

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring

(2014/C 89/03)

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	INLEDNING	5
2.	ALLMÄNNA PRINCIPER	5
2.1	Artikel 101 i fördraget och immateriella rättigheter	5
2.2	Den generella ramen för tillämpning av artikel 101	6
2.3	Marknadsdefinition	8
2.4	Skillnaden mellan konkurrenser och icke-konkurrenser	10
3.	TILLÄMPNING AV FÖRORDNINGEN OM TEKNIKÖVERFÖRINGSAVTAL	12
3.1	Effekterna av förordningen om tekniköverföringsavtal	12
3.2	Tillämpningsområde och varaktighet för förordningen om tekniköverföringsavtal	12
3.2.1	Begreppet avtal om tekniköverföring	12
3.2.2	Begreppet överföring	13
3.2.3	Avtal mellan två parter	14
3.2.4	Avtal om produktion av avtalsprodukter	14
3.2.5	Varaktighet	16
3.2.6	Sambandet med andra gruppundantagsförordningar	16
3.2.6.1	Gruppundantagsförordningarna om specialiseringsavtal och avtal om forskning och utveckling	16
3.2.6.2	Förordningen om gruppundantag för vertikala avtal	17
3.3.	Tröskelvärden för marknadsandelar för att undantaget ska gälla	17
3.4.	Särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar enligt gruppundantagsförordningen	20
3.4.1	Allmänna principer	20
3.4.2	Avtal mellan konkurrenser	20
3.4.3	Avtal mellan icke-konkurrenser	25
3.5.	Uteslutna begränsningar	27
3.6.	Återkallelse och icke-tillämpning av gruppundantagsförordningen	30
3.6.1	Återkallelseförfarande	30
3.6.2	Icke-tillämpning av gruppundantagsförordningen	31
4.	TILLÄMPNING AV ARTIKEL 101.1 OCH 101.3 I EES-AVTALET VID SIDAN AV GRUPPUNDANTAGS-FÖRORDNINGEN	31
4.1	Den generella analysramen	31
4.1.1	Viktiga faktorer	32
4.1.2	Begränsande licensavtals negativa effekter	33
4.1.3	Begränsande licensavtals positiva effekter och ramen för att analysera sådana effekter ...	34
4.2.	Tillämpning av artikel 101 på olika typer av begränsningar i licensavtal	36
4.2.1	Skyldigheter som gäller licensavgifter	36
4.2.2	Exklusiv licensiering och försäljningsbegränsningar	37
4.2.2.1	Exklusiv licens och ensamlicens	37

4.2.2.2	Försäljningsbegränsningar	38
4.2.3	Produktionsbegränsningar	39
4.2.4	Begränsningar av användningsområdet	40
4.2.5	Begränsningar till produktion för eget bruk	41
4.2.6	Kopplingsförbehåll och paketförsäljning (bundling)	42
4.2.7	Konkurrensklausuler	43
4.3	Förlikningsavtal	44
4.4	Teknikpooler	45
4.4.1	Bedömning av hur teknikpooler bildas och drivs	46
4.4.2	Bedömning av enskilda begränsningar i avtal mellan poolen och dess licenstagare	49

1. INLEDNING

1. I dessa riktlinjer fastställs principerna för bedömningen av avtal om tekniköverföring enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt⁽¹⁾ (nedan kallad *artikel 101*). Avtal om tekniköverföring gäller licensiering av teknikrättigheter, vilket enligt definitionen i artikel 1 b i kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i avtalet om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av avtal om tekniköverföring (nedan kallad *förordningen om tekniköverföringsavtal*)⁽²⁾ innebär att licensgivaren tillåter licenstagaren att utnyttja de licensierade teknikrättigheterna för att producera varor eller tjänster.
2. Syftet med dessa riktlinjer är att ge vägledning om tillämpningen av förordningen om tekniköverföringsavtal och om tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan kallat fördraget) på avtal om tekniköverföring som inte omfattas av förordningen. Förordningen och riktlinjerna påverkar inte en eventuell samtidig tillämpning av artikel 102 i fördraget på avtal om tekniköverföring.⁽³⁾
3. De kriterier som fastställs i dessa riktlinjer ska tillämpas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall. Detta utesluter en mekanisk tillämpning. Varje ärende ska bedömas mot bakgrund av sakförhållandena i just det ärendet och dessa riktlinjerna ska tillämpas på ett väl avvägt och flexibelt sätt. De exempel som ges tjänar bara som illustration och är inte avsedda att vara uttömmande.
4. Dessa riktlinjer föregriper inte domstolens eller tribunalens tolkning av artikel 101 eller förordningen om tekniköverföringsavtal.

2. ALLMÄNNA PRINCIPER

2.1 Artikel 101 i fördraget och immateriella rättigheter

5. Syftet med artikel 101 i fördraget som helhet är att skydda konkurrensen på marknaden för att främja kon-

sumenternas välfärd och en effektiv resursfördelning. I artikel 101.1 förbjuds alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden⁽⁴⁾ som kan påverka handeln mellan medlemsstater⁽⁵⁾ och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen⁽⁶⁾. Som ett undantag till denna regel anges i artikel 101.3 att förbudet i artikel 101.1 får förklaras icke tillämpligt på avtal mellan företag som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt fram-
åtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål, och som inte ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

6. Lagstiftningen om immateriella rättigheter ger ensamrätt åt innehavare av patent-, upphavs-, mönster- och varumärkesrättigheter samt andra rättsligt skyddade rättigheter. Innehavaren av immateriell egendom har enligt lagstiftningen om immateriella rättigheter rätt att hindra otillåten användning av sin immateriella egendom och att utnyttja sin egendom, till exempel genom att licensiera den till tredje man. När en produkt som omfattas av en immateriell rättighet, med undantag av uppföranderättigheter⁽⁷⁾, har förts ut på marknaden inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) av innehavaren eller med dennes samtycke, är den immateriella rättigheten konsumerad i den meningen att innehavaren inte längre kan utnyttja den för att kontrollera försäljningen av produkten (principen att den immateriella rättigheten är konsumerad inom gemenskapen)⁽⁸⁾. Enligt lagstiftningen om immateriella rättigheter har innehavaren av rättigheten ingen rätt att hindra licenstagare eller köpare av produkter som innehåller den licensierade tekniken att sälja dessa vidare. Principen om konsumtion i unionen överensstämmer med den immateriella rättighetens syfte, nämligen att ge innehavaren rätt att hindra andra från att utnyttja innehavarens immateriella egendom utan dennes samtycke.

⁽⁴⁾ Nedan avses med begreppet avtal samordnade förfaranden och beslut av företagssammanslutningar.

⁽⁵⁾ Se kommissionens riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 81.

⁽⁶⁾ Med begreppet begränsning avses nedan att begränsa och snedvrider konkurrensen.

⁽⁷⁾ Denna princip för unionens konsumtion är t.ex. i artikel 7.1 i direktiv 2008/95/EG om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 299, 8.11.2008, s. 25), i vilken det föreskrivs att ett varumärke ger inte innehavaren rätt att förbjuda användningen av varumärket för varor som har släppts ut på marknaden i EU under varumärket av innehavaren eller med dennes samtycke, och artikel 4.2 i direktiv 2009/24/EG från Europaparlamentet och rådet av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (EUT L 111, 5.5.2009, s. 16), där det fastställs att den första försäljningen i unionen av en kopia av programmet från rättighetshavaren eller med dess samtycke ska uttömma den berörda kopian inom unionen; detta gäller dock inte rätten att kontrollera vidare uthyrning av programmet eller en kopia av detta. Se i detta hänseende domen i mål C-128/11, UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp., REG 2012, s. XXX, ännu ej offentliggjord.

⁽⁸⁾ Som omfattar uthyrningsrättigheter. Se i detta hänseende EG-domstolens dom av den 17 maj 1988 i mål 158/86, Warner Brothers och Metronome Video, REG 1988, s. 2605 (svensk specialutgåva volym IX, s. 465) och EG-domstolens dom av den 22 september 1998 i mål C-61/97, Foreningen av danske videogramdistributörer, REG 1998, s. I-5171.

⁽¹⁾ Med verkan från och med den 1 december 2009 har artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget ersatts av artikel 101 respektive 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Innehållet i bestämmelserna är dock i sak oförändrat. I detta tillkännagivande bör hänvisningar till artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget i förekommande fall förstås som hänvisningar till artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Genom EUF-fördraget införs också vissa förändringar i terminologin, t.ex. ersätts gemenskapen med unionen och den gemensamma marknaden med den inre marknaden. I detta tillkännagivande används EUF-fördragets terminologi genomgående.

⁽²⁾ EUT L 93, 28.3.2014, s. 17. Förordningen om tekniköverföringsavtal ersätter kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring (EUT L 123, 27.4.2004, s. 11).

⁽³⁾ Se analogt EG-domstolens dom av den 16 mars 2000 i förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge, REG 2000, s. I-1365, punkt 130 och punkterna 106 i kommissionens riktlinjer om tillämpningen av artikel 81.3 i EG-fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

7. Att lagstiftningen om immateriella rättigheter ger innehavaren ensamrätt att utnyttja den immateriella egendomen innebär emellertid inte att dessa rättigheter är skyddade från konkurrenslagstiftningen. Artikel 101 i fördraget är i synnerhet tillämplig på avtal genom vilka innehavaren ger ett annat företag licens att utnyttja dennes immateriella rättigheter⁽⁹⁾. Det innebär inte heller att det finns en inbyggd konflikt mellan immateriella rättigheter och unionens konkurrensregler. Båda typerna av lagstiftning har i stället samma grundläggande syfte att främja konsumenternas välfärd och en effektiv resursfördelning. Innovation utgör en viktig och dynamisk del av en öppen och konkurrenskraftig marknadsekonomi. Immateriella rättigheter främjar en dynamisk konkurrens genom att uppmuntra företag till att investera i utveckling av nya eller förbättrade produkter och processer. Även konkurrens tvingar företagen att ägna sig åt innovation. Därför är både immateriella rättigheter och konkurrens nödvändiga för att främja innovation och för att garantera att innovationer utnyttjas på ett konkurrenskraftigt sätt.

