

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Richt snoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht

(2014/C 89/03)

INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING	5
2.	ALGEMENE BEGINSELEN	5
2.1.	Artikel 101 van het Verdrag en intellectuele-eigendomsrechten	5
2.2.	Het algemene kader voor de toepassing van artikel 101	6
2.3.	Bepaling van de markt	8
2.4.	Het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten	10
3.	TOEPASSING VAN DE GVTO	12
3.1.	De gevolgen van de GVTO	12
3.2.	Toepassingsgebied en geldigheidsduur van de GVTO	12
3.2.1.	Het begrip overeenkomsten inzake technologieoverdracht	12
3.2.2.	Het begrip „overdracht”	13
3.2.3.	Overeenkomsten tussen twee partijen	14
3.2.4.	Overeenkomsten betreffende de productie van contractproducten	14
3.2.5.	Duur van de vrijstelling	16
3.2.6.	Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen	16
3.2.6.1.	De groepsvrijstellingsverordeningen inzake specialisatie- en O&O-overeenkomsten	16
3.2.6.2.	De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten	17
3.3.	De marktaandeeldrempels van de veilige haven	17
3.4.	Hardcorebeperkingen van de mededinging in het kader van de groepsvrijstellingsverordening	20
3.4.1.	Algemene beginselen	20
3.4.2.	Overeenkomsten tussen concurrenten	20
3.4.3.	Overeenkomsten tussen niet-concurrenten	25
3.5.	Uitgesloten beperkingen	27
3.6.	Intrekking en niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening	30
3.6.1.	Intrekkingsprocedure	30
3.6.2.	Niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening	31
4.	TOEPASSING VAN ARTIKEL 101, LID 1 EN LID 3, VAN HET VERDRAG BUITEN HET TOEPASSINGS- GEBIED VAN DE GVTO	31
4.1.	Algemeen kader van de analyse	31
4.1.1.	Relevante factoren	32
4.1.2.	Negatieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten	33
4.1.3.	Positieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten en het toetsingskader voor de analyse van dergelijke effecten	34
4.2.	Toepassing van artikel 101 op verschillende soorten licentiebeperkingen	36
4.2.1.	Royaltyverplichtingen	36
4.2.2.	Exclusieve licenties en verkoopbeperkingen	37
4.2.2.1.	Exclusieve licenties en sole licences	37

4.2.2.2. Verkoopbeperkingen	38
4.2.3. Productiebeperkingen	39
4.2.4. Beperkingen van het gebruiksgebied	40
4.2.5. Beperkingen tot eigen gebruik	41
4.2.6. Koppelverkoop en bundeling	42
4.2.7. Niet-concurrentiebedingen	43
4.3. Schikkingen	44
4.4. Technologiepools	45
4.4.1. Beoordeling van de oprichting en exploitatie van technologiepools	46
4.4.2. Beoordeling van individuele beperkingen in overeenkomsten tussen de pool en zijn licentienemers	49

1. INLEIDING

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen uiteengezet voor de toetsing van overeenkomsten inzake technologieoverdracht aan artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ⁽¹⁾ (hierna „artikel 101” genoemd). Overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben betrekking op het in licentie geven van technologie-rechten, waarbij de licentiegever de licentienemer machtigt om de in licentie gegeven technologie-rechten te exploiteren voor de productie van goederen of diensten, overeenkomstig de definitie in artikel 1, lid 1, onder c), van Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (de groepsvrijstellingsverordening technologieoverdracht, hierna „de GVTO” genoemd) ⁽²⁾.
2. Deze richtsnoeren zijn bedoeld als leidraad bij de toepassing van de GVTO en bij de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna „het Verdrag” genoemd) op overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten het toepassingsgebied van de GVTO vallen. De GVTO en de richtsnoeren staan de eventuele gelijktijdige toepassing van artikel 102 van het Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht niet in de weg ⁽³⁾.
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 deze richtsnoeren moeten op redelijke en flexibele wijze worden toegepast. De gegeven voorbeelden dienen slechts ter illustratie en zijn niet exhaustief bedoeld.
4. Deze richtsnoeren laten de uitlegging onverlet die door het Hof van Justitie en het Gerecht aan artikel 101 en de GVTO kan worden gegeven.

2. ALGEMENE BEGINSELEN

2.1. Artikel 101 van het Verdrag en intellectuele-eigendomsrechten

5. Het doel van artikel 101 van het Verdrag 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 101, 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 101, lid 3, dat het verbod van artikel 101, lid 1, buiten toepassing kan worden verklaard voor overeenkomsten tussen ondernemingen die bijdragen tot 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 hun 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, modellenrechten, 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, bijvoorbeeld door haar in licentie te geven aan derden. Wanneer een product waarop een intellectuele-eigendomsrecht rust, met uitzondering van uitvoeringsrechten ⁽⁷⁾, door de houder of met zijn toestemming eenmaal binnen de Europese Economische Ruimte (EER) op de markt is gebracht, is het intellectuele-eigendomsrecht uitgeput, dat wil zeggen dat de houder het niet langer kan gebruiken om zeggenschap te houden over de verkoop van het product (beginsel van uitputting in de Unie) ⁽⁸⁾. 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. Het beginsel van uitputting in de Unie 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.

⁽¹⁾ Vanaf 1 december 2009 zijn de artikelen 81 en 82 VEG respectievelijk de artikelen 101 en 102 VWEU geworden. De bepalingen in beide verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van deze richtsnoeren moeten verwijzingen naar de artikelen 101 en 102 VWEU waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar, respectievelijk, de artikelen 81 en 82 VEG. Bij het VWEU zijn ook enkele wijzigingen in de terminologie aangebracht, zoals de vervanging van „Gemeenschap” door „Unie” en van „gemeenschappelijke markt” door „interne markt”. In deze richtsnoeren wordt de terminologie van het VWEU gehanteerd.

⁽²⁾ PB L 93 van 28.3.2014, blz. 17. De GVTO vervangt Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB L 123 van 27.4.2004, blz. 11).

⁽³⁾ Zie naar analogie arrest van het Hof van 16 maart 2000 in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge, Jurispr. 2000, blz. I-1365, punt 130, en punt 106 van de mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97.

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

⁽⁵⁾ Zie Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81.

⁽⁶⁾ Hierna wordt onder „beperking” steeds ook verhinderd of vervalst van de mededinging verstaan.

⁽⁷⁾ Met inbegrip van verhuurrechten. Zie in dit verband arrest van het Hof van 17 mei 1988 in zaak 158/86, Warner Brothers Inc. en Metronome Video ApS / Erik Viuff Christiansen, Jurispr. 1988, blz. 2605, en het arrest van het Hof van 22 september 1998 in zaak C-61/97, Foreningen af danske Videogramdistributører, Jurispr. 1998, blz. I-5171.

⁽⁸⁾ Dit beginsel van uitputting in de Unie is bijvoorbeeld neergelegd in artikel 7, lid 1, van Richtlijn 2008/95/EG betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB L 299 van 8.11.2008, blz. 25), waarin wordt bepaald 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 Unie in de handel zijn gebracht en in artikel 4, lid 2 van Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB L 111 van 5.5.2009, blz. 16), waarin wordt bepaald dat de eerste verkoop in de Unie van een kopie van een programma door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot verval van het recht om controle uit te oefenen op de distributie van die kopie in de Unie, met uitzondering van het recht om controle uit te oefenen op het verder verhuren van het programma of een kopie daarvan. Zie in dit verband conclusie van 24 april 2012 in zaak C-128/11, *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.*, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd.

7. Het feit dat de wetgeving inzake intellectuele eigendom exclusieve exploitatierechten verleent, betekent niet dat intellectuele-eigendomsrechten geheel buiten de werksfeer van het mededingingsrecht vallen. Artikel 101 van het Verdrag is 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 mededingingsregels van de Unie. 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 procedés. Ook een vrije mededinging zet ondernemingen onder druk 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 101 van het Verdrag 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 het recht hebben om voor succesvolle projecten een passende 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 verzonken investeringen moet doen (d.w.z. dat de investering bij beëindiging van de activiteit op het betrokken gebied door de licentienemer niet voor andere activiteiten kan worden gebruikt of zonder aanzienlijk verlies kan worden verkocht) in de in licentie gegeven technologie en de productiemiddelen die nodig zijn om deze te exploiteren. Artikel 101 kan niet worden toegepast zonder rekening te houden met dergelijke voorafgaande investeringen van de partijen en de risico's die daaraan verbonden zijn. Het risico dat de partijen nemen en de verzonken investering die moet worden verricht, kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst, naargelang van het geval, buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.

9. Bij de toetsing van licentieovereenkomsten aan artikel 101 van het Verdrag is het bestaande beoordelingskader flexibel genoeg om afdoende rekening te houden met de dynamische aspecten van het in licentie geven van technologie-rechten. Er bestaat geen vermoeden dat intellectuele-eigendomsrechten en licentieovereenkomsten als zodanig aanleiding zouden geven tot mededingingsbezwaren. De

meeste licentieovereenkomsten zijn niet mededingingsbeperkend en brengen concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweeg. Het in licentie geven als zodanig is concurrentiebevorderend omdat het leidt tot de verspreiding van technologie en vervolginnovatie door de licentiegever en licentienemer(s) stimuleert. Bovendien kunnen zelfs concurrentiebeperkende licentieovereenkomsten dikwijls concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweegbrengen, die in het licht van artikel 101, lid 3, moeten worden onderzocht en tegen de negatieve effecten voor de mededinging moeten worden afgewogen⁽¹⁰⁾. Veruit de meeste licentieovereenkomsten zijn derhalve verenigbaar met artikel 101.

2.2. Het algemene kader voor de toepassing van artikel 101

10. Artikel 101, lid 1, van het Verdrag 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. De beoordeling of een licentieovereenkomst de mededinging beperkt, moet plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich zonder de overeenkomst met haar vermeende beperkingen zou afspelen⁽¹¹⁾. Bij het verrichten van deze beoordeling moet worden nagegaan wat de te verwachten impact van de overeenkomst is op de intertechnologieconcurrentie (de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken) en op de intratechnologieconcurrentie (de mededinging tussen ondernemingen die dezelfde technologie gebruiken)⁽¹²⁾. Artikel 101, lid 1, verbiedt zowel de beperking van de inter- als van de intratechnologieconcurrentie. 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 bieden een nuttig kader om die beoordeling uit te voeren. De eerste vraag heeft betrekking op het effect van de overeenkomst op intertechnologieconcurrentie, de tweede vraag betreft de impact van de overeenkomst op intratechnologieconcurrentie. Aangezien het mogelijk is dat beperkingen tezelfdertijd zowel de inter- als de intratechnologieconcurrentie beïnvloeden, kan het noodzakelijk zijn een beperking aan de hand van de twee onder a) en b) vermelde vragen te onderzoeken alvorens kan worden geconcludeerd of de mededinging al dan niet wordt beperkt in de zin van artikel 101, lid 1:

⁽⁹⁾ Zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van 13 juli 1966 in gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. en Grundig-Verkaufs-GmbH/Commissie*, Jurispr. 1966, blz. 450.

⁽¹⁰⁾ De werkwijze voor de toepassing van artikel 101, 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 3.

⁽¹¹⁾ Zie conclusie van 23 maart 1966 in zaak 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Jurispr. 1966, blz. 392, en arrest van het Hof van 28 mei 1998 in zaak C-7/95 P, *John Deere Ltd/Commissie*, Jurispr. 1998, blz. I-3111, punt 76.

⁽¹²⁾ Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest in zaak Consten en Grundig, aangehaald in voetnoot 9.

- a) beperkt de licentieovereenkomst de daadwerkelijke of potentiële mededinging die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan? Zo ja, dan kan de overeenkomst onder het verbod van artikel 101, lid 1, vallen. Bij het maken van deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de mededinging tussen de partijen en de mededinging van derden. Wanneer bijvoorbeeld twee ondernemingen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, elkaar wederzijds licenties verlenen voor concurrerende technologieën en zich ertoe verbinden 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 licentieovereenkomst de daadwerkelijke of potentiële mededinging die zonder de contractuele beperking(en) zou hebben bestaan? Zo ja, dan kan de overeenkomst onder het verbod van artikel 101, lid 1, vallen. Wanneer een licentiegever bijvoorbeeld zijn licentienemers, die vóór het sluiten van de overeenkomst geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten waren, ervan weerhoudt om met elkaar te concurreren, wordt de (potentiële) mededinging die zonder de beperkingen tussen de licentienemers had kunnen bestaan, verminderd. Tot dergelijke beperkingen behoren verticale prijsbinding en beperkingen van het verkoopgebied of de klantenkring tussen licentienemers. In sommige gevallen is het evenwel mogelijk dat bepaalde beperkingen niet onder de toepassing van artikel 101, lid 1, vallen, indien deze objectief noodzakelijk zijn voor het bestaan van een overeenkomst van die soort of die aard⁽¹³⁾. Een dergelijke uitsluiting van de toepassing van artikel 101, lid 1, kan slechts plaatsvinden op basis van objectieve factoren die extern zijn aan de partijen zelf, en niet op grond van subjectieve standpunten 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, niet een minder beperkende overeenkomst zou zijn gesloten door ondernemingen in een gelijkaardige context⁽¹⁴⁾. De bewering dat de leveranciers zonder de overeenkomst hun toevlucht hadden genomen tot verticale integratie, is ontoereikend. Besluiten om al dan niet verticaal te integreren, zijn afhankelijk van een groot aantal complexe economische factoren, waarvan er een aantal intern zijn aan de betrokken onderneming.
13. Het feit dat artikel 101, lid 1, van het Verdrag een onderscheid maakt tussen overeenkomsten die een beperking van de mededinging ten doel hebben en overeenkomsten die een mededingingsbeperking tot gevolg hebben, moet in aanmerking worden genomen bij de toepassing van het in punt 12 van deze richtsnoeren uiteengezette beoordelingskader. Een overeenkomst of contractuele beperking valt slechts onder het verbod van artikel 101, lid 1, indien zij ten doel of als gevolg heeft dat de intertechnologieconcurrentie en/of de intratechnologieconcurrentie wordt beperkt.
14. Van een mededingingsbeperkend doel is sprake bij restricties welke naar hun aard de mededinging kunnen beperken. Dit zijn beperkingen die, in het licht van de met de mededingingsregels van de Unie nagestreefde doelstellingen, een zodanig groot potentieel hebben om negatief uit te werken op de mededinging dat het niet noodzakelijk is om voor de toepassing van artikel 101, lid 1, eventuele daadwerkelijke gevolgen voor de markt aan te tonen⁽¹⁵⁾. Bovendien is het bij restricties met een mededingingsbeperkend doel onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. De beoordeling 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 doeleinden die ermee worden beoogd. Ook kan een onderzoek nodig zijn van de context waarin zij toepassing vindt of moet vinden, of van de wijze waarop de partijen zich daadwerkelijk op de markt gedragen en er optreden⁽¹⁶⁾. Met andere woorden, een onderzoek van de feiten die aan de overeenkomst ten grondslag liggen en de specifieke omstandigheden waarbinnen zij functioneert, kan noodzakelijk zijn alvorens kan worden geconcludeerd of een bepaalde restrictie al dan niet een restrictie met een mededingingsbeperkend doel vormt. Uit de wijze waarop een overeenkomst daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, kan blijken of er sprake is van een restrictie met een mededingingsbeperkend doel, zelfs al bevat de formele overeenkomst geen uitdrukkelijke bepaling in die zin. Bewijzen van de subjectieve intentie van de partijen om de mededinging te beperken, zijn een relevante factor, doch geen noodzakelijke voorwaarde. Een overeenkomst kan ook dan als beperkend worden aangemerkt wanneer zij niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft⁽¹⁷⁾. Bij licentieovereenkomsten beschouwt de Commissie de restricties die zijn opgenomen in de lijst van hardcorebeperkingen in artikel 4 van de GVTO als restricties met een mededingingsbeperkend doel⁽¹⁸⁾.
15. Wanneer een overeenkomst geen mededingingsbeperkend doel heeft, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende effecten heeft. Daarbij moet rekening

⁽¹³⁾ Zie in dit verband het arrest in zaak *Société Technique Minière*, reeds aangehaald in voetnoot 11, en conclusie van 3 februari 1882 in zaak 258/78, *L.C. Nungesser KG en Kurt Eisele/Commissie*, Jurispr. 1982, blz. 2015.

⁽¹⁴⁾ Zie de punten 126 en 127 voor voorbeelden.

⁽¹⁵⁾ Zie in dit verband bijvoorbeeld arrest van het Hof van 8 juli 1999 in zaak C-49/92 P, *Commissie/Anic Participazioni SpA*, Jurispr. 1999, blz. I-4125, punt 99.

⁽¹⁶⁾ Zie arrest van het Hof van 28 maart 1984 in gevoegde zaken 29/83 en 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA en Rheinzink GmbH/Commissie*, Jurispr. 1984, blz. 1679, punt 26, en arrest van het Hof van 8 november 1983 in gevoegde zaken 96/82 e.a., *NV IAZ International Belgium e.a./Commissie (NAVEWA-AN-SEAU)*, Jurispr. 1983, blz. 3369, punten 23-25. Arrest van het Gerecht van 29 november 2012 in zaak T-491/07, *Groupement des cartes bancaires «CB»/Commissie*, Jurispr. 2012, punt 146.

⁽¹⁷⁾ Arrest van het Hof van 20 november 2008 in zaak C-209/07, *Competition Authority/Beef Industry Development Society Ltd en Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, Jurispr. 2008, blz. I-8637, punt 21.

⁽¹⁸⁾ Verdere aanwijzingen betreffende het begrip restricties met een mededingingsbeperkend doel zijn te vinden in de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 3. Zie ook arrest van het Hof van 6 oktober 2009 in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a.*, Jurispr. 2009, blz. I-9291, punten 59-64, arrest van het Hof van 20 november 2008 in zaak C-209/07, *Competition Authority / Beef Industry Development Society Ltd en Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, Jurispr. 2008, blz. I-8637, punten 21 tot en met 39, conclusie van 19 februari 2009 in zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a./Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Jurispr. 2009, blz. I-4529, punten 31 en 36 tot en met 39, en arrest van het Hof van 14 maart 2013 in zaak C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e.a./Gazdasági Versenyhivatal*, Jurispr. 2013, punten 33 tot en met 38.

worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen⁽¹⁹⁾. Met andere woorden, de overeenkomst moet waarschijnlijke mededingingsbeperkende effecten hebben. Om een beperking van de mededinging tot gevolg te hebben, moet een licentieovereenkomst daadwerkelijk of potentieel de mededinging dermate ongunstig beïnvloeden dat hiervan met een redelijke mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen kunnen worden verwacht voor prijzen, productie, innovatie of het aanbod of de kwaliteit van de goederen en diensten. Dergelijke ongunstige effecten moeten merkbaar zijn⁽²⁰⁾. Merkbaar concurrentieverstorende effecten zijn te verwachten wanneer ten minste één van de partijen al een zekere marktmacht heeft of verkrijgt en de overeenkomst bijdraagt tot de totstandbrenging, het behoud of de versterking 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 of om een productie in stand te houden die qua hoeveelheden, productkwaliteit en -verscheidenheid of innovatie beneden het concurrerende niveau ligt⁽²¹⁾. Voor de vaststelling van een schending van artikel 101, lid 1, is doorgaans een geringere marktmacht vereist dan voor de vaststelling van een machtspositie overeenkomstig artikel 102⁽²²⁾.

