermindering van de intratechnologieconcurrentie tussen licentienemers. De omvang van dergelijke concurrentievervalsende effecten hangt af van de marktpositie van de licentiegever en de licentienemers en van de mate waarin de licentienemer, als gevolg van de productiebeperking, niet in staat is om aan de vraag naar producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te voldoen.
177. Wanneer productiebeperkingen gecombineerd worden met exclusieve verkoopgebieden of exclusieve klantenkringen, nemen de beperkende effecten toe. De combinatie van de twee soorten beperkingen maakt het waarschijnlijker dat de overeenkomst tot verdeling van de markten leidt.
178. Productiebeperkingen die aan de licentienemers worden opgelegd in overeenkomsten tussen niet-concurrenten kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben doordat zij de verspreiding van technologie in de hand werken. Als leverancier van technologie dient de licentiegever normaliter vrij te kunnen bepalen welk productievolume door de licentienemer met de in licentie gegeven technologie mag worden geproduceerd. Indien het de licentiegever niet vrij stond de productie van de licentienemer te bepalen, zou een aantal licentieovereenkomsten wellicht helemaal niet worden gesloten, hetgeen een negatieve invloed zou hebben op de verspreiding van nieuwe technologie. Dit zal met name het geval zijn wanneer de licentiegever tevens een producent is, aangezien de productie van de licentienemers in dat geval uiteindelijk terecht kan komen in het gebied waar de licentiegever voornamelijk actief is en zij dus rechtstreekse gevolgen kan hebben voor die activiteiten. Het is daarentegen minder waarschijnlijk dat productiebeperkingen noodzakelijk zijn om de verspreiding van de technologie van de licentiegever te bevorderen wanneer deze gecombineerd worden met verkoopbeperkingen waarbij aan de licentienemer een verbod wordt opgelegd om te verkopen in een gebied of aan een klantenkring die is voorbehouden aan de licentiegever.

2.4. Beperkingen van het gebruiksgebied

179. Bij een beperking van het gebruiksgebied wordt de licentie ofwel beperkt tot een of meer technische toepassingsgebieden, ofwel tot een of meer productmarkten. In veel gevallen kan dezelfde technologie worden gebruikt om verschillende producten te maken of kan ze worden verwerkt in producten die tot verschillende productmarkten behoren. Een nieuwe giettechnologie kan bijvoorbeeld worden gebruikt om plastic flessen en plastic glazen te maken, waarbij elk product tot een afzonderlijke productmarkt behoort. Eén enkele productmarkt kan evenwel verscheidene technische gebruiksgebieden omvatten. Zo kan nieuwe technologie op het gebied van motoren zowel in vier- als in zescilindermotoren worden gebruikt. Evenzo kan een technologie voor de vervaardiging van chipsets worden gebruikt om chipsets te maken met maximaal vier of meer dan vier CVE's. Een licentie waarbij het gebruik van de in licentie gegeven technologie wordt beperkt tot de productie van bijvoorbeeld viercilindermotoren en chipsets met maximaal vier CVE's vormt een beperking van het technische gebruiksgebied.
180. Aangezien beperkingen van het gebruiksgebied zijn vrijgesteld en bepaalde beperkingen van de klantenkring „hardcore”-beperkingen zijn overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder c) en artikel 4, lid 2, onder b), van de GVTO, is het van belang om een onderscheid te maken tussen deze twee categorieën beperkingen. Een beperking van de klantenkring veronderstelt dat er bepaalde klantenkringen worden afgebakend en dat aan de partijen beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de verkoop aan de aldus afgebakende groepen. Het feit dat een beperking van het technische gebruiksgebied mogelijk overeenkomt met een bepaalde klantenkring in een productmarkt betekent niet dat de beperking moet worden aangemerkt als een beperking van de klantenkring. Bijvoorbeeld, het feit dat bepaalde afnemers voornamelijk of uitsluitend chipsets kopen met meer dan vier CVE's betekent niet dat een licentie die beperkt is tot chipsets met maximaal vier CVE's een beperking van de klantenkring inhoudt. Het gebruiksgebied moet evenwel objectief worden gedefinieerd aan de hand van welbepaalde en betekenisvolle technische kenmerken van het product onder licentie.
181. Een beperking van het gebruiksgebied beperkt de exploitatie van de in licentie gegeven technologie door de licentienemer tot een of meer welbepaalde gebruiksgebieden zonder de mogelijkheden van de licentiegever om de in licentie gegeven technologie te exploiteren, aan banden te leggen. Daarenboven kunnen deze gebruiksgebieden, evenals verkoopgebieden, op grond van een exclusieve licentie of „sole licence” aan de licentienemer worden toegewezen. Beperkingen van het gebruiksgebied in combinatie met een exclusieve licentie of „sole licence” beperken dan ook de mogelijkheden van de licentiegever om zijn eigen technologie te exploiteren door hem te beletten deze zelf te exploiteren, inclusief via aan anderen verleende licenties. In geval van een „sole licence” is alleen het verlenen van licenties aan derden aan beperkingen onderworpen. Beperkingen van het gebruiksgebied in combinatie met exclusieve licenties en „sole licences” worden op dezelfde wijze behandeld als de exclusieve licenties en „sole licences” in deel 2.2.1. Met name voor licentiëring tussen concurrenten houdt dit in dat wederzijdse exclusieve licenties een „hardcore”-beperking zijn overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder c).

