

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het „Voorstel voor een verordening betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht”⁽¹⁾

(2004/C 80/07)

De Commissie heeft op 4 september 2003 besloten het Europees Economisch en Sociaal Comité, overeenkomstig artikel 262 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, te raadplegen over het voornoemde voorstel.

Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft besloten de afdeling „Interne markt, productie en consumptie” met de voorbereidende werkzaamheden te belasten.

Gezien de urgentie van de werkzaamheden heeft het Europees Economisch en Sociaal Comité tijdens zijn 404e zitting van 10 en 11 december 2003 (vergadering van 11 december) de heer Metzler tot algemeen rapporteur benoemd en vervolgens het hierna volgende advies met 29 stemmen vóór en 3 stemmen tegen, bij 1 onthouding, goedgekeurd.

1. Inleiding

1.1. Het voorstel voor een nieuwe groepsvrijstellingsverordening voor technologieoverdracht (GVTO) moet de huidige groepsvrijstellingsverordening nr. 240/96 gaan vervangen. De toepassing van deze verordening met haar witte, grijze en zwarte lijsten van toegestane resp. verboden clausules leidde in de praktijk tot ernstige beperkingen en veroorzaakte het vaak aangehaalde „dwangbuiseffect”. Gevolg hiervan waren overeenkomsten die niet spoorden met de economische realiteit, maar uitsluitend met de kerngegevens van de lijsten. Om aan deze situatie een einde te maken, drong met name het bedrijfsleven al geruime tijd aan op een herziening van de vrijstellingsverordening.

1.2. In dit verband moet rekening worden gehouden met de nieuwe juridische situatie die door de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003 inzake antitrustprocedures vanaf 1 mei 2004 zal ontstaan. Met ingang van deze datum kunnen geen concurrentiebeperkende, op vrijstelling gerichte overeenkomsten meer bij de Commissie worden aangemeld. Voortaan dienen de ondernemingen veeleer zelf te beoordelen of hun overeenkomsten indruisen tegen het kartelverbod van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en of er sprake is van omstandigheden die een uitzondering op het kartelverbod in de zin van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag rechtvaardigen. Hierdoor ontstaat ook voor de overeenkomsten inzake technologieoverdracht een nieuwe situatie; met name gelet op de rechtszekerheid hebben de ondernemingen behoefte aan andere mogelijkheden dan Verordening (EG) nr. 240/96 bood.

1.3. Uit economisch oogpunt mag het volgende niet uit het oog worden verloren: de houder van een uitsluitend recht, zoals bijvoorbeeld het octrooirecht, kan derden alle handelingen verbieden die inbreuk maken op zijn recht. Staat hij een licentienemer echter het gebruik van zijn innovaties toe, dan bevordert dit in beginsel de mededinging. Met overeenkomsten inzake technologie licenties worden immers nieuwe producten

op reeds bestaande markten ingevoerd of worden zelfs geheel nieuwe productmarkten aangeboord. Gevolg is ook dat hoge investeringen voor dubbel onderzoek onnodig zijn, indien twee of meer ondernemingen met hun onderzoek hetzelfde doel nastreven en daarbij dezelfde wegen bewandelen. Pas als overeenkomsten het wettelijk afgebakende beschermde terrein van het betrokken recht overschrijden, dient het mededingingsrecht zijn controlerende functie uit te oefenen.

1.4. Indien de economie van de EU tegen 2010 de meest dynamische ter wereld moet zijn, dan is het niet alleen van belang dat er nieuwe technologieën worden ontwikkeld, maar ook dat de verspreiding hiervan duurzaam gestimuleerd wordt. Daarbij mag echter de door de wetgever gewenste sterke positie van de octrooihouder niet op ongepaste wijze worden ingeperkt; in plaats daarvan moeten de juiste randvoorwaarden worden geschapen waarmee overdracht van technologie aan derden wordt vereenvoudigd. Voor de licentiegever als eigenaar van het intellectuele-eigendomsrecht moet het aantrekkelijk zijn om anderen gebruik te laten maken van zijn technologie. Daarbij moet worden opgemerkt dat zelfs beperkte mededinging economisch zinvoller is dan helemaal geen mededinging, indien de innovator geen licenties verstrekt. Alleen de licentiegever kan beslissen of hij anderen aan zijn innovaties laat deelnemen.