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 met name 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 kunnen evenwel ook een aanzienlijk concurrentiebevorderend potentieel hebben en verreweg de meeste van deze overeenkomsten zijn inderdaad 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 doeltreffender 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 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 101, lid 1, van het Verdrag valt, moeten de concurrentiebevorderende effecten van de overeenkomst in het kader van artikel 101, lid 3, worden afgewogen tegen de beperkende effecten. Wanneer aan elk van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, is de beperkende licentieovereenkomst geldig en afdwingbaar, zonder dat daartoe een voorafgaande beslissing vereist is⁽²³⁾. Hardcorebeperkingen voldoen naar alle waarschijnlijkheid niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Dergelijke overeenkomsten voldoen over het algemeen niet aan (minstens) één van de eerste twee voorwaarden van artikel 101, lid 3. Zij creëren in de regel geen objectieve economische voordelen of voordelen voor de consument. Daarenboven voldoet dit soort overeenkomsten over het algemeen niet aan de onmisbaarheidstoets (waarvan sprake is in de derde voorwaarde). Indien de partijen bijvoorbeeld de prijs vaststellen waartegen de op basis van de licentie vervaardigde producten moeten worden verkocht, zal dit in principe 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.

2.3. Bepaling van de markt

19. De benadering van de Commissie ten aanzien van de definitie van de markt is terug te vinden in haar bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht⁽²⁴⁾. In deze

⁽¹⁹⁾ Zie het arrest in de zaak John Deere, Jurispr. 1998, reeds aangehaald in voetnoot 11.

⁽²⁰⁾ 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 tot oprichting van de Europese Gemeenschap (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 merkbaar beperkende gevolgen. Een dergelijk geval moet afzonderlijk worden beoordeeld.

⁽²¹⁾ Zie arrest van het Gerecht van 1 juli 2010 in zaak T-321/05, Astra Zeneca/Commissie, Jurispr. 2010, blz. II-2805, punt 267.

⁽²²⁾ Zie de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, punt 26, reeds aangehaald in voetnoot 3.

⁽²³⁾ Zie artikel 1, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1), laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1419/2006 van de Raad van 25 september 2006 (PB L 269 van 28.9.2006, blz. 1).

⁽²⁴⁾ PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.

richtsnoeren wordt alleen ingegaan op die aspecten van de bepaling van de markt die van specifiek belang zijn bij het in licentie geven van technologie-rechten.

20. Technologie is een input, die verwerkt wordt in een product dan wel een productieproces. Het in licentie geven van technologie-rechten kan derhalve zowel upstream op inputmarkten als downstream op outputmarkten een invloed hebben. Bijvoorbeeld, een overeenkomst tussen twee partijen die concurrerende producten downstream verkopen en die elkaar ook wederzijds technologie-rechten in licentie geven in verband met het vervaardigen van die producten upstream, kan de mededinging op de betrokken downstreammarkt voor goederen en diensten beperken. Het wederzijds in licentie geven kan tevens de concurrentie beperken op de upstreamtechnologie-markt en mogelijk ook op andere upstreaminputmarkten. Voor de beoordeling van de mededingingseffecten van licentie-overeenkomsten kan het derhalve noodzakelijk zijn zowel de relevante productmarkt(en) als de relevante technologie-markt(en) af te bakenen ⁽²⁵⁾.
21. De relevante productmarkt omvat de contractproducten (waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt) en 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. Contractproducten kunnen tot een markt voor eindproducten of een markt voor halffabricaten behoren.
22. De relevante technologie-markten betreffen de in licentie gegeven technologie-rechten en hun 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-rechten worden beschouwd. 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-rechten zijn verwerkt, in ogenschouw te nemen (zie punt 25).
23. De term „relevante markt” zoals gebruikt in artikel 3 van de GVTO en gedefinieerd in artikel 1, lid 1, onder m),

verwijst naar de relevante productmarkt en de relevante technologie-markt, met zowel een productdimensie als een geografische dimensie.

24. De „relevante geografische markt” wordt gedefinieerd in artikel 1, lid 1, onder l), van de GVTO en omvat het gebied waar de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van producten of het in licentie geven van technologie, waar sprake is van voldoende homogene mededingingsvoorwaarden en dat van de aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende mededingingsvoorwaarden gelden. De geografische markt van de relevante technologie-markt(en) kan verschillen van de geografische markt van de relevante productmarkt(en).
25. 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 technologie-markten kan dit worden gedaan door de marktaandelen te berekenen op basis van het aandeel van elke technologie in de totale licentie-opbrengsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van de betrokken technologie weergeeft op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Dit zal echter dikwijls veeleer een louter theoretische dan een praktische werkwijze zijn gezien het gebrek aan duidelijke informatie over royalty's. Een andere aanpak — en deze wordt toegepast voor het berekenen van de „veilige haven”, zoals toegelicht in artikel 8, onder d), van de GVTO — bestaat erin de marktaandelen op de technologie-markt te berekenen aan de hand van de omzet op de downstreamproductmarkten van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt (zie punt 86 e.v.). Bij de beoordeling van individuele gevallen die buiten de veilige haven 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, en om andere beschikbare factoren in aanmerking te nemen die een goede indicator zijn voor de relatieve sterkte van de beschikbare technologieën (voor meer factoren, zie de punten 157 en 159 e.v.) ⁽²⁶⁾.
26. Sommige licentieovereenkomsten kunnen de mededinging op het gebied van innovatie ongunstig beïnvloeden. 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 technologie-markten ⁽²⁷⁾. De mededinging op dergelijke markten kan worden beïnvloed door overeenkomsten die de introductie vertragen van verbeterde of nieuwe producten die mettertijd de bestaande producten zullen vervangen. In dergelijke gevallen is innovatie een bron van potentiële concurrentie waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de invloed van de overeenkomst op de product- en technologie-markten. In een beperkt aantal gevallen kan het echter nuttig en nodig zijn de effecten voor de mededinging op het gebied van innovatie ook afzonderlijk te onderzoeken. Dit geldt met name wanneer de overeenkomst gevolgen heeft voor innovatie die gericht is op de ontwikkeling van nieuwe producten en wanneer in een vroeg

⁽²⁵⁾ Zie bijvoorbeeld besluit COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto* van de Commissie, waarin de Commissie de fusie van twee verticaal geïntegreerde kwekers van zonnebloemen heeft geanalyseerd door zowel i) de upstreammarkt voor de handel (uitwisseling en licenties) in variëteiten (ouderlijnen en hybriden) en ii) de downstreammarkt voor de commercialisering van hybriden te onderzoeken. In COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG* heeft de Commissie naast een markt voor de productie van hoogwaardig melamine ook een upstreamtechnologie-markt voor het ter beschikking stellen van technologie voor de productie van melamine gedefinieerd. Zie ook COMP/M.269, *Shell/Montecatini*.

⁽²⁶⁾ Zie ook besluit COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto* van de Commissie en besluit COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

⁽²⁷⁾ Zie ook de punten 119 tot en met 122 van de Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (hierna „horizontale richtsnoeren” genoemd), PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1.

stadium O&O-pools kunnen worden onderkend⁽²⁸⁾. In die 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.

2.4. Het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten

27. 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 (intratechnologieconcurrentie tussen licentienemers) vormt evenwel een belangrijke aanvulling op de mededinging tussen ondernemingen die concurrerende technologieën gebruiken (intertechnologieconcurrentie). Zo kan intratechnologieconcurrentie 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 licentieringscontext 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.
28. 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.
29. In principe worden de partijen bij een overeenkomst geacht geen concurrenten te zijn indien zij zich in een blokkeringspositie in één richting of in twee richtingen bevinden. Van een blokkeringspositie in één richting is sprake wanneer een technologierecht niet kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op een ander geldig technologierecht of wanneer de ene partij niet op een commercieel levensvatbare wijze op de relevante markt actief kan zijn zonder inbreuk te maken op het geldige technologierecht van de andere partij. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een technologierecht betrekking heeft op de verbetering van een ander technologierecht en deze verbetering niet rechtmatig kan worden gebruikt zonder licentie voor het basistechnologierecht. Er is sprake van een blokkeringspositie in twee richtingen wanneer geen van beide technologierechten kan worden geëxploiteerd zonder inbreuk te maken op het andere geldige technologierecht of wanneer geen van beide partijen op een commercieel levensvatbare wijze op de relevante markt actief kan zijn zonder inbreuk te maken op het geldige technologierecht van de andere partij, en wanneer de partijen derhalve van elkaar een licentie of een gebruiksrecht moeten verkrijgen⁽²⁹⁾. In de praktijk zullen er echter

gevallen zijn waarin het niet zeker is of een bepaald technologierecht geldig is en of er inbreuk op is gemaakt.

30. De partijen zijn daadwerkelijke concurrenten op de productmarkt indien beide vóór het sluiten van de overeenkomst reeds op dezelfde relevante productmarkt actief zijn. Het feit dat beide partijen al op diezelfde relevante productmarkt actief zijn zonder een licentieovereenkomst te hebben gesloten, wijst er duidelijk op dat de partijen elkaar niet blokkeren. In een dergelijk scenario worden de partijen geacht daadwerkelijke concurrenten te zijn tenzij en totdat een blokkeringspositie is bewezen (met name in een definitieve rechterlijke uitspraak).
31. De licentienemer wordt geacht een potentiële concurrent op de productmarkt te zijn indien het waarschijnlijk is dat hij zonder de overeenkomst de vereiste extra investeringen zou verrichten om bij een geringe maar duurzame stijging van de productprijzen de relevante markt te betreden. Een waarschijnlijke markttoetreding moet op grond van realistische overwegingen worden beoordeeld, d.w.z. op basis van de feiten van de zaak in kwestie. Een markttoetreding zal eerder het geval zijn indien de licentienemer middelen bezit die gemakkelijk kunnen worden gebruikt om de markt te betreden zonder significante verzonken kosten of indien hij reeds plannen heeft ontwikkeld om de markt te betreden, of op andere wijze is begonnen met investeren. Er moeten reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de licentienemer de betrokken markt kan betreden en met de daarop gevestigde ondernemingen kan concurreren⁽³⁰⁾. Zo mag een licentienemer niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien zijn toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie⁽³¹⁾.
32. In de specifieke context van het intellectuele-eigendomsrecht is een bijkomende factor om te beoordelen of de partijen potentiële concurrenten zijn op een bepaalde markt de mogelijkheid dat hun intellectuele-eigendomsrechten zich in een blokkeringspositie bevinden, d.w.z. dat de licentienemer de respectieve markt niet kan betreden zonder inbreuk te maken op de intellectuele-eigendomsrechten van de andere partij.
33. Indien er geen zekerheid is over het bestaan van een blokkeringspositie, bijvoorbeeld wanneer het gerecht geen definitieve beslissing heeft genomen, moeten de partijen, om de vraag te beantwoorden of zij potentiële concurrenten zijn, zich baseren op al het op dat ogenblik beschikbare bewijsmateriaal, met inbegrip van de mogelijkheid dat inbreuk wordt gemaakt op intellectuele-eigendomsrechten en de vraag of er mogelijkheden bestaan om de bestaande intellectuele-eigendomsrechten te omzeilen. Aanzienlijke reeds gedane investeringen of vergevorderde plannen om een bepaalde markt te betreden, kunnen de stelling ondersteunen dat de partijen minstens potentiële concurrenten zijn, zelfs indien een blokkeringspositie niet kan worden uitgesloten. Bijzonder overtuigend bewijsmateriaal van het bestaan van een blokkeringspositie

⁽²⁸⁾ Zie ook punt 157.

⁽²⁹⁾ In een scenario waarbij ondernemingen een algemene verbintenis zijn aangegaan om bepaalde intellectuele-eigendomsrechten in licentie te geven, bijvoorbeeld een licentie van rechtswege of een FRAND-verbintenis, kan er op basis van deze intellectuele-eigendomsrechten niet van worden uitgegaan dat de partijen zich in een blokkeringspositie bevinden.

⁽³⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 15 september 1998 in gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services e.a./Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-3141, punt 137.

⁽³¹⁾ Arrest van het Gerecht van 14 april 2011 in zaak T-461/07, Visa Europe Ltd en Visa International Service/Europese Commissie, Jurispr. 2011, blz. II-1729, punt 167.

kan vereist zijn wanneer de partijen er een gemeenschappelijk belang bij hebben om aanspraak te maken op het bestaan van een blokkeringspositie om als niet-concurrenten te worden aangemerkt, bijvoorbeeld wanneer de beeerde blokkeringspositie technologieën betreft die uit technisch oogpunt substitueerbaar zijn (zie punt 22) of wanneer er sprake is van een belangrijke financiële prikkel van de licentiegever aan de licentienemer.

34. Om een realistische concurrentiefactor te zijn, is het noodzakelijk dat toetreding waarschijnlijk binnen een korte periode plaatsvindt⁽³²⁾. Normaal gesproken 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 blokkerende intellectuele-eigendomsrechten.
35. De partijen zijn daadwerkelijke concurrenten op de technologiemarkt indien zij reeds beide substitueerbare technologie-rechten in licentie geven, of indien de licentienemer zijn technologie-rechten reeds in licentie geeft en de licentiegever de technologiemarkt betreedt door de licentienemer een licentie te verlenen voor concurrerende technologie-rechten.
36. De partijen worden geacht potentiële concurrenten op de technologiemarkt te zijn indien zij beschikken over eigen substitueerbare technologieën en de licentienemer zijn eigen technologie niet in licentie geeft, terwijl hij dat waarschijnlijk wel zou doen bij een geringe maar duurzame stijging van de technologieprijzen. In het geval van technologiemarkten is het over het algemeen moeilijker te beoordelen of de partijen potentiële concurrenten zijn. Daarom wordt voor de toepassing van de GVTO potentiële concurrentie op de technologiemarkt niet in aanmerking genomen (zie punt 83) en worden de partijen als niet-concurrenten behandeld.
37. 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 bestaande 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 gebleken. 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 101, lid 1, als artikel 101, lid 3, van het Verdrag 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.
38. Soms kunnen de partijen na de sluiting van de overeenkomst concurrenten worden omdat de licentienemer een concurrerende technologie ontwikkelt of verwerft 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 hardcorebeperkingen 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 enig wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO).
39. 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 actief was op de relevante markt waar het contractproduct wordt verkocht en wanneer de licentiegever later deze markt betreedt, hetzij op basis van de in licentie gegeven technologie-rechten of van een nieuwe technologie. Ook in dit geval blijft de hardcorelijst die voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten geldt op de overeenkomst van toepassing, tenzij deze later op enig wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO). Een wezenlijke wijziging houdt ook het sluiten van een nieuwe overeenkomst inzake technologie-overdracht tussen de partijen in met betrekking tot concurrerende technologie-rechten die kunnen worden gebruikt voor het vervaardigen van met de contractproducten concurrerende producten.

⁽³²⁾ Arrest van het Gerecht van 14 april 2011 in zaak T-461/07, Visa Europe Ltd en Visa International Service/Europese Commissie, Jurispr. 2011, blz. II-1729, punt 189.

3. TOEPASSING VAN DE GVTO

3.1. De gevolgen van de GVTO

40. Categorieën overeenkomsten inzake technologieoverdracht die voldoen aan de in de GVTO gestelde voorwaarden, krijgen ontheffing van het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. 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 en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Groepsgewijs vrijgestelde overeenkomsten kunnen door een nationale rechter in het kader van een geschil tussen particulieren niet op grond van artikel 101 ongeldig worden verklaard.
41. De groepsgewijze vrijstelling van categorieën overeenkomsten inzake technologieoverdracht is gebaseerd op het vermoeden dat deze overeenkomsten — in zoverre zij onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen — voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 101, 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 hardcorebeperkingen (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 101, lid 3, te voldoen, onder de groepsvrijstelling vallen.
42. Zoals in deel 4 van deze richtsnoeren wordt besproken, vallen veel licentieovereenkomsten buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, ofwel omdat zij de mededinging in het geheel niet beperken, ofwel omdat deze beperking van de mededinging niet merkbaar is⁽³³⁾. 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 101, lid 1, vallen⁽³⁴⁾.
43. Buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling is het van belang te onderzoeken of de overeenkomst in het individuele geval onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt, en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Er bestaat geen vermoeden dat overeenkomsten inzake technologieoverdracht die buiten de groepsvrijstelling vallen, onder het verbod van artikel 101, lid 1 vallen of onverenigbaar zijn met artikel 101, 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 101, lid 1 valt. Een indivi-

duele beoordeling van de waarschijnlijke gevolgen van de overeenkomst is vereist. Alleen wanneer de overeenkomsten hardcorebeperkingen bevatten, kan normaliter worden aangenomen dat zij verboden zijn krachtens artikel 101.

3.2. Toepassingsgebied en geldigheidsduur van de GVTO

3.2.1. Het begrip overeenkomsten inzake technologieoverdracht

44. De GVTO en deze richtsnoeren hebben betrekking op overeenkomsten voor de overdracht van technologie. Volgens artikel 1, lid 1, onder b), van de GVTO omvat het begrip „technologierechten” zowel knowhow als octrooien, gebruiksmodellen, ontwerpreechten, topografieën van halfgeleiderproducten, aanvullende beschermingscertificaten voor geneesmiddelen of andere producten waarvoor een dergelijk aanvullend beschermingscertificaat kan worden verkregen, kwekerscertificaten en auteursrechten voor softwareproducten of een combinatie daarvan, alsook de aanvragen van deze rechten en de aanvragen tot inschrijving ervan. De in licentie gegeven technologierechten moeten de licentienemer in staat stellen om, met of zonder andere input, de contractproducten te produceren. De GVTO is enkel van toepassing in lidstaten waar de licentiegever relevante technologierechten bezit, anders is er geen sprake van technologierechten die in de zin van de GVTO kunnen worden overgedragen.
45. Knowhow wordt in artikel 1, lid 1, onder i), van de GVTO gedefinieerd als een geheel van 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 vervaardiging van de producten die onder de licentieovereenkomst vallen, of voor de toepassing van het procedé 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 procedé, houdt deze voorwaarde in dat de knowhow nuttig is voor de vervaardiging 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 procesttechnologie 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;

⁽³³⁾ Zie in dit verband de Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds aangehaald in voetnoot 20.

⁽³⁴⁾ Volgens artikel 3, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kunnen overeenkomsten die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar die niet verboden zijn door artikel 101, ook niet worden verboden door het nationale mededingingsrecht.

- c) „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 inzake een bepaald productieproces beschikken 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.
46. Bepalingen in overeenkomsten inzake technologieoverdracht betreffende de aankoop van producten door de licentienemer vallen enkel onder de GVTO indien en voor zover deze bepalingen rechtstreeks verband houden met het vervaardigen of verkopen van de contractproducten. Daarom is de GVTO niet van toepassing op onderdelen van een overeenkomst inzake technologieoverdracht betreffende input en/of apparatuur die voor andere doeleinden dan de productie van de contractproducten wordt gebruikt. Wanneer melk bijvoorbeeld samen wordt verkocht met de licentie voor de technologie om kaas te produceren, valt enkel de melk die voor de productie van kaas op basis van de in licentie gegeven technologie wordt geproduceerd, onder de GVTO.
47. Bepalingen in overeenkomsten inzake technologieoverdracht betreffende de licentiëring van andere soorten intellectuele eigendom, zoals merken en auteursrechten op andere werken dan software (voor auteursrechten op software, zie de punten 44 en 62), vallen enkel onder de GVTO indien en voor zover die rechtstreeks verband houden met het vervaardigen of verkopen van de contractproducten. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat de groepsvrijstelling geldt voor bepalingen betreffende andere soorten intellectuele-eigendomsrechten voor zover die andere intellectuele-eigendomsrechten dienen om de licentienemer in staat te stellen de in licentie gegeven technologie-rechten beter te exploiteren. Wanneer een licentiegever een licentienemer bijvoorbeeld machtigt om zijn merk te gebruiken voor de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, maakt de merklicentie 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-rechten. 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 kan bekendmaken als de bron van de technologie waarop de producten zijn gebaseerd. De GVTO heeft betrekking op overeenkomsten inzake technologieoverdracht volgens dit scenario zelfs indien de partijen meer belang hebben bij het exploiteren van het merk dan van de technologie⁽³⁵⁾.
48. De GVTO heeft geen betrekking op de licentiëring van andere vormen van auteursrecht dan het auteursrecht op software (met uitzondering van de in punt 47 beschreven situatie). De Commissie zal als algemene regel echter de in de GVTO en onderhavige richtsnoeren neergelegde beginselen hanteren bij de toetsing van de licentiëring van auteursrechten voor de vervaardiging van contractproducten op grond van artikel 101 van het Verdrag.
49. Daarentegen wordt de licentiëring van verhuurrechten en rechten op openbare uitvoeringen die door het auteursrecht worden beschermd, met name voor films of muziek, geacht bijzondere vragen op te roepen en het is wellicht niet gerechtvaardigd dit soort licenties te beoordelen op basis van de beginselen die in deze richtsnoeren worden ontwikkeld. Bij de toepassing van artikel 101 moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van het werk en de wijze waarop het wordt geëxploiteerd⁽³⁶⁾. De Commissie zal de GVTO en deze richtsnoeren derhalve niet naar analogie op de licentiëring van deze andere rechten toepassen.
50. De Commissie zal de in de GVTO en deze richtsnoeren ontwikkelde beginselen evenmin uitbreiden tot merklicenties (met uitzondering van de in punt 47 beschreven situatie). Merklicenties worden vaak verleend in het kader van de distributie en wederverkoop van goederen en diensten, en vertonen over het algemeen meer gelijkenis met distributieovereenkomsten dan met technologieovereenkomsten. Wanneer een merklicentie rechtstreeks verband houdt met het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen en diensten en niet het primaire voorwerp van de overeenkomst vormt, valt de licentieovereenkomst onder de toepassing van Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie⁽³⁷⁾.