182. Beperkingen van het gebruiksgebied kunnen een concurrentiebevorderend effect hebben doordat zij de licentiegever aanmoedigen zijn technologie in licentie te geven voor toepassingen die buiten zijn voornaamste aandachtsgebied vallen. Indien de licentiegever de licentienemers niet zou kunnen verhinderen om actief te worden in gebieden waarin hij de technologie zelf exploiteert of in gebieden waar de waarde van de technologie nog niet is vastgesteld, zou dit waarschijnlijk voor hem een reden zijn om geen licentie te verlenen of om een hogere royalty te bedingen. Verder moet er rekening mee worden gehouden dat in sommige sectoren licenties dikwijls worden gebruikt om de vrijheid van ontwerp te waarborgen doordat inbreukvorderingen worden vermeden. Binnen de werkingssfeer van de licentie kan de licentienemer zijn eigen technologie ontwikkelen zonder inbreukvorderingen door de licentiegever te hoeven vrezen.
183. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan licentienemers worden opgelegd in overeenkomsten tussen feitelijke of potentiële concurrenten zijn vrijgesteld beneden de marktaandeeldrempel van 20 %. Het belangrijkste bezwaar van dergelijke beperkingen uit mededingingsoogpunt is het risico dat de licentienemer ophoudt een bron van concurrentie te zijn buiten het gebruiksgebied van de in licentie gegeven technologie. Dit risico is het grootst bij wederzijdse licenties tussen concurrenten waarbij de overeenkomst asymmetrische beperkingen van het gebruiksgebied omvat. Een beperking van een gebruiksgebied is asymmetrisch wanneer de ene partij de in licentie gegeven technologie binnen een productmarkt of technisch gebruiksgebied mag exploiteren en de andere partij de andere in licentie gegeven technologie mag gebruiken in een andere productmarkt of een ander technisch gebruiksgebied. Er kunnen met name mededingingsbezwaren rijzen wanneer de productiefaciliteit van de licentienemer, die is aangepast voor het gebruik van de in licentie gegeven technologie, ook wordt gebruikt voor het vervaardigen, met zijn eigen technologie, van producten buiten het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt. Indien de overeenkomst er waarschijnlijk toe leidt dat de licentienemer zijn productie vermindert buiten het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt, valt zij doorgaans onder artikel 81, lid 1. Symmetrische beperkingen van het gebruiksgebied, d.w.z. overeenkomsten waarbij de partijen elkaars technologie in hetzelfde gebruiksgebied/dezelfde gebruiksgebieden mogen exploiteren, vallen doorgaans niet onder artikel 81, lid 1. Deze overeenkomsten zullen de mededinging die zonder de overeenkomst zou bestaan, vermoedelijk niet beperken. Verder is het onwaarschijnlijk dat artikel 81, lid 1, van toepassing is op overeenkomsten die de licentienemer enkel in staat stellen zijn eigen technologie te ontwikkelen en te exploiteren binnen het toepassingsgebied van de licentie, zonder inbreukvorderingen van de licentiegever te hoeven vrezen. In dergelijke gevallen vormen beperkingen van het gebruiksgebied als zodanig geen beperking van de mededinging welke zonder de overeenkomst bestond. Zonder de overeenkomst zou de licentienemer ook het risico lopen van inbreukvorderingen buiten het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt. Indien de licentienemer evenwel zonder zakelijke rechtvaardiging zijn activiteiten in het gebied buiten het gebruiksgebied waarop de licentie van toepassing is beëindigt of vermindert, kan dit een aanwijzing zijn voor een onderliggende marktverdelingsregeling die een hardcore-beperking vormt ingevolge artikel 4, lid 1, onder c) van de GVTO.
184. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan licentienemers en licentiegevers worden opgelegd in overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling be-

neden een marktaandeeldrempel van 30 %. Beperkingen van het gebruiksgebied in overeenkomsten tussen niet-concurrenten, waarbij de licentiegever een of meer productmarkten of technische gebruiksgebieden voor zichzelf reserveert, zijn over het algemeen ofwel niet-concurrentiebeperkend, ofwel efficiëntiebevorderend. Zij bevorderen de verspreiding van nieuwe technologie door de licentiegever een prikkel te geven om licenties te verlenen voor exploitatie in gebieden waarin hij de technologie niet zelf wil exploiteren. Indien de licentiegever de licentienemers niet zou kunnen verhinderen actief te worden in gebieden waarin hij de technologie zelf exploiteert, zou dit voor hem waarschijnlijk een reden zijn om geen licenties te verlenen.

185. In overeenkomsten tussen niet-concurrenten heeft de licentiegever normaliter ook het recht om aan verschillende licentienemers „sole licences” of exclusieve licenties te verlenen die beperkt zijn tot één of meer gebruiksgebieden. Dergelijke beperkingen verminderen de intratechnologieconcurrentie tussen licentienemers op dezelfde wijze als exclusieve licenties, en worden op dezelfde wijze onderzocht (zie deel 2.2.1.).

2.5. Beperkingen tot eigen gebruik

186. Een beperking tot eigen gebruik kan worden gedefinieerd als een verplichting die aan de licentienemer wordt opgelegd, om zijn productie van het in licentie vervaardigde product te beperken tot de hoeveelheden die vereist zijn voor de vervaardiging van zijn eigen producten en voor onderhoud en reparatie van zijn eigen producten. Dit soort beperking van het gebruik neemt met andere woorden de vorm aan van een verplichting voor de licentienemer om de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt uitsluitend te gebruiken voor verwerking in zijn eigen productie; zij geldt niet voor de verkoop van het in licentie vervaardigde product voor verwerking in de producten van andere producenten. Beperkingen tot eigen gebruik vallen onder de groepsvrijstelling zolang de respectieve marktaandeeldrempels van 20 % en 30 % niet worden overschreden. Buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling moet worden nagegaan wat de concurrentiebevorderende en concurrentieverstorende effecten van de beperking zijn. In dit verband moeten overeenkomsten tussen concurrenten worden onderscheiden van overeenkomsten tussen niet-concurrenten.
187. Bij licentieovereenkomsten tussen concurrenten verhindert een beperking die aan de licentienemer de verplichting oplegt producten in licentie alleen te vervaardigen voor verwerking in zijn eigen producten, dat hij een leverancier van bestanddelen aan andere producenten wordt. Indien de licentienemer vóór het sluiten van de overeenkomst geen daadwerkelijke of potentiële leverancier van bestanddelen aan andere producenten was, verandert de beperking tot eigen gebruik niets ten opzichte van de reeds bestaande toestand. In dat geval wordt de beperking op dezelfde wijze beoordeeld als bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Indien de licentienemer daarentegen een daadwerkelijke of potentiële leverancier van onderdelen is, moet worden onderzocht wat het effect van de overeenkomst op deze activiteit is. Indien de licentienemer, door zijn productiefaciliteiten af te stemmen op het gebruik van de technologie van de licentiegever, ophoudt zijn eigen technologie op zelfstandige basis te gebruiken en aldus een leverancier van onderdelen te zijn, beperkt de overeenkomst de mededinging die vóór de overeenkomst bestond. Dit kan op de markt ernstige negatieve effecten hebben wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht op de markt voor bestanddelen heeft.