8. Vid bedömningen av licensavtal mot bakgrund av artikel 101 i fördraget måste man komma ihåg att skapandet av immateriella rättigheter ofta kräver stora investeringar och att detta ofta är ett riskfyllt företag. För att den dynamiska konkurrensen inte ska minska och för att uppmuntra innovation, får man inte i onödan begränsa innovatörens rätt att utnyttja immateriella rättigheter som visar sig vara värdefulla. Därför bör innovatören ha rätt att för framgångsrika projekt begära skälig ersättning för att bevara incitamenten att investera, också med hänsyn tagen till misslyckade projekt. Licensiering av teknikköpa kan också kräva att licenstagaren gör betydande icke-återvinningsbara investeringar (dvs. att om huvudmannen lämnar just det verksamhetsområdet kan investeringen inte användas av licenstagaren för andra verksamheter eller säljas utan betydande förlust) i den licensierade teknik och de produktionstillgångar som är nödvändiga för att utnyttja den. Artikel 101 kan inte tillämpas utan att man ex ante tar hänsyn till sådana investeringar som görs av parterna och de risker dessa är förknippade med. Den risk som parterna utsätts för och de icke-återvinningsbara investeringar som måste göras kan således leda till att avtalet faller utanför artikel 101.1 eller, i förekommande fall, uppfyller villkoren för artikel 101.3 under den tid som krävs för att ta igen investeringen.

9. Den gällande analysramen är tillräckligt flexibel för att man vid bedömningen av licensavtal enligt artikel 101 i fördraget ska kunna ta tillbörlig hänsyn till de dynamiska aspekterna av licensiering av teknikköpa. Det finns inte någon presumtion om att immateriella rättigheter och licensavtal i sig medför konkurrensproblem. De flesta licensavtal begränsar inte konkurrensen och skapar konkurrensfrämjande effektivitetsvinster. Faktum är att licensiering i sig är konkurrensfrämjande, eftersom det leder till

att licensgivaren och licenstagaren/licenstagarna sprider teknik och främjar innovation. Dessutom kan till och med licensavtal som begränsar konkurrensen ofta ge upphov till konkurrensfrämjande effektivitetsvinster, som ska bedömas enligt artikel 101.3 och vägas mot de negativa effekterna på konkurrensen.⁽¹⁰⁾ De allra flesta licensavtal är därför förenliga med artikel 101.

2.2 Den generella ramen för tillämpning av artikel 101

10. Artikel 101.1 i fördraget förbjuder avtal som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Artikel 101.1 omfattar både konkurrensbegränsningar som parterna i ett avtal kommer överens om och konkurrensbegränsningar som någon av parterna kommer överens om med tredje man.

11. Bedömningen av huruvida ett licensavtal begränsar konkurrensen ska göras med utgångspunkt i de konkurrensförutsättningar som skulle råda om det avtal som miss-tänks begränsa konkurrensen inte existerade med de miss-tänkta begränsningarna i fråga⁽¹¹⁾. Vid denna bedömning måste hänsyn tas till avtalets sannolika inverkan på konkurrensen mellan olika typer av teknik (dvs. konkurrens mellan företag som använder konkurrerande tekniker) och på konkurrensen inom en teknik (dvs. konkurrens mellan företag som använder samma teknik)⁽¹²⁾. I artikel 101.1 förbjuds både begränsningar av konkurrens mellan tekniker och konkurrens inom en teknik. Det är därför nödvändigt att bedöma i vilken utsträckning avtalet påverkar eller sannolikt påverkar dessa två aspekter av konkurrensen på marknaden.

12. Följande två frågor ger en användbar ram för denna bedömning. Den första frågan gäller avtalets påverkan på konkurrensen mellan tekniker, och den andra frågan gäller avtalets påverkan på konkurrensen inom en teknik. Eftersom begränsningar samtidigt kan påverka både konkurrensen mellan tekniker och konkurrensen inom en teknik, kan man behöva granska en begränsning mot bakgrund av de två frågorna i punkterna a och b innan man kan bedöma om konkurrensen begränsas i den mening som avses i artikel 101.1.

⁽¹⁰⁾ Hur artikel 101.3 ska tillämpas anges i kommissionens riktlinjer om tillämpningen av fördragets artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 3.

⁽¹¹⁾ Se EG-domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société Technique Minière, REG 1966, s. 337 (svensk specialutgåva volym I, s. 251) och EG-domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, John Deere, REG 1998, s. I-3111, punkt 76.

⁽¹²⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/66, Consten och Grundig, REG 1966, s. 429 (svensk specialutgåva volym I, s. 277), som det hänvisas till i fotnot 9.9.

⁽⁹⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom i förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig, REG 1966, s. 429 (svensk specialutgåva volym I, s. 277).

- a) Begränsar licensavtalet faktisk eller potentiell konkurrens som skulle ha förekommit om det planerade avtalet inte hade funnits? Om svaret är ja, kan avtalet omfattas av artikel 101.1. Vid denna bedömning måste man ta hänsyn till konkurrensen mellan parterna och konkurrensen från tredje man. Om till exempel två företag som är etablerade i olika medlemsstater ömsesidigt licensierar konkurrerande tekniker och åtar sig att inte sälja produkter på varandras hemmamarknader, begränsas (potentiell) konkurrens som fanns före avtalet. På samma sätt begränsas faktisk eller potentiell konkurrens som skulle ha förekommit om avtalet inte hade funnits om en licensgivare ålägger sina licenstagare en skyldighet att inte använda konkurrerande teknik och denna skyldighet utestänger tredje mans teknik.
- b) Begränsar licensavtalet den faktiska eller potentiella konkurrens som skulle ha förekommit om avtalsbegränsningarna inte hade funnits? Om svaret är ja, kan avtalet omfattas av artikel 101.1. Till exempel om en licensgivare hindrar sina licenstagare, som inte var faktiska eller potentiella konkurrenter innan avtalet ingicks, från att konkurrera med varandra begränsas den (potentiella) konkurrens som skulle ha kunnat förekomma mellan licenstagarna om begränsningarna inte hade funnits. Sådana begränsningar kan till exempel ha formen av vertikalt fastställande av priser, begränsning av geografiskt säljområde och begränsning av kundkrets mellan licenstagare. Vissa inskränkningar kan dock i vissa fall falla utanför artikel 101.1, om inskränkningen är objektivt nödvändigt för att ett avtal av den typen eller arten ska föreligga.⁽¹³⁾ En sådan uteslutning av tillämpningen av artikel 101.1 kan endast göras på grundval av objektiva faktorer som ligger utanför parterna själva och inte på grundval av parternas subjektiva åsikter och egenskaper. Frågan är inte om parterna i den specifika situation de befinner sig i inte skulle ha gått med på att ingå ett mindre begränsande avtal, utan om andra företag under samma förutsättningar, dvs. med samma typ av avtal och en marknad med samma egenskaper, inte skulle ha ingått ett mindre begränsande avtal.⁽¹⁴⁾ Det räcker inte med att hävda att leverantören utan begränsningen i fråga skulle ha använt sig av vertikal integrering. Beslut om vertikal integrering beror på en rad komplicerade ekonomiska faktorer, av vilka en del är företagsinterna.
13. Det faktum att artikel 101.1 i fördraget gör skillnad mellan de avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen och de avtal som har till resultat att konkurrensen begränsas bör beaktas vid tillämpningen av den analysram som
- anges i punkt (12) i dessa riktlinjer. Ett avtal eller en avtalsbegränsning är förbjuden enligt artikel 101.1 endast om den har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen mellan tekniker och/eller konkurrensen inom tekniker.
14. Begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen är sådana som genom själva sin uppbyggnad begränsar konkurrensen. Detta är begränsningar som mot bakgrund av syftena med unionens konkurrensregler har så stor potential att orsaka negativa effekter på konkurrensen att det inte behöver visas att de har effekter på marknaden för att artikel 101.1 ska vara tillämplig⁽¹⁵⁾. Det är också osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda när det gäller begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen. Bedömningen av om ett avtal har till syfte att begränsa konkurrensen bygger på flera olika faktorer. Bland dessa faktorer ingår framför allt innehållet i avtalet och de objektiva syften som eftersträvas med avtalet. Det kan också vara nödvändigt att överväga i vilket sammanhang avtalet (ska) tillämpas eller parternas faktiska beteende och agerande på marknaden.⁽¹⁶⁾ Det kan med andra ord behövas en undersökning av de sakförhållanden som ligger till grund för avtalet och de särskilda omständigheter under vilka avtalet tillämpas innan man kan avgöra om en viss begränsning utgör en konkurrensbegränsning genom syfte. Det sätt på vilket ett avtal faktiskt tillämpas kan avslöja en begränsning som har till syfte att begränsa konkurrensen även om det formella avtalet inte innehåller någon bestämmelse där detta syfte uttryckligen anges. Bevis för att parterna verkligen har haft för avsikt att begränsa konkurrensen är en relevant faktor, men inte något nödvändigt villkor. Ett avtal kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det inte enbart har till syfte att begränsa konkurrensen utan också har andra, legitima syften⁽¹⁷⁾. Vad gäller licensavtal anser kommissionen att de begränsningar som ingår i förteckningen över särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar enligt artikel 4 i förordningen om tekniköverföringsavtal har till syfte att begränsa konkurrensen⁽¹⁸⁾.
15. Om ett avtal inte har till syfte att begränsa konkurrensen, måste man undersöka om det har till resultat att konkurrensen begränsas. Både faktiska och potentiella effekter
- ⁽¹³⁾ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, REG 1999, s. I-4125, punkt 99.
- ⁽¹⁴⁾ Se EG-domstolens dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, *CRAM och Rheinzink*, REG. 1984, s. 1679, punkt 26 (ej översatt till svenska), och EG-domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82 m.fl., *AN-SEAU-NAVEWA*, REG. 1983, s. 3369, punkterna 23–25 (ej översatt till svenska). Mål T-491/07, *Groupement des Cartes Bancaires* mot kommissionen, dom av den 29 november 2012, punkt 146.
- ⁽¹⁷⁾ Domstolens dom av den 20 november 2008 i mål C-209/07, *Beef Industry Development Society och Barry Brothers*, REG 2008, s. I-8637, punkt 21.
- ⁽¹⁸⁾ Ytterligare vägledning om begreppet "syfte att begränsa konkurrensen" ges i kommissionens riktlinjer om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 3. Se även de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services m. fl. mot kommissionen m.fl.*, REG 2009, s. I-9291, punkterna 59–64. Domstolens dom av den 20 november 2008 i mål C-209/07, *Beef Industry Development Society och Barry Brothers* (REG 2008, s. I-8637), punkterna 21–39. Mål C-8/08, *T-Mobile Netherlands m.fl.*, REG 2009, s. I-4529, punkterna 31 och 36–39, och mål C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító* och andra, dom av den 14 mars 2013, punkterna 33–38.
- ⁽¹³⁾ Se i detta hänseende domen i målet *Société Technique Minière*, som det hänvisas till i fotnot 1711 och EG-domstolens dom i mål C-258/78, *Nungesser*, REG 1982, s. 2015 (ej översatt till svenska).
- ⁽¹⁴⁾ Se till exempel punkterna (126) och (127).