3.2.2. Het begrip „overdracht”

51. 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-rechten te gebruiken tegen betaling van royalty's.
52. Zoals bepaald in artikel 1, lid 1, onder c), van de GVTO worden overdrachten van technologie-rechten waarbij een deel van het met de exploitatie van de technologie-rechten verbonden risico bij de overdrager blijft berusten, eveneens als overeenkomsten inzake technologieoverdracht beschouwd. Dit is met name het geval wanneer het bedrag dat voor de verkoop moet worden betaald, afhangt van de omzet die de afnemer behaalt met de producten die met behulp van de overgedragen technologie worden geproduceerd, of van de hoeveelheid producten die worden vervaardigd dan wel van het aantal verrichtingen uitgevoerd met behulp van de betrokken technologie.

⁽³⁵⁾ De GVTO kan in dit verband betrekking hebben op de overeenkomst inzake technologieoverdracht die werd onderzocht in de beschikking van de Commissie in de zaak *Moosehead/Whitbread* (PB L 100 van 20.4.1990, blz. 32), zie met name punt 16 van deze beschikking.

⁽³⁶⁾ Zie in dit verband arrest van het Hof van 6 oktober 1982 in zaak 262/81, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, e.a./Ciné-Vog Films SA e.a.*, Jurispr. 1982, blz. 3381.

⁽³⁷⁾ PB L 102 van 23.4.2010, blz. 1.

53. Een overeenkomst waarbij de licentiegever zich ertoe verbindt zijn technologierechten niet tegen de licentienemer uit te oefenen, kan ook als een overdracht van technologierechten worden beschouwd. 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 ⁽³⁸⁾.

3.2.3. Overeenkomsten tussen twee partijen

54. Overeenkomstig artikel 1, lid 1, onder c), van de GVTO heeft de verordening enkel betrekking op overeenkomsten inzake technologieoverdracht „tussen twee ondernemingen”. Overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen vallen niet onder de GVTO ⁽³⁹⁾. Doorslaggevend voor het onderscheid tussen overeenkomsten tussen twee ondernemingen en multilaterale overeenkomsten is of de betrokken overeenkomst gesloten is tussen meer dan twee ondernemingen.

55. 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 ⁽⁴⁰⁾.

56. Overeenkomsten betreffende de oprichting van technologiepools en het in licentie geven vanuit technologiepools zijn over het algemeen multilaterale overeenkomsten en vallen daarom niet onder de GVTO ⁽⁴¹⁾. 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.

⁽³⁸⁾ Met de termen „licentie” en „in licentie gegeven” worden in deze richtsnoeren ook overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten en schikkingen bedoeld, voor zover sprake is van een overdracht van technologierechten zoals beschreven in dit hoofdstuk. Zie ook punt 234 e.v. over schikkingen.

⁽³⁹⁾ Krachtens Verordening (EEG) nr. 19/65 van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PB 36 van 6.3.1965, blz. 35, is de Commissie niet bevoegd om een groepsvrijstelling te verlenen voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen meer dan twee ondernemingen.

⁽⁴⁰⁾ Zie overweging 6 van de GVTO en onder 3.2.6.

⁽⁴¹⁾ Zie punt 247.

57. 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 de in de GVTO vervatte beginselen toepassen. Technologiepools en het in licentie geven vanuit technologiepools worden specifiek behandeld in punt 4.4.

3.2.4. Overeenkomsten betreffende de productie van contractproducten

58. Uit artikel 1, lid 1, onder c), van de GVTO volgt dat licentieovereenkomsten slechts onder de GVTO vallen indien zij zijn gesloten „met het oog op de vervaardiging van contractproducten”, d.w.z. producten waarin de in licentie gegeven technologierechten zijn verwerkt of die ermee zijn vervaardigd. De licentie moet de licentienemer en/of zijn toeleverancier(s) toestaan de in licentie gegeven technologie voor de productie van goederen of diensten te exploiteren (zie overweging 7 in de preambule van de GVTO).

59. Indien de overeenkomst niet het vervaardigen van contractproducten tot doel heeft, maar bijvoorbeeld louter de ontwikkeling van een concurrerende technologie wil verhinderen, valt de licentieovereenkomst niet onder de GVTO en zijn deze richtsnoeren mogelijk ook niet geschikt om de overeenkomst te beoordelen. Meer in het algemeen, als de partijen nalaten de in licentie gegeven technologierechten te exploiteren, vindt er geen efficiëntieverbeterende activiteit plaats, in welk geval de wezenlijke reden voor de toekenning van de groepsvrijstelling afwezig is. 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.

60. De GVTO is van toepassing op licentieovereenkomsten met het oog op de vervaardiging van contractproducten door de licentienemer en/of zijn toeleverancier(s). Daarom is de GVTO niet van toepassing op (de delen van) overeenkomsten inzake technologieoverdracht die sublicentiëring mogelijk maken. De Commissie zal evenwel naar analogie de beginselen van de GVTO en deze richtsnoeren toepassen op „hoofdlicentieovereenkomsten” tussen de licentiegever en de licentienemer (d.w.z. overeenkomsten waarbij de licentiegever sublicentiëring van de technologie door de licentienemer toelaat). De overeenkomsten tussen de licentienemer en sublicentienemers voor de productie van contractproducten vallen onder de GVTO.

61. De term „contractproducten” omvat goederen en diensten die zijn geproduceerd met gebruikmaking van de in licentie gegeven technologie-rechten. 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-rechten in licentie worden gegeven met het oog op de productie van goederen of diensten. Het kader van de GVTO en deze richtsnoeren is gebaseerd op de veronderstelling dat er een rechtstreekse band bestaat tussen de in licentie gegeven technologie-rechten en een contractproduct. Wanneer een dergelijke band niet bestaat, d.w.z. wanneer de overeenkomst niet het vervaardigen van contractproducten tot doel heeft, zijn het beoordelingskader van de GVTO en deze richtsnoeren wellicht niet geschikt.
62. De licentiëring van auteursrechten op software enkel met het oog op de reproductie en distributie van het beschermde werk, d.w.z. de vervaardiging van kopieën voor wederverkoop, wordt niet als „productie” beschouwd in de zin van de GVTO en valt derhalve niet onder de GVTO en deze richtsnoeren. Deze reproductie met het oog op distributie valt daarentegen naar analogie onder Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie⁽⁴²⁾ en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁽⁴³⁾. Er is sprake van reproductie met het oog op distributie wanneer een licentie wordt gegeven om de software op een drager te reproduceren, ongeacht de technische middelen waarmee de software wordt verspreid. De GVTO en deze richtsnoeren hebben bijvoorbeeld geen betrekking op de licentiëring van auteursrechten op software waarbij de licentienemer een origineel van de software ter beschikking krijgt om deze te reproduceren en aan eindverbruikers te verkopen. Zij hebben evenmin betrekking op de licentiëring van auteursrechten op software en op de distributie van software door middel van „shrink wrap”-licenties, d.w.z. een reeks in de verpakking van de harde kopie opgenomen voorwaarden die de eindgebruiker wordt gepocht door het openen van de verpakking te aanvaarden, of op de licentiëring van auteursrechten op software en op de distributie van software door online downloaden.
63. Echter, wanneer de in licentie gegeven software door de licentienemer in het contractproduct wordt verwerkt, is geen sprake van louter reproductie, maar van productie. Zo valt bijvoorbeeld de licentiëring van auteursrechten op software waarbij de licentienemer het recht heeft de software te reproduceren door deze in een toestel te verwerken waarmee de software interoperereert, onder de GVTO en deze richtsnoeren.
64. De GVTO heeft tevens betrekking op „toelevering” waarbij de licentiegever technologie-rechten 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. Deze laatste vorm van toelevering kan, als onderdeel van een overeenkomst inzake technologieoverdracht, enkel onder de GVTO vallen indien de ter beschikking gestelde apparatuur rechtstreeks verband houdt met de vervaardiging van de contractproducten. Toelevering valt tevens onder de bekendmaking van de Commissie betreffende toeleveringsovereenkomsten⁽⁴⁴⁾. 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 101, lid 1, van het Verdrag. Ook toeleveringsovereenkomsten waarbij de opdrachtgever voor het intermediaire contractproduct de overdrachtsprijs bepaalt tussen toeleveranciers binnen een toeleveringswaardeketen, vallen over het algemeen niet onder artikel 101, lid 1, voor zover de contractproducten uitsluitend voor de opdrachtgever worden vervaardigd. 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 101 vallen⁽⁴⁵⁾.
65. De GVTO is eveneens van toepassing op overeenkomsten waarbij de licentienemer ontwikkelingswerkzaamheden moet verrichten alvorens een product of procedé 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 vervaardiging van een bepaald contractproduct, d.w.z. producten die met de in licentie gegeven technologie-rechten zijn vervaardigd.
66. De GVTO en deze richtsnoeren zijn niet van toepassing op overeenkomsten waarbij technologie-rechten in licentie worden gegeven om de licentienemer in staat te stellen op verschillende gebieden verder onderzoek en ontwikkeling te verrichten, onder meer de verdere ontwikkeling van een product dat het resultaat is van dit soort onderzoek en ontwikkeling⁽⁴⁶⁾. 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. Zij hebben evenmin 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

⁽⁴²⁾ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PB L 102 van 23.4.2010, blz. 1.

⁽⁴³⁾ PB C 130 van 19.5.2010, blz. 1.

⁽⁴⁴⁾ Bekendmaking van de Commissie van 18 december 1978 betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.

⁽⁴⁵⁾ Zie punt 3 van de bekendmaking van de Commissie betreffende toeleveringsovereenkomsten, reeds aangehaald in voetnoot 44.

⁽⁴⁶⁾ Zie ook 3.2.6.1.

technologie wordt bestreken en het verbeterde technologiepakket aan de licentiegever terug te geven⁽⁴⁷⁾. Het voornaamste voorwerp van dergelijke overeenkomsten is 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.

3.2.5. Duur van de vrijstelling

67. Afhankelijk van de duur van de GVTO, die op 30 april 2026 verstrijkt, 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).
68. De groepsvrijstelling geldt voor elk in licentie gegeven technologierecht dat onder de overeenkomst valt, en vervalt op het ogenblik van het verstrijken, de nietigverklaring of de algemene bekendwording van het laatste technologierecht in de zin van de GVTO.

3.2.6. Relatie met andere groepsvrijstellingsverordeningen

69. De GVTO heeft betrekking op overeenkomsten tussen twee ondernemingen betreffende het in licentie geven van technologierechten met het oog op de vervaardiging van contractproducten. Technologierechten kunnen evenwel ook een onderdeel vormen van andere soorten overeenkomsten. Daarenboven worden de producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt vervolgens op de markt verkocht. Bijgevolg moet de relatie worden onderzocht tussen de GVTO en Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie betreffende specialisatieovereenkomsten⁽⁴⁸⁾, Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie betreffende onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten⁽⁴⁹⁾ en Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie betreffende verticale overeenkomsten⁽⁵⁰⁾.

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

70. De GVTO is niet van toepassing op licentiëring in het kader van specialisatieovereenkomsten die onder Verordening (EU) nr. 1218/2010 vallen of op licentiëring in het kader van onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten die onder Verordening (EU) nr. 1217/2010 vallen (zie overweging 7 en artikel 9 van de GVTO).
71. Volgens artikel 1, lid 1, onder d), van Verordening (EU) nr. 1218/2010 inzake specialisatieovereenkomsten heeft die verordening in het bijzonder betrekking op overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie, waarbij twee of meer partijen 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, voor zover die niet het voornaamste voorwerp van de overeenkomst vormen, maar rechtstreeks daarmee verband houden en voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk zijn.

72. Wanneer ondernemingen een gemeenschappelijke productieonderneming oprichten en aan deze joint venture 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 (EU) nr. 1218/2010 inzake specialisatieovereenkomsten en niet onder de GVTO. Licenties in het kader van een gemeenschappelijke productieonderneming dienen derhalve normaliter te worden getoetst aan Verordening (EU) nr. 1218/2010. Wanneer de joint venture echter aan derden licenties voor de technologie verleent, staat deze activiteit los van 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 4.4 van deze richtsnoeren nader wordt ingegaan.

73. Verordening (EU) nr. 1217/2010 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 1, lid 1, onder m), van die verordening 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 partijen volgens specialisatie bij onderzoek, ontwikkeling, productie en distributie (met inbegrip van licentiëring) worden verdeeld. Deze verordening heeft ook betrekking op betaalde onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten waarbij twee of meer of meer ondernemingen overeenkomen dat onderzoek en ontwikkeling door de ene partij worden uitgevoerd en door de andere partij worden gefinancierd, met of zonder gemeenschappelijke exploitatie van de resultaten ervan (zie artikel 1, lid 1, onder a), punt vi), van Verordening (EU) nr. 1217/2010).

74. Daaruit volgt dat Verordening (EU) nr. 1217/2010 inzake onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten 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. Dergelijke licentiëring valt enkel onder Verordening (EU) nr. 1217/2010 en niet onder de GVTO. 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

⁽⁴⁷⁾ Dit laatste voorbeeld valt echter onder Verordening (EU) nr. 1217/2010, reeds aangehaald in voetnoot 49, zie ook 3.2.6.1.

⁽⁴⁸⁾ Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, PB L 335 van 18.12.2010, blz. 43.

⁽⁴⁹⁾ Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, PB L 335 van 18.12.2010, blz. 36.

⁽⁵⁰⁾ Reeds aangehaald in voetnoot 42.

niet onder Verordening (EU) nr. 1217/2010. Een dergelijke overeenkomst valt onder de groepsvrijstelling van de GVTO indien aan de voorwaarden daarvan is voldaan.

3.2.6.2. De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten

75. Verordening (EU) nr. 330/2010 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 ⁽⁵¹⁾.
76. 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 (EU) nr. 330/2010, 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 de afnemers van de contractproducten onderworpen zijn aan Verordening (EU) nr. 330/2010 en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen ⁽⁵²⁾.
77. De GVTO verleent ook een vrijstelling 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 (EU) nr. 330/2010. 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 (EU) nr. 330/2010 kan evenwel worden afgeleid dat passieve verkoop in het gebied van andere exclusieve distributeurs van de licentienemer in de regel geoorloofd moet zijn.
78. Volgens Verordening (EU) nr. 330/2010 inzake verticale overeenkomsten moet het de distributeurs voorts in principe vrij staan zowel actief als passief te verkopen in gebieden die bestreken worden door de distributiesystemen van andere leveranciers, d.w.z. andere licentienemers die op basis van de in licentie gegeven technologie hun eigen producten vervaardigen. Dit komt doordat, voor de toepassing van Verordening (EU) nr. 330/2010,

elke licentienemer een afzonderlijke leverancier is. De redenen die ten grondslag liggen aan de door die verordening verleende groepsvrijstelling voor beperkingen op de actieve verkoop binnen het distributiesysteem van een leverancier, kunnen echter eveneens gelden wanneer de producten waarin de in licentie gegeven technologie verwerkt is door verschillende 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 doelmatigheidsoverwegingen 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 (EU) nr. 330/2010 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, waarmee laatstgenoemde als de bron van de in licentie gegeven technologie wordt geïdentificeerd.

3.3. De marktaandeeldrempels van de veilige haven

79. Krachtens artikel 3 van de GVTO geldt de groepsvrijstelling voor beperkende overeenkomsten, met andere woorden de veilige haven van de GVTO, slechts beneden bepaalde marktaandeeldrempels, waardoor de werkingssfeer van de groepsvrijstelling wordt beperkt tot overeenkomsten die, hoewel zij soms de mededinging beperken, over het algemeen geacht mogen worden te voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. 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 101, lid 1, valt of dat de overeenkomst niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 voldoet. Indien er geen sprake is van hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 van de GVTO moet een marktonderzoek worden uitgevoerd.

Relevante marktaandeeldrempels

80. 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.
81. De marktaandeeldrempels zijn zowel van toepassing op de relevante markt(en) van de in licentie gegeven technologie-rechten als op de relevante markt(en) van de contractproducten. Indien de toepasselijke marktaandeeldrempel op één of meerdere product- en technologiemarkten wordt overschreden, is de groepsvrijstelling niet van toepassing op de overeenkomst voor die relevante markt(en). Indien de licentieovereenkomst bijvoorbeeld betrekking heeft op twee afzonderlijke productmarkten is het mogelijk dat de groepsvrijstelling op een van de markten van toepassing is en niet op de andere.

⁽⁵¹⁾ Zie de brochure „Concurrentiebeleid in Europa — De concurrentieregels voor leverings- en distributieovereenkomsten”, Europese Commissie, Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2012, Luxemburg.

⁽⁵²⁾ Respectievelijk PB L 102 van 23.4.2010, blz. 1 en PB C 130 van 19.5.2010, blz. 1.