188. Bij licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten zijn er twee belangrijke risico's voor de concurrentie verbonden aan beperkingen tot eigen gebruik: a) een beperking van de intratechnologieconcurrentie op de markt voor de levering van inputs, en b) de uitsluiting van arbitrage tussen licentienemers, hetgeen het de licentiegever gemakkelijker maakt discriminerende royalty's op te leggen aan licentienemers.
189. Beperkingen tot eigen gebruik kunnen echter ook concurrentiebevorderende licenties in de hand werken. Indien de licentiegever een leverancier van bestanddelen is, kan de beperking noodzakelijk zijn om te komen tot verspreiding van de technologie tussen niet-concurrenten. Zonder de beperking zal de licentiegever eventueel geen licentie verlenen of uitsluitend tegen hogere royalty's, omdat hij anders rechtstreekse concurrentie voor zichzelf op de bestanddelenmarkt in het leven zou roepen. In dergelijke gevallen is een beperking tot eigen gebruik gewoonlijk niet concurrentiebeperkend of valt zij onder artikel 81, lid 3. Een voorwaarde is evenwel dat de licentienemer niet wordt beperkt in de verkoop van het in licentie gegeven product als reserveonderdelen voor zijn eigen producten. De licentienemer moet klantenservice na verkoop voor zijn eigen producten kunnen aanbieden, ook via onafhankelijke serviceorganisaties die onderhoud en reparaties verrichten voor de door hem geproduceerde producten.
190. Wanneer de licentiegever geen leverancier van bestanddelen is op de relevante markt, is de bovengenoemde reden voor het opleggen van beperkingen tot eigen gebruik niet voorhanden. In dat geval kan een beperking tot eigen gebruik in principe de verspreiding van de technologie bevorderen doordat zij voorkomt dat de licentienemers verkopen aan producenten die met de licentiegever concurreren op andere markten. Het opleggen van een beperking aan de licentienemer om niet te verkopen aan bepaalde klantenkringen die aan de licentiegever zijn voorbehouden, vormt echter doorgaans een minder beperkend alternatief. Bijgevolg is in dergelijke gevallen een beperking tot eigen gebruik doorgaans niet noodzakelijk voor de verspreiding van de technologie.
- 2.6. Koppelverkoop en bundeling**
191. In het kader van de licentiëring van technologie vindt koppelverkoop plaats wanneer de licentiegever het verlenen van een licentie op de ene technologie (het „koppelende” product) afhankelijk maakt van de bereidheid van de licentienemer om ook een licentie te nemen op een andere technologie of om een product te kopen van de licentiegever of van iemand die door hem is aangewezen (het „gekoppelde” product). Bundeling vindt plaats wanneer twee technologieën of een technologie en een product uitsluitend samen, als een bundel, worden verkocht. In beide gevallen geldt evenwel als voorwaarde dat de betrokken producten en technologieën onderscheiden zijn in die zin dat er een onderscheiden vraag bestaat naar elk van de producten en technologieën die deel uitmaken van het gekoppelde of gebundelde product. Dit is normaliter niet het geval wanneer de technologieën of producten noodzakelijkerwijs zodanig met elkaar verweven zijn dat de in licentie gegeven technologie niet kan worden geëxploiteerd zonder het gekoppelde product, of dat beide onderdelen van de bundel niet afzonderlijk kunnen worden geëxploiteerd. In het vervolg verwijst de term „koppeling” zowel naar het begrip „koppeling” als naar het begrip „bundeling”.
192. Artikel 3 van de GVTO, dat de toepassing van de groepsvrijstelling afhankelijk maakt van marktaandeeldrempels, waarborgt dat koppelverkoop en bundeling niet onder de groepsvrijstelling vallen boven de marktaandeeldrempels van 20 % bij overeenkomsten tussen concurrenten en 30 % bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten. De marktaandeeldrempels gelden voor elke relevante technologie- of productmarkt, waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft, met inbegrip van de markt voor het gekoppelde product. Boven de marktaandeeldrempels moeten de concurrentieverstorende en concurrentiebevorderende effecten van koppelverkoop tegen elkaar worden afgewogen.
193. Het belangrijkste beperkende effect van koppelverkoop is uitsluiting van concurrerende leveranciers van het gekoppelde product. Koppelverkoop kan de licentiegever tevens in staat stellen marktmacht op de markt voor het koppelende product te behouden, doordat nieuwkomers kunnen worden gedwongen verschillende markten tegelijkertijd te betreden en aldus de toetredingsdrempels worden verhoogd. Bovendien kan koppelverkoop de licentiegever in staat stellen de royalty's te verhogen, met name wanneer het koppelende en het gekoppelde product gedeeltelijk substitueerbaar zijn en de twee producten niet in vaste verhoudingen worden gebruikt. Koppelverkoop verhindert dat de licentienemer bij een verhoging van de royalty's voor het koppelende product overschakelt op vervangingsproducten. Deze concurrentiebezwaren gelden ongeacht of de partijen bij de overeenkomst concurrenten zijn of niet. Het risico op concurrentieverstorende effecten van koppelverkoop is slechts groot wanneer de licentiegever een aanzienlijke mate van marktmacht bezit op de markt voor het koppelende product, zodat hij de concurrentie met betrekking tot het gekoppelde product kan beperken. Zonder marktmacht op de markt voor het koppelende product kan de licentiegever zijn technologie niet gebruiken voor het concurrentieverstorende doel om leveranciers van de markt voor het gekoppelde product uit te sluiten. Net zoals bij niet-concurrentiebedingen moet de koppeling daarenboven een bepaald percentage van de markt voor het gekoppelde product bestrijken; zoniet dan zullen zich geen merkbare marktafsluitingseffecten voordoen. Wanneer de licentiegever op de markt voor het gekoppelde product meer marktmacht bezit dan op de markt voor het koppelende product, wordt de beperking beschouwd als een niet-concurrentiebeding of als een afnamequotering, op grond van het feit dat een eventueel concurrentieprobleem zijn oorsprong vindt op de markt voor het „gekoppelde” product en niet op de markt voor het „koppelende” product⁽⁶⁶⁾.
194. Koppelverkoop kan ook leiden tot efficiëntieverbeteringen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het gekoppelde product noodzakelijk is voor een uit technisch oogpunt bevredigende exploitatie van de in licentie gegeven technologie of om te kunnen garanderen dat de in licentie vervaardigde producten voldoen aan de kwaliteitsnormen die door de licentiegever en andere licentienemers in acht worden genomen. In dergelijke gevallen is koppelverkoop normalerwijs ofwel niet-concurrentiebeperkend, ofwel gedekt door artikel 81, lid 3. Indien de licentienemers het handelsmerk of de merknaam van de licentiegever gebruiken of indien het anderszins voor de consument duidelijk is dat er een verband is tussen het product waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt en de licentiegever, heeft de licentiegever er een gewettigd belang bij dat wordt gegarandeerd dat de kwaliteit van de producten van dien aard is dat de waarde van zijn technologie of zijn reputatie als marktdeelnemer er niet door wordt ondermijnd. Bovendien is het, wanneer het de consumenten bekend is dat de licentienemers (en de licentiegever) op basis van dezelfde technologie produceren, onwaarschijnlijk dat licentienemers bereid zouden zijn een licentie te nemen tenzij de technologie door alle betrokkenen op bevredigende wijze wordt geëxploiteerd.

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

2.7. Niet-concurrentiebedingen

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

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

198. Het belangrijkste gevaar voor de mededinging dat niet-concurrentiebedingen opleveren, is de uitsluiting van technologieën van derden. Bij cumulatief gebruik kunnen niet-concurrentiebedingen voorts collusie tussen licentiegevers vergemakkelijken. De uitsluiting van concurrerende technologieën vermindert de concurrentiedruk op de royalty's die worden berekend door de licentiegever en vermindert de concurrentie tussen de gevestigde technologieën doordat de mogelijkheden voor licentienemers om over te schakelen tussen concurrerende technologieën worden beperkt. Aangezien uitsluiting in beide gevallen het hoofdprobleem is, kan in het algemeen dezelfde analyse worden gemaakt in het geval van overeenkomsten tussen concurrenten en overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Bij wederzijdse licenties tussen concurrenten waarbij beiden ermee instemmen geen technologieën van derden te gebruiken, kan de overeenkomst evenwel collusie tussen hen op de productmarkt vergemakkelijken, hetgeen de lagere marktaandeeldrempel van 20 % rechtvaardigt.