måste beaktas⁽¹⁹⁾. Med andra ord måste det vara sannolikt att avtalet har konkurrenshämmande effekter. För att licensavtal ska begränsa konkurrensen måste de påverka den faktiska eller potentiella konkurrensen i en sådan omfattning att man på den relevanta marknaden med en rimlig grad av sannolikhet kan förvänta sig negativa effekter på priser, produktion, innovation, utbud av varor och tjänster samt varornas och tjänsternas kvalitet. De sannolika negativa effekterna på konkurrensen måste vara märkbara⁽²⁰⁾. Märkbara konkurrenshämmande effekter är sannolika när minst en av parterna har eller erhåller en viss grad av marknadsstyrka och avtalet bidrar till att skapa, upprätthålla eller förstärka denna marknadsstyrka eller ger parterna möjlighet att utnyttja den. Marknadsstyrka är förmågan att upprätthålla priser som ligger över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller att under en inte obetydlig period låta produktionen i form av produktkvantitet, produktkvalitet och produktutbud samt innovation ligga under den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden⁽²¹⁾. Det krävs i regel en mindre grad av marknadsstyrka för att konstatera att det begåtts en överträdelse av artikel 101.1 än för att konstatera att det föreligger en dominerande ställning enligt artikel 102⁽²²⁾.

16. Vid analys av effekten av konkurrensbegränsningar krävs det i regel att man definierar den relevanta marknaden och framför allt undersöker och bedömer de berörda produkternas och teknikernas egenskaper, parternas marknadsställning, konkurrenternas marknadsställning, köparnas marknadsställning, förekomsten av potentiella konkurrenter och nivån av inträdeshinder. I vissa fall kan det dock vara möjligt att direkt påvisa konkurrenshämmande effekter genom att analysera avtalsparternas beteende på marknaden. Det kan till exempel vara möjligt att fastställa att ett avtal har lett till prishöjningar.
17. Licensavtal kan emellertid också ha en betydande konkurrensfrämjande potential, och det stora flertalet av dessa avtal är faktiskt konkurrensfrämjande. Licensavtal kan främja innovation genom att ge innovatörerna inkomster som täcker åtminstone en del av forsknings- och utvecklingskostnaderna. Licensavtal leder också till spridning av teknik, som kan skapa värde genom att minska licensstagarens produktionskostnader eller genom att göra det

möjligt för licensstagaren att producera nya eller förbättrade produkter. Licensstagarens effektivitetsvinster uppstår ofta genom kombinationen av licensgivarens teknik och licensstagarens tillgångar och teknik. En sådan integrering av kompletterande tillgångar och teknik kan leda till en kostnads- och produktionsstruktur som annars inte skulle vara möjlig. Till exempel kan kombinationen av licensgivarens bättre teknik och licensstagarens effektivare produktions- eller distributionstillgångar minska produktionskostnaderna eller leda till en produkt av högre kvalitet. Licensiering kan också ha det konkurrensfrämjande syftet att avlägsna hinder för utveckling och utnyttjande av licensstagarens egen teknik. Särskilt i sektorer med ett stort antal patent används licensiering ofta för att skapa designfrihet, eftersom man genom licensiering undanröjer risken för att licensgivaren ska anklaga någon för intrång på de immateriella rättigheterna. När licensgivaren går med på att inte hävda sina immateriella rättigheter för att hindra försäljning av licensstagarens produkter, avlägsnas detta hinder för licensstagarens försäljning genom avtalet, som därför generellt sett främjar konkurrensen.

18. Om ett licensavtal omfattas av artikel 101.1 måste de konkurrensfrämjande effekterna uppvägas mot avtalets begränsande effekter inom ramen för artikel 101.3. Om alla fyra villkor i artikel 101.3 är uppfyllda är det berörda begränsande licensavtalet giltigt och tillämpligt och det krävs inte något förhandsbeslut⁽²³⁾. Det är osannolikt att särskilt allvarliga begränsningar uppfyller villkoren i artikel 101.3. I samband med sådana avtal är det i regel (åtminstone) ett av de två första villkoren i artikel 101.3 som inte uppfylls. I regel ger de inte konsumenterna några objektiva ekonomiska fördelar. Denna typ av avtal är desutom sällan nödvändiga, vilket är en förutsättning enligt det tredje villkoret. Om parterna till exempel fastställer ett försäljningspris för de produkter som produceras under licensen, kommer detta i princip att leda till minskad produktion och en snedfördelning av resurser och högre priser för konsumenterna. Prisbegränsningen är inte heller nödvändig för att uppnå de effektivitetsvinster som de båda konkurrenterna eventuellt kan göra eftersom de har tillgång till båda teknikerna.

2.3 Marknadsdefinition

19. Kommissionens metod för att definiera den relevanta marknaden fastställs i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning⁽²⁴⁾. I dessa riktlinjer behandlas endast de aspekter av

⁽¹⁹⁾ Se domen i målet John Deere, REG 1998, som det hänvisas till i fotnot 11.

⁽²⁰⁾ Vägledning om märkbara effekter finns i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EGT C 368, 22.12.2001, s. 13). I tillkännagivandet definieras märkbar effekt genom en beskrivning av vad som inte är en märkbar effekt. Avtal som inte omfattas av tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse behöver inte nödvändigtvis ha en märkbar begränsande effekt. En individuell bedömning är nödvändig.

⁽²¹⁾ Se domen i mål T-321/05, Astra Zeneca mot kommissionen, REG 2010, s. II-2805, punkt 267.

⁽²²⁾ Kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, punkt 26, som det hänvisas till i fotnot 3.

⁽²³⁾ Se artikel 1.2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 4.1.2003, s. 1), senast ändrad genom rådets förordning (EG) nr 1419/2006 av den 25 september 2006 (EUT L 269, 28.9.2006, s. 1).

⁽²⁴⁾ EGT C 372, 9.12.1997, s. 5.

definitionen av marknaden som är särskilt viktiga för licensiering av teknikrättigheter.

20. Teknik är en insatsvara som antingen är integrerad i en produkt eller en produktionsprocess. Licensiering av teknikrättigheter kan därför påverka konkurrensen både i tidigare led i förädlingskedjan (nedan kallade *tidigare marknadsled*) på insatsvarumarknaderna och i senare led i förädlingskedjan (nedan kallade *senare marknadsled*) på produktmarknaderna. Till exempel kan ett avtal mellan två parter, som säljer konkurrerande produkter i senare marknadsled och som dessutom ömsesidigt ger varandra licens till teknikrättigheter som har samband med produktionen av dessa produkter i tidigare marknadsled, begränsa konkurrensen på den relevanta marknaden för varor eller tjänster i senare marknadsled. Den ömsesidiga licensieringen kan också begränsa konkurrensen på teknikmarknaden i tidigare led och eventuellt också på andra insatsvarumarknader i tidigare led. Vid bedömningen av licensavtals effekter på konkurrensen kan det därför vara nödvändigt att definiera både de relevanta produktmarknaderna och de relevanta teknikmarknaderna ⁽²⁵⁾.
21. Den relevanta produktmarknaden omfattar avtalsprodukter (som innehåller den licensierade tekniken) och produkter som på grund av sina egenskaper, priser och avsedd användning av köparna betraktas som utbytbara mot avtalsprodukterna. Avtalsprodukterna kan vara en del av en marknad för slutprodukter och/eller en marknad för mellanprodukter.
22. De relevanta teknikmarknaderna består av de licensierade teknikrättigheterna och dess substitut, dvs. annan teknik som av licenstagarna betraktas som utbytbar mot eller som ett substitut för de licensierade teknikrättigheterna på grund av teknikens egenskaper, licensavgifter och avsedd användning. Om man börjar med den teknik som saluförs av licensgivaren är det nödvändigt att identifiera de andra tekniker som licenstagarna skulle kunna byta till som svar på en liten men bestående höjning av relativpriserna, dvs. licensavgifterna. Ett alternativt tillvägagångssätt är att se på marknaden för de produkter som innehåller de licensierade teknikrättigheterna (se punkt (25) nedan).
23. Begreppet "relevant marknad" som används i artikel 3 i förordningen om tekniköverföringsavtal och definieras i artikel 1.1 m avser den relevanta produktmarknaden och den relevanta teknikmarknaden, både produktdimensionen och den geografiska dimensionen.
24. Den "relevanta geografiska marknaden" definieras i artikel 1.1 l i förordningen om tekniköverföringsavtal och omfattar det område inom vilket de berörda företagen medverkar i utbudet av och efterfrågan på varor eller licensiering av teknik, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan särskiljas från angränsande områden därför att konkurrensvillkoren är väsentligt annorlunda inom dessa områden. Den geografiska marknaden för de relevanta teknikmarknaderna kan skilja sig från den geografiska marknaden för de relevanta produktmarknaderna.
25. När man har definierat de relevanta marknaderna kan man fastställa marknadsaktörernas marknadsandelar, som kan användas som en indikation på aktörernas relativa marknadsstyrka. När det gäller teknikmarknaderna är ett sätt att beräkna marknadsandelarna att utgå från varje tekniks andel av de totala intäkterna från licensavgifter. När det gäller teknikmarknaderna är ett sätt att beräkna marknadsandelarna att utgå från varje tekniks andel av de totala intäkterna från licensavgifter. Denna andel utgör den teknikens marknadsandel på den marknad där konkurrerande tekniker har licensierats. Denna andel utgör den teknikens marknadsandel på den marknad där konkurrerande tekniker har licensierats. Detta är emellertid ofta ett rent teoretiskt och föga praktiskt sätt att gå tillväga, eftersom det inte finns någon tydlig information om licensavgifter. Ett annat tillvägagångssätt, som används för att beräkna tröskelvärdet för gruppundantag, såsom förklaras i artikel 8 d i förordningen om tekniköverföringsavtal, är att beräkna marknadsandelarna på teknikmarknaden på grundval av försäljningen av de produkter som innehåller den licensierade tekniken på produktmarknaderna i senare led (se punkt (86) och följande nedan för närmare detaljer). I enskilda fall som inte omfattas av gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal kan det emellertid vara nödvändigt att, där det är praktiskt möjligt, tillämpa båda de beskrivna metoderna för att mer exakt bedöma licensgivarens marknadsmakt och att beakta andra tillgängliga faktorer som ger en god indikation på de tillgängliga teknikernas relativa marknadsmakt (se punkterna (157) och (159) och följande om fler faktorer) ⁽²⁶⁾.
26. Vissa licensavtal kan påverka konkurrensen på innovationsområdet. När kommissionen analyserar sådana effekter kommer den i regel endast att undersöka hur avtalet påverkar konkurrensen på befintliga produkt- och teknikmarknader ⁽²⁷⁾. Konkurrens på sådana marknader kan påverkas av avtal som fördröjer introduktionen av förbättrade produkter eller nya produkter som med tiden kommer att ersätta befintliga produkter. I sådana fall är innovation en källa till potentiell konkurrens som måste beaktas när man bedömer hur avtalet påverkar produktmarknaderna och teknikmarknaderna. I ett fåtal fall kan det emellertid vara lämpligt och nödvändigt att också göra en separat analys av effekterna på konkurrensen på innovationsområdet. Detta är framför allt fallet när avtalet