82. Krachtens artikel 3, lid 1, van de GVTO is de veilige haven van artikel 2 van de GVTO van toepassing op overeenkomsten tussen concurrenten op voorwaarde dat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op elke relevante markt niet groter is dan 20 %. De marktaandeeldrempel van artikel 3, lid 1, van de GVTO is van toepassing indien de partijen daadwerkelijke concurrenten of potentiële concurrenten op de productmarkt(en) en/of daadwerkelijke concurrenten op de technologiemarkt zijn (zie punt 27 e.v. met betrekking tot het onderscheid tussen concurrenten en niet-concurrenten).
83. Potentiële concurrentie op de technologiemarkt wordt niet in aanmerking genomen voor de toepassing van de marktaandeeldrempel of van de lijst van hardcorebeperkingen met betrekking tot overeenkomsten tussen concurrenten. 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 hardcorebeperkingen voor overeenkomsten tussen concurrenten.
84. Wanneer de ondernemingen die partij zijn bij de licentieovereenkomst geen concurrenten zijn, is de marktaandeeldrempel van artikel 3, lid 2, van de GVTO van toepassing. Een overeenkomst tussen niet-concurrenten valt dus onder de vrijstelling indien het marktaandeel van elke partij op de betrokken relevante technologie- en productmarkten niet groter is dan 30 %.
85. Indien de partijen op een later tijdstip concurrenten worden in de zin van artikel 3, lid 1, van de GVTO, bijvoorbeeld wanneer de licentienemer reeds vóór het verwerven van de licentie actief was op de relevante markt waar de contractproducten worden verkocht en de licentiegever later op dezelfde relevante markt een daadwerkelijke of potentiële leverancier wordt, is de marktaandeeldrempel van 20 % van toepassing vanaf het tijdstip waarop zij concurrenten werden. In dat geval blijft de hardcorelijst die geldt voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten echter op de overeenkomst van toepassing, tenzij de overeenkomst vervolgens op enig wezenlijk punt wordt gewijzigd (zie artikel 4, lid 3, van de GVTO en punt 39 van deze richtsnoeren).
- Berekening van marktaandelen van technologiemarkten voor de toepassing van de veilige haven*
86. Om de in punt 87 van deze richtsnoeren genoemde redenen wijkt de berekening van de marktaandelen op de relevante markten waarop de technologierechten in licentie zijn gegeven krachtens de GVTO af van de gangbare praktijk. Voor technologiemarkten moet het marktaandeel van de licentiegever overeenkomstig artikel 8, onder d), van de GVTO, zowel voor de productdimensie als voor de geografische dimensie van de relevante markt, worden berekend op basis van de verkopen door de licentiegever en al zijn licentienemers van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Bij deze benadering worden de gezamenlijke verkopen van contractproducten door de licentiegever en zijn licentienemers berekend als onderdeel van de totale verkoop van concurrerende producten, ongeacht of deze concurrerende producten met een in licentie gegeven technologie zijn geproduceerd.
87. Deze benadering, waarbij het marktaandeel van de licentiegever op de technologiemarkt als zijn „voetafdruk” op productniveau wordt berekend, werd gekozen omdat het in de praktijk moeilijk is het marktaandeel van een licentiegever te berekenen op basis van de opbrengsten uit royalty's (zie punt 25). Naast de algemene moeilijkheid om betrouwbare gegevens over de opbrengsten uit royalty's te krijgen, kan met de werkelijke opbrengsten uit royalty's de positie van een technologie op de markt ook sterk onderschat worden indien royalty's lager uitvallen door wederzijdse licentiëring of door de levering van gekoppelde producten. Dit risico kan worden vermeden door het marktaandeel van de licentiegever op de technologiemarkt te baseren op de met deze technologie vervaardigde producten in vergelijking met producten die met concurrerende technologieën zijn geproduceerd. Over het algemeen wordt met een dergelijke voetafdruk op productniveau de marktpositie van de technologie goed weerspiegeld.
88. Deze voetafdruk wordt idealiter berekend door de met interne, niet in licentie gegeven technologieën vervaardigde producten van de productmarkt uit te sluiten, omdat deze interne technologieën enkel een indirecte belemmering vormen voor de in licentie gegeven technologie. Daar het in de praktijk echter moeilijk kan zijn voor de licentiegever en de licentienemers om te achterhalen of andere producten op dezelfde productmarkt met in licentie gegeven of interne technologieën worden geproduceerd, wordt de berekening van het technologiemarktaandeel voor de toepassing van de GVTO gebaseerd op de producten die met de in licentie gegeven technologie worden geproduceerd als aandeel van alle producten die op deze productmarkt worden verkocht. Met deze benadering op basis van de voetafdruk van de technologie op de algemene productmarkt(en) zal het berekende marktaandeel wellicht lager uitvallen doordat rekening wordt gehouden met producten die met interne technologieën worden geproduceerd, maar over het algemeen zal deze aanpak toch een goede indicator zijn van de sterkte van de technologie. 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 gaan geven bij een kleine maar duurzame stijging van de prijzen voor licenties. Ten tweede heeft de licentiegever, zelfs indien het onwaarschijnlijk is dat andere technologiebezitters zouden beginnen te licentiëren, niet noodzakelijk marktmacht op de technologiemarkt, ook al heeft hij een groot aandeel 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, waardoor hij minder concurrerend wordt en omzet kan verliezen. Het aandeel van de technologie op de productmarkt houdt met dit element rekening en is derhalve doorgaans een goede indicator voor de marktmacht van de licentiegever op de technologiemarkt.

89. Om de sterkte van de technologie in te schatten, moet ook rekening worden gehouden met de geografische dimensie van de technologiemarkt. Deze kan soms afwijken van de geografische dimensie van de respectieve downstreamproductmarkt. Voor de toepassing van de GVTO wordt de geografische dimensie van de relevante technologiemarkt ook door de productmarkt(en) bepaald. Buiten de veilige haven van de GVTO kan het echter passend zijn ook een mogelijk ruimer geografisch gebied in aanmerking te nemen waarin de licentiegever en licentienemers van concurrerende technologieën betrokken zijn bij het in licentie geven van deze technologieën, waarin de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn, en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

90. In het geval van nieuwe technologieën die in het voorafgaande kalenderjaar geen verkoop hebben opgeleverd, wordt een marktaandeel van 0 % toegekend. Wanneer met de verkoop wordt begonnen, begint de technologie een marktaandeel op te bouwen. Wanneer het marktaandeel vervolgens boven de relevante drempel van 20 % of 30 % stijgt, zal de veilige haven nog steeds van toepassing zijn gedurende een periode van twee opeenvolgende kalenderjaren volgend op het jaar waarin de drempel werd overschreden (zie artikel 8, onder e), van de GVTO).

Berekening van marktaandelen van productmarkten voor de toepassing van de veilige haven

91. Voor relevante markten waarop de contractproducten worden verkocht, 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 geen rekening gehouden met de omzet van andere licentienemers wanneer het marktaandeel van de licentienemer en/of de licentiegever wordt berekend.

92. De marktaandelen dienen te worden berekend aan de hand van gegevens betreffende de waarde van de verkopen in het voorafgaande jaar voor zover die beschikbaar zijn. Die gegevens geven doorgaans een nauwkeurigere indicatie van de sterkte van een technologie dan gegevens betreffende het verkochte volume. Wanneer er echter geen gegevens over de waarde van de verkopen 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.

93. De in punt 3.3 van deze richtsnoeren 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. Vast staat 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 licentieovereenkomsten worden 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 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 de licentieovereenkomsten tussen A en B en tussen A en C licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten zijn en de individuele marktaandelen van A, B en C elk jaar minder dan 30 % bedragen, valt elk van deze 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 relevante technologiemarkten worden berekend op basis van de omzetgegevens van alle producten voor elk van de twee geografische markten afzonderlijk. 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, onder e), 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.

Licentïering tussen concurrenten

Voorbeeld 3

De ondernemingen A en B zijn actief op dezelfde relevante productmarkt 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. Vanaf jaar 2 verkoopt B 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. Vast staat 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.

3.4. Hardcorebeperkingen van de mededinging in het kader van de groepsvrijstellingsverordening

3.4.1. Algemene beginselen

94. Artikel 4 van de GVTO bevat een lijst van meest ingrijpende beperkingen („hardcorebeperkingen”) van de mededinging. De kwalificatie van een beperking als een hardcorebeperking van de mededinging is gebaseerd op de aard van de beperking en op de ervaring, die leert dat dergelijke beperkingen bijna altijd concurrentieverstorend zijn. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht⁽⁵³⁾ kan een dergelijke beperking blijken uit het klaarblijkelijke doel van de overeenkomst of uit de omstandigheden van het individuele geval (zie punt 14). Hardcorebeperkingen kunnen in uitzonderlijke gevallen objectief noodzakelijk zijn voor een overeenkomst van een bepaalde soort of aard⁽⁵⁴⁾ en daarom buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen. Bovendien kunnen ondernemingen zich in individuele gevallen krachtens artikel 101, lid 3, altijd beroepen op efficiëntieverbeteringen⁽⁵⁵⁾.
95. Wanneer een overeenkomst inzake technologieoverdracht een hardcorebeperking van de mededinging bevat, valt de overeenkomst krachtens artikel 4, lid 1 en lid 2, van de GVTO in zijn geheel buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling. Voor de toepassing van de GVTO kunnen hardcorebeperkingen niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden. Voorts is de Commissie van mening dat hardcorebeperkingen bij een individuele beoordeling waarschijnlijk niet zullen voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3 (zie punt 18).

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

3.4.2. Overeenkomsten tussen concurrenten

97. Artikel 4, lid 1, van de GVTO bevat een lijst van de hardcorebeperkingen bij het verlenen van licenties tussen concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, als zodanig of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben:

- a) de mogelijkheden van een partij tot vaststelling van zijn prijzen bij verkoop van producten aan derden, te beperken;

⁽⁵³⁾ Zie bijvoorbeeld de in voetnoot 16 geciteerde jurisprudentie.

⁽⁵⁴⁾ Zie punt 18 van de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds geciteerd in voetnoot 3.

⁽⁵⁵⁾ Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 juli 1994 in zaak T-17/93, Matra Hachette SA/Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-595, punt 85.

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 in een niet-wederkerige overeenkomst aan de licentiegever en/of de licentienemer werd opgelegd om met de in licentie gegeven technologieën niet te produceren in het aan de andere partij voorbehouden exclusieve gebied, en/of niet actief en/of passief te verkopen in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring die aan de andere partij is voorbehouden;

ii) 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 aan een andere licentienemer is toegewezen, mits laatstgenoemde ten tijde van het sluiten van zijn licentieovereenkomst geen concurrerende onderneming van de licentiegever was;

iii) 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;

iv) 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 beperking van de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologieën te exploiteren of de beperking van de mogelijkheden van enige partij bij de overeenkomst om onderzoek en ontwikkeling te verrichten, tenzij die laatste beperking noodzakelijk is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt.

Onderscheid tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten

98. Voor een aantal hardcorebeperkingen maakt de GVTO een onderscheid tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. De hardcorelijst 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 technologieën 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 de in licentie gegeven rechten niet kunnen worden gebruikt voor de productie van concurrerende producten. Een overeenkomst is niet wederkerig in de zin van de GVTO 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 vervolgens een wederkerige overeenkomst wordt omdat een tweede licentieovereenkomst tussen dezelfde partijen wordt gesloten, zullen deze partijen eventueel de eerste licentieovereenkomst moeten herzien om te voorkomen dat de overeenkomst een hardcorebeperking 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.

Prijsbeperkingen tussen concurrenten

99. De hardcorebeperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder a), van de GVTO 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 de vorm aannemen van een rechtstreekse overeenkomst over de exacte prijs die moet worden aangerekend of over een prijslijst met maximum toegestane kortingen. Of de overeenkomst vaste, minimale, maximale 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 minimumroyalty te betalen vormt op zich echter geen prijsafpraak.

100. 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⁽⁵⁶⁾. Concurrenten kunnen derhalve wederzijdse licenties met wederkerige *running* royalty's (royalty's

⁽⁵⁶⁾ Zie in dit verband punt 98 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, aangehaald in voetnoot 3.

berekend op basis van de individuele verkoop van producten) gebruiken om de prijzen op downstreamproductmarkten op elkaar af te stemmen en/of te verhogen⁽⁵⁷⁾. 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 pseudolicentie en houdt zij kartelvorming in.

101. De hardcorebeperking waarvan sprake in artikel 4, lid 1, onder a), van de GVTO 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 mogelijkheden om zijn eigen technologierechten te exploiteren (zie punt 116 van deze richtsnoeren). Dergelijke overeenkomsten beperken over het algemeen de mededinging, aangezien de overeenkomst de kosten van het gebruik van de eigen concurrerende technologierechten van de licentienemer verhoogt en de mededinging die zonder de overeenkomst bestond, beperkt⁽⁵⁸⁾. Dit geldt zowel voor wederkerige als voor niet-wederkerige overeenkomsten.
102. 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 101, 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.

Productiebeperkingen tussen concurrenten

103. De hardcorebeperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder b), van de GVTO 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), is niet van toepassing 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 hardcorebeperkingen 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 door wederkerige *running* royalty's per eenheid die stijgen naarmate de productie toeneemt of doordat aan elke partij de verplichting wordt opgelegd een vergoeding te betalen indien een bepaald productieniveau wordt overschreden.

104. 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 het risico dat de overeenkomst geen bonafide licentieovereenkomst is ook 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. Evenzo is het in een wederkerige overeenkomst waarschijnlijk dat een productiebeperking die slechts 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.

Toewijzing van markten en klanten tussen concurrenten

105. De hardcorebeperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO 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 hardcorebeperking wanneer concurrenten in een wederkerige overeenkomst overeenkomen om in bepaalde gebieden niet te produceren of in bepaalde gebieden of aan bepaalde klanten, welke aan de andere partij zijn voorbehouden, niet actief en/of passief te verkopen. Zo worden wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten bijvoorbeeld als marktverdeling beschouwd.
106. Artikel 4, lid 1, onder c), is van toepassing, ongeacht of de licentienemer zijn eigen technologierechten mag blijven gebruiken. Wanneer de licentienemer zijn apparatuur eenmaal heeft aangepast voor het gebruik van de technologie van de licentiegever met het oog op het vervaardigen 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 concurrentiebevorderende potentieel van de beperkingen 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.

⁽⁵⁷⁾ 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.

⁽⁵⁸⁾ Zie in dit verband arrest van het Hof van 25 februari 1986 in zaak 193/83, *Windsurfing International Inc./Commissie*, Jurispr. 1986, blz. 611, punt 67.

107. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt i), is het geen hardcorebeperking 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 licentienemer in een niet-wederkerige overeenkomst niet mag produceren in een exclusief aan de licentiegever voorbehouden gebied. Het doel van dergelijke overeenkomsten kan zijn de licentiegever en/of 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.
108. Krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt i), en om dezelfde reden is de groepsvrijstelling eveneens van toepassing op niet-wederkerige overeenkomsten waarbij de partijen afspreken niet actief of passief te verkopen in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring die aan de andere partij is voorbehouden. Voor de toepassing van de GVTO interpreteert de Commissie „actieve” en „passieve” verkoop zoals gedefinieerd in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁽⁵⁹⁾. Voor beperkingen op de licentienemer of de licentiegever om actief en/of passief te verkopen in een gebied of aan een klantenkring van de andere partij geldt de groepsvrijstelling enkel indien dit gebied of deze klantenkring exclusief aan de andere partij is voorbehouden. In sommige specifieke omstandigheden kunnen overeenkomsten met dergelijke verkoopbeperkingen echter in een individueel geval toch ook voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wanneer de exclusiviteit op ad-hocbasis wordt gedeeld, bijvoorbeeld om een tijdelijk tekort op te vangen in de productie van de licentiegever of licentienemer aan wie het gebied of de klantenkring exclusief is toegewezen. In dergelijke gevallen is het waarschijnlijk dat de licentiegever of licentienemer nog steeds voldoende is beschermd tegen actieve en/of passieve verkoop om bereid te zijn om zijn technologie in licentie te geven of te investeren in de in licentie gegeven technologie. Dergelijke beperkingen, ook als deze de mededinging verminderen, zouden bevorderlijk zijn voor een concurrentiebevorderende verspreiding en integratie van die technologie in de productiemiddelen van de licentienemer.
109. Daaruit vloeit voort dat het feit dat 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, evenmin een hardcorebeperking vormt. 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 technologierechten in de betrokken gebieden volledig te exploiteren, niet aantast.
110. Bij artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), zijn van de hardcorelijst uitgesloten, en wordt derhalve, mits de marktaandeeldrempel 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. Dit veronderstelt evenwel dat de beschermde licentienemer geen concurrent was van de licentiegever toen de overeenkomst werd gesloten. Het is niet gerechtvaardigd om dergelijke beperkingen in deze situatie als hardcorebeperkingen te behandelen. 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 waren, de licentienemer waarschijnlijk aanmoedigen de in licentie gegeven technologie efficiënter te exploiteren. Komen 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 een dergelijke overeenkomst geen technologieoverdracht met zich brengt, valt zij bovendien buiten het toepassingsgebied van de GVTO.
111. Artikel 4, lid 1, onder c), punt iii), voorziet in een andere uitzondering op de hardcorebeperking van artikel 4, lid 1, onder c), namelijk beperkingen tot eigen gebruik; het betreft bepalingen 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 kunnen noodzakelijk zijn om de verspreiding van technologie, inzonderheid onder concurrenten, aan te moedigen en vallen onder de groepsvrijstelling. Deze beperkingen worden besproken onder 4.2.5.
112. Ten slotte is krachtens artikel 4, lid 1, onder c), punt iv), van de hardcorelijst 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 iv), 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 iv), is eveneens van toepassing op situaties waarbij aan meer dan één onderneming licentie wordt verleend om aan dezelfde afnemer te leveren. Artikel 4, lid 1, onder c), punt iv), is van toepassing ongeacht de duur van de licentieovereenkomst. Een eenmalige licentie om te voldoen aan de eisen van een project van een bepaalde klant valt bijvoorbeeld onder deze uitzondering. De mogelijkheid dat dergelijke overeenkomsten tot marktverdeling leiden, is beperkt wanneer de licentie uitsluitend wordt verleend om aan een specifieke afnemer te

⁽⁵⁹⁾ PB C 130 van 19.5.2010, blz. 1, punt 51.

leveren. In een dergelijk geval kan er met name niet van worden uitgegaan dat de overeenkomst de licentienemer ertoe zal brengen de exploitatie van zijn eigen technologie te staken.

113. In overeenkomsten tussen concurrenten opgenomen beperkingen die inhouden dat een licentie slechts op één of meer productmarkten of op één of meer technische gebruiksgebieden⁽⁶⁰⁾ mag worden geëxploiteerd, zijn geen hardcorebeperkingen. Deze beperkingen zijn tot een marktaandeeldrempel van 20 % vrijgesteld, ongeacht of de overeenkomst wederkerig is of niet. Dergelijke beperkingen worden niet geacht het toewijzen van markten of klanten ten doel te hebben. 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. Wanneer licentienemers bijvoorbeeld ook beperkt worden in de technische gebieden waarop zij hun eigen technologieën mogen gebruiken, komt de overeenkomst neer op marktverdeling.

114. 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, industriële sectoren 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 106). Bovendien kunnen beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied noodzakelijk zijn om concurrentiebevorderende licentiëring te stimuleren (zie punt 212).

⁽⁶⁰⁾ Beperkingen ten aanzien van het gebruiksgebied worden in punt 208 e.v. besproken.

Beperkingen van de mogelijkheden van de partijen om onderzoek en ontwikkeling te verrichten

115. De hardcorebeperking van de mededinging waarvan sprake is in artikel 4, lid 1, onder d), betreft 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.

Beperkingen voor de licentienemer op het gebruik van de eigen technologie

116. Krachtens artikel 4, lid 1, onder d), mag de licentienemer ook geen beperking worden opgelegd ten aanzien van het gebruik van zijn eigen concurrerende technologieën, voor zover hij daarbij geen gebruik maakt van de technologieën die hij van de licentiegever in licentie neemt. Met betrekking tot zijn eigen technologieën mag de licentienemer niet onderworpen zijn aan beperkingen met betrekking tot de plaats waar hij produceert of verkoopt, de technische gebruiksgebieden of productmarkten waarop hij produceert, 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 technologieën (zie punt 101). Bovendien mag aan de licentienemer geen beperking worden opgelegd met betrekking tot het in licentie geven van zijn eigen technologieën aan derden. Wanneer aan de licentienemer beperkingen worden opgelegd met betrekking tot het gebruik van zijn eigen technologieën of met betrekking tot het recht om onderzoek en ontwikkeling te verrichten, wordt het concurrentievermogen van de technologie van de licentienemer verzwakt. Dit leidt tot een vermindering van de concurrentie op de bestaande product- en technologie-markten en tot een vermindering van de prikkel voor de licentienemer om te investeren in de ontwikkeling en verbetering van zijn technologie. Artikel 4, lid 1, onder d),

geldt niet voor beperkingen met betrekking tot het gebruik door de licentienemer van technologie van derden die concurreert met de in licentie gegeven technologie. Hoewel dergelijke niet-concurrentiebedingen marktbeschermingseffecten kunnen hebben op de technologieën van derden (zie 4.2.7), leiden deze er gewoonlijk niet toe dat licentienemers minder gestimuleerd worden om in de ontwikkeling en verbetering van hun eigen technologieën te investeren.