199. Marktafscherming kan zich voordoen wanneer een aanzienlijk deel van de potentiële licentienemers reeds gebonden zijn aan één of, in het geval van cumulatieve effecten, meer bronnen van technologie en het hen onmogelijk wordt gemaakt concurrerende technologieën te exploiteren. Marktafschermingseffecten kunnen het gevolg zijn van overeenkomsten die zijn gesloten door een enkele licentiegever met een aanzienlijke mate van marktmacht, of van een cumulatief effect van overeen-

komsten die door meerdere licentiegevers zijn gesloten, zelfs wanneer elke individuele overeenkomst of elk netwerk van overeenkomsten op zichzelf onder de GVTO valt. In het laatste geval zal een ernstig cumulatief effect zich echter waarschijnlijk niet voordoen zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is. Boven is bij die drempel een aanzienlijke mate van marktafscherming waarschijnlijk, wanneer er relatief hoge toetredingsdrempels voor nieuwe licentienemers bestaan. Indien de toetredingsdrempels laag zijn, kunnen nieuwe licentienemers de markt betreden en commercieel aantrekkelijke technologieën van derden exploiteren; zo kunnen zij een reëel alternatief vormen voor de gevestigde licentienemers. Om te bepalen hoe reëel de toetredings- en groeikansen van derden zijn, moet tevens rekening worden gehouden met de mate waarin de distributeurs door niet-concurrentiebedingen gebonden zijn aan licentienemers. Voor technologieën van derden bestaat slechts een reële toetredingsmogelijkheid indien zij toegang hebben tot de noodzakelijke productiemiddelen en distributiekanalen. Het gemak van de toegang hangt met andere woorden niet alleen af van de beschikbaarheid van licentienemers, maar ook van de mate waarin zij toegang hebben tot distributie. Bij het toetsen van de afschermingseffecten op distributieniveau zal de Commissie het analytische kader toepassen dat is uiteengezet onder IV.2.1 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen ⁽⁶⁷⁾.

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

201. Niet-concurrentiebedingen kunnen ook concurrentiebevorderende effecten hebben. Om te beginnen kunnen dergelijke verplichtingen de verspreiding van technologie bevorderen door het risico op misbruik van de in licentie gegeven technologie, met name knowhow, te verminderen. Indien de licentienemer het recht heeft om concurrerende technologieën van derden in licentie te nemen, bestaat het risico dat specifiek in licentie gegeven knowhow zou worden gebruikt bij de exploitatie van concurrerende technologieën en zo de concurrenten ten goede zou komen. Wanneer een licentienemer ook concurrerende technologieën exploiteert, maakt dit gewoonlijk ook het toezicht op royaltybetalingen moeilijker, hetgeen licentiëring kan ontmoedigen.
202. In de tweede plaats kunnen niet-concurrentiebedingen, eventueel in combinatie met een exclusief gebied, noodzakelijk zijn om de licentienemer te stimuleren om in de in licentie gegeven technologie te investeren en deze doelmatig te exploiteren. Wanneer de overeenkomst onder artikel 81, lid 1, valt vanwege een aanzienlijk markt-afschermingseffect kan het, om gebruik te kunnen maken van artikel 81, lid 3, noodzakelijk zijn om een minder beperkend alternatief te kiezen, zoals bijvoorbeeld het opleggen van minimumverplichtingen op het gebied van productie of royalty's, welke doorgaans minder gemakkelijk tot uitsluiting van concurrerende technologieën zullen leiden.
203. In de derde plaats kunnen, wanneer de licentiegever zich ertoe verbindt aanzienlijke klantgebonden investeringen te doen, bijvoorbeeld in opleiding of in het aanpassen van de in licentie gegeven technologie aan de behoeften van de licentienemer, niet-concurrentiebedingen of anderszins minimumverplichtingen op het stuk van productie of royalty's noodzakelijk zijn om de licentiegever ertoe te brengen de investering te doen en „hold-up” problemen te vermijden. In de regel zal de licentiegever echter voor die investeringen rechtstreeks kunnen doen betalen in de vorm van een bedrag ineens, hetgeen betekent dat minder beperkende alternatieven voorhanden zijn.
- 3. Schikkingen en overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten**
204. Het verlenen van licenties kan dienen als middel om geschillen minnelijk te regelen of om te voorkomen dat de ene partij haar intellectuele-eigendomsrechten uitoefent om de andere te verhinderen haar eigen technologie te exploiteren. Het verlenen van licenties, met inbegrip van het wederzijds verlenen van licenties in het kader van schikkingen of overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten is als zodanig niet-concurrentiebeperkend, aangezien het de partijen de mogelijkheid biedt om na de overeenkomst hun technologieën te exploiteren. De specifieke bepalingen en voorwaarden van dergelijke overeenkomsten kunnen echter onder artikel 81, lid 1, vallen. Het verlenen van licenties in het kader van schikkingen wordt als andere licentieovereenkomsten behandeld. In het geval van technologieën die vanuit technisch oogpunt vervangingstechnologieën zijn, is het derhalve noodzakelijk om te beoordelen in hoeverre het waarschijnlijk is dat de betrokken technologieën in een of twee richtingen een blokkeringspositie behelzen (zie punt 32). Is dit het geval, dan worden de partijen niet als concurrenten beschouwd.
205. De groepsvrijstelling is van toepassing mits de overeenkomst geen „hardcore”-beperkingen van de mededinging omvat als vermeld in artikel 4 van de GVTO. De „hardcore”-lijst van artikel 4, lid 1, kan met name van toepassing zijn wanneer de partijen wisten dat er geen sprake was van een blokkeringspositie en zij derhalve concurrenten zijn. In dergelijke gevallen vormt de schikking louter een middel om de mededinging die zonder de overeenkomst zou bestaan, te beperken.
206. Wanneer het waarschijnlijk is dat de licentienemer zonder de licentie van de markt zou kunnen worden uitgesloten, is de overeenkomst over het algemeen concurrentiebevorderend. Beperkingen die de intratechnologieconcurrentie tussen de licentiegever en de licentienemer beperken zijn dikwijls verenigbaar met artikel 81 (zie deel 2).
207. Overeenkomsten waarbij de partijen elkaar wederzijds licenties verlenen en beperkingen opleggen met betrekking tot het gebruik van hun technologieën inclusief beperkingen op het in licentie geven ervan aan derden, kunnen onder artikel 81, lid 1 vallen. Wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht bezitten en de overeenkomst beperkingen oplegt die duidelijk verder gaan dan hetgeen nodig is om een blokkeringspositie op te heffen, zal de overeenkomst vermoedelijk onder artikel 81, lid 1 vallen, zelfs indien er waarschijnlijk sprake is van een wederzijdse blokkeringspositie. Artikel 81, lid 1, zal met name naar alle waarschijnlijkheid van toepassing zijn wanneer de partijen markten verdelen of wederkerige running royalty's vaststellen die een aanzienlijke invloed op de marktprijzen hebben.
208. Wanneer de partijen krachtens de overeenkomst gerechtigd zijn elkaars technologie te gebruiken en de overeenkomst ook betrekking heeft op toekomstige ontwikkelingen, moet worden beoordeeld wat de invloed van de overeenkomst is op de prikkel voor de partijen om te innoveren. Wanneer de partijen een behoorlijke mate van marktmacht bezitten zal de overeenkomst waarschijnlijk onder artikel 81, lid 1, vallen wanneer zij de partijen verhindert een concurrentievoorsprong ten opzichte van elkaar te behalen. Overeenkomsten die de mogelijkheden van een partij om een concurrentievoorsprong ten opzichte van de ander te behalen wegnemen of in aanzienlijke mate beperken verminderen de prikkel om te innoveren en hebben daarom een schadelijke invloed op een wezenlijk deel van het mededingingsproces. Daarnaast is het onwaarschijnlijk dat dergelijke overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen. Het is met name onwaarschijnlijk dat de beperking als onmisbaar kan worden beschouwd in de zin van de derde voorwaarde van artikel 81, lid 3. Voor het bereiken van het doel van de overeenkomst, namelijk ervoor te zorgen dat de partijen hun eigen technologie kunnen blijven exploiteren zonder geblokkeerd te worden door de andere partij, is het niet vereist dat de partijen overeenkomen toekomstige innovaties met elkaar te delen. Het is echter onwaarschijnlijk dat de partijen worden