1.5. In vergelijking met andere overeenkomsten is het verlenen van licenties ook veel riskanter, want als een contract niet het gewenste resultaat oplevert, kan de eenmaal overgedragen technische kennis niet meer teruggehaald worden. Ook daarom heeft de licentiegever grote behoefte aan rechtszekerheid.

2. Overzicht van de belangrijkste onderdelen van de GVTO en het standpunt van het Comité

2.1. Het basisconcept van de GVTO voldoet op veel punten niet aan de algemene eisen. Hierna volgt eerst een lijstje van de belangrijkste kanttekeningen bij het voorstel voor een verordening, die vervolgens in paragraaf 3 nader uiteen worden gezet.

(1) PB C 235 van 1.10.2003, blz. 11.

2.2. In de praktijk zal het nog moeilijker worden dan tot nu toe om marktaandelen vast te stellen, aangezien niet alleen de productmarkt, maar ook de technologie- en eventueel de innovatiemarkt bij de analyse betrokken moeten worden. Het is te veel gevegd van ondernemingen om rekening te houden met drie verschillende markten bij de beoordeling of een licentieovereenkomst al dan niet aan de kartelwetgeving voldoet.

2.3. De vastgestelde marktaandeedrempels zijn met 20 resp. 30 % voor licentieovereenkomsten te laag. Voor een vergaande verspreiding van technologie is het nodig dat de „veilige haven” wordt uitgebreid, idealiter door het opheffen van deze drempels. In de praktijk heeft het tot nu toe gehanteerde concept van Verordening (EG) nr. 240/96 zijn nut bewezen, waarbij slechts van geval tot geval overeenkomsten werden aangepakt die de mededinging beperkten.

2.4. Licentieovereenkomsten tussen concurrenten moeten strenger beoordeeld worden dan zulke overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Dit beginsel is afkomstig uit de Amerikaanse „Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property” uit 1995. In Europa zijn er echter nog geen praktische ervaringen die de overname ervan rechtvaardigen. Vaak bevorderen licenties juist de concurrentie tussen ondernemingen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een onderneming de licentie m.b.t. een octrooi van een concurrent verwerft met de bedoeling om het octrooi voor de ontwikkeling van een eigen product te gebruiken, dat vervolgens in de handel wordt gebracht. Hier lijkt een strengere beoordeling van licenties tussen concurrenten niet op haar plaats.

2.5. In de richtsnoeren voor de GVTO ligt de nadruk vooral op de gevaren van bepaalde clausules in licentieovereenkomsten en minder op hun economisch nut. De ervaring tot nu toe met licentieovereenkomsten rechtvaardigt een zo kritisch standpunt echter geenszins. Het dient in principe veeleer te worden toegejuicht als de licentiegever andere partijen aan zijn technologische kennis laat deelnemen. Een licentiegever die de richtsnoeren leest, moet welhaast de indruk krijgen dat hij door de licentieverlening hoe dan ook een juridisch onzekere handeling verricht.

3. De belangrijkste clausules van het voorstel voor een GVTO

3.1. Definities

3.1.1. In artikel 1, lid 1, sub b wordt het toepassingsgebied van het verordeningvoorstel uitgebreid tot octrooilicentieovereenkomsten, knowhowlicentieovereenkomsten, alsook tot gemengde octrooilicentie- resp. knowhowlicentieovereenkomsten. Wat auteursrecht aangaat, vallen ook softwarelicenties onder het voorstel. Licentiëring van andere rechten van intellectuele eigendom dient volgens het Comité apart te worden geregeld, want vanwege de aanzienlijke verschillen, met name tussen octrooi- en auteursrecht, is het buitengewoon