3.4.3. Overeenkomsten tussen niet-concurrenten

117. Artikel 4, lid 2, van de GVTO bevat een lijst van de hardcorebeperkingen bij het verlenen van licenties tussen niet-concurrenten. Volgens deze bepaling is de GVTO niet van toepassing op overeenkomsten die, als zodanig of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben:

- a) de mogelijkheden van een partij tot vaststelling van zijn prijzen bij verkoop van producten aan derden te beperken, onverminderd de mogelijkheid een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden, mits dit niet als gevolg 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 afnemers waaraan de licentienemer de contractproducten passief mag verkopen te beperken, met uitzondering van:
 - i) de beperking van de passieve verkoop in een exclusief gebied of aan een exclusieve klantenkring, voorbehouden aan de licentiegever;
 - ii) de verplichting om de contractproducten uitsluitend te produceren voor eigen gebruik, mits de licentienemer geen beperkingen worden opgelegd ten aanzien van de actieve en passieve verkoop van de contractproducten als reserveonderdelen voor zijn eigen producten;
 - iii) de verplichting om de contractproducten uitsluitend te produceren voor een specifieke afnemer, indien de licentie is verleend om die afnemer een alternatieve voorzieningsbron te bieden;
 - iv) de beperking van de verkoop aan eindgebruikers door een op groothandelniveau werkzame licentienemer;
 - v) de beperking van de verkoop aan niet-erkende distributeurs door de leden van een selectief distributiestelsel;
- c) de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door een licentienemer die lid is van een selectief distributiestelsel en die op detailhandelniveau werkzaam is, te

beperken, onverminderd de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn.

Prijsafspraken

118. De hardcorebeperking 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 die bepaling betrekking op beperkingen die direct of indirect ten doel hebben een vaste prijs of minimumprijs dan wel een vast prijsniveau 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 winstmarges vastleggen, het maximumniveau van kortingen bepalen, de verkoopprijs koppelen aan die van 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 deze 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 maximumprijzen of aanbevolen prijzen te laten fungeren als vaste prijzen 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 prijzen of minimumprijzen leidt.

Beperkingen op actieve verkoop door de licentienemer

119. Artikel 4, lid 2, onder b), rekent tot hardcorebeperkingen van de mededinging overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de passieve verkoop⁽⁶¹⁾ door de licentienemer van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, te beperken⁽⁶²⁾. Aan de licentienemer opgelegde

⁽⁶¹⁾ Voor een definitie van passieve verkoop, zie punt 108 van deze richtsnoeren en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, aangehaald in voetnoot 52, punt 51.

⁽⁶²⁾ Deze hardcorebeperking is van toepassing op overeenkomsten inzake technologieoverdracht met betrekking tot de handel binnen de Unie. Voor zover overeenkomsten inzake technologieoverdracht betrekking hebben op uitvoer naar een derde land of op invoer/wederinvoer in de Unie zie arrest van het Hof van 28 april 1998 in zaak C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Jurispr. 1998, blz. I-1983. In dit arrest was het Hof van Justitie in punt 20 van oordeel „dat een overeenkomst waarbij de wederverkoper zich tegenover de producent heeft verplicht de contractproducten uitsluitend op een markt buiten de Gemeenschap in de handel te brengen, niet kan worden geacht tot doel te hebben de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar te beperken, en als zodanig het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden”.

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, alsook minimumroyaltyverplichtingen 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 hardcorebeperking inzake passieve verkoop door licentienemers bestaan een aantal uitzonderingen, die in de punten 120 tot en met 125 worden besproken.

120. Uitzondering 1: Artikel 4, lid 2, onder b), heeft geen betrekking op verkoopbeperkingen (noch actieve, noch passieve) 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 licentienemer, met uitzondering van hetgeen over actieve verkoop wordt opgemerkt in punt 125. De groepsvrijstelling voor beperkingen op actieve verkoop berust op de veronderstelling dat dergelijke beperkingen bevorderlijk zijn voor de investeringen, voor 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, is het niet noodzakelijk dat aan de beschermde 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 er zeker van kan zijn 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.
121. Uitzondering 2: 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 hardcorebeperkingen van de mededinging (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt i)) en vallen onder de groepsvrijstelling. Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen, ook als zij de mededinging inperken, tot aan de marktaandeeldrempel bevorder-

lijk 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.

122. Uitzondering 3: Artikel 4, lid 2, onder b), punt ii), 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 4.2.5.
123. Uitzondering 4: Evenals het geval is bij overeenkomsten tussen concurrenten (zie punt 112) 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, ongeacht de duur van de licentieovereenkomst (zie artikel 4, lid 2, onder b), punt iii)). Bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen dergelijke beperkingen meestal niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag.
124. Uitzondering 5: Artikel 4, lid 2, onder b), punt iv), kent het voordeel van de groepsvrijstelling toe voor een verplichting die aan de op groothandelniveau werkzame 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 werkingsfeer van artikel 101, lid 1⁽⁶³⁾.
125. Uitzondering 6: Artikel 4, lid 2, onder b), punt v), 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 verkopen van de licentienemer te beperken tot het groothandelniveau, zoals bepaald in artikel 4, lid 2, onder b), punt iv) (zie punt 124). Binnen het gebied waar de licentienemer een selectief distributiesysteem exploiteert, kan dit systeem niet worden gecombineerd met exclusieve verkoopgebieden of exclusieve klantenkringen indien het de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers zou beperken, aangezien dit zou leiden tot een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, lid 2, onder c), onverminderd de mogelijkheid een licentienemer te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn.

⁽⁶³⁾ Zie in dit verband conclusie van 9 juni 1977 in zaak 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissie, Jurispr. 1977, blz. 1875.

126. Beperkingen op de passieve verkoop door licentienemers in een exclusief verkoopgebied of aan een exclusieve klantenkring die zijn toegewezen aan een andere licentienemer zijn normaal gezien hardcorebeperkingen, maar kunnen gedurende enige tijd buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen indien zij objectief gezien noodzakelijk zijn voor de beschermde licentienemer om een nieuwe markt te kunnen betreden. Dit kan het geval zijn indien licentienemers aanzienlijk moeten investeren in productiemiddelen en promotieactiviteiten om een nieuwe markt te betreden en te ontwikkelen. De risico's voor een nieuwe licentienemer kunnen derhalve aanzienlijk zijn, met name omdat de promotieuitgaven en de investeringen in productiemiddelen die vereist zijn om op grond van een bepaalde technologie te gaan produceren, vaak verzonken kosten zijn, d.w.z. dat de investering bij beëindiging van de activiteit op het betrokken gebied door de licentienemer niet voor andere activiteiten kan worden gebruikt of zonder aanzienlijk verlies kan worden verkocht. De licentienemer kan bijvoorbeeld de eerste producent en verkoper van een nieuw producttype zijn of de eerste die een nieuwe technologie toepast. In dergelijke omstandigheden zouden de licentienemers waarschijnlijk de licentieovereenkomst niet sluiten zonder gedurende een bepaalde periode beschermd te zijn tegen passieve (en actieve) verkoop in hun verkoopgebied of aan hun klantenkringen door andere licentienemers. Indien licentienemers aanzienlijk moeten investeren om een nieuwe markt te betreden en te ontwikkelen, vallen beperkingen op de passieve verkoop door andere licentienemers in een dergelijk gebied of aan een dergelijke klantenkring buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, en dit gedurende de periode die de licentienemer nodig heeft om de investering terug te verdienen. In de meeste gevallen wordt een periode van twee jaar vanaf de datum waarop het contractproduct voor het eerst door de betrokken licentienemer in het exclusieve gebied op de markt is gebracht of aan zijn exclusieve klantenkring is verkocht, voldoende geacht voor de licentienemer om de gedane investeringen terug te verdienen. In bepaalde gevallen kan een langere periode van bescherming van de licentienemer echter nodig zijn voor deze licentienemer om de gemaakte kosten te compenseren.

127. 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.

3.5. Uitgesloten beperkingen

128. Artikel 5 van de GVTO vermeldt drie soorten beperkingen waarvoor de groepsvrijstelling niet geldt en waarvoor dus een individuele beoordeling van hun concurrentiebeperkende en concurrentiebevorderende effecten vereist is. Het doel van artikel 5 is te voorkomen dat een groepsvrijstelling wordt verleend voor overeenkomsten die de prikkel tot innovatie kunnen verminderen. 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, indien het resterende deel scheidbaar is van de uitgesloten beperking(en). De groepsvrijstelling is alleen op de desbetreffende bepaling zelf niet van toepassing, wat impliceert dat een individuele beoordeling vereist is.

Exclusieve „grant backs”

129. Artikel 5, lid 1, onder a), van de GVTO betreft exclusieve *grant-back*verplichtingen (d.w.z. wanneer de licentienemer de door hem aangebrachte verbetering exclusief weer aan de licentiegever in licentie geeft) of overdrachten aan de licentiegever van verbeteringen van de in licentie gegeven technologie. Een verplichting om de licentiegever een exclusieve licentie te verlenen op 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 de verbeteringen, onder meer door ze in licentie te geven aan derden. Onder een exclusieve *grant back* wordt verstaan een *grant back* die de licentienemer (die de innovator is en in dit geval de licentiegever van de verbetering) verhindert om de verbetering te exploiteren (ofwel voor zijn eigen productie, ofwel voor het in licentie geven aan derden). Dit is zowel het geval wanneer de verbetering dezelfde toepassing betreft als de in licentie gegeven technologie, als wanneer de licentienemer nieuwe toepassingen voor de in licentie gegeven technologie ontwikkelt. Krachtens artikel 5, lid 1, onder a), geldt de groepsvrijstelling niet voor dergelijke verplichtingen.

130. De toepassing van artikel 5, lid 1, onder a), 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 101. Wanneer *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 exclusieve *grant-back*verplichtingen de concurrentie op het gebied van innovatie zullen beperken. Hoe sterker de positie van de technologie van de licentiegever, des te belangrijker is het dat de licentienemer een belangrijke bron van innovatie en toekomstige mededinging kan worden. Voorts kan de negatieve invloed van *grant-back*verplichtingen toenemen in geval van naast elkaar bestaande 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.

131. Niet-exclusieve *grant-back*verplichtingen vallen binnen de veilige haven van de GVTO. Dit is zelfs het geval wanneer deze niet wederkerig zijn, d.w.z. wanneer deze alleen gelden voor de licentienemer, en wanneer de licentiegever krachtens de overeenkomst gerechtigd is de verbeteringen aan andere licentienemers door te geven. Een niet-wederkerige *grant-back*verplichting kan de 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, in het bijzonder wanneer 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.
132. In het geval van wederzijdse licenties tussen concurrenten kunnen niet-exclusieve *grant-back*verplichtingen in het bijzonder negatieve effecten op de innovatie hebben 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 beiden onmogelijk maken een concurrentievoordeel op de ander te behalen (zie ook punt 241). 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.
- Niet-aanvechtings- en beëindigingsbedingen*
133. De in artikel 5, lid 1, onder b), van de GVTO genoemde uitgesloten beperking betreft niet-aanvechtingsbedingen, d.w.z. directe of indirecte verplichtingen om de geldigheid van intellectuele-eigendomsrechten van de licentiegever niet aan te vechten, onverminderd de mogelijkheid voor de licentiegever om, ingeval van een exclusieve licentie, de overeenkomst inzake technologieoverdracht te beëindigen indien de licentienemer de geldigheid van een van de in licentie gegeven technologie-rechten aanvecht.
134. De reden waarom dergelijke niet-aanvechtingsbedingen 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 101, lid 1, van het Verdrag is bijna steeds van toepassing op niet-aanvechtingsbedingen wanneer de in licentie gegeven technologie waardevol is en derhalve een concurrentienadeel in het leven roept voor ondernemingen die er geen gebruik van kunnen maken of die er alleen tegen betaling van royalty's gebruik van kunnen maken. In dergelijke gevallen zal waarschijnlijk niet voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Indien de in licentie gegeven technologie echter verband houdt met een technisch achterhaald procedé dat de licentienemer niet gebruikt, of indien de licentie gratis wordt gegeven, doet zich geen beperking van de mededinging voor⁽⁶⁴⁾. Voor niet-aanvechtingsbedingen in het kader van schikkingen, zie de punten 242 en 243.
135. Een beding dat de licentienemer verplicht de eigendom van de technologie-rechten niet aan te vechten, vormt over het algemeen geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Ongeacht of de licentiegever de technologie-rechten in eigendom heeft, voor het gebruik van de technologie moet de licentienemer of elke andere partij hoe dan ook een licentie verkrijgen; de mededinging zou dus over het algemeen niet negatief worden beïnvloed⁽⁶⁵⁾.
136. In artikel 5, lid 1, onder b), van de GVTO wordt, in het kader van niet-exclusieve licenties, ook het recht van de licentiegever om de overeenkomst te beëindigen wanneer de licentienemer de geldigheid van een van de intellectuele-eigendomsrechten die de licentiegever binnen de Unie bezit, aanvecht, van de veilige haven uitgesloten. Een dergelijk beëindigingsrecht kan dezelfde gevolgen hebben als een niet-aanvechtingsbeding, in het bijzonder wanneer de licentienemer door over te schakelen naar een andere technologie dan die van de licentiegever een aanzienlijk verlies zou maken (bijvoorbeeld wanneer de licentienemer al in specifieke machines of apparatuur heeft geïnvesteerd die niet kunnen worden gebruikt om met een andere technologie te produceren) of wanneer de technologie van de licentiegever een noodzakelijke input is voor de productie van de licentienemer. Bijvoorbeeld in de context van essentiële standaardoctrooien zal een licentienemer die een goedgekeurd standaardproduct vervaardigt alle octrooien die op de standaard rusten, moeten gebruiken. Als in een dergelijk geval de geldigheid van de octrooien in kwestie wordt aangevochten, kan dit leiden tot een aanzienlijk verlies wanneer de licentieovereenkomst wordt beëindigd. Indien de technologie van de licentiegever geen essentiële standaardtechnologie is, maar een zeer belangrijke marktpositie inneemt, kan dit de licentienemer sterk ontmoedigen om de geldigheid aan te vechten, omdat het moeilijk zal zijn om een levensvatbare alternatieve technologie te vinden die hij in licentie kan nemen. De vraag of de gedeelde winst van de licentienemer aanzienlijk zou zijn en een aanvechting dus sterk zou ontmoedigen, moet per geval worden beoordeeld.
137. In de in punt 136 beschreven scenario's kan de licentienemer ervan worden weerhouden om de geldigheid van het intellectuele-eigendomsrecht aan te vechten, aangezien hij het risico loopt dat de licentieovereenkomst wordt beëindigd en hij daarbij met grote risico's wordt geconfronteerd die veel verder reiken dan zijn royaltyverplichtingen. Hierbij moet echter ook worden opgemerkt dat een beëindigingsbeding in andere dan deze scenario's vaak geen sterke ontmoediging zal vormen om de geldigheid aan te vechten en derhalve niet hetzelfde effect zal hebben als een niet-aanvechtingsbeding.

⁽⁶⁴⁾ Zie in dit verband arrest van het Hof van 27 september 1988 in zaak 65/86, Bayer AG en Maschinenfabrik Hennecke GmbH/Heinz Süllhöfer, Jurispr. 1988, blz. 5249.

⁽⁶⁵⁾ Zie in verband met het aanvechten van de eigendom van een handelsrecht de beschikking van de Commissie in de zaak *Mooshead/Whitbread* (PB L 100 van 20.4.1990, blz. 32).

138. Het algemene belang om licentiegevers meer te stimuleren om te licentiëren door niet verplicht te zijn zaken te blijven doen met een licentienemer die het voorwerp zelf van de licentieovereenkomst aanvecht, moet worden afgewogen tegen het algemene belang dat gediend is met het uit de weg ruimen van elke belemmering van de economische activiteit als gevolg van een ten onrechte toegerekend intellectuele-eigendomsrecht⁽⁶⁶⁾. Bij de afweging van deze belangen moet in aanmerking worden genomen of de licentienemer op het ogenblik van de aanvechting aan alle verplichtingen van de overeenkomst voldoet, in het bijzonder aan de verplichting om de overeengekomen royalty's te betalen.
139. Alles in aanmerking genomen, zullen beëindigingsbedingen bij exclusieve licenties over het algemeen waarschijnlijk minder concurrentieverstorende effecten hebben. Zodra de licentie is verleend, kan de licentiegever in een bijzondere situatie van afhankelijkheid terecht komen, omdat de licentienemer zijn enige bron van inkomsten zal zijn uit de in licentie gegeven technologierechten als de royalty's afhangen van de productie met de in licentie gegeven technologierechten, wat vaak een efficiënte manier is om royaltybetalingen te structureren. In dit scenario kunnen de stimulansen om te innoveren en te licentiëren worden ondermijnd indien de licentiegever bijvoorbeeld gebonden is aan een overeenkomst met een exclusieve licentienemer die geen aanzienlijke inspanningen meer doet om het met de in licentie gegeven technologierechten vervaardigde of te vervaardigen product te ontwikkelen, te produceren en op de markt te brengen⁽⁶⁷⁾. Om deze reden verleent de GVTO een groepsvrijstelling voor beëindigingsbedingen van exclusieve licentieovereenkomsten zolang ook aan de andere voorwaarden voor de veilige haven, zoals het in acht nemen van de marktaandeeldrempel, is voldaan. Buiten de veilige haven moet per geval worden geoordeeld, rekening houdend met de verschillende in punt 138 beschreven belangen.
140. De Commissie staat bovendien positiever tegenover niet-aanvechtings- en beëindigingsbedingen met betrekking tot knowhow waarbij het doorgaans onmogelijk of zeer moeilijk is om de in licentie gegeven knowhow te recupereren wanneer deze eenmaal bekend is gemaakt. In dergelijke gevallen bevordert een aan de licentienemer opgelegde verplichting om de in licentie gegeven knowhow niet aan te verspreiden 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. Daarom zijn niet-aanvechtings- en beëindigingsbedingen die enkel knowhow betreffen niet van het toepassingsgebied van de GVTO uitgesloten.
- Beperking van het gebruik of de ontwikkeling van eigen technologie door de licentienemer (tussen niet-concurrenten)*
141. Ingeval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten sluit artikel 5, lid 2, elke directe of indirecte verplichting die de mogelijkheden van de licentienemer om zijn eigen technologierechten 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 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 hardcorelijst betreffende overeenkomsten tussen concurrenten, welke bepaling in de punten 115 en 116 van deze richtsnoeren 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 niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag⁽⁶⁸⁾. Een individuele beoordeling is daarom vereist.
142. 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 downstreamproductmarkt concurrenten⁽⁶⁹⁾. 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 technologierechten door de licentienemer of op onderzoek en ontwikkeling doorgaans geacht de concurrentie te beperken en niet te voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. 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 enkel 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.
143. In gevallen waar 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 101, lid 3, van het Verdrag is voldaan. In andere gevallen, waarin een aantal technologieën beschikbaar is en waarin de partijen geen bijzondere productiemiddelen of vaardigheden bezitten, zal een beperking op onderzoek en ontwikkeling waarschijnlijk ofwel buiten de

⁽⁶⁶⁾ Zie arrest van het Hof van 25 februari 1986 in zaak 193/83, *Windsurfing International*, Jurispr. 1986, blz. 611, punt 92.

⁽⁶⁷⁾ In het kader van een overeenkomst die technisch gezien geen exclusieve overeenkomst is en waarbij een beëindigingsbeding dus niet binnen de veilige haven van de GVTO valt, kan de licentiegever zich in bepaalde gevallen in een vergelijkbare situatie van afhankelijkheid van een licentienemer met aanzienlijke kopersmacht bevinden. Bij de individuele beoordeling zal met dergelijke afhankelijkheid rekening worden gehouden.