⁽²⁵⁾ Se t.ex. kommissionens beslut i ärende COMP/M.5675, Syngenta/Monsanto, där kommissionen analyserade en sammanslagning av två vertikalt integrerade företag för solrosodling genom att granska både i) marknaden i tidigare led för handel (dvs. utbyte och licensiering) med olika sorter (föräldralinjer och hybrider) och ii) marknaden i senare led för försäljning av hybrider. I ärende COMP/M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG, definierade kommissionen förutom en marknad för produktion av högvärdigt melamin också en teknisk marknad i tidigare led för leverans av teknik för melaminproduktion. Se också ärende COMP/M.269, Shell/Montecatini.

⁽²⁶⁾ Se även kommissionens beslut i ärendena COMP/M.5675, Syngenta/Monsanto, och COMP/M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG.

⁽²⁷⁾ Se även punkterna 119–122 i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal (nedan kallade *de horisontella riktlinjerna*), EUT C 11, 14.1.2011, s. 1.

påverkar innovation som syftar till att skapa nya produkter och när det i ett tidigt skede är möjligt att identifiera forsknings- och utvecklingscentra⁽²⁸⁾. I sådana fall kan man analysera om det efter avtalet kommer att finnas tillräckligt många konkurrerande forsknings- och utvecklingscentra kvar för att en effektiv konkurrens inom innovationsverksamheten ska upprätthållas.

2.4 Skillnaden mellan konkurrenter och icke-konkurrenter

27. I allmänhet utgör avtal mellan konkurrenter en större risk för konkurrensen än avtal mellan icke-konkurrenter. Konkurrens mellan företag som använder samma teknik (konkurrens inom en teknik mellan licenstagare) utgör emellertid ett viktigt komplement till konkurrens mellan företag som använder konkurrerande tekniker (konkurrens mellan tekniker). Konkurrens inom en teknik kan till exempel leda till lägre priser på de produkter som innehåller tekniken i fråga, vilket inte bara kan leda till direkta och omedelbara fördelar för konsumenterna av dessa produkter, utan också sporra till ytterligare konkurrens mellan företag som använder konkurrerande tekniker. I samband med licensiering måste även beaktas det faktum att licenstagare säljer sin egen produkt. De återförsäljer inte något annat företags produkt. Det kan därför finnas ett större utrymme för produktdifferentiering och kvalitetsbaserad konkurrens mellan licenstagare än när det är fråga om vertikala avtal för återförsäljning av produkter.
28. För att man ska kunna fastställa konkurrensförhållandet mellan parterna måste man undersöka om de skulle ha varit faktiska eller potentiella konkurrenter om avtalet inte hade funnits. Om parterna utan avtalet inte skulle ha varit faktiska eller potentiella konkurrenter på någon relevant marknad som påverkas av avtalet anses de vara icke-konkurrenter.
29. I princip anses parterna i ett avtal inte vara konkurrenter om de har en ensidig eller ömsesidig blockerande ställning. En ensidig blockerande ställning föreligger när en teknisk rättighet inte kan utnyttjas utan att man gör intrång i en annan giltig teknisk rättighet eller om en part inte kan vara verksam på ett kommersiellt lönsamt sätt på den relevanta marknaden utan att göra intrång på den andra partens teknisk rättighet. Detta är fallet till exempel om en teknisk rättighet omfattar en förbättring av en annan teknisk rättighet och förbättringen inte kan utnyttjas lagligt utan en licens för den grundläggande teknisk rättigheten. En ömsesidig blockerande ställning föreligger när ingendera teknisk rättigheten kan utnyttjas utan att man gör intrång i den andra giltiga teknisk rättigheten eller om ingendera parten kan vara verksam på den relevanta marknaden på ett kommersiellt lönsamt sätt utan att göra intrång på den andra partens giltiga teknisk rättighet och om parterna därför måste få licens från varandra eller avsäga sig rättigheterna till sina respektive tekniker.⁽²⁹⁾ I

praktiken kan det dock förekomma fall där det är oklart huruvida en viss teknisk rättighet är giltig och har överträtts.

30. Parterna är faktiska konkurrenter på produktmarknaden om båda före avtalets ingående redan är verksamma på samma relevanta produktmarknad. Det faktum att båda parterna redan är verksamma på samma produktmarknad utan att ha ingått ett licensavtal är en tydlig indikator på att parterna inte hindrar varandra. I ett sådant scenario kan parterna antas vara faktiska konkurrenter, om inte och till dess att en blockerande ställning är styrkt (särskilt genom en slutlig dom).
31. Licenstagaren anses vara en potentiell konkurrent på produktmarknaden om det är osannolikt att denne, utan avtalet, skulle göra de ytterligare investeringar som krävs för att komma in på den relevanta marknaden som svar på en liten men bestående höjning av produktpriserna. Sannolikheten för ett marknadsinträde bör bedömas på realistiska grunder, dvs. på grundval av sakförhållandena i det aktuella ärendet. Ett marknadsinträde är mer sannolikt om licenstagaren har tillgångar som lätt kan användas för att gå in på marknaden utan att detta medför betydande oåterkalleliga kostnader eller redan har långtgående planer, eller i övrigt har börjat investera med tanke på att gå in på marknaden. Det måste finnas verkliga, konkreta möjligheter för licenstagaren att komma in på den relevanta marknaden och konkurrera med etablerade företag⁽³⁰⁾. Licenstagaren kan därför inte beskrivas som en potentiell konkurrent om ett marknadsinträde inte är en ekonomiskt hållbar strategi⁽³¹⁾.
32. Särskilt vad gäller immateriella rättigheter måste som ytterligare faktor vid bedömningen av om parterna är potentiella konkurrenter på en viss marknad beaktas möjligheten att deras immateriella rättigheter har en blockerande ställning, dvs. att licenstagaren inte kan komma in på respektive marknad utan att göra intrång på den andra partens immateriella rättigheter.
33. I avsaknad av visshet, till exempel i form av ett slutligt domstolsbeslut, om att en blockerande ställning föreligger, måste parterna vid bedömningen av om de är potentiella konkurrenter basera sig på all tillgänglig bevisning vid den aktuella tidpunkten, inklusive möjligheten att immateriella rättigheter kränks och om det finns reella möjligheter att arbeta kring befintliga immateriella rättigheter. Att betydande investeringar redan gjorts eller att det finns långt framskridna planer på att gå in på en viss marknad kan stödja uppfattningen att parterna åtminstone är potentiella konkurrenter, även om en blockerande ställning inte kan

⁽²⁸⁾ Se även punkt (157).

⁽²⁹⁾ I ett scenario där företag har gjort ett allmänt åtagande om att bevilja licens för vissa immateriella rättigheter, till exempel en licensberedskap eller ett FRAND-åtagande, kan parterna inte anses ha en blockerande ställning på grundval av dessa immateriella rättigheter.

⁽³⁰⁾ De förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m. fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 137.

⁽³¹⁾ Mål T-461/07, Visa Europe Ltd och Visa International Service mot Europeiska kommissionen, REG 2011, s. II-1729, punkt 167.

uteslutas. Särskilt övertygande bevis på att det föreligger en blockerande ställning kan krävas om parterna har ett gemensamt intresse av att hävda att det föreligger en sådan ställning för att betraktas som icke-konkurrenser, till exempel om den ömsesidigt blockerande ställningen gäller teknik som är substitutteknik (se punkt (22) eller om licensgivaren erbjuder licenstagaren ett betydande ekonomiskt lockbete.