moeilijk om deze kwesties in één verordening te regelen. Daar komt nog bij dat er, wat octrooien en knowhow betreft, waar Verordening (EG) nr. 240/96 uitsluitend betrekking op heeft, al een regeling bestaat waarmee ervaring is opgedaan, maar niet met het oog op andere rechten. De opname van softwarelicenties in de GVTO wordt gewaardeerd, aangezien in de praktijk vaak software in licentie wordt gegeven die uitsluitend kan worden gebruikt voor de exploitatie van het gepatenteerde product, bijvoorbeeld van een machine, en niet alleen een onbelangrijk deel van de totale levering uitmaakt.

3.1.2. Artikel 1, lid 1, sub g) perkt de definitie van „knowhow” ten opzichte van Verordening (EG) nr. 240/96 aanzienlijk in. Knowhow is slechts dan „wezenlijk”, als deze kennis omvat die voor de vervaardiging of levering van de contractproducten „onmisbaar” is. Tot nu toe gold dit al voor „nuttige” knowhow. Voor een wijziging van de definities bestaat volgens het Comité geen aanleiding.

3.2. Marktaandeedrempels

3.2.1. Overeenkomstig artikel 3 van het verordeningvoorstel geldt voor een overeenkomst tussen niet-concurrerende ondernemingen de vrijstelling van artikel 2, als het marktaandeel van elk der partijen afzonderlijk op de relevante technologie- en productmarkten niet meer bedraagt dan 30 %. Voor concurrerende ondernemingen ligt de desbetreffende drempel bij een gezamenlijk marktaandeel van 20 %.

3.2.2. Het kan dus nodig zijn om de marktaandelen vast te stellen op de productmarkt, de technologiemarkt en overeenkomstig punt 22 van de richtsnoeren van de GVTO in sommige gevallen ook op de innovatiemarkt. Voor veel ondernemingen is het al uiterst moeilijk om de productmarkt te bepalen, temeer daar zij hier ook rekening moeten houden met potentiële concurrenten. Bij het sluiten van de licentieovereenkomst is vaak nog niet uit te maken in hoeverre de producten door andere kunnen worden vervangen, omdat het hier vaak om innovaties gaat waarvoor nog geen vervangende producten bestaan. Nog moeilijker te beantwoorden is de vraag of potentiële concurrenten hiertoe ooit in staat zullen zijn. Een aanmerkelijke rechtsonzekerheid is het gevolg. Uit de beslissingen die de Commissie tot nog toe heeft genomen kan bovendien worden geconcludeerd dat de verwachtingen van ondernemingen bij het bepalen van hun marktaandeel en die van kartelautoriteiten zeer sterk uiteenlopen.

3.2.3. Het in licentie geven van bestaande octrooien en knowhow daarentegen vindt plaats op de technologiemarkt. Net als bij de produktmarkt moet er een hypothetische monopolist worden vastgesteld, die de royalty's gefaseerd met 5 tot 10 % verhoogt (SSNIP-test). Hoe deze marktbeplanning echter in de praktijk uitziet, komt in de richtsnoeren niet voldoende uit de verf.

3.2.4. De innovatiemarkt houdt echter nog minder rekening met de licentiepraktijk, die is aangewezen op eenvoudige criteria. Dit begrip komt in het Europese recht niet voor en is afkomstig uit het Amerikaanse kartelrecht. In de richtsnoeren ontbreken zowel een definitie van de innovatiemarkt, alsook duidelijke instructies voor de marktafbakening. De innovatiemarkt heeft in de VS betrekking op de ontwikkeling van nieuwe, nog niet bestaande of verbeterde producten resp. processen met de concurrentieparameter O&O als product van de innovatiemarkt. Maar in de praktijk kan er bij een aldus bepaalde markt nauwelijks op worden geanticipeerd welke resultaten het desbetreffende onderzoeksproces zal opleveren, noch wanneer dat zal gebeuren. Resultaten van onderzoeksprojecten zijn van velerlei toevalsfactoren afhankelijk, die niet altijd bewaarheid worden. Daar komt nog bij dat uitvindingen ook spontaan en ongewild kunnen worden gedaan. Vaststellen wie in dit verband potentiële concurrenten zijn, is bijna onmogelijk, daar ondernemingen hun onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten normaliter streng geheim houden.