⁽⁶⁸⁾ Zie punt 14.

⁽⁶⁹⁾ Zie punt 36.

toepassing van artikel 101, lid 1, vallen omdat zij geen merkbare concurrentiebeperkende effecten heeft, ofwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, 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 101, 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.

3.6. Intrekking en niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening

3.6.1. Intrekkingprocedure

144. 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 waarschijnlijk concurrentieverstorende effecten zullen hebben (waarbij rekening moet worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen) en die niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. 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.
145. De vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, gelden cumulatief en moeten alle vier vervuld zijn voor de toepassing van de vrijstelling⁽⁷⁰⁾. De groepsvrijstelling kan dan ook worden ingetrokken wanneer een bepaalde overeenkomst niet voldoet aan één of meer van de vier voorwaarden.
146. Wanneer de intrekkingprocedure wordt toegepast, rust op de intrekking autoriteit de last om te bewijzen dat de overeenkomst onder de toepassing van artikel 101, lid 1, valt en niet aan alle vier de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. Aangezien de intrekking impliceert dat de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, en niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet, gaat de intrekking noodzakelijkerwijs gepaard met een negatief besluit op basis van de artikelen 5, 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
147. Krachtens artikel 6 van de GVTO kan intrekking met name plaatsvinden wanneer:
- de toegang van technologieën van derden tot de markt wordt belemmerd, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentienemers het gebruik van technologieën van derden verbieden;
 - de toegang van potentiële licentienemers tot de markt wordt beperkt, bijvoorbeeld door het cumulatieve effect van naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige beperkende overeenkomsten die de licentiegevers verbieden om licenties te verlenen aan andere licentienemers, of doordat de enige eigenaar van technologie die de relevante technologie-rechten in licentie geeft een exclusieve licentie verleent aan een licentienemer die reeds op de productmarkt actief is op basis van substitueerbare technologie-rechten. Om als relevant te worden aangemerkt, moeten de technologie-rechten zowel technisch als commercieel substitueerbaar zijn, wil de licentienemer op de relevante productmarkt actief kunnen zijn.
148. De artikelen 4 en 5 van de GVTO, die respectievelijk een lijst bevatten van hardcorebeperkingen 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 hardcorebeperkingen 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 markt-afscherming 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 markt-afscherming wordt grondiger behandeld onder 4.2.2 en 4.2.7. Bovendien zal de Commissie doorgaans het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken wanneer een aanzienlijk aantal

⁽⁷⁰⁾ Zie in dit verband punt 42 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, aangehaald in voetnoot 3.

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.

3.6.2. Niet-toepassing van de groepsvrijstellingsverordening

149. Artikel 7 van de GVTO biedt de Commissie de mogelijkheid om bij verordening naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige overeenkomsten die meer dan 50 % van een relevante markt bestrijken, uit te sluiten van de werkingssfeer van de GVTO. Een dergelijke maatregel is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar geldt voor alle ondernemingen die betrokken zijn bij overeenkomsten van het type zoals omschreven in de verordening waarbij de GVTO buiten toepassing wordt verklaard.
150. Terwijl de intrekking van het voordeel van de GVTO door de Commissie op grond van artikel 6 meebrengt dat een besluit op grond van de artikelen 7 of 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet worden vastgesteld, heeft een verordening van de Commissie op grond van artikel 7 van de GVTO waarin de GVTO buiten toepassing wordt verklaard uitsluitend tot gevolg dat het voordeel van de toepassing van de GVTO wegvalt en dat artikel 101, lid 1 en lid 3, van het Verdrag opnieuw onverkort van toepassing worden ten aanzien van de betrokken beperkingen en markten. 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 naar de criteria die zijn ontwikkeld in de desbetreffende jurisprudentie van de Europese rechterlijke instanties en in de mededelingen en eerdere besluiten van de Commissie, als richtsnoer voor de toepassing van artikel 101 op individuele overeenkomsten. Indien nodig zal de Commissie een besluit vaststellen in een individuele zaak, aan de hand waarvan alle ondernemingen die op de betrokken markt werkzaam zijn, kunnen weten waar ze aan toe zijn.
151. 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.
152. Artikel 7 van de GVTO houdt voor de Commissie niet de verplichting in om op te treden wanneer de marktdekkingsgraad van 50 % is overschreden. In het algemeen is het passend een verordening in de zin van artikel 7 vast te stellen wanneer het waarschijnlijk is dat de toegang tot de relevante markt of de mededinging op die markt 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 Unie waarop de gevolgen zich doen gevoelen.
153. Elke verordening die krachtens artikel 7 wordt vastgesteld, moet duidelijk haar reikwijdte omschrijven. Daarom moet de Commissie in de eerste plaats de relevante productmarkt(en) en geografische markt(en) omschrijven en in de tweede plaats aangeven voor welk type licentiebeperkingen de GVTO niet langer van toepassing zal zijn. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie de werkingssfeer van de verordening aanpassen naargelang van het

concurrentieprobleem dat zij wil aanpakken. Wanneer bijvoorbeeld alle naast elkaar bestaande netwerken van niet-concurrentieovereenkomsten in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de marktdekkingsgraad van 50 %, kan de Commissie toch de reikwijdte van de verordening 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 marktafsluiting 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 marktafsluitingseffect⁽⁷¹⁾.

154. 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.
155. 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.

4. TOEPASSING VAN ARTIKEL 101, LID 1 EN LID 3, VAN HET VERDRAG BUITEN HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE GVTO

4.1. Algemeen kader van de analyse

156. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de groepsvrijstelling vallen, bijvoorbeeld omdat de marktaandeeldrempels zijn overschreden of omdat er meer dan twee partijen bij de overeenkomst betrokken zijn, worden individueel getoetst. Overeenkomsten die de mededinging niet beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag of die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, 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, voor zover zij geen hardcorebeperkingen van de mededinging bevatten. Met name is er geen vermoeden dat artikel 101, lid 1, van toepassing is op grond van het loutere feit dat de marktaandeeldrempels zijn overschreden. Een individuele toetsing op basis van de in deze richtsnoeren beschreven beginselen is altijd vereist.
- Veilige haven bij voldoende onafhankelijke technologieën
157. 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 hardcorebeperkingen buiten beschouwing gelaten, inbreuk op artikel 101 van het Verdrag onwaarschijnlijk is indien er, naast de technologieën die onder het gezag staan van de partijen bij de overeenkomst, vier of meer

⁽⁷¹⁾ Zie in dit verband punt 8 van de mededeling van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis, reeds aangehaald in voetnoot 20.

onafhankelijke technologieën zijn die de in licentie gegeven technologie tegen vergelijkbare kosten voor de gebruiker kunnen vervangen. Wanneer wordt beoordeeld of de technologieën voldoende substituueerbaar 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 netwerkeffecten 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.

158. Het feit dat een overeenkomst buiten de in punt 157 beschreven veilige haven valt, houdt niet in dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag valt en, indien dit geval is, dat niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Deze bijkomende veilige haven doet slechts een vermoeden ontstaan dat de overeenkomst niet onder het verbod van artikel 101 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.

4.1.1. Relevante factoren

159. Bij de toepassing van artikel 101 van het Verdrag 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 op de relevante markten;
 - e) belemmeringen voor het betreden van de markt; en
 - f) de rijpheid van de markt.
160. 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.
161. 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.

162. De marktpositie van de partijen, met inbegrip van ondernemingen die feitelijk of wettelijk onder de zeggenschap van de partijen staan, geeft een aanwijzing voor de mate van marktmacht die de licentiegever, de licentienemer 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. Marktaandelen vormen echter steeds maar één factor bij het beoordelen van marktposities. In het bijzonder in het geval van technologiemarkten zijn marktaandelen bijvoorbeeld niet altijd een goede indicator voor de relatieve sterkte van de technologie in kwestie en kunnen de cijfers inzake de marktaandelen naargelang van de verschillende berekenmethoden aanzienlijk verschillen.

163. 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 in staat zullen zijn individueel 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.

164. 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 merkimago 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 doorgeven, 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⁽⁷²⁾.

165. Belemmeringen voor het betreden van de markt worden afgemeten aan de mate waarin gevestigde ondernemingen hun prijs boven het concurrerende niveau kunnen verhogen zonder nieuwkomers op de markt aan te trekken. Indien er geen belemmeringen zijn voor het betreden van de markt, 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

⁽⁷²⁾ Zie in dit verband arrest van het Gerecht van 7 oktober 1999 in zaak T-228/97, *Irish Sugar/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 101.

- de uitoefening van marktmacht zou voorkomen of bemoeilijken — kan worden gesteld dat de toetredingsdrempels over het algemeen laag zullen zijn.
166. 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 een toetredingsdrempel vormen, 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 moeten worden beschouwd als toetredingsdrempels, hangt vooral af van de vraag of zij verzonken kosten met zich brengen. Verzonken 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 verzonken 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 verzonken kosten het voor de gevestigde ondernemingen duur maken om de markt te verlaten. In het algemeen zijn verzonken 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.
167. Op een rijpe markt, dat wil zeggen 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, is het waarschijnlijker dat beperkingen van de mededinging negatieve effecten hebben dan op meer dynamische markten.
168. Bij de beoordeling van sommige beperkingen moeten wellicht andere factoren in aanmerking worden genomen. Dit zijn onder meer 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.
- 4.1.2. *Negatieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten*
169. De negatieve effecten voor de mededinging op de markt die kunnen voortvloeien uit beperkende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, omvatten:
- a) 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;
- b) 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
- c) vermindering van de intratechnologieconcurrentie tussen ondernemingen die producten vervaardigen op basis van dezelfde technologie.
170. 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 gebied van innovatie tussen de partijen beperkt (zie ook punt 241).
171. 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⁽⁷³⁾.
172. Licentieovereenkomsten kunnen de intertechnologieconcurrentie ook negatief beïnvloeden door het opwerpen van belemmeringen voor het betreden van de markt en voor de groeimogelijkheden van concurrenten. Dergelijke marktafsluitingseffecten 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

⁽⁷³⁾ Zie in dit verband punt 36 van de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, reeds aangehaald in voetnoot 27.

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.

173. 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.

4.1.3. *Positieve effecten van beperkende licentieovereenkomsten en het toetsingskader voor de analyse van dergelijke effecten*

174. Zelfs beperkende licentieovereenkomsten hebben vaak ook concurrentiebevorderende effecten in de vorm van efficiëntieverbetteringen die mogelijk opwegen tegen de concurrentieverstorende effecten. De beoordeling van de mogelijke concurrentiebevorderende effecten vindt plaats in het kader van artikel 101, lid 3, dat voorziet in een uitzondering op het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. Om voor die uitzondering in aanmerking te komen moet de licentieovereenkomst objectieve economische voordelen opleveren, moeten de beperkingen van de mededinging onmisbaar zijn om die efficiëntieverbetteringen te bereiken, moet een billijk aandeel in de efficiëntieverbetteringen 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. Een onderneming die zich op artikel 101, lid 3, beroept, moet met overtuigende argumenten en bewijsmateriaal aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden om voor vrijstelling in aanmerking te komen ⁽⁷⁴⁾.

175. De toetsing van beperkende overeenkomsten aan artikel 101, lid 3, van het Verdrag vindt plaats in samenhang met de feitelijke omstandigheden waarin zij zich afspeelen ⁽⁷⁵⁾ en op basis van de op een bepaald tijdstip bestaande feiten. Deze toets is daarom gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 101, 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 ⁽⁷⁶⁾. Bij de toepassing van artikel 101, lid 3, is het evenwel noodzakelijk rekening te houden met de initiële verzonken investeringen die de partijen hebben gedaan, evenals met de tijd die nodig is en de beperkingen die vereist zijn om een efficiëntieverbetterende investering vast te leggen en terug te verdienen. Artikel 101 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 verzonken 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 101, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen.

176. De eerste voorwaarde van artikel 101, lid 3, van het Verdrag vereist een toetsing van de objectieve voordelen die de overeenkomst oplevert in de vorm van efficiëntieverbetteringen. 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. Hardcorekartels 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 dan 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 efficiëntieverbetteringen in het distributiestadium. Dergelijke efficiëntieverbetteringen 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 ⁽⁷⁷⁾. Een ander voorbeeld van mogelijke efficiëntieverbetteringen kan worden gevonden in overeenkomsten waarbij bezitters van technologieën een technologiepakket samenstellen om aan derden in licentie te geven. Dergelijke poolingregelingen 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

⁽⁷⁴⁾ Conclusie van 30 juni 2009 in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., Jurispr. 2009, blz. I-9291, punt 82.

⁽⁷⁵⁾ Conclusie van 8 mei 1985 in gevoegde zaken 25/84 en 26/84, Ford, Jurispr. 1985, blz. 2725; Conclusie van 30 juni 2009 in gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., Jurispr. 2009, blz. I-9291, punt 103.

⁽⁷⁶⁾ Zie in dit verband bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie van 3 maart 1999 in de zaak TPS (PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6). Evenzo geldt het verbod van artikel 101, lid 1, enkel zolang de overeenkomst mededingingsbeperking tot doel of als gevolg heeft.

⁽⁷⁷⁾ Reeds aangehaald in voetnoot 52. Zie met name punt 106 e.v.

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.

177. Bij het toetsen van de onmisbaarheid waarvan sprake in artikel 101, lid 3, van het Verdrag 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 invoeren van artikel 101, 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⁽⁷⁸⁾, in welk geval moet worden onderzocht in welke mate de opnemings van deze technologieën 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 licentieovereenkomst tussen twee partijen is het in het algemeen niet noodzakelijk meer te doen dan te onderzoeken of de individuele beperkingen onmisbaar zijn. Normaliter is er geen minder beperkend alternatief voor de licentieovereenkomst als zodanig.

178. 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⁽⁷⁹⁾. 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⁽⁸⁰⁾.

179. De laatste voorwaarde van artikel 101, lid 3, van het Verdrag 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 101, lid 3, moet aandacht worden besteed aan de relatie tussen artikel 101, lid 3, en artikel 102. Volgens vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 101, lid 3, niet aan de toepassing van artikel 102 van het Verdrag in de weg⁽⁸¹⁾. Aangezien de artikelen 101 en 102 allebei beogen een daadwerkelijke mededinging op de markt te handhaven, veronderstelt een consequente rechtstoepassing daarenboven dat artikel 101, lid 3, zodanig wordt uitgelegd dat elke toepassing van de uitzonderingsregel op beperkende overeenkomsten die een misbruik van een machtspositie inhouden, uitgesloten is⁽⁸²⁾.

180. 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 101, lid 3. Een technologiepool bijvoorbeeld kan leiden tot een industrienorment, waardoor een situatie ontstaat waarbij er weinig mededinging is op het gebied van technologische procedés of uitvoering. Wanneer de belangrijkste marktdeelnemers eenmaal een bepaald procedé of een bepaalde uitvoering in gebruik hebben genomen, kunnen netwerkeffecten ervoor zorgen dat alternatieve procedés of uitvoeringen zeer moeilijk kunnen overleven. Dit betekent echter niet dat de totstandkoming van een feitelijke industrienorment altijd leidt tot uitschakeling van de mededinging in de zin van de laatste voorwaarde van artikel 101, 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 101, lid 3, dan moet worden gegarandeerd dat zij de mededinging niet onnodig beperkt en toekomstige innovatie niet al te zeer afremt.

⁽⁸⁰⁾ Idem, punten 98 en 102.

⁽⁸¹⁾ Zie naar analogie arrest van het Hof van 16 maart 2000 in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge, reeds aangehaald in voetnoot 3, punt 130. Artikel 101, 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 101; zie in dat verband arrest van het Hof van 19 februari 2002 in zaak C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 120.

⁽⁸²⁾ Zie in dit verband arrest van het Gerecht van 10 juli 1990 in zaak T-51/89, Tetra Pak Rausing SA/Commissie, Jurispr. 1990, blz. II-309. Zie tevens punt 106 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 3.

⁽⁷⁸⁾ Wat deze begrippen betreft, zie onder 4.4.1.

⁽⁷⁹⁾ Zie punt 85 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, reeds aangehaald in voetnoot 3.

4.2. Toepassing van artikel 101 op verschillende soorten licentiebeperkingen

181. 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 andere delen van deze richtsnoeren, met name onder 3.4 en 3.5, worden in dit deel slechts kort behandeld.
182. Dit deel heeft betrekking zowel op overeenkomsten tussen niet-concurrenten als op overeenkomsten tussen concurrenten. Wat deze laatste betreft, wordt — indien nodig — een onderscheid gemaakt tussen wederkerige en niet-wederkerige overeenkomsten. Dat onderscheid behoeft voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten niet te worden gemaakt. Wanneer ondernemingen geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een relevante technologie-markt of op een markt van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, is een wederkerige overeenkomst vanuit praktisch oogpunt inderdaad niet verschillend van twee afzonderlijke licenties. Dit is anders bij regelingen waarbij de partijen een technologiepakket samenstellen dat vervolgens aan derden in licentie wordt gegeven. Dergelijke regelingen zijn technologiepools, die in deel 4 worden besproken.
183. In dit deel wordt niet ingegaan op verplichtingen in licentieovereenkomsten die in de regel niet concurrentiebeperkend zijn in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag. 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-rechten niet te gebruiken na het verstrijken van de overeenkomst, voor zover de in licentie gegeven technologie-rechten geldig en van kracht blijven;
 - verplichtingen om de licentiegever bij te staan bij de handhaving van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten;
 - verplichtingen om een minimumbedrag aan royalty's te betalen of om een minimumhoeveelheid producten te produceren waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt; en
 - verplichtingen om het handelsmerk van de licentiegever te gebruiken of om de naam van de licentiegever op het product te vermelden.

4.2.1. Royaltyverplichtingen

184. 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 101, lid 1, van het Verdrag 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⁽⁸³⁾. 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 101, lid 1.

185. In het geval van overeenkomsten tussen concurrenten moet in gedachten worden gehouden (zie de punten 100 tot 101 en punt 116) dat royaltyverplichtingen in een klein aantal gevallen kunnen neerkomen op prijsbinding, wat wordt beschouwd als een hardcorebeperking overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder a). Het is een hardcorebeperking ingevolge artikel 4, lid 1, onder a), wanneer concurrenten wederkerige *running* royalty's verlenen terwijl de overeenkomst een pseudolicentie is omdat zij geen integratie van complementaire technologieën beoogt noch enig ander concurrentiebevorderend doel heeft. Het is tevens een hardcorebeperking op grond van artikel 4, lid 1, onder a) en d), wanneer royalty's zich uitstrekken tot producten die uitsluitend met de eigen technologie-rechten van de licentienemer zijn geproduceerd.
186. 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 101, lid 1, van het Verdrag 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 noodzakelijk om de royalty's te onderzoeken die door andere licentienemers op de productmarkt voor identieke of vervangingstechnologieën worden betaald. In dergelijke gevallen is het niet waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.
187. Ofschon de groepsvrijstelling slechts van toepassing is zolang de technologie-rechten geldig en van kracht zijn, 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 101, lid 1, van het Verdrag. 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.

⁽⁸³⁾ Dit doet geen afbreuk aan de eventuele toepassing van artikel 102 VWEU op de vaststelling van de royalty's (zie arrest van het Hof van 14 februari 1978 in zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continental B.V./Commissie*, punt 250, evenals het arrest van het Hof van 16 juli 2009 in zaak C-385/07 P, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH/Commissie*, Jurispr. 2009, blz. I-6155, punt 142).

188. 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 marktbescherming 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 de vraag dan ook worden beantwoord of de beperking marktbeschermingseffecten heeft. Daartoe dient het onder 4.2.7 beschreven beoordelingskader te worden gebruikt. Indien er merkbare marktbeschermingseffecten zijn, vallen dergelijke overeenkomsten onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag en is het onwaarschijnlijk dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen, tenzij er geen andere praktische manier is om betalingen van royalty's te berekenen en te controleren.