34. För att ett marknadsinträde ska skapa ett verkligt konkurrenstryck måste det sannolikt ske inom en snar framtid⁽³²⁾. Inom ett eller två år är i regel ett lämpligt tidsperspektiv. I enskilda fall kan emellertid längre perioder beaktas. Den tid som företag som redan finns på marknaden behöver för att anpassa sin kapacitet kan användas som måttstock när denna period fastställs. Det är till exempel sannolikt att parterna kommer att anses vara potentiella konkurrenser på produktmarknaden om licenstagaren producerar med hjälp av sin egen teknik på en geografisk marknad och börjar producera med hjälp av en licensierad konkurrerande teknik på en annan geografisk marknad. Under sådana omständigheter är det sannolikt att licenstagaren skulle ha kunnat gå in på den andra geografiska marknaden med sin egen teknik, om det inte finns objektiva faktorer som utesluter ett sådant inträde, till exempel förekomsten av blockerande immateriella rättigheter.
35. Parterna är faktiska konkurrenser på teknikmarknaden om de antingen redan licensierar ut substituerbara teknikerättigheter, eller om licenstagaren redan licensierar ut sina teknikerättigheter och licensgivaren kommer in på teknikmarknaden genom att bevilja licenstagaren licens för en konkurrerande teknik.
36. Parterna anses vara potentiella konkurrenser på teknikmarknaden om de innehar utbytbara tekniker och licenstagaren inte licensierar sin egen teknik, om det är sannolikt att licenstagaren skulle göra det i händelse av en liten men bestående höjning av teknikpriserna. I fråga om teknikmarknader är det i allmänhet svårare att bedöma om parterna är potentiella konkurrenser. Därför beaktas inte potentiell konkurrens på teknikmarknaden vid tillämpningen av förordningen om tekniköverföringsavtal (se punkt (83)), och parterna anses inte konkurrera med varandra.
37. I vissa fall kan det också vara möjligt att konstatera att även om licensgivaren och licenstagaren producerar konkurrerande produkter är de icke-konkurrenser på den relevanta produktmarknaden och den relevanta teknikmarknaden, eftersom den licensierade tekniken utgör en så genomgripande innovation att licenstagarens teknik har blivit föråldrad eller inte längre är konkurrenskraftig. I sådana fall skapar licensgivarens teknik antingen en ny marknad eller utesluter licenstagarens teknik från den befintliga marknaden. Ofta är det dock inte möjligt att dra denna slutsats vid den tidpunkt då avtalet ingås. Det är vanligen först när konsumenterna har haft tillgång under en viss tid till tekniken eller produkterna som innehåller den som det står klart att den äldre tekniken har blivit föråldrad eller inte längre är konkurrenskraftig. När cd-tekniken utvecklades och cd-spelare och cd-skivor introducerades på marknaden, var det till exempel inte självklart att denna teknik skulle ersätta LP-tekniken. Detta blev uppenbart först några år senare. Parterna kommer därför att betraktas som konkurrenser om det vid den tidpunkt då avtalet ingås inte är uppenbart att licenstagarens teknik är föråldrad eller inte längre är konkurrenskraftig. Med tanke på att både artikel 101.1 och artikel 101.3 i fördraget ska tillämpas mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka avtalet tillämpas, påverkas bedömningen av betydande förändringar av sakförhållandena. Klassificeringen av förhållandet mellan parterna ändras därför till ett förhållande mellan icke-konkurrenser, om licenstagarens teknik senare blir föråldrad eller inte längre kan konkurrera på marknaden.
38. I vissa fall kan parterna bli konkurrenser efter det att de har ingått avtalet på grund av att licenstagaren utvecklar eller förvärvar och börjar utnyttja en konkurrerande teknik. I sådana fall måste det beaktas att parterna inte var konkurrenser vid den tidpunkt då avtalet ingicks och att avtalet ingicks under de förutsättningarna. Kommissionen kommer därför att främst koncentrera sig på hur avtalet påverkar licenstagarens möjligheter att utnyttja sin egen (konkurrerande) teknik. Framför allt kommer sådana avtal inte att omfattas av förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar som gäller avtal mellan konkurrenser, såvida inte avtalet ändras senare i materiellt hänseende efter det att parterna har blivit konkurrenser (se artikel 4.3 i förordningen om tekniköverföringsavtal).
39. De företag som är parter i avtalet kan också bli konkurrenser efter det att avtalet ingåtts om licenstagaren redan var verksam på den relevanta marknad där avtalsprodukten såljs före licensen och licensgivaren sedan går in på den relevanta marknaden antingen med de licensierade teknikerättigheterna eller med ny teknik. I detta fall kommer avtalet också att omfattas av förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar som avser avtal mellan icke-konkurrenser, såvida inte avtalet ändras senare i materiellt hänseende (se artikel 4.3 i förordningen om tekniköverföringsavtal). En väsentlig ändring inkluderar ingåendet av ett nytt avtal om tekniköverföring mellan parterna om konkurrerande teknikerättigheter, som kan användas för produktion av produkter som konkurrerar med avtalsprodukterna.

⁽³²⁾ Mål T-461/07, Visa Europe Ltd och Visa International Service mot Europeiska kommissionen, REG 2011, s. II-1729, punkt 189.

3. TILLÄMPNING AV FÖRORDNINGEN OM TEKNIKÖVERFÖRINGSAVTAL

3.1 Effekterna av förordningen om tekniköverföringsavtal

40. Grupper av avtal om tekniköverföring som uppfyller villkoren i förordningen om tekniköverföringsavtal undantas från förbudet i artikel 101.1 i fördraget. Avtal som omfattas av gruppundantag är rättsligt giltiga och genomförbara. Sådana avtal kan endast förbjudas framåt i tiden och endast efter det att kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter har återkallat rätten att omfattas av gruppundantaget. Vid privata tvister kan nationella domstolar inte med stöd av artikel 101 förbjuda avtal som omfattas av gruppundantag.
41. Gruppundantag för grupper av tekniköverföringsavtal bygger på presumtionen att dessa avtal – i den mån de omfattas av artikel 101.1 i fördraget – uppfyller de fyra villkor som fastställs i artikel 101.3. Det förutsätts alltså att avtalen medför ekonomiska effektivitetsvinster, att begränsningarna i avtalen är nödvändiga för att uppnå dessa effektivitetsvinster, att konsumenterna på de berörda marknaderna tillförsäkras en skälig andel av dessa effektivitetsvinster och att avtalen inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. De tröskelvärden för marknadsandelar (artikel 3), den förteckning över särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar (artikel 4) och de undantagna begränsningarna (artikel 5) som anges i förordningen om tekniköverföringsavtal syftar till att garantera att endast begränsande avtal som rimligen kan antas uppfylla de fyra villkoren i artikel 101.3 omfattas av gruppundantaget.
42. Såsom förklaras i avsnitt 4 i dessa riktlinjer faller många licensavtal utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 i fördraget, antingen därför att de inte alls begränsar konkurrensen eller därför att konkurrensbegränsningen inte är märkbar.⁽³³⁾ Om sådana avtal omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal behöver det inte fastställas om de omfattas av artikel 101.1⁽³⁴⁾.
43. Det är när ett enskilt avtal inte omfattas av gruppundantaget som man behöver undersöka om det omfattas av artikel 101.1 i fördraget och om villkoren i artikel 101.3 i sådana fall är uppfyllda. Det finns inte någon presumtion att tekniköverföringsavtal som inte omfattas av gruppundantaget omfattas av artikel 101.1 eller inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Att parternas marknadsandelar överskrider de tröskelvärden för marknadsandelar som anges i artikel 3 i förordningen om tekniköverföringsavtal

är inte tillräckligt för att avtalet med säkerhet ska omfattas av artikel 101.1. Det krävs en individuell bedömning av avtalets sannolika effekter. Det är bara när avtal innehåller särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar som det kan presumeras att de är förbjudna enligt artikel 101.

3.2 Tillämpningsområde och varaktighet för förordningen om tekniköverföringsavtal

3.2.1 Begreppet avtal om tekniköverföring

44. Förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer omfattar avtal om tekniköverföring. Enligt artikel 1.1 b i förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar begreppet "teknikrättigheter" know-how samt patent, bruksmönster, mönsterrättigheter, kretsmönster i halvledarprodukter, tilläggsskydd för läkemedel eller andra produkter för vilka ett sådant tilläggsskydd kan erhållas, växtförädlarcertifikat och upphovsrätt till programvara eller en kombination av dessa samt ansökningar om dessa rättigheter och om registrering av dessa rättigheter. De licensierade teknikrättigheterna bör göra det möjligt för licenstagaren att producera avtalsprodukterna, med eller utan andra insatsvaror. Förordningen om tekniköverföringsavtal gäller endast i medlemsstater där licensgivaren har relevanta teknikrättigheter. Annars finns det inga teknikrättigheter att överföra i den mening som avses i förordningen om tekniköverföringsavtal.
45. Know-how definieras i artikel 1.1 i) i förordningen om tekniköverföringsavtal som ett paket bestående av teknisk information, som är ett resultat av erfarenheter och testning och som är hemlig, väsentlig och identifierad.
- a) "Hemlig" innebär att ifrågavarande know-how inte är allmänt känd eller tillgänglig.
- b) "Väsentlig" innebär att ifrågavarande know-how är viktig och till nytta för produktionen av de produkter som omfattas av licensavtalet eller för användningen av den process som omfattas av licensavtalet. Med andra ord måste ifrågavarande know-how märkbart bidra till eller underlätta produktionen av avtalsprodukterna. I fall där licensierad know-how avser en produkt i stället för en process, innebär detta villkor att ifrågavarande know-how är till nytta för att producera avtalsprodukten. Villkoret är inte uppfyllt om avtalsprodukten kan produceras med hjälp av allmänt tillgänglig teknik. Det krävs dock inte att avtalsprodukten har ett högre värde än produkter som produceras med allmänt tillgänglig teknik. När det gäller processteknik innebär villkoret att den know-how som licensierats är till nytta i den meningen att det vid den tidpunkt då avtalet ingås är rimligt att förvänta sig att ifrågavarande know-how kommer att kunna förbättra licenstagarens konkurrensställning avsevärt, till exempel genom att minska produktionskostnaderna.

⁽³³⁾ Se i detta hänseende tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, som det hänvisas till i fotnot 20.

⁽³⁴⁾ Enligt artikel 3.2 i förordning (EG) nr 1/2003 får tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte heller leda till förbud mot avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte är förbjudna enligt artikel 101.