3.2.5. Aandacht verdient ook de omstandigheid dat bij nieuwe producten, waarop een licentieovereenkomst gewoonlijk betrekking heeft, zeer snel een hoog marktaandeel, ja zelfs een monopolie wordt bereikt. Overeenkomstige marktverhoudingen zijn bij het afsluiten van een licentiecontract een karakteristiek gegeven en hoeven niet per se tot een relevante marktmacht, in de zin van de kartelwetgeving, te leiden. Dit geldt met name wanneer door nieuwe producten of processen eerst nichemarkten ontstaan, die voor de kartelwetgeving geen gevolgen hebben. De invoering van starre marktaandeeldrempels is naar het oordeel van het Comité derhalve onjuist.

3.2.6. In overweging nr. 12 van de GVTO wordt gesteld dat er boven de vastgestelde marktaandeeldrempels niet van kan worden uitgegaan dat overeenkomsten inzake technologieoverdracht die onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag vallen, gewoonlijk objectieve voordelen zullen meebrengen. Maar er is nergens een bewijs te vinden voor deze zeer algemene en economisch onbewezen stelling. Het lijkt er eerder op dat de marktaandeeldrempels van 20 resp. 30 % willekeurig zijn gekozen. Blijkbaar wil de Commissie de regelingen voor technologieoverdracht aanpassen aan de groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten. Beide verordeningen hebben echter elk een geheel verschillende achtergrond, die onderling niet te vergelijken zijn. Vaste marktaandeeldrempels zijn wellicht een geschikt instrument voor de beoordeling van distributiecontracten, maar dat geldt niet voor contracten voor technologieoverdracht, waar zulke drempels, zoals reeds uiteengezet, bijzonder moeilijk zijn vast te stellen.

3.2.7. In zulke strikte en schematische regelingen schuilt naar het oordeel van het Comité het gevaar dat de technologiestroom binnen de EU wordt gereduceerd — en ten gevolge hiervan ook de verspreiding van wetenschappelijke en technische vooruitgang. De licentiegevers zouden kunnen besluiten om hun technologie over te dragen aan licentienemers buiten de EU, waar ze het voordeel genieten van flexibeler regelingen. Anderzijds zou de licentiegever kunnen besluiten om de technologie voor zichzelf te houden, wat zou leiden tot

een aanzienlijke achteruitgang in de nationale economische welvaart. Een afstemming op de marktaandeeldrempels van andere groepsvrijstellingsverordeningen gaat voorbij aan de vraag of licentieovereenkomsten niet juist speciaal gestimuleerd moeten worden en houdt een beperking in ten opzichte van de verdergaande Verordening (EG) nr. 240/96. Ook gezien de invoering van de nieuwe Verordening (EG) nr. 1/2003 inzake antitrustprocedures, die de ondernemingen belast met de beoordeling of een concurrentiebeperkende overeenkomst al dan niet toelaatbaar is, zou het beter zijn om een verordening inzake technologieoverdracht goed te keuren die eenvoudiger toe te passen is in plaats van een verordening die de beoordeling van de relevante kwesties aanzienlijk ingewikkelder maakt.

3.2.8. Derhalve dienen er volgens het Comité in het geheel geen marktaandeeldrempels te komen, subsidiair zouden ze tot ten minste 40 tot 50 % moeten worden opgetrokken. Uitsluitend op die manier kunnen de onzekerheden die ontstaan bij het bepalen van de relevante markten tot een minimum worden gereduceerd.