4.2.2. Exclusieve licenties en verkoopbeperkingen

189. In het kader van deze richtsnoeren is het 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 en ten behoeve van een bepaalde klantenkring (verkoopbeperkingen).

4.2.2.1. Exclusieve licenties en *sole licences*

190. Onder een „exclusieve licentie” wordt verstaan dat de licentiegever zelf op basis van de in licentie gegeven technologie rechten niet mag produceren of de in licentie gegeven technologie rechten aan derden in licentie mag geven, noch in het algemeen, noch voor een specifiek gebruik, noch binnen een bepaald gebied. Dit betekent dat de licentienemer in het algemeen of voor dat specifieke gebruik of binnen dat bepaalde gebied de enige is die op basis van de in licentie gegeven technologie rechten mag produceren.

191. Wanneer de licentiegever zich ertoe verbindt niet zelf te produceren of anderen een licentie te verlenen om binnen een bepaald gebied te produceren, kan dit gebied de hele wereld of elk deel ervan 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.

192. Wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten vallen onder artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO waarin marktverdeling tussen concurrenten als een hardcorebeperking wordt aangemerkt. Wederzijdse *sole licences* tussen concurrenten zijn echter 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.

193. Niet-wederzijdse exclusieve licenties tussen concurrenten zijn vrijgesteld tot de marktaandeeldrempel van 20 %. Boven de marktaandeeldrempel moeten de vermoedelijke concurrentiebeperkende gevolgen van de exclusieve licentie worden onderzocht. 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 101, lid 1, van het Verdrag 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 101, 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 of 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 101, lid 1.

194. Exclusieve licenties tussen niet-concurrenten — in zoverre deze onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen⁽⁸⁴⁾ — voldoen meestal aan de voorwaarden van artikel 101, 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 de 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.

⁽⁸⁴⁾ Zie het arrest in de zaak Nungesser, reeds aangehaald in voetnoot 13.

195. Als de licentienemer echter reeds een concurrerende technologie bezit die hij voor interne productie gebruikt, is de exclusieve licentie mogelijk niet noodzakelijk om de licentienemer te stimuleren om een product op de markt te brengen. In een dergelijk scenario kan de exclusieve licentie daarentegen onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen, met name wanneer de licentienemer marktmacht heeft op de productmarkt. 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 101, lid 1, en voldoen naar alle waarschijnlijkheid niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Opdat artikel 101, lid 1, van toepassing zou zijn, moet de technologie evenwel moeilijk toegankelijk zijn en moet de in licentie gegeven technologie een werkelijke bron van concurrentie op de markt zijn. In dergelijke gevallen kan een exclusieve licentie derde licentienemers uitsluiten, de drempel om de markt te betreden verhogen en de licentienemer in staat stellen zijn marktmacht te behouden.

196. 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 industriestandaard 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 4.4). Normaliter zal worden verlangd dat de technologieën die een dergelijke norm ondersteunen op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden aan derden in licentie worden gegeven⁽⁸⁵⁾. Wanneer de partijen bij de overeenkomst met derden concurreren op een bestaande 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.

4.2.2.2. Verkoopbeperkingen

197. Ook ten aanzien van verkoopbeperkingen moet een belangrijk onderscheid worden gemaakt tussen het verlenen van licenties tussen concurrenten en tussen niet-concurrenten.

198. Beperkingen, in een wederkerige overeenkomst tussen concurrenten, op de actieve en passieve verkoop door één of beide partijen zijn hardcorebeperkingen van de mededinging op grond van artikel 4, lid 1, onder c),

van de GVTO. Dergelijke verkoopbeperkingen vallen onder het verbod van artikel 101, lid 1, en voldoen naar alle waarschijnlijkheid niet aan de voorwaarden van artikel 101, 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.

199. In het geval van niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten is de groepsvrijstelling van toepassing op beperkingen op de actieve en/of 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 i), van de GVTO). Boven de marktaandeeldrempel van 20 % vallen verkoopbeperkingen tussen de licentiegever en licentienemer onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag 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 kunnen derhalve voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, 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.

200. De groepsvrijstelling dekt tevens beperkingen op de 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. Dit is echter enkel het geval indien de overeenkomst tussen de partijen in kwestie niet-wederkerig is (zie artikel 4, lid 1, onder c), punt ii), van de GVTO). Boven de marktaandeeldrempel vallen dergelijke beperkingen ten aanzien van de actieve verkoop doorgaans onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag wanneer de partijen een aanzienlijke mate van marktmacht hebben. De beperking zal niettemin doorgaans onmisbaar zijn in de zin van artikel 101, 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 de passieve verkoop door licentienemers in een gebied of aan een klantenkring die aan een andere licentienemer zijn toegewezen, vormen hardcorebeperkingen ingevolge artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO.

⁽⁸⁵⁾ Zie in dit verband de mededeling van de Commissie in de zaak Canon/Kodak (PB C 330 van 1.11.1997, blz. 10), en de zaak IGR Stereo Television, genoemd in het Elfde Verslag over het mededingingsbeleid (1981), punt 94.

201. 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 aan klantenkringen die exclusief aan de licentiegever zijn voorbehouden onmisbaar zijn voor de verspreiding van waardevolle technologieën en derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen of voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag. 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. In andere gevallen kunnen verkoopbeperkingen ten aanzien van de licentienemer onder het verbod van artikel 101, lid 1, vallen en niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Dit zal waarschijnlijk het geval zijn wanneer de licentiegever individueel een behoorlijke mate van marktmacht bezit en wanneer een aantal gelijksoortige overeenkomsten die zijn gesloten door licentiegevers die tezamen een sterke positie op de markt bekleden een cumulatief effect hebben.
202. Verkoopbeperkingen die aan de licentiegever worden opgelegd, zullen — voor zover zij onder het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen — doorgaans voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, 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 101, 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.
203. 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 marktaandeeldrempel van 30 % 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 101, lid 1, van het Verdrag wanneer de individuele licentienemer een aanzienlijke mate van marktmacht bezit. Dergelijke beperkingen kunnen evenwel voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, 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 hardcorelijst van artikel 4, lid 2, onder b), van de GVTO (zie de punten 119 tot en met 127).
- #### 4.2.3. Productiebeperkingen
204. Wederkerige productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten vormen een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van de GVTO (zie punt 103). Genoemde bepaling is niet van toepassing op productiebeperkingen op de technologie van de licentiegever die aan de licentienemer worden 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 101, 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 101, lid 3, van het Verdrag 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 productievestiging 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 101, lid 3. Dit is echter doorgaans niet het geval wanneer de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten.
205. Productiebeperkingen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling zolang de marktaandeeldrempel 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 concurrentievervalsingen 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.
206. 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.

207. 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 licentienemer 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.

4.2.4. Beperkingen van het gebruiksgebied

208. Bij een beperking van het gebruiksgebied wordt de licentie ofwel beperkt tot een of meer technische toepassingsgebieden, ofwel tot een of meer productmarkten. Een industriële sector kan meerdere productmarkten omvatten, maar geen deel van een productmarkt. In veel gevallen kan dezelfde technologie worden gebruikt om verschillende producten te maken of kan deze 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. Een 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.

209. Aangezien voor beperkingen van het gebruiksgebied de groepsvrijstelling geldt en bepaalde beperkingen van de klantenkring hardcorebeperkingen 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 contractproduct.

210. Aangezien bepaalde productiebeperkingen hardcorebeperkingen zijn overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder b), van de GVTO is het van belang om op te merken dat beperkingen van het gebruiksgebied niet als productiebeperkingen worden beschouwd, omdat een beperking van het gebruiksgebied de mogelijke productie van de licentienemer binnen het gebruiksgebied waarvoor de licentie geldt, niet beperkt.

211. 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 toegevoegd. 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 4.2.2. Met name voor licentiëring tussen concurrenten houdt dit in dat wederzijdse exclusieve licenties een hardcorebeperking zijn overeenkomstig artikel 4, lid 1, onder c).

212. 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.

213. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan licentienemers worden opgelegd in overeenkomsten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn vrijgesteld beneden de marktaandeeldrempel van 20 %. Het belangrijkste bezwaar van dergelijke beperkingen uit mededingings-oogpunt 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 industriële sector, productmarkt of technisch gebruiksgebied mag exploiteren en de andere partij de andere in licentie gegeven technologie mag gebruiken in een andere industriële sector, 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 101, 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 101, lid 1, van het Verdrag. Deze overeenkomsten zullen de mededinging die zonder de overeenkomst zou bestaan, vermoedelijk niet beperken. Verder is het onwaarschijnlijk dat artikel 101, 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 die 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 hard-corebeperking vormt ingevolge artikel 4, lid 1, onder c), van de GVTO.
214. Beperkingen van het gebruiksgebied die aan licentienemers en licentiegevers worden opgelegd in overeenkomsten tussen niet-concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling beneden 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.
215. 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 intratechnologie-concurrentie tussen licentienemers op dezelfde wijze als exclusieve licenties, en worden op dezelfde wijze onderzocht (zie 4.2.2.1).
- 4.2.5. *Beperkingen tot eigen gebruik*
216. 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 moeten de concurrentiebevorderende en concurrentieverstorende effecten van de beperking worden onderzocht. In dit verband moeten overeenkomsten tussen concurrenten worden onderscheiden van overeenkomsten tussen niet-concurrenten.
217. 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 bestanddelen aan andere producenten levert. 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 die 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.

218. Bij licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten zijn er twee belangrijke risico's voor de concurrentie verbonden aan beperkingen tot eigen gebruik: een beperking van de intratechnologieconcurrentie op de markt voor de levering van inputs, en de uitsluiting van arbitrage tussen licentienemers, hetgeen het de licentiegever gemakkelijker maakt discriminerende royalty's op te leggen aan licentienemers.
219. 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 101, lid 3, van het Verdrag. De licentienemer mag evenwel niet worden 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.
220. Wanneer de licentiegever geen leverancier van bestanddelen is op de relevante productmarkt, 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 productmarkten. 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.
- 4.2.6. *Koppelverkoop en bundeling*
221. 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 „koppelverkoop” zowel naar het begrip „koppelverkoop” als naar het begrip „bundeling”.
222. 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.
223. 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; zo niet zullen zich geen merkbare marktafslermingseffecten 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⁽⁸⁶⁾.
224. 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 101, lid 3, van het Verdrag. 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

⁽⁸⁶⁾ Voor het toepasselijke beoordelingskader, zie deel 4.2.7 en punt 129 e.v. van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, reeds aangehaald in voetnoot 52.

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.

225. 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 procestechnologie in licentie geeft, kunnen de partijen eveneens overeenkomen dat de licentienemer bij de licentiegever een katalysator koopt die is ontwikkeld voor gebruik met de in licentie gegeven technologie en die het mogelijk maakt die technologie efficiënter te exploiteren dan met andere katalysatoren het geval zou zijn. Wanneer in dergelijke gevallen de beperking onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt, zal waarschijnlijk voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zelfs boven de marktaandeeldrempels.

4.2.7. Niet-concurrentiebedingen

226. 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 4.2.6 betreffende koppelverkoop.

227. 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 %.

228. Het belangrijkste gevaar voor de mededinging dat niet-concurrentiebedingen opleveren, is de uitsluiting van technologieën van derden. Daarnaast kunnen niet-concurrentiebedingen collusie tussen licentiegevers vergemakkelijken wanneer meerdere licentiegevers een dergelijk beding in verschillende overeenkomsten gebruiken (dit is het geval bij cumulatief gebruik). 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.

229. 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 het cumulatieve effect van overeenkomsten die door meerdere licentiegevers zijn gesloten, zelfs wanneer elke individuele overeenkomst of elk netwerk van overeenkomsten op zichzelf onder de GVTO valt. In het laatste geval zal een ernstig cumulatief effect zich echter waarschijnlijk niet voordoen zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is. Boven die drempel is een aanzienlijke mate van marktafscherming waarschijnlijk wanneer er relatief hoge toetredingsdrempels voor nieuwe licentienemers bestaan. Indien de toetredingsdrempels laag zijn, kunnen nieuwe licentienemers de markt betreden en commercieel aantrekkelijke technologieën van derden exploiteren; zo kunnen zij een reëel alternatief vormen voor de gevestigde licentienemers. Om te bepalen hoe reëel de toetredings- en groeikansen van derden zijn, moet tevens rekening worden gehouden met de mate waarin de distributeurs door niet-concurrentiebedingen gebonden zijn aan licentienemers. Voor technologieën van derden bestaat slechts een reële toetredingsmogelijkheid indien zij toegang hebben tot de noodzakelijke productiemiddelen en distributiekanalen. Het gemak van de toegang hangt met andere woorden niet alleen af van de beschikbaarheid van licentienemers, maar ook van de mate waarin zij toegang hebben tot distributie. Bij het toetsen van de afschermingseffecten op distributieniveau zal de Commissie het beoordelingskader toepassen dat is uiteengezet onder VI.2.1 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁽⁸⁷⁾.

230. 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 markt bereik 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, bindt deze de downstreamvraag van de licentienemers niet. 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. Tenzij slechts enkele ondernemingen de productiemiddelen bezitten of kunnen verkrijgen die vereist zijn om in

⁽⁸⁷⁾ Vgl. voetnoot 52.

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.

231. 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.
232. 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 101, lid 1, van het Verdrag valt vanwege een aanzienlijk marktafsluitingseffect kan het, om gebruik te kunnen maken van artikel 101, 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.
233. 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 gebied 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 voor die investeringen echter rechtstreeks kunnen doen betalen in de vorm van een bedrag ineens, hetgeen betekent dat minder beperkende alternatieven voorhanden zijn.
234. Het verlenen van licenties voor technologie-rechten in schikkingen 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-rechten te exploiteren⁽⁸⁸⁾.
235. Schikkingen in het kader van technologiegeschillen zijn in beginsel, zoals het geval is bij vele andere soorten handelsconflicten, een legitieme wijze om bij een bonafide juridisch geschil een voor beide partijen aanvaardbaar compromis te bereiken. De partijen kunnen er de voorkeur aan geven het geschil of het proces stop te zetten vanwege de hoge kosten, de tijdrovendheid en/of de onzekere uitkomst ervan. Schikkingen kunnen rechtbanken en/of bevoegde administratieve instanties eveneens de moeite besparen om de zaak te behandelen, wat een welvaartsverhogend effect heeft. Anderzijds is het in het algemeen belang om ongeldige intellectuele-eigendomsrechten in te trekken omdat zij onrechtmatige belemmeringen voor innovatie en economische activiteit vormen⁽⁸⁹⁾.
236. Het verlenen van licenties, met inbegrip van het wederzijds verlenen van licenties in het kader van schikkingen, is in de regel als zodanig niet-concurrentiebeperkend, aangezien het de partijen de mogelijkheid biedt hun technologieën te exploiteren nadat de overeenkomst is gesloten. Wanneer het, bij ontstentenis van de licentie, mogelijk is dat de licentienemer van de markt wordt uitgesloten, valt de toegang voor de licentienemer tot de technologie in kwestie via een schikking over het algemeen niet onder artikel 101, lid 1.
237. De specifieke bepalingen en voorwaarden van schikkingen kunnen echter onder artikel 101, lid 1, vallen. Het verlenen van licenties in het kader van schikkingen wordt op dezelfde wijze behandeld als andere licentieovereenkomsten⁽⁹⁰⁾. In dergelijke gevallen is het in het bijzonder noodzakelijk om te beoordelen of de partijen potentiële of daadwerkelijke concurrenten zijn.
238. Schikkingen van het type „beperking tegen betaling” (*pay-for-restriction*) of „uitstel tegen betaling” (*pay-for-delay*) brengen vaak geen overdracht van technologie-rechten met zich, maar zijn gebaseerd op een waardeoverdracht van de ene partij in ruil voor een beperking van de toegang tot en/of de expansie op de markt van de andere partij, en kunnen onder artikel 101, lid 1, vallen⁽⁹¹⁾.
239. Indien een dergelijke schikking echter ook een licentie van de bij het onderliggende geschil betrokken technologie-rechten inhoudt en leidt tot een vertraagde of anderszins beperkte mogelijkheid voor de licentienemer om het product op een van de betrokken markten te lanceren, kan de schikking onder artikel 101, lid 1, vallen en zou deze dan in het bijzonder in het licht van artikel 4, lid 1, onder c), en artikel 4, lid 1, onder d), van de GVTO moeten worden onderzocht (zie punt 3.4.2). Wanneer de partijen bij een

Beperking tegen betaling bij schikkingen

4.3. Schikkingen

234. Het verlenen van licenties voor technologie-rechten in schikkingen 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-rechten te exploiteren⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ De GVTO en deze richtsnoeren laten de toepassing van artikel 101 op schikkingen die geen licentieovereenkomst bevatten onverlet.

⁽⁸⁹⁾ Zie arrest van het Hof van 25 februari 1986 in zaak 193/83, *Windsurfing International Inc./Commissie*, Jurispr. 1986, blz. 611, punt 92.

⁽⁹⁰⁾ Zie arrest van het Hof van 27 september 1988 in zaak 65/86, *Bayer AG en Maschinenfabrik Hennecke GmbH/Heinz Stillhöfer*, Jurispr. 1988, blz. 5249, punt 15.

⁽⁹¹⁾ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Commissie in de zaak *Lundbeck*, nog niet gepubliceerd.

dergelijke schikking daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn en er sprake was van een aanzienlijke waardeoverdracht van de licentiegever naar de licentienemer zal de Commissie bijzondere aandacht besteden aan het risico op toewijzing/verdeling van de markt.

Wederzijdse licenties bij schikkingen

240. Schikkingen 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 101, lid 1, van het Verdrag 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 101, lid 1 vallen, zelfs indien er waarschijnlijk sprake is van een wederzijdse blokkeringspositie. Artikel 101, 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.

241. Wanneer de partijen krachtens de schikking 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 101, lid 1, van het Verdrag 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 101, 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 101, 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 verhindert 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.

Niet-aanvechtingsclausules in schikkingen

242. In het kader van een schikking worden niet-aanvechtingsclausules over het algemeen geacht buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, van het Verdrag te vallen. Het is eigen aan dergelijke overeenkomsten dat de partijen overeenkomen achteraf niet de intellectuele-eigendomsrechten aan te vechten die de kern van het geschil vormen. Het is inderdaad het wezenlijke doel van de overeenkomst bestaande geschillen te beslechten en/of toekomstige geschillen te voorkomen.
243. Niet-aanvechtingsbedingen in schikkingen kunnen in bepaalde omstandigheden echter concurrentiebeperkend zijn en onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen. De beperking van de vrijheid om een intellectueel-eigendomsrecht aan te vechten, maakt geen deel uit van het specifieke voorwerp van een intellectueel-eigendomsrecht en kan de mededinging beperken. Een niet-aanvechtingsclausule kan bijvoorbeeld in strijd zijn met artikel 101, lid 1, wanneer een intellectuele-eigendomsrecht was verleend na het verstrekken van onjuiste of misleidende informatie⁽⁹²⁾. Nauwlettender onderzoek van dergelijke bedingen kan ook nodig zijn indien de licentiegever, naast het in licentie geven van de technologie-rechten, de licentienemer met financiële prikkels of anderszins overhaalt om de geldigheid van de technologie-rechten niet aan te vechten of indien de technologie-rechten een noodzakelijke input zijn voor de productie van de licentienemer (zie ook punt 136).

4.4. Technologiepools

244. Technologiepools worden gedefinieerd als regelingen waarbij twee of meer partijen een pakket technologie samenstellen 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.
245. Er is geen noodzakelijk verband tussen technologiepools en normen, maar vaak ondersteunen de technologieën in de pool, geheel of gedeeltelijk, een feitelijke of wettelijke industriestandaard⁽⁹³⁾. Verschillende technologiepools kunnen concurrerende normen ondersteunen⁽⁹⁴⁾. Technologiepools kunnen 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

⁽⁹²⁾ Arrest van het Hof van 6 december 2012 in zaak C-457/10 P, AstraZeneca AB en AstraZeneca plc/Commissie, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd.