- c) "Identifierad" innebär att det är möjligt att kontrollera att licensierad know-how uppfyller kriterierna för hemlighet och väsentlighet. Detta villkor är uppfyllt när licensierad know-how beskrivs i handböcker eller i annan skriftlig form. I vissa fall är detta dock kanske inte möjligt och rimligt. Licensierad know-how kan bestå av praktisk kunskap hos licensgivarens anställda. Licensgivarens anställda kan till exempel ha hemlig och väsentlig kunskap om en viss produktionsprocess som förs vidare till licenstagaren genom utbildning av licenstagarens anställda. I sådana fall räcker det att i avtalet beskriva denna know-how i allmänna drag och att förteckna de anställda som kommer att delta eller har deltagit i att föra den vidare till licenstagaren.
46. Bestämmelser i tekniköverföringsavtal som avser licenstagarens inköp av produkter omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal endast om och i den utsträckning som dessa bestämmelser har ett direkt samband med produktionen eller försäljningen av avtalsprodukterna. Därför gäller förordningen om tekniköverföringsavtal inte de delar av ett avtal om tekniköverföring som avser insatsvaror och/eller utrustning som används för andra ändamål än produktion av avtalsprodukterna. Om till exempel mjölk säljs tillsammans med licensiering av teknik för att producera ost, omfattas endast den mjölk som används för framställning av ost med den licensierade tekniken av förordningen om tekniköverföringsavtal.
47. Bestämmelser i tekniköverföringsavtal som avser licensiering av andra typer av immateriella rättigheter, t.ex. varumärken och upphovsrätt, utom upphovsrätt till programvara (om upphovsrätt till programvara, se punkterna (44) och (62)), omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal endast om och i den utsträckning som de har ett direkt samband med produktionen eller försäljningen av avtalsprodukterna. Detta villkor garanterar att bestämmelser som omfattar andra typer av immateriella rättigheter omfattas av gruppundantaget i den mån som dessa andra immateriella rättigheter syftar till att göra det möjligt för licenstagaren att på ett bättre sätt utnyttja de licensierade tekniskrättigheterna. Till exempel om en licensgivare tillåter en licenstagare att använda sitt varumärke på de produkter som innehåller den licensierade tekniken, kan denna varumärkeslicens göra det möjligt för licenstagaren att på ett bättre sätt utnyttja den licensierade tekniken genom att konsumenterna kan göra en direkt koppling mellan produkten och de egenskaper som de licensierade tekniskrättigheterna ger den. Att ålägga licenstagaren att använda licensgivarens varumärke kan också främja spridningen av teknik genom att licensgivaren får möjlighet att göra sig själv känd som källan till den bakomliggande tekniken. Förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar avtal om tekniköverföring i detta scenario även om parternas huvudsakliga intresse ligger i att utnyttja varumärket och inte tekniken ⁽³⁵⁾.
48. Förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar inte annan licensiering av upphovsrätt än upphovsrätt till programvara (utom när det gäller den situation som anges i punkt (47)). Kommissionen kommer dock att som allmän regel att tillämpa de principer som anges i förordningen om tekniköverföringsavtal och i dessa riktlinjer när den bedömer licensiering av upphovsrätt för produktion av avtalsprodukter enligt artikel 101 fördraget.
49. Licensiering av uthyrningsrättigheter och uppföranderättigheter och andra rättigheter som skyddas av upphovsrätt, särskilt filmer och musik, anses väcka särskilda frågor och det är osäkert om det finns skäl att bedöma sådan licensiering enligt de principer som fastställs i dessa riktlinjer. Vid tillämpningen av artikel 101 ska hänsyn tas till verkets specifika egenskaper och det sätt på vilket det utnyttjas ⁽³⁶⁾. Kommissionen kommer därför inte att tillämpa förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer på samma sätt när det gäller licensiering av dessa andra rättigheter.
50. Kommissionen kommer inte heller att tillämpa de principer som fastställs i förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer på varumärkeslicensiering (utom i den situation som anges i punkt (47)). Varumärkeslicensiering förekommer ofta i samband med distribution och försäljning av varor och tjänster och påminner i allmänhet mer om återförsäljaravtal än om tekniklicensiering. Om en varumärkeslicens har ett direkt samband med användningen, försäljningen eller återförsäljningen av varor och tjänster och inte utgör det primära syftet med avtalet, omfattas licensavtalet av kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 ⁽³⁷⁾.
- ### 3.2.2 Begreppet överföring
51. Begreppet "överföring" innebär att tekniken ska föras över från ett företag till ett annat. Sådan överföring sker vanligen i form av licensiering, vilket innebär att licensgivaren ger licenstagaren rätt att använda licensgivarens tekniskrättigheter genom att betala licensavgifter.
52. Enligt artikel 1.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal anses uppdrag där en del av de risker som är förknippade med utnyttjandet av tekniskrättigheterna förblir hos överlåtaren också vara avtal om tekniköverföring. Detta gäller särskilt om det pris som ska betalas för överlåtelsen är beroende av hur stor omsättning förvärvaren uppnår från de produkter som producerats med den överlåtna tekniken, produkternas kvantitet och antalet transaktioner där tekniken utnyttjas.

⁽³⁵⁾ Förordningen om tekniköverföringsavtal skulle nu kunna omfatta det avtal om tekniköverföring som bedöms i kommissionens beslut i ärendet Moosehead/Whitebread (EGT L 100, 20.4.1990, s. 32), se särskilt skäl 16 i det beslutet.

⁽³⁶⁾ Se i detta hänseende t.ex. EG-domstolens dom i mål C-262/81, Coditel (II), REG 1982, s. 3381 (svensk specialutgåva volym VI, s. 527).

⁽³⁷⁾ EUT L 102, 23.4.2010, s. 1.

53. Ett avtal genom vilket licensgivaren åtar sig att inte utöva sina tekniskrättigheter gentemot licenstagaren kan också ses som en överföring av tekniskrättigheter. Själva kärnan i en ren patentlicens är ju rätten att verka innanför gränserna för den ensamrätt som patentet innebär. Därför omfattar förordningen om tekniköverföringsavtal även så kallade avtal om att inte hävda sina rättigheter och förlikningsavtal, genom vilka licensgivaren ger licenstagaren rätt att producera inom patentets räckvidd ⁽³⁸⁾.

3.2.3 Avtal mellan två parter

54. Enligt artikel 1.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar förordningen endast avtal om tekniköverföring "mellan två företag". Avtal om tekniköverföring mellan fler än två företag omfattas inte av förordningen om tekniköverföringsavtal ⁽³⁹⁾. Den avgörande skillnaden mellan avtal mellan två företag och avtal mellan flera parter är att ett avtal mellan flera parter har ingåtts mellan fler än två företag.

55. Avtal som ingås av två företag omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal även om avtalet innehåller villkor för mer än ett handelsled. Förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar till exempel licensavtal som inte bara gäller produktionsledet utan även distributionsledet och där man fastställer de villkor som licenstagaren ska eller kan ålägga återförsäljarna av de varor som producerats under licens ⁽⁴⁰⁾.

56. Avtal om upprättande av teknikpooler och licensiering från teknikpooler är i allmänhet avtal mellan flera parter och omfattas därför inte av förordningen om tekniköverföringsavtal ⁽⁴¹⁾. Begreppet teknikpool avser avtal genom vilka två eller fler parter kommer överens om att slå samman sina tekniker och licensiera dem som ett paket. Begreppet teknikpool avser också avtal genom vilka två eller fler företag kommer överens om att ge tredje man licens och ger denne tillstånd att licensiera teknikpaketet.

57. Licensavtal som ingås mellan fler än två företag ger ofta upphov till samma frågor som licensavtal av samma slag som ingås mellan två företag. Vid den individuella bedömningen av licensavtal som är av samma slag som de som

omfattas av gruppundantaget, men som ingås mellan fler än två företag, kommer kommissionen att tillämpa de principer som fastställs i förordningen om tekniköverföringsavtal. Teknikpooler och licensiering från teknikpooler behandlas dock särskilt i avsnitt 4.4.

3.2.4 Avtal om produktion av avtalsprodukter

58. Det följer av artikel 1.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal att för att licensavtal ska omfattas av förordningen måste avtal om tekniköverföring föras in under "för produktion av avtalsprodukter", det vill säga produkter som innehåller eller produceras med den licensierade tekniken. Licensen måste tillåta licenstagaren och/eller dennes underleverantör(er) att utnyttja den licensierade tekniken för produktion av varor eller tjänster (se även skäl 7 i ingressen till förordningen om tekniköverföringsavtal).

59. Om syftet med avtalet inte är produktion av avtalsprodukter, utan exempelvis enbart att hindra utvecklingen av en konkurrerande teknik, omfattas licensavtalet inte av förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer kan också vara olämpliga för en bedömning av avtalet. Mer allmänt gäller att om parterna avstår från att utnyttja de licensierade tekniskrättigheterna äger ingen effektivitetsfrämjande verksamhet rum och då försvinner själva grunden för gruppundantaget. Den licensierade tekniken behöver dock inte utnyttjas genom integrering av tillgångar. Utnyttjande förekommer också när licensen skapar designfrihet för licenstagaren genom att denne ges möjlighet att utnyttja sin egen teknik utan att ställas inför risken att bli anklagad för intrång av de immateriella rättigheterna av licensgivaren. När det gäller licensiering mellan konkurrenter, kan det faktum att parterna inte utnyttjar tekniken vara ett tecken på att avtalet är en förtäckt kartell. Därför kommer kommissionen att mycket nog undersöka fall där licensierad teknik inte utnyttjas.

60. Förordningen om tekniköverföringsavtal gäller licensavtal som syftar till licenstagarens och/eller dennes underleverantörers produktion av avtalsprodukter. Därför är förordningen om tekniköverföringsavtal inte tillämplig på (de delar av) avtal om tekniköverföring som gör det möjligt att bevilja underlicenser. Kommissionen kommer dock analogt att tillämpa de principer som fastställs i förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer på "underlicensieringsavtal" mellan licensgivare och licensstagare (dvs. ett avtal genom vilket licensgivaren låter licenstagaren bevilja underlicens för den berörda tekniken). Avtal mellan licenstagaren och underlicenstagare om produktion av avtalsprodukter omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal.

⁽³⁸⁾ Termerna "licensiering" och "licensierats" som används i dessa riktlinjer omfattar även avtal om att inte hävda sina rättigheter och förlikningsavtal så länge som överföring av tekniskrättigheter äger rum på det sätt som beskrivs i detta avsnitt. Läs mer om förlikningsavtal i punkterna (234) och följande.

⁽³⁹⁾ Enligt rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden (svensk specialutgåva, område 8, volym I, s. 36) är kommissionen inte behörig att bevilja gruppundantag för avtal om tekniköverföring som ingåtts mellan fler än två företag.

⁽⁴⁰⁾ Se skäl 6 i förordningen om tekniköverföringsavtal och vidare avsnitt 3.2.6.

⁽⁴¹⁾ Se punkt (247) för närmare detaljer.