3.3. *Hardcore-beperkingen*

3.3.1. Overeenkomstig artikel 4, lid 1, letter b) zijn beperkingen van de productie en de verkoop in het algemeen ontoelaatbaar. In dit verband dient echter een mogelijke vrijstelling van de verplichting van de licentiegever om zijn technologie zelf niet te gebruiken, uitdrukkelijk te worden vermeld. In letter c) dienen ook „gebruiksgebied”-beperkingen vrijgesteld te worden, voor zover er geen beperking voor de licentiegever is om zijn eigen technologie te gebruiken, zoals dit ook in Verordening (EG)nr. 240/96 is bepaald. In het verlengde hiervan dient ook een uitdrukkelijke vrijstellingsmogelijkheid voor „second source”-beperkingen te worden verankerd, daar dergelijke clausules in de praktijk van groot belang zijn. Sub d) is de formulering te beperkend: er staat namelijk dat de licentienemer niet in zijn mogelijkheden mag worden beperkt om zijn eigen technologie te exploiteren, tenzij een dergelijke beperking „onmisbaar” is om te voorkomen dat de in licentie gegeven knowhow aan derden wordt bekendgemaakt. Het woord „onmisbaar” zou door „passend” moeten worden vervangen.

3.3.2. Wat de territoriale beperkingen vermeld in artikel 4, lid 2, sub b) betreft, dient in de verordening te worden bepaald dat de passieve verkoop in een ander contractgebied verboden mag worden. Deze regeling heeft haar nut bewezen in Verordening (EG) nr. 240/96, daar de beschermde licentienemer de kans kreeg om het betreffende product op de eigen markt te brengen. Maar punt 93 van de richtsnoeren bepaalt dat beperkingen op de passieve verkoop gedurende een termijn van twee jaar vanaf het moment waarop het gelicentieerde product voor de eerste keer in de handel wordt gebracht, niet onder artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag vallen. Gelet op de rechtszekerheid beveelt het Comité aan om een dergelijke clause in de GVTO zelf op te nemen. Hierbij zij opgemerkt dat een termijn van twee jaar te kort is. Het Comité bepleit om de beproefde regeling van Verordening (EG) nr. 240/96 te handhaven, waar sprake is van een termijn van vijf jaar.

3.4. *Instandhouding van verworvenheden*

3.4.1. Contracten die op grond van de thans geldende rechtspraktijk vrijgesteld zijn, worden overeenkomstig artikel 9, lid 2, van de GVTO vanaf mei 2004 ontoelaatbaar, als ze niet voldoen aan de voorwaarden van de nieuwe verordening. Het is onjuist om bij oude contracten de verworvenheden niet te handhaven. Reeds op grond van ondergeschikte contractclausules zouden extra onderhandelingen nodig zijn voor de licentieovereenkomsten, als ze al niet in hun geheel op losse schroeven komen te staan. Aangezien dit tot grote onzekerheid leidt, pleit het Comité ervoor om oude contracten tijdens de gehele contractduur onaangetast te laten.

3.5. *Richtsnoeren*

3.5.1. In principe verdient het instemming dat de Commissie de ondernemingen, met name nadat zij haar monopolie op het verlenen van vrijstellingen heeft opgegeven, ter oriëntatie uitgebreide richtsnoeren aan de hand doet om te beoordelen of een licentieovereenkomst al dan niet met de kartelwetgeving strookt. Op veel plaatsen in de richtsnoeren — en vooral in verband met exclusieve licentiecontracten — wordt echter de indruk gewekt dat de Commissie zulke overeenkomsten zeer kritisch tegemoet treedt, zo niet als zonder meer concurrentiebeperkend beschouwt. Zo is in punt 156 van de richtsnoeren bepaald dat exclusieve licenties slechts bij wijze van uitzondering zijn toegestaan. Hiervan zou eerder een wezenlijk gevaar dan een positieve werking uitgaan. Het veruit grootste gevaar is echter dat er helemaal geen licenties meer worden verstrekt, indien exclusieve licenties alleen onder zulke moeilijke voorwaarden kunnen worden verstrekt. In de praktijk is het bezit van een exclusieve licentie vaak een voorwaarde om een marktaandeel te veroveren of om O&O-projecten op te starten. In de richtsnoeren dient daarom het economische voordeel van technologie-overeenkomsten naar voren te komen die niet onder de GVTO vallen, maar desondanks de concurrentie bevorderen. Potentiële licentiegevers zouden er dan eerder in toestemmen om licenties te verstrekken. Ze mogen in ieder geval niet de indruk krijgen, dat ze door licentieverstrekking meestal een juridisch problematische handeling verrichten.