verhinderd om een concurrentievoorsprong op de ander te behalen wanneer het doel van de licentie is hen in staat te stellen hun respectievelijke technologieën te ontwikkelen en zij als gevolg van de licentie niet van dezelfde technologische oplossingen gebruikmaken. Deze overeenkomsten brengen slechts vrijheid van ontwerp tot stand door toekomstige inbreukvorderingen van de andere partij uit te sluiten.

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

4. Technologiepools

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

211. Er is geen noodzakelijk verband tussen technologiepools en normen, maar in sommige gevallen ondersteunen de technologieën in de pool (geheel of gedeeltelijk) een feitelijke of wettelijke industriestandaard. Wanneer technologiepools een industriestandaard ondersteunen, doen zij dat niet noodzakelijk slechts voor één standaard. Verschillende technologiepools kunnen concurrerende normen ondersteunen⁽⁶⁸⁾.

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

213. Technologiepools kunnen concurrentiebeperkend zijn. De oprichting van een technologiepool houdt noodzakelijk

kerwijs in dat de gepoolde technologieën gezamenlijk worden verkocht, wat in het geval van pools die uitsluitend of in hoofdzaak bestaan uit vervangingstechnologieën neerkomt op een prijsbindingskartel. Behalve dat zij de mededinging tussen de partijen beperken, kunnen technologiepools daarenboven, met name wanneer zij een industriestandaard ondersteunen of een feitelijke industriestandaard tot stand brengen, ook tot vermindering van innovatie leiden door alternatieve technologieën uit te sluiten. Het bestaan van de norm en de daarmee verbonden technologiepool kan het voor nieuwe en verbeterde technologieën moeilijk maken een plaats op de markt te veroveren.

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

4.1. De aard van de gepoolde technologieën

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

216. Twee technologieën⁽⁶⁹⁾ zijn *complementair*, en geen vervangingstechnologieën, wanneer beide technologieën vereist zijn om het product te vervaardigen of het procédé uit te voeren waarop de technologieën betrekking hebben. Omgekeerd zijn twee technologieën substituten voor elkaar wanneer de bezitter ervan met een van de technologieën het product kan vervaardigen of het procédé kan uitvoeren waarop de technologieën betrekking hebben. Een technologie is *essentieel* (en in het omgekeerde geval *niet-essentieel*) indien er binnen of buiten de pool geen substituten voor die technologie zijn en de betrokken technologie een noodzakelijk onderdeel van het pakket technologieën vormt met het oog op de vervaardiging van het product of de producten dan wel de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de pool betrekking heeft. Een technologie waarvoor geen substituten bestaan blijft essentieel zolang de technologie onder ten minste één geldig intellectueel eigendomsrecht valt. Technologieën die essentieel zijn, zijn noodzakelijkerwijs ook complementair.

217. Wanneer de technologieën in een pool vervangingstechnologieën zijn, zullen de royalty's waarschijnlijk hoger liggen dan anders het geval zou zijn, omdat de licentienemers geen profijt trekken van de rivaliteit tussen de betrokken technologieën. Wanneer de technologieën in de pool complementair zijn, vermindert de overeenkomst de transactiekosten en kan zij leiden tot lagere royalty's, omdat de partijen een gezamenlijke royalty kunnen vaststellen voor het pakket in plaats dat voor elke licentie afzonderlijk een royalty wordt vastgesteld die geen rekening houdt met de door anderen vastgestelde royalty's.
218. Het onderscheid tussen complementaire en vervangings-technologieën is niet steeds haarscherp te trekken, aangezien technologieën gedeeltelijk substituten en gedeeltelijk complementair kunnen zijn. Wanneer het wegens de efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit de integratie van twee technologieën waarschijnlijk is dat de licentienemers beide technologieën zullen vragen, worden de technologieën als complementair beschouwt, zelfs indien zij gedeeltelijk substituten voor elkaar zijn. In dergelijke gevallen is het waarschijnlijk dat de licentienemers zonder de pool beide technologieën in licentie zouden willen nemen wegens het bijkomende economische voordeel van het gebruik van beide technologieën in plaats van slechts één ervan.
219. De opneming van vervangingstechnologieën in de pool beperkt de intertechnologieconcurrentie en komt neer op collectieve bundeling. Wanneer de pool grotendeels bestaat uit vervangingstechnologieën, behelst de regeling daarenboven prijsbinding tussen concurrenten. In het algemeen is de Commissie van oordeel dat het opnemen van vervangingstechnologieën in de pool een inbreuk vormt op artikel 81, lid 1. De Commissie is tevens van oordeel dat het onwaarschijnlijk is dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, zal zijn voldaan wanneer de pools in belangrijke mate vervangingstechnologieën omvatten. Aangezien de betrokken technologieën alternatieven voor elkaar zijn, levert het opnemen van beide technologieën in de pool geen besparing van transactiekosten op. Zonder de pool zouden de licentienemers niet om beide technologieën gevraagd hebben. Het is niet voldoende dat het de partijen vrij blijft staan onafhankelijk licenties te verlenen. Om de pool, die hen in staat stelt gezamenlijk marktmacht uit te oefenen, niet te ondermijnen, zullen de partijen waarschijnlijk niet erg geneigd zijn dat te doen.
220. Wanneer een pool uitsluitend bestaat uit technologieën die essentieel zijn en bijgevolg noodzakelijkerwijs ook complementair, valt de oprichting van de pool als zodanig in het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, ongeacht de marktpositie van de partijen. De voorwaarden waarop licenties worden verleend, kunnen evenwel onder artikel 81, lid 1, vallen.
221. Wanneer niet-essentiële maar complementaire octrooien in de pool zijn opgenomen, bestaat er een gevaar voor uitsluiting van technologieën van derden. Wanneer een technologie eenmaal is opgenomen in de pool en als een onderdeel van het pakket in licentie is gegeven, zullen de licentienemers waarschijnlijk niet erg geneigd zijn een licentie te nemen op een concurrerende technologie, aangezien de voor het pakket betaalde royalty reeds een vervangingstechnologie omvat. Het opnemen van technologieën die niet noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van het product of de producten of voor de uitvoering van het procédé of de procédés waarop de technologiepool betrekking heeft, dwingt de licentienemers daarenboven te betalen voor een technologie die zij eventueel niet nodig hebben. Het opnemen van complementaire octrooien komt dus neer op collectieve bundeling. Wanneer een pool niet-essentiële technologieën omvat, zal de overeenkomst waarschijnlijk onder artikel 81, lid 1, vallen, indien de pool een belangrijke positie bekleedt op een van de relevante markten.
222. Aangezien vervangings- en complementaire technologieën na de oprichting van de pool kunnen worden ontwikkeld, is de beoordeling van essentialiteit een voortdurend proces. Een technologie kan derhalve na de oprichting van de pool niet essentieel worden als gevolg van de opkomst van nieuwe technologieën van derden. Een manier om ervoor te zorgen dat dergelijke technologieën van derden niet van de markt worden uitgesloten is om technologieën van de pool uit te sluiten die niet essentieel zijn geworden. Er kunnen echter andere manieren zijn om ervoor te zorgen dat de technologieën van derden niet van de markt worden uitgesloten. Bij haar algemene beoordeling van technologiepools die niet-essentiële technologieën omvatten, d.w.z. technologieën waarvoor buiten de pool substituten bestaan of die niet noodzakelijk zijn voor de vervaardiging van een of meer producten waarop de pool betrekking heeft, zal de Commissie in haar gehele beoordeling onder meer rekening houden met de volgende factoren:
- a) zijn er concurrentiebevorderende redenen om de niet-essentiële technologieën op te nemen in de pool?
 - b) blijft het de licentiegevers vrij staan hun respectieve technologieën onafhankelijk in licentie te geven? Wanneer de pool uit een beperkt aantal technologieën bestaat en er buiten de pool vervangingstechnologieën voorhanden zijn, kan het voor licentienemers wellicht wenselijk zijn zelf hun eigen technologiepakket samen te stellen, deels met technologieën die deel uitmaken van de pool en deels met technologieën van derden;