61. Termen avtalsprodukter avser varor och tjänster som produceras med de licensierade teknikrättigheterna. Detta är fallet både när den licensierade tekniken används i produktionsprocessen och när den är inbyggd i själva produkten. I dessa riktlinjer avser begreppet produkter som innehåller den licensierade tekniken båda situationerna. Förordningen om tekniköverföringsavtal är tillämplig i samtliga fall där teknikrättigheter licensieras i syfte att producera varor och tjänster. Förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer bygger på presumtionen att det finns ett direkt samband mellan de licensierade teknikrättigheterna och en avtalsprodukt. Om det inte finns något sådant samband, dvs. om syftet med avtalet inte är att möjliggöra produktion av en avtalsprodukt, kan det hända att analysramen i förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer inte är lämplig.
62. Licensiering av upphovsrätt till programvara enbart för mångfaldigande och spridning av det skyddade verket, det vill säga produktion av kopior för återförsäljning, betraktas inte som "produktion" i den mening som avses i förordningen om tekniköverföringsavtal och omfattas således inte av förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer. Ett sådant mångfaldigande för spridning omfattas i stället analogt av kommissionens förordning (EU) nr 330/2010⁽⁴²⁾ och riktlinjerna om vertikala begränsningar⁽⁴³⁾. Mångfaldigande för spridning föreligger om en licens beviljas för att mångfaldiga programvaran via ett medium, oavsett med vilka tekniska medel programvaran distribueras. Förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer omfattar exempelvis inte licensiering av upphovsrätt till programvara genom vilken licenstagaren förses med ett original av programvaran för att mångfaldiga och sälja programvaran till slutanvändare. De omfattar inte heller licensiering av upphovsrätt till programvara och distribution av programvara med hjälp av s.k. shrink wrap-licenser, det vill säga i paketet med utskriften av programvaran finns en uppsättning villkor som slutanvändaren anses godta genom att öppna paketet, eller licensiering av upphovsrätt till programvara och distribution av programvara genom nedladdning på nätet.
63. Om licenstagaren införlivar den licensierade programvara i avtalsprodukten anses det dock inte enbart vara fråga om mångfaldigande utan om produktion. Förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer omfattar till exempel licensiering av upphovsrätt till programvara där licenstagaren har rätt att mångfaldiga programvaran genom att införliva den i en anordning som programvaran samverkar med.
64. Förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar underleverantörsavtal, genom vilka licensgivaren licensierar teknikrättigheter till licenstagaren som åtar sig att med denna teknik producera vissa produkter endast för licensgivarens räkning. Underleverantörsavtal kan också bestå i att licensgivaren levererar utrustning till licenstagaren som ska använda denna i produktionen av de varor och tjänster som omfattas av avtalet. För att denna typ av underleverantörsavtal ska omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal som en del av ett avtal om tekniköverföring måste utrustningen ha ett direkt samband med produktionen av avtalsprodukterna. Underleverantörsavtal omfattas också av kommissionens tillkännagivande om underleverantörsavtal.⁽⁴⁴⁾ Enligt det tillkännagivandet, som fortfarande gäller, omfattar artikel 101.1 i fördraget i regel inte underleverantörsavtal genom vilka underleverantören åtar sig att producera vissa produkter endast för entreprenörens räkning. Underleverantörsavtal där entreprenören fastställer överföringsvärdet på den mellanliggande avtalsprodukten mellan olika underleverantörer i en värdekedja av underleveranser faller vanligtvis också utanför artikel 101.1, under förutsättning att avtalsprodukterna enbart produceras för entreprenören. Däremot kan andra begränsningar som åläggs underleverantören, till exempel skyldigheten att inte utföra eller utnyttja egen forskning och utveckling, omfattas av artikel 101⁽⁴⁵⁾.
65. Förordningen om tekniköverföringsavtal gäller också avtal som innebär att licenstagaren måste genomföra utvecklingsarbete innan produkten eller processen är klar för kommersiellt bruk. Detta förutsätter att man har identifierat en avtalsprodukt. Även om det krävs ytterligare arbete och investeringar, är målet med avtalet att en identifierad avtalsprodukt ska produceras, det vill säga produkter producerade med de licensierade teknikrättigheterna.
66. Förordningen om tekniköverföringsavtal och dessa riktlinjer omfattar inte avtal genom vilka teknikrättigheter licensieras för att licenstagaren ska kunna genomföra ytterligare forskning och utveckling på olika områden, vilket även innefattar att vidareutveckla en produkt som sådan forskning och utveckling ger upphov till.⁽⁴⁶⁾ Förordningen om tekniköverföringsavtal och riktlinjerna omfattar till exempel inte licensiering av ett tekniskt forskningsverktyg som används i samband med ytterligare forskning. De omfattar inte heller underleverantörsavtal om forskning och utveckling genom vilka en licenstagare åtar sig att genomföra forskning och utveckling på det område
-
- ⁽⁴²⁾ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EUT L 102, 23.4.2010, s. 1.
- ⁽⁴³⁾ EGT C 130, 19.5.2010, s. 1.
- ⁽⁴⁴⁾ Kommissionens tillkännagivande av den 18 december 1978 om bedömning av vissa underleverantörsavtal med avseende på artikel 85.1 i EEG-fördraget (EGT C 1, 3.1.1979, s. 2).
- ⁽⁴⁵⁾ Se punkt 3 i kommissionens tillkännagivande om underleverantörsavtal, som nämns i fotnot 44.
- ⁽⁴⁶⁾ Se också avsnitt 3.2.6.1.

som omfattas av den licensierade tekniken och att återlämna det förbättrade teknikpaketet till licensgivaren⁽⁴⁷⁾. Huvudsyftet med sådana avtal är att tillhandahålla forsknings- och utvecklingstjänster för att förbättra tekniken i stället för att producera varor och tjänster med den licensierade tekniken.

3.2.5 Varaktighet

67. Under den tid som förordningen om tekniköverföringsavtal är i kraft (dvs. till den 30 april 2026), gäller gruppundantaget så länge som den licensierade immateriella rättigheten inte har förfallit, löpt ut eller blivit förklarad ogiltig. För know-how gäller gruppundantaget så länge som en licensierad know-how förblir hemlig, utom när den blir allmänt känd till följd av licenstagarens åtgärder, då undantaget gäller under avtalets löptid (se artikel 2 i förordningen om tekniköverföringsavtal).
68. Gruppundantaget gäller varje licensierad teknikrättighet som omfattas av avtalet och upphör att gälla den dag då den sista teknikrättighet som avses i förordningen om tekniköverföringsavtal löper ut, blir ogiltig eller blir allmänt känd.

3.2.6 Sambandet med andra gruppundantagsförordningar

69. Förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar avtal mellan två företag om licensiering av teknikrättigheter i syfte att producera avtalsprodukter. Teknikrättigheter kan dock vara ett inslag även i andra typer av avtal. Dessutom säljs de produkter som innehåller den licensierade tekniken senare på marknaden. Det är därför nödvändigt att hantera samspelet mellan förordningen om tekniköverföringsavtal och kommissionens förordning (EU) nr 1218/2010⁽⁴⁸⁾ om specialiseringsavtal, kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 om avtal om forskning och utveckling⁽⁴⁹⁾ och kommissionens förordning (EU) nr 330/2010⁽⁵⁰⁾ om vertikala avtal.

3.2.6.1 Gruppundantagsförordningarna om specialiseringsavtal och avtal om forskning och utveckling

70. Förordningen om tekniköverföringsavtal gäller inte licensiering i samband med specialiseringsavtal som omfattas

av förordning (EU) nr 1218/2010 eller licensiering i samband med avtal om forskning och utveckling som omfattas av förordning (EU) nr 1217/2010 (se skäl 7 och artikel 9 i förordningen om tekniköverföringsavtal).

71. Enligt artikel 1.1 d i förordning (EU) nr 1218/2010 om specialiseringsavtal omfattar den förordningen särskilt avtal om gemensam produktion, varigenom två eller flera parter åtar sig att gemensamt producera vissa produkter. Förordningen omfattar även bestämmelser om överlåtelse eller utnyttjande av immateriella rättigheter under förutsättning att dessa bestämmelser inte utgör det primära syftet med avtalet, men är direkt knutna till avtalet och nödvändiga för genomförandet av det.
72. Om företag bildar ett gemensamt företag och ger det gemensamma företaget licens att utnyttja teknik som används i produktionen av de produkter som produceras av det gemensamma företaget, omfattas detta licensavtal av förordning (EU) nr 1218/2010 om specialiseringsavtal och inte av förordningen om tekniköverföringsavtal. På samma sätt ska licensiering till ett gemensamt företag inriktat på produktion i regel bedömas enligt förordning (EU) nr 1218/2010. Om det gemensamma företaget emellertid licensierar teknik till tredje man, är verksamheten inte knuten till det gemensamma företags produktion och omfattas därför inte av den förordningen. I sådana licensavtal sammanförs parternas teknik och de utgör därför teknikpooler, som behandlas i avsnitt 4.4 i dessa riktlinjer.
73. Förordning (EU) nr 1217/2010 om avtal om forskning och utveckling omfattar avtal genom vilka ett eller flera företag kommer överens om att bedriva gemensam forskning och utveckling och att gemensamt utnyttja resultaten från denna verksamhet. Enligt artikel 1.1 m i den förordningen är det fråga om gemensam forskning och utveckling och gemensamt utnyttjande av resultaten när arbetet i fråga utförs av en gemensam arbetsgrupp eller organisation eller ett gemensamt företag, har gemensamt anför trots en tredje man, eller fördelas mellan parterna med utnyttjande av specialisering inom forskning, utveckling, produktion eller distribution, inklusive licensiering. Den förordningen omfattar även avtal om beställd forskning och utveckling, genom vilka två eller fler företag kommer överens om att forskningen och utvecklingen ska bedrivas av en part och finansieras av en annan part, med eller utan gemensamt utnyttjande av resultaten (se artikel 1.1 a vi) i förordning (EU) nr 1217/2010).
74. Av detta följer att förordning (EU) nr 1217/2010 om avtal om forskning och utveckling omfattar licensiering mellan parterna och från parterna till en gemensam enhet inom ramen för ett avtal om forskning och utveckling. Sådan licensiering omfattas endast av förordning (EU) nr 1217/2010 och inte av förordningen om tekniköverföringsavtal. Inom ramen för sådana avtal kan parterna också fastställa villkoren för att licensiera resultaten från avtalet om forskning och utveckling till tredje man. Efter som licenstagare som utgör tredje man inte är parter i

⁽⁴⁷⁾ Detta sistnämnda exempel omfattas emellertid av förordning (EU) nr 1217/2010, citerad i fotnot 49, se även avsnitt 3.2.6.1.

⁽⁴⁸⁾ Kommissionens förordning (EU) nr 1218/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av specialiseringsavtal (EUT L 335, 18.12.2010, s. 43).

⁽⁴⁹⁾ Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av avtal om forskning och utveckling (EUT L 335, 18.12.2010, s. 36).