3.5.2. Voorts is niet alleen, zoals reeds vermeld, de omschrijving van de relevante markt (punt 17 e.v.) te vaag, maar ook de definitie van de potentiële concurrent. Overeenkomstig punt 24 van de richtsnoeren worden de contractpartijen als potentiële concurrenten op de productmarkt beschouwd, indien ze waarschijnlijk ook zonder de overeenkomst de vereiste extra investeringen hadden verricht om de relevante

markt te betreden. Deze formulering laat echter enigszins in het ongewisse wanneer een onderneming normaliter dergelijke investeringen zou doen.

3.5.3. In punt 144 e.v. van de richtsnoeren worden verschillende soorten beperkingen uiteengezet die vaak voorkomen bij licentieovereenkomsten. In punt 146 van de richtsnoeren worden slechts in beknopte vorm de verplichtingen binnen een licentieovereenkomst besproken die in elk geval geen beperking van de concurrentie behelzen in de zin van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag. Deze „witte lijst” dient gelet op de rechtszekerheid met enkele aspecten te worden aangevuld die thans in artikel 2 van Verordening (EG) nr. 240/96 zijn opgenomen. Dit zou de concrete formulering van een licentieovereenkomst zeer ten goede komen, daar in verband met dergelijke clausules de twijfel ten aanzien van de toelaatbaarheid zou kunnen worden weggenomen.

4. **Samenvatting**

4.1. Met betrekking tot het voorstel voor een GVTO stemt het Comité in met de grotere flexibiliteit die er bij het afsluiten van contracten zal zijn doordat in de verordening slechts enkele belangrijke „zwarte” clausules voorkomen. Bovendien kunnen contracten voor technologieoverdracht voor een langere termijn dan tot nu toe worden afgesloten, in overeenstemming met de looptijd van het octrooi. De tamelijk willekeurige termijn van tien jaar komt daarmee te vervallen.

4.2. In het kader van een herziening van het ontwerp in verband met de bijzondere aard van de product-, technologie- en innovatiemarkten en de nauwkeurige afbakening ervan, beveelt het Comité aan het systeem van de marktaandeeldrempels af te schaffen en in de eerste plaats op de productmarkt af te stemmen. Om de ondernemingen meer rechtszekerheid te bieden is ten minste een verhoging van de marktaandeeldrempels van 40 tot 50 procent vereist. Zo wordt ook voorkomen dat het verlenen van licenties op nieuwe technologieën die de concurrentie bevorderen, hoe dan ook concurrentiebeperkend wordt geacht. Voor potentiële licentiegevers wordt het dan eenvoudiger om in contracten de nieuwe verordening inzake technologieoverdracht flexibel te interpreteren; ook worden zij echt gestimuleerd om passende licenties te verstrekken. Volgens het Comité moet uit de richtsnoeren van de GVTO ook de overtuiging spreken dat licentiëring van technologie in beginsel een positief proces is. Dit strookt met de economische realiteit en kan ertoe leiden dat licentiegevers hun technologie niet voor zichzelf behouden of overdragen aan licentienemers buiten de EU, waar ze de voordelen van flexibelere regelingen kunnen genieten.

Brussel, 11 december 2003.

De voorzitter

van het Europees Economisch en Sociaal Comité

R. BRIESCH