- c) biedt de pool, wanneer de gepoolde technologieën verschillende toepassingen kennen en voor sommige daarvan niet alle gepoolde technologieën noodzakelijk zijn, de technologieën uitsluitend als één pakket of biedt hij verschillende pakketten voor onderscheiden toepassingen? In het laatste geval wordt voorkomen dat technologieën die niet essentieel zijn voor een bepaald product of procédé worden gekoppeld aan essentiële technologieën;
- d) zijn de gepoolde technologieën uitsluitend als een pakket verkrijgbaar of hebben licentienemers de mogelijkheid om een licentie te nemen op slechts een deel van het pakket met een dienovereenkomstige verlaging van royalty's? De mogelijkheid om een licentie te nemen op slechts een deel van het pakket kan het gevaar voor uitsluiting van technologieën van derden die niet tot de pool behoren, verminderen, met name indien de licentienemer een dienovereenkomstige verlaging van royalty's verkrijgt. Dit veronderstelt dat aan elke technologie in de pool een fractie van het totale royaltybedrag is toegewezen. Wanneer de licentieovereenkomsten tussen de pool en individuele licentienemers een relatief lange looptijd hebben en de gepoolde technologie een feitelijke industriennorm vormt, moet er tevens rekening mee worden gehouden dat de pool de toegang tot de markt kan belemmeren voor nieuwe vervangingstechnologieën. Bij de beoordeling van het risico op marktafsluiting dient in dergelijke gevallen rekening te worden gehouden met de vraag of de licentienemers al dan niet met een redelijke opzegtermijn een deel van de licentie kunnen opzeggen en een dienovereenkomstige verlaging van royalty's kunnen verkrijgen.
- 4.2. Beoordeling van individuele beperkingen**
223. In dit deel wordt een aantal beperkingen behandeld die gewoonlijk in de één of andere vorm worden aangetroffen in technologiepools en die in de algemene context van de pool dienen te worden beoordeeld. Er zij aan herinnerd (zie punt 212) dat de GVTO van toepassing is op licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen de pool en derden-licentienemers. Hier wordt derhalve alleen ingegaan op de oprichting van de pool en op licentievraagstukken die specifiek zijn voor licentiëring in de context van technologiepools.
224. Bij haar beoordeling zal de Commissie zich in hoofdzaak laten leiden door de volgende principes:
- 1) Hoe sterker de marktpositie van de pool, hoe groter het gevaar voor concurrentieverstorende effecten.
 - 2) Pools met een sterke positie op de markt dienen open en non-discriminatoire te zijn.
 - 3) Pools mogen zonder goede reden technologieën van derden niet uitsluiten van de markt of de oprichting van andere pools niet beperken.
225. Ondernemingen die een technologiepool opzetten die verenigbaar is met artikel 81, en een eventuele industriennorm die deze pool ondersteunt, kunnen doorgaans vrijelijk, door middel van onderhandelingen, de royalty's voor het technologiepakket vaststellen en het aandeel van elke technologie in de royalty's bepalen, hetzij voordat de norm wordt vastgesteld, hetzij erna. Een overeenkomst daarover is een noodzakelijk aspect van de vaststelling van de norm of het opzetten van de pool en kan op zichzelf niet als concurrentiebeperkend worden beschouwd; zij kan onder bepaalde omstandigheden tot efficiëntieverbeteringen leiden. Het kan in sommige gevallen efficiënter zijn indien de royalty's worden bepaald voordat de norm is gekozen en niet achteraf, om te voorkomen dat de keuze van de norm een of meer essentiële technologieën een aanzienlijke mate van marktmacht oplevert. De licentienemers moeten evenwel vrij blijven om de prijs van de in licentie vervaardigde producten te bepalen. Wanneer de selectie van de in de pool op te nemen technologieën geschiedt door een onafhankelijke deskundige, kan dit de concurrentie bevorderen tussen de beschikbare technologische oplossingen.
226. Wanneer de pool een machtspositie bekleedt op de markt, dienen de royalty's en andere licentievoorwaarden fair en niet-discriminerend te zijn en moeten de licenties niet-exclusief zijn. Deze voorwaarden moeten vervuld zijn om te garanderen dat de pool open is en niet leidt tot marktafsluiting en andere concurrentieverstorende effecten op de downstream-markten. Deze voorwaarden sluiten evenwel niet uit dat verschillende royalty's kunnen gelden voor verschillende gebruiksdoeleinden. Het wordt in het algemeen niet als concurrentiebeperkend beschouwd verschillende royaltytarieven toe te passen op verschillende productmarkten, terwijl er binnen productmarkten geen discriminatie mag zijn. Met name mogen licentienemers niet anders worden behandeld naargelang zij al dan niet zelf licentiegevers zijn. De Commissie zal er dan ook rekening mee houden of licentiegevers zelf ook royalty's moeten betalen.
227. Het moet licentiegevers en licentienemers vrij staan concurrerende producten en normen te ontwikkelen en licenties te verlenen en te verkrijgen buiten de pool. Deze eisen zijn noodzakelijk om het risico van uitsluiting van de technologieën van derden te beperken en te garanderen dat de pool de innovatie niet beperkt en de totstandkoming van concurrerende technologische oplossingen niet onmogelijk maakt. Wanneer een pool een (feitelijke) industriennorm ondersteunt en wanneer de partijen onderworpen zijn aan niet-concurrentiebedingen, bestaat met name het risico dat de pool de ontwikkeling van nieuwe en verbeterde technologieën en normen belemmert.