⁽⁵⁰⁾ Se fotnot 42.

avtalet om forskning och utveckling, omfattas ett licensavtal som ingås med tredje man inte av förordning (EU) nr 1217/2010. Det licensavtalet omfattas av gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal om villkoren i den är uppfyllda.

3.2.6.2 Förordningen om gruppundantag för vertikala avtal

75. Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 om vertikala avtal omfattar avtal som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet, är verksam i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster. Därmed omfattar förordningen leverans- och distributionsavtal ⁽⁵¹⁾.
76. Med tanke på att förordningen om tekniköverföringsavtal endast omfattar avtal mellan två parter och att en licensstagare som säljer produkter som innehåller den licensierade tekniken är en leverantör enligt förordning (EU) nr 330/2010, finns det ett nära samband mellan dessa två gruppundantagsförordningar. Avtalet mellan licensgivaren och licenstagaren omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal, medan avtal som ingås mellan en licensstagare och köpare av avtalsprodukterna omfattas av förordning (EU) nr 330/2010 och riktlinjerna om vertikala begränsningar ⁽⁵²⁾.
77. Undantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar även avtal mellan licensgivaren och licenstagaren där det föreskrivs hur licenstagaren ska sälja produkterna som innehåller den licensierade tekniken. Framför allt kan licenstagaren åläggas att inrätta en viss typ av distributionssystem, till exempel ensamåterförsäljning eller selektiv distribution. För att distributionsavtal som ingåtts i syfte att genomföra sådana skyldigheter ska omfattas av ett gruppundantag måste de dock vara förenliga med förordning (EU) nr 330/2010. Licensgivaren kan till exempel ålägga licenstagaren att inrätta ett system med ensamåterförsäljning i enlighet med bestämda regler. Det följer dock av artikel 4 b i förordning (EU) nr 330/2010 att återförsäljare i regel ska kunna bedriva passiv försäljning till de områden som licenstagarens andra ensamåterförsäljare har ensamrätt till.
78. Dessutom ska återförsäljarna, enligt förordning (EU) nr 330/2010 om vertikala avtal, i princip ha rätt att sälja både aktivt och passivt till områden som omfattas av andra leverantörers distributionssystem, det vill säga andra licensstagare som producerar sina egna produkter med de licensierade tekniskrättigheterna. Orsaken är att varje licenstagare enligt förordning (EU) nr 330/2010 är en separat leverantör. Motiven bakom det gruppundantag för

begränsningar för aktiv försäljning inom en leverantörs distributionssystem som fastställs i den förordningen kan dock också gälla om olika licenstagare säljer de produkter som innehåller den licensierade tekniken under ett gemensamt varumärke som ägs av licensgivaren. När de produkter som innehåller den licensierade tekniken säljs under ett gemensamt varumärke, kan det ur effektivitetssynpunkt finnas skäl att tillämpa samma typer av begränsningar mellan licenstagarnas distributionssystem som inom ett enda vertikalt distributionssystem. I sådana fall är det osannolikt att kommissionen skulle ha invändningar mot begränsningar som uppfyller kraven i förordning (EU) nr 330/2010. För att det ska vara fråga om ett gemensamt varumärke ska produkterna säljas och marknadsföras under ett gemensamt varumärke som är det mest framträdande varumärket när det gäller att förmedla information till konsumenterna om kvalitet och andra relevanta faktorer. Det räcker inte med att produkten förutom licenstagarens varumärken också bär licensgivarens varumärke, som talar om att det är licensgivaren som ligger bakom den licensierade tekniken.

3.3 Tröskelvärden för marknadsandelar för att gruppundantaget ska gälla

79. Enligt artikel 3 i förordningen om tekniköverföringsavtal omfattas gruppundantaget för begränsande avtal, det vill säga gruppundantaget i förordningen, av tröskelvärden för marknadsandelar, vilket begränsar gruppundantagets räckvidd till avtal som kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 i fördraget, även om det kan hända att de begränsar konkurrensen. Utanför det gruppundantag som skapas av tröskelvärdena för marknadsandelar krävs en individuell bedömning. Att marknadsandelarna överskrider tröskelvärdena ger inte upphov till någon presumtion om att avtalet omfattas av artikel 101.1 eller att det inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. I avsaknad av särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i förordningen om tekniköverföringsavtal krävs det en analys av marknaden.

Relevanta tröskelvärden för marknadsandelar

80. Vilket tröskelvärde för marknadsandelar som ska tillämpas med avseende på gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal beror på om det är fråga om ett avtal mellan konkurrenter eller mellan icke-konkurrenter.
81. Tröskelvärdena för marknadsandelar gäller både de relevanta marknaderna för de licensierade tekniskrättigheterna och den relevanta marknaden för avtalsprodukterna. Om det tillämpliga tröskelvärdet för marknadsandelar överskrider på en eller flera produkt- och teknikmarknader, gäller inte gruppundantaget för avtalet för den eller de relevanta marknaderna. Till exempel om licensavtalet gäller två separata produktmarknader kan den ena av marknaderna men inte den andra omfattas av gruppundantaget.

⁽⁵¹⁾ Se även broschyren "Konkurrenspolitik i Europa – Konkurrensreglerna för leverans- och distributionsavtal", Europeiska kommissionen, Europeiska unionens publikationsbyrå 2012, Luxemburg.

⁽⁵²⁾ EUT L 102, 23.4.2010, s. 1 respektive EUT C 130, 19.5.2010, s. 1.

82. Enligt artikel 3.1 i förordningen om tekniköverföringsavtal gäller gruppundantaget i artikel 2 i den förordningen avtal mellan konkurrenter på det villkoret att parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 20 % på någon relevant marknad. Tröskelvärdet för marknadsandelar i artikel 3.1 i förordningen om tekniköverföringsavtal är tillämplig om parterna är faktiska konkurrenter eller potentiella konkurrenter på produktmarknaderna och/eller faktiska konkurrenter på teknikmarknaden (för distinktionen mellan konkurrenter och icke-konkurrenter, se punkterna (27) och följande).

83. Potentiell konkurrens på teknikmarknaden beaktas inte vid tillämpningen av tröskelvärdet för marknadsandelar eller förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar som avser avtal mellan konkurrenter. Utanför gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal beaktas potentiell konkurrens på teknikmarknaden, men detta leder inte till tillämpning av den förteckning över särskilt allvarliga begränsningar som gäller avtal mellan konkurrenter.

84. Om de företag som är parter i licensavtalet inte är konkurrenter, är tröskelvärdet för marknadsandelar i artikel 3.2 i förordningen om tekniköverföringsavtal tillämpligt. Ett avtal mellan icke-konkurrenter omfattas således avtalet av gruppundantaget om marknadsandelen för vardera parten uppgår till högst 30 % på de berörda relevanta teknik- och produktmarknaderna.

85. Om parterna bli konkurrenter i den mening som avses i artikel 3.1 i förordningen om tekniköverföringsavtal vid en senare tidpunkt, till exempel om licenstagaren redan innan licensen beviljades var närvarande på den relevanta marknad där avtalsprodukterna säljs och licensgivaren senare blir en faktisk eller potentiell leverantör på samma relevanta marknad, kommer tröskelvärdet på 20 % att tillämpas från den tidpunkt då de blev konkurrenter. I detta fall kommer avtalet dock att omfattas av förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar som avser avtal mellan icke-konkurrenter, såvida inte avtalet ändras senare i materiellt hänseende (se artikel 4.3 i förordningen om tekniköverföringsavtal och punkt (39) i dessa riktlinjer).

Beräkning av marknadsandelar på teknikmarknader för tillämpning av gruppundantaget

86. Beräkningen enligt förordningen om tekniköverföringsavtal av marknadsandelar på de relevanta marknader där teknikrättigheterna licensieras avviker från gängse praxis av de skäl som anges i punkt (87) i dessa riktlinjer. När det gäller teknikmarknader följer det av artikel 8 d i förordningen om tekniköverföringsavtal att licensgivarens marknadsandel, både för produkten och den geografiska

dimensionen av den relevanta marknaden, ska beräknas på grundval licensgivarens och dennes licenstagares försäljning av produkter som innehåller den licensierade tekniken. Enligt denna metod beräknas licensgivarens och dennes licenstagares sammanlagda försäljning av avtalsprodukter som en del av all försäljning av konkurrerande produkter, oavsett om dessa konkurrerande produkter produceras med licensierad teknik.

87. Denna metod att beräkna licensgivarens marknadsandel på teknikmarknaden som dennes "fotavtryck" på produkt-nivå har valts på grund av de praktiska svårigheterna med att beräkna en licensgivares marknadsandel på grundval av intäkterna från licensavgifter (se punkt (25)). Utöver de allmänna svårigheterna med att få tillförlitliga uppgifter om intäkter från licensavgifter kan de faktiska intäkterna dessutom kraftigt undervärdera den ställning en viss teknik har på marknaden, om betalningen av licensavgifter minskar på grund av ömsesidig licensiering eller leverans av produkter som omfattas av kopplingsförbehåll. Att basera licensgivarens marknadsandel på teknikmarknaden på de produkter som produceras med den tekniken jämfört med produkter som produceras med konkurrerande teknik skulle inte medföra denna risk. Ett sådant fotavtryck på produktnivå återspeglar i allmänhet väl den marknadsställning som tekniken i fråga har.

88. Helst ska detta fotavtryck beräknas genom att de produkter som produceras med intern teknik som inte licensieras ut utesluts från produktmarknaden, eftersom denna interna teknik endast indirekt begränsar den licensierade tekniken. Eftersom det i praktiken kan vara svårt för licensgivare och licenstagare att veta om andra produkter på samma produktmarknad produceras med licensierad eller intern teknik, bygger beräkningen av andelen av teknikmarknaden, i den mening som avses i förordningen om tekniköverföringsavtal, på de produkter som produceras med den licensierade tekniken som en del av samtliga produkter som säljs på den produktmarknaden. Denna metod, som baseras på teknikens fotavtryck på de samlade produktmarknaderna, kan väntas minska den beräknade marknadsandelen genom att produkter som produceras med intern teknik tas med, men ger ändå i allmänhet en bra indikation om teknikens styrka. För det första fångar den upp potentiell konkurrens från företag som producerar med egen teknik och som sannolikt kommer att börja licensiera vid en liten men bestående höjning av licensavgifterna. För det andra behöver licensgivaren