⁽⁹³⁾ Met betrekking tot de behandeling van normen en de behandeling van standaardiseringsovereenkomsten, zie de horizontale richtsnoeren, punt 257 e.v., reeds aangehaald in voetnoot 27.

⁽⁹⁴⁾ 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.

een verdere vermindering van de kosten. Octrooipools kunnen eveneens een positieve rol spelen bij de toepassing van concurrentiebevorderende normen.

246. Technologiepools kunnen ook concurrentiebeperkend zijn. De oprichting van een technologiepool houdt noodzakelijkerwijs 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 industriernorm ondersteunen of een feitelijke industriernorm tot stand brengen, ook tot vermindering van innovatie leiden door alternatieve technologieën uit te sluiten. Het bestaan van de norm en een daarmee verbonden technologiepool kan het voor nieuwe en verbeterde technologieën moeilijk maken een plaats op de markt te veroveren.

247. Overeenkomsten betreffende de oprichting van technologiepools waarin de voorwaarden voor het functioneren ervan worden vastgelegd, vallen — ongeacht het aantal partijen — niet onder de groepsvrijstelling, aangezien de overeenkomst om de pool op te richten een bepaalde licentienemer niet de toestemming geeft om contractproducten te vervaardigen (zie onder 3.2.4). 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. Licentiëring vanuit de pool is over het algemeen een multilaterale overeenkomst omdat de deelnemers de voorwaarden hiervoor gezamenlijk vaststellen, en valt daarom niet onder de groepsvrijstelling. Licentiëring vanuit de pool wordt besproken in punt 261 en in 4.4.2.

4.4.1. *Beoordeling van de oprichting en exploitatie van technologiepools*

248. De wijze waarop een technologiepool wordt gevormd, 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. Bij het beoordelen van de mogelijke risico's voor de mededinging en efficiëntieverbeteringen zal de Commissie onder meer rekening houden met de transparantie bij de totstandbrenging van de pool en de selectie en de aard van de gepoolde technologieën, waaronder de mate waarin onafhankelijke deskundigen betrokken zijn bij de oprichting en de exploitatie van de pool, en zal zij nagaan of er beschermingsmaatregelen tegen het uitwisselen van gevoelige informatie en onafhankelijke mechanismen voor geschillenbeslechting zijn vastgesteld.

Open deelname

249. Wanneer deelname aan de totstandbrenging van normen en pools openstaat voor alle belanghebbenden is de kans groter dat de technologieën die worden opgenomen in de pool worden gekozen op grond van prijs-kwaliteitoverwegingen dan wanneer de pool wordt opgezet door een beperkte groep technologiebezitters.

Selectie en aard van de gepoolde technologieën

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

251. Twee technologieën zijn complementair en geen vervangingstechnologieën, wanneer beide technologieën vereist zijn om het product te vervaardigen of het procedé uit te voeren waarop de technologieën betrekking hebben. Omgekeerd zijn twee technologieën substituten van elkaar wanneer de bezitter ervan met een van de technologieën het product kan vervaardigen of het procedé kan uitvoeren waarop de technologieën betrekking hebben.

252. Een technologie kan essentieel zijn ofwel om a) een bepaald product te vervaardigen of een bepaald procedé uit te voeren waarop de technologieën betrekking hebben, ofwel om b) een dergelijk product te vervaardigen of een dergelijk procedé uit te voeren in overeenstemming met een norm die de gepoolde technologieën omvat. In het eerste geval is een technologie essentieel (en in het omgekeerde geval niet-essentieel) indien er binnen of buiten de pool geen levensvatbare substituten (zowel commercieel als technisch gezien) 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 procedé of de procedés waarop de pool betrekking heeft. In het tweede geval is een technologie essentieel indien deze een noodzakelijk onderdeel (dat wil zeggen dat er geen goede vervangproducten zijn) van de gepoolde technologieën vormt die nodig zijn om te voldoen aan de door de pool ondersteunde norm (voor de essentiële standaardtechnologieën). Technologieën die essentieel zijn, zijn noodzakelijkerwijs ook complementair. Het feit dat de eigenaar van een technologie verklaart dat deze technologie essentieel is, betekent niet dat een dergelijke technologie essentieel is volgens de in dit punt beschreven criteria.

253. 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 technologiepool de transactiekosten en kan zij leiden tot lagere royalty's, omdat de partijen een gezamenlijke royalty kunnen vaststellen voor het pakket en niet iedere partij voor haar eigen technologie een royalty hoeft vast te stellen zonder rekening te houden met het feit dat een hogere royalty voor de ene technologie gewoonlijk de vraag naar complementaire technologieën zal verminderen. Wanneer royalty's voor complementaire technologieën individueel worden vastgesteld, kan het totaal van deze royalty's vaak meer bedragen dan wat gezamenlijk door een pool zou

zijn vastgesteld voor het pakket met dezelfde complementaire technologieën. De beoordeling van de rol van vervangproducten buiten de pool wordt beschreven in punt 262.

254. Het onderscheid tussen complementaire technologieën en vervangingstechnologieën is niet steeds haarscherp te maken, 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 voor beide technologieën een licentie zullen vragen, worden deze technologieën als complementair beschouwd, zelfs indien zij gedeeltelijk substituten 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. Zonder dergelijk op de vraag gebaseerd bewijsmateriaal over de complementariteit van de gepoolde technologieën is het een aanwijzing dat deze technologieën complementair zijn als i) de partijen die een technologie voor de pool leveren vrij blijven om hun technologie individueel in licentie te geven en ii) de pool bereid is om niet enkel het pakket technologieën van alle partijen in licentie te geven, maar daarnaast ook de technologie van elke partij afzonderlijk in licentie te geven, en iii) de royalty's die worden gegeven wanneer afzonderlijke licenties voor alle gepoolde technologieën worden genomen in totaal niet meer bedragen dan de door de pool gegeven royalty's voor het volledige pakket technologieën.

255. Het opnemen van vervangingstechnologieën in de pool beperkt over het algemeen de intertechnologieconcurrentie omdat dit op collectieve bundeling kan neerkomen en tot prijsbinding tussen concurrenten kan leiden. In het algemeen is de Commissie van oordeel dat het opnemen van belangrijke vervangingstechnologieën in de pool een inbreuk vormt op artikel 101, lid 1, van het Verdrag. De Commissie is tevens van oordeel dat het onwaarschijnlijk is dat aan de voorwaarden van artikel 101, 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. Om de mededingingsbezwaren te milderen, is het niet voldoende dat het de partijen vrij blijft staan onafhankelijk licenties te verlenen. De reden hiervoor is dat de partijen waarschijnlijk niet erg geneigd zijn om onafhankelijk licenties te verlenen teneinde de licentiëringsactiviteiten van de pool, die hen in staat stellen gezamenlijk marktmacht uit te oefenen, niet te ondermijnen.

Selectie en taken van onafhankelijke deskundigen

256. Een andere relevante factor bij de beoordeling van de risico's voor de mededinging en de efficiëntieverbeteringen

van de technologiepools is de mate waarin onafhankelijke deskundigen betrokken zijn bij de oprichting en de exploitatie 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 verbinde om alleen essentiële technologieën op te nemen ook in de praktijk wordt waargemaakt. Wanneer de selectie van de in de pool op te nemen technologieën geschiedt door een onafhankelijke deskundige, kan dit eveneens de concurrentie tussen de beschikbare technologische oplossingen bevorderen.

257. De Commissie zal er rekening mee houden hoe de deskundigen worden gekozen en welke taken zij moeten vervullen. De deskundigen dienen onafhankelijk te zijn van de ondernemingen die de pool hebben gevormd. Indien de deskundigen verbonden zijn met de licentiegevers (of de licentiëringsactiviteiten van de pool) of anderszins van hen afhankelijk zijn, zal aan het betrekken van een deskundige bij de selectie minder belang worden gehecht. De deskundigen moeten tevens de noodzakelijke technische kennis bezitten om de diverse taken die hun zijn toevertrouwd te vervullen. De taken van onafhankelijke deskundigen kunnen met name betrekking hebben op de beoordeling of technologieën die voor opnemings in de pool worden voorgesteld geldig zijn en of zij al dan niet essentieel zijn.

258. Ten slotte is elk eventueel systeem van geschillenbeslechting waarin de statuten van de pool voorzien relevant en moet hiermee rekening worden gehouden. 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.

Beschermingsmaatregelen tegen de uitwisseling van gevoelige informatie

259. Voorts is het relevant rekening te houden met de regelingen voor het uitwisselen van gevoelige informatie tussen de partijen⁽⁹⁵⁾. Op oligopolistische markten kan de uitwisseling van gevoelige informatie over onderwerpen zoals prijs en omzet collusie vergemakkelijken⁽⁹⁶⁾. In dergelijke gevallen zal de Commissie rekening houden met de mate waarin beschermingsmaatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat gevoelige informatie niet wordt uitgewisseld. Een onafhankelijke deskundige of licentiëringsinstantie kan hierbij een belangrijke rol spelen door ervoor te zorgen dat productie- en omzetgegevens, die wellicht noodzakelijk zijn om de royalty's te berekenen en te controleren, niet worden bekendgemaakt aan ondernemingen die concurreren op de betrokken markten.

⁽⁹⁵⁾ Voor details inzake informatie-uitwisseling, zie de horizontale richtsnoeren, punt 55 e.v., reeds aangehaald in voetnoot 27.

⁽⁹⁶⁾ Zie in dit verband het arrest in de zaak John Deere, reeds aangehaald in voetnoot 11.

260. Bijzondere aandacht moet worden besteed aan het treffen van dergelijke beschermingsmaatregelen wanneer belanghebbende partijen gelijktijdig deelnemen aan activiteiten voor het vormen van pools met concurrerende normen en dit aanleiding kan geven tot het uitwisselen van gevoelige informatie tussen de concurrerende pools.

Veilige haven

261. De oprichting en de exploitatie van de pool, met inbegrip van licentiëring vanuit de pool, vallen in het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, ongeacht de marktpositie van de partijen, indien aan al de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) deelname aan het proces inzake de totstandbrenging van pools staat open voor alle betrokken eigenaren van technologierechten;
- b) er zijn voldoende beschermingsmaatregelen genomen om te garanderen dat enkel essentiële technologieën (die daarom noodzakelijkerwijs ook complementair zijn) worden gepoold;
- c) er zijn voldoende beschermingsmaatregelen genomen om te garanderen dat het uitwisselen van gevoelige informatie (zoals prijs en omzet) beperkt blijft tot wat noodzakelijk is voor het oprichten en exploiteren van de pool;
- d) de gepoolde technologieën worden op niet-exclusieve basis aan de pool in licentie gegeven;
- e) de gepoolde technologieën worden aan alle potentiële licentienemers onder FRAND⁽⁹⁷⁾ -voorwaarden in licentie gegeven;
- f) het staat de partijen die met een technologie aan de pool bijdragen en de licentienemers vrij de geldigheid en de essentialiteit van de gepoolde technologieën aan te vechten; en
- g) het blijft de partijen die met een technologie aan de pool bijdragen en de licentienemers geoorloofd concurrerende producten en technologieën te ontwikkelen.

Buiten de veilige haven

262. Wanneer belangrijke complementaire maar niet-essentiële 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 procedé of de procedés waarop de technologiepool betrekking heeft, of om te voldoen aan de norm die de gepoolde technologie omvat, dwingt de licentienemers daarenboven te betalen voor een technologie die zij eventueel niet nodig hebben. Het opnemen van dergelijke complementaire technologie komt dus neer op collectieve bundeling. Wanneer een pool niet-essentiële technologieën omvat, zal de overeenkomst waarschijnlijk onder artikel 101, lid 1, vallen indien de pool een belangrijke positie bekleedt op een van de relevante markten.

263. Aangezien vervangingstechnologieën en complementaire technologieën na de oprichting van de pool kunnen worden ontwikkeld, betekent de oprichting van de pool niet noodzakelijk dat het niet meer nodig is de essentialiteit te beoordelen. Een technologie kan na de oprichting van de pool niet-essentieel worden als gevolg van de opkomst van nieuwe technologieën van derden. Wanneer het onder de aandacht van de pool wordt gebracht dat er een aanbod van en een vraag naar een dergelijke nieuwe technologie van derden is bij de licentienemers, kunnen afschermingseffecten worden vermeden door nieuwe en bestaande licentienemers een licentie aan te bieden zonder de technologie die niet langer essentieel is en tegen een dienovereenkomstig verlaagd royaltytarief. Er kunnen echter nog andere manieren zijn om ervoor te zorgen dat de technologieën van derden niet van de markt worden uitgesloten.

264. Bij haar algemene beoordeling van technologiepools die niet-essentiële maar complementaire technologieën omvatten, zal de Commissie in haar algehele 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, zoals bijvoorbeeld de kosten voor het beoordelen of alle technologieën essentieel zijn, gezien het grote aantal technologieën?
- 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 aan of biedt hij verschillende pakketten voor onderscheiden toepassingen, die elk alleen die technologieën bevatten die relevant zijn voor de toepassing in kwestie? In het laatste geval worden technologieën die niet essentieel zijn voor een bepaald product of procedé niet 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 royaltymbedrag is toegewezen. Wanneer de licentieovereenkomsten tussen de pool en individuele licentienemers een relatief lange looptijd hebben en de gepoolde technologie een feitelijke industriestandaard ondersteunt, moet er tevens rekening mee worden gehouden dat de pool de toegang tot de markt kan belemmeren voor nieuwe vervangingstechnologieën. Bij de beoordeling van het risico op marktafscherming dient in dergelijke gevallen

⁽⁹⁷⁾ Voor details inzake FRAND, zie de horizontale richtsnoeren, punt 287 e.v., reeds aangehaald in voetnoot 27.

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.

265. Zelfs concurrentiebeperkende overeenkomsten inzake technologiepools kunnen concurrentiebevorderende efficiëntieverbeteringen teweegbrengen (zie punt 245) die in het licht van artikel 101, lid 3, dienen te worden onderzocht en moeten worden afgewogen tegen de negatieve effecten voor de mededinging. Indien de technologiepool bijvoorbeeld niet-essentiële octrooien bevat, maar aan alle andere in punt 261 opgesomde criteria van de veilige haven voldoet, indien er concurrentiebevorderende redenen zijn om niet-essentiële octrooien in de pool op te nemen (zie punt 264) en indien licentienemers de mogelijkheid hebben om een licentie te nemen op slechts een deel van het pakket met een dienovereenkomstige verlaging van royalty's (zie punt 264), zal waarschijnlijk voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

4.4.2. Beoordeling van individuele beperkingen in overeenkomsten tussen de pool en zijn licentienemers

266. Wanneer de overeenkomst voor het opzetten van een technologiepool niet in strijd is met artikel 101 van het Verdrag, moet als volgende stap de concurrentiële invloed van de door de pool goedgekeurde licenties op zijn licentienemers worden onderzocht. De voorwaarden waarop deze licenties worden verleend, kunnen onder artikel 101, lid 1, vallen. In dit deel wordt een aantal beperkingen behandeld die gewoonlijk in de één of andere vorm worden aangetroffen in licentieovereenkomsten van technologiepools en die in de algemene context van de pool dienen te worden beoordeeld. Gewoonlijk is de GVTO niet van toepassing op licentieovereenkomsten die worden gesloten tussen de pool en derden-licentienemers (zie punt 247). Hier wordt daarom ingegaan op de individuele beoordeling van licentievraagstukken die specifiek zijn voor licentiëring in de context van technologiepools.

267. Bij haar beoordeling van overeenkomsten inzake technologieoverdracht tussen de pool en zijn licentienemers zal de Commissie zich in hoofdzaak laten leiden door de volgende principes:

a) hoe sterker de marktpositie van de pool, des te groter het gevaar voor concurrentieverstorende effecten;

b) hoe sterker de marktpositie van de pool, hoe meer waarschijnlijk het is dat een besluit om niet te

licentiëren aan alle potentiële licentienemers of het licentiëren op discriminerende voorwaarden in strijd zal zijn met artikel 101;

c) pools mogen zonder goede reden technologieën van derden niet uitsluiten van de markt en de oprichting van andere pools niet beperken;

d) de overeenkomsten inzake technologieoverdracht mogen geen van de in artikel 4 van de GVTO opgesomde hardcorebeperkingen bevatten (zie 3.4).

268. Ondernemingen die een technologiepool opzetten die verenigbaar is met artikel 101 van het Verdrag kunnen doorgaans vrijelijk, in onderling overleg, de royalty's voor het technologiepakket vaststellen (mits wordt voldaan aan de eventuele verbintenis om op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden (FRAND) licenties te verlenen) 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 het opzetten van de pool en kan op zichzelf niet als concurrentiebeperkend worden beschouwd. Het kan in sommige gevallen efficiënter zijn de royalty's van de pool te bepalen voordat de norm is gekozen, om te voorkomen dat de keuze van de norm tot een stijging van het tarief van de royalty's leidt doordat een of meer essentiële technologieën een aanzienlijke mate van marktmacht krijgen. De licentienemers moeten evenwel vrij blijven om de prijs van de in licentie vervaardigde producten te bepalen.

269. Wanneer de pool een machtspositie bekleedt op de markt, dienen de royalty's en andere licentievoorzwaarden niet-buitensporig en niet-discriminerend te zijn en moeten de licenties niet-exclusief zijn⁽⁹⁸⁾. Deze voorwaarden moeten vervuld zijn om te garanderen dat de pool open is en niet leidt tot marktafsluiting en andere concurrentieverstorende effecten op de downstreammarkten. Deze voorwaarden sluiten evenwel niet uit dat verschillende royaltytarieven kunnen gelden voor verschillende gebruiksdoeleinden. Het wordt in het algemeen niet als concurrentiebeperkend beschouwd om verschillende royaltytarieven toe te passen op verschillende productmarkten, hoewel er binnen productmarkten geen discriminatie mag zijn. Met name mogen licentienemers van de pool niet anders worden behandeld naargelang zij al dan niet zelf ook licentiegevers zijn. De Commissie zal dan ook in aanmerking nemen of licentiegevers en licentienemers dezelfde royalty's moeten betalen.

⁽⁹⁸⁾ Indien een technologiepool geen marktmacht heeft, zal licentiëring vanuit de pool doorgaans echter niet in strijd zijn met artikel 101, lid 1, zelfs niet indien niet aan deze voorwaarden is voldaan.

270. Het moet licentiegevers en licentienemers vrij staan concurrerende producten en normen te ontwikkelen. Het moet hen eveneens vrij staan 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 gepoolde technologie in een (feitelijke) industriestandaard is opgenomen 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.
271. *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 door middel van *grant-back*verplichtingen voor te zorgen dat de exploitatie van de gepoolde technologie niet kan worden tegengehouden door licentienemers, met inbegrip van toeleveranciers die onder de licentie van de licentienemer werken, die essentiële octrooien bezitten of verkrijgen.
272. Een van de problemen die met betrekking tot technologiepools zijn vastgesteld, is het gevaar dat zij ongeldige octrooien kunnen beschermen. De pooling kan de kosten/risico's verhogen om een octrooi met succes aan te vechten, omdat de poging kan falen 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. In deze context zullen niet-aanvechttingsbedingen, waaronder beëindigingsbedingen⁽⁹⁹⁾, in een overeenkomst inzake technologieoverdracht tussen de pool en derden waarschijnlijk binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen.
273. Pools bevatten vaak zowel octrooien als octrooiaanvragen. Indien aanvragers van octrooien die, in voorkomend geval, hun octrooiaanvraag bij pools indienen de octrooiaanvraagprocedures toepassen waarmee sneller een octrooi kan worden verleend, zal sneller zekerheid kunnen worden verkregen over de geldigheid en het toepassingsgebied van deze octrooien.

⁽⁹⁹⁾ Zie 3.5.