228. „Grant back”-verplichtingen dienen niet-exclusief te zijn en beperkt te blijven tot ontwikkelingen die essentieel of belangrijk zijn voor het gebruik van de gepoolde technologie. Zo kan de pool profiteren van verbeteringen in de gepoolde technologie en deze verbeteringen doorgeven. De partijen zijn gerechtigd er voor te zorgen dat de exploitatie van de gepoolde technologie niet kan worden tegengehouden door licentienemers die essentiële octrooien bezitten of verkrijgen.
229. Een van de problemen die met betrekking tot octrooi-pools zijn vastgesteld, is het gevaar dat zij ongeldige octrooien beschermen. De pooling verhoogt de kosten/risico's om een octrooi met succes aan te vechten, omdat de poging faalt indien één enkel octrooi in de pool geldig is. De bescherming van ongeldige octrooien in de pool kan de licentienemers ertoe verplichten hogere royalty's te betalen en kan tevens de innovatie belemmeren op het gebied dat door een ongeldig octrooi wordt bestreken. Om dit risico te beperken moet het recht om een licentie te beëindigen indien zij wordt aangevochten, worden beperkt tot de technologieën die eigendom zijn van de licentiegever tegen wie de actie gericht is, en mag deze beëindiging niet worden uitgebreid tot de technologieën die eigendom zijn van de overige licentiegevers in de pool.
- #### 4.3. Het institutionele kader voor de pool
230. De wijze waarop een technologiepool wordt opgericht, georganiseerd en geëxploiteerd, kan het risico verminderen dat deze ten doel of ten gevolge heeft de mededinging te beperken en kan de garantie bieden dat de regeling concurrentiebevorderend is.
231. Wanneer deelname aan het proces inzake de totstandbrenging van normen en pools openstaat voor alle belangstellenden die verschillende belangen vertegenwoordigen, is de kans groter dat de technologieën die worden opgenomen in de pool worden gekozen op grond van prijs/kwaliteit overwegingen dan wanneer de pool wordt opgezet door een beperkte groep technologiebezitters. Ook wanneer de bevoegde organen van de pool bestaan uit personen die verschillende belangen vertegenwoordigen, is de kans groter dat de licentievoorwaarden, met inbegrip van de royalty's, open en niet-discriminerend zullen zijn en zullen beantwoorden aan de waarde van de in licentie gegeven technologie, dan wanneer de pool onder het gezag staat van vertegenwoordigers van de licentiegevers.
232. Een andere relevante factor is de mate waarin onafhankelijke deskundigen betrokken zijn bij de oprichting en het functioneren van de pool. Zo is bijvoorbeeld de afweging of een technologie al dan niet essentieel is voor een door een pool ondersteunde norm vaak een complexe aangelegenheid die een bijzondere deskundigheid vereist. Het betrekken van onafhankelijke deskundigen bij de selectie kan van groot belang zijn om ervoor te zorgen dat een verbintenis om alleen essentiële technologieën op te nemen ook in de praktijk wordt waargemaakt.
233. De Commissie zal er rekening mee houden hoe de deskundigen worden gekozen en welke taken zij precies dienen te vervullen. De deskundigen dienen onafhankelijk te zijn van de ondernemingen die de pool hebben gevormd. Indien de deskundigen verbonden zijn met de licentiegevers of anderszins van hen afhankelijk zijn, zal aan het betrekken van een deskundige minder belang worden gehecht. De deskundigen moeten tevens de noodzakelijke technische kennis bezitten om de diverse taken die hen zijn toevertrouwd te vervullen. De taken van onafhankelijke deskundigen kunnen met name betrekking hebben op de beoordeling of technologieën die voor opname in de pool worden voorgesteld geldig zijn en of zij al dan niet essentieel zijn.
234. Voorts is het relevant rekening te houden met de regelingen voor het uitwisselen van gevoelige informatie tussen de partijen. Op oligopolistische markten kan de uitwisseling van gevoelige informatie over onderwerpen zoals prijs en omzet collusie vergemakkelijken⁽⁷⁰⁾. In dergelijke gevallen zal de Commissie rekening houden met de mate waarin beschermingsmaatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat gevoelige informatie niet wordt uitgewisseld. Een onafhankelijke deskundige of licentieringsinstantie kan hierbij een belangrijke rol spelen door ervoor te zorgen dat productie- en omzetgegevens, die wellicht noodzakelijk zijn om de royalty's te berekenen en te controleren, niet worden bekendgemaakt aan ondernemingen die concurreren op de betrokken markten.
235. Tenslotte is het relevant rekening te houden met het systeem van geschillenbeslechting waarin de statuten van de pool voorzien. Hoe meer geschillenbeslechting wordt overgelaten aan instanties of personen die onafhankelijk zijn van de pool en de leden daarvan, hoe waarschijnlijker het is dat de geschillenbeslechting op neutrale wijze zal verlopen.

⁽¹⁾ PB L 123 van 27.4.2004. De GVTO vervangt Verordening (EG) 240/96 van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht (PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2).

⁽²⁾ Zie arrest van 16.3.2000 in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Jurispr. 2000, blz. I-1365, r.o. 130, en punt 106 van de mededeling van de Commissie-richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, nog niet gepubliceerd.

⁽³⁾ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

⁽⁴⁾ Hierna worden onder „overeenkomsten” ook steeds onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen verstaan.

⁽⁵⁾ Zie de mededeling van de Commissie-richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nog niet gepubliceerd.

- (6) Hierna wordt onder „beperking” steeds ook verhindering of vervalsing van de mededinging verstaan.
- (7) Dit beginsel van communautaire uitputting is bijvoorbeeld neergelegd in artikel 7, lid 1, van Richtlijn 89/104/EEG betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 40 van 11.2.1989, blz. 1), dat bepaalt dat het merk de houder niet toestaat het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht.
- (8) De verkoop van kopieën van een beschermd werk leidt evenwel niet tot de uitputting van de uitvoeringsrechten, met inbegrip van de verhuurrechten, op het werk; zie in dit verband het arrest van 17.5.1988 in zaak 158/86, *Warner Brothers and Metronome Video*, Jurispr. 1988, blz. 2605, en het arrest van 22.9.1998 in zaak C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Jurispr. 1998, blz. I-5171.
- (9) Zie bv. het arrest van 13.7.1966 in de gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Consten and Grundig*, Jurispr. 1966, blz. 429.
- (10) De werkwijze voor de toepassing van artikel 81, lid 3, wordt uiteengezet in de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 2.
- (11) Zie zaak nr. 56/65, *Société Technique Minière*, Jurispr. 1966, blz. 337, en zaak C-7/95 P, *John Deere*, Jurispr. 1998, blz. I-3111, r.o. 76.
- (12) Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest in de zaak *Consten en Grundig*, aangehaald in voetnoot 9.
- (13) Zie in dit verband het arrest in de zaak *Société Technique Minière*, aangehaald in voetnoot 11, en in zaak 258/78, *Nungesser*, Jurispr. 1982, blz. 2015.
- (14) Zie in dit verband bv. het arrest van 8.7.1999 in de zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Jurispr. 1999, blz. I-4125, r.o. 99.
- (15) Zie het arrest van 28.3.1984 in de gevoegde zaken 29/83 en 30/83, *CRAM and Rheinzink*, Jurispr. 1984, blz. 1679, r.o. 26, en het arrest van 8.11.1983 in de gevoegde zaken 96/82 e.a., *ANSEAU-NAVEWA*, Jurispr. 1983, blz. 3369, r.o. 23-25.
- (16) Zie het arrest in de zaak *John Deere*, Jurispr. 1998, aangehaald in voetnoot 11.
- (17) Aanwijzingen omtrent de interpretatie van het begrip „merkbaar” zijn te vinden in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag (PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13). In die bekendmaking wordt het begrip op negatieve wijze gedefinieerd. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de *de minimis*-bekendmaking vallen, hebben niet noodzakelijk merkbare beperkende gevolgen. Een dergelijk geval moet afzonderlijk worden beoordeeld.
- (18) Zie artikel 1, lid 2, van Verordening nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).
- (19) Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).
- (20) Met betrekking tot dit onderscheid, zie ook de Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2003, blz. 2, punten 44 tot en met 52).
- (21) Zie in dat verband de punten 50 tot en met 52 van de richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds geciteerd in de vorige voetnoot.
- (22) Idem, punt 51.
- (23) Zie in dit verband de bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds geciteerd in voetnoot 17.
- (24) Volgens artikel 3, lid 2, van Verordening nr. 1/2003 kunnen overeenkomsten die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar die niet verboden zijn door artikel 81, niet worden verboden door het nationale mededingingsrecht.
- (25) Krachtens Verordening nr. 19/65 van de Raad (PB 1965 blz. 533, is de Commissie niet bevoegd om een groeps-vrijstelling te verlenen voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen.
- (26) Zie overweging 19 van de GVTO en onder 2.5.
- (27) PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.
- (28) Zie punt 3 van de bekendmaking inzake toelevering.
- (29) Zie in dit verband de beschikking van de Commissie in de zaak *Moosehead/Whitbread* (PB L 100 van 20.4.1990, blz. 32).
- (30) Zie in dit verband het arrest van 6.10.1982 in zaak 262/81, *Coditel (II)*, Jurispr. 1982, blz. 3381.
- (31) PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21.
- (32) PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3.
- (33) PB L 304 van 5.12.2000, blz. 7.
- (34) Zie voetnoot 31.
- (35) Zie de gids „Concurrentiebeleid in Europa — De concurrentieregels voor leverings- en distributieovereenkomsten”, 2002.
- (36) Zie PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1 en voetnoot 31.
- (37) Zie punt 29.

- (38) De motivering van deze wijze van berekenen is uiteengezet in punt 23.
- (39) Zie bijvoorbeeld de in voetnoot 15 geciteerde jurisprudentie.
- (40) Zie in dit verband punt 98 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, aangehaald in voetnoot 2.
- (41) Dit is eveneens het geval wanneer de ene partij een licentie verleent aan de andere en ermee instemt van de licentienemer een materiële input te kopen. De koopprijs kan dezelfde functie hebben als de royalty's.
- (42) Zie in dit verband het arrest van 25.2.1986 in zaak 193/83, *Windsurfing International*, Jurispr. 1986, blz. 611, r.o. 67.
- (43) Voor een algemene definitie van actieve en passieve verkoop wordt verwezen naar punt 50 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, aangehaald in voetnoot 36.
- (44) Beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied worden onder IV.2.4. besproken.
- (45) Deze „hardcore”-beperking is van toepassing op licentieovereenkomsten betreffende de handel in de Gemeenschap. Voor overeenkomsten inzake de uitvoer naar een derde land of inzake invoer/wederinvoer in de Gemeenschap zie Zaak C-306/96, *Javico*, Jurispr. 1998, blz. I-1983.
- (46) Zie in dit verband het arrest in zaak nr. 258/78, *Nungesser*, Jurispr. 1982, r.o. 77, reeds aangehaald in voetnoot 13.
- (47) Zie in dit verband het arrest in zaak nr. 26/76, *Metro (I)*, Jurispr. 1977, blz. 1875.
- (48) Indien de in licentie gegeven technologie achterhaald is, doet zich geen beperking van de mededinging voor, zie in dit verband het arrest van 27.9.1988 in zaak 65/86, *Bayer v Süllhofer*, Jurispr. 1988, blz. 5249.
- (49) Voor niet-aanvechttingsbedingen in het kader van schikkingen, zie punt 209.
- (50) Zie punt 14.
- (51) Zie de punten 66 en 67.
- (52) Zie in dit verband punt 42 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 2.
- (53) Zie in dit verband punt 8 van de mededeling van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds geciteerd in voetnoot 17.
- (54) Zie in dit verband het arrest in zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, r.o. 101.
- (55) Zie in dit verband punt 23 van de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds geciteerd in voetnoot 20.
- (56) Zie het arrest in de gevoegde zaken 25/84 en 26/84, *Ford*, Jurispr. 1985, blz. 2725.
- (57) Zie in dit verband bijvoorbeeld de Beschikking van de Commissie in de zaak TPS (PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6). Evenzo geldt het verbod van artikel 81, lid 1, enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of ten gevolge heeft.
- (58) Reeds geciteerd in voetnoot 36. Zie met name punt 115 e.v.
- (59) Wat deze begrippen betreft, zie onder IV.4.1.
- (60) Zie punt 85 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
- (61) Idem, punten 98 en 102.
- (62) Zie overweging 130 van het in voetnoot 2 geciteerde arrest. Artikel 81, lid 3, staat evenmin aan de toepassing van de verdragsregels inzake het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal in de weg. Deze bepalingen zijn onder bepaalde omstandigheden van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1; zie in dat verband het arrest van 19.2.2002 in zaak C-309/99, *Wouters*, Jurispr. 2002, blz. I-1577, r.o. 120.
- (63) Zie in dit verband het arrest van 10.7.1990 in zaak T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Jurispr. 1990, blz. II-309. Zie tevens punt 106 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 2.
- (64) Zie het arrest in de zaak *Nungesser*, aangehaald in voetnoot 13.
- (65) Zie in dit verband de mededeling van de Commissie in de zaak Canon/Kodak (PB C 330 van 1.11.1999, blz. 10), en de zaak IGR Stereo Television, genoemd in het Elfde Verslag over het mededingingsbeleid (1981), punt 94.
- (66) Voor het toepasselijke analytische kader, zie deel 2.7 en punt 138 e.v. van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 36.
- (67) Zie voetnoot 36.
- (68) Zie in dit verband het persbericht van de Commissie IP/02/1651 betreffende de licentiëring van octrooien voor de derde generatie (3G) mobiele telefoondiensten. Bij die zaak waren vijf technologiepools betrokken, die vijf verschillende technologieën hebben ontwikkeld, die elk zouden kunnen worden gebruikt voor de productie van 3G-apparatuur.
- (69) De term „technologie” beperkt zich niet tot octrooien. Zij omvat tevens octrooiaanvragen en andere intellectuele-eigendomsrechten dan octrooien.
- (70) Zie in dit verband het arrest in de zaak *John Deere*, reeds geciteerd in voetnoot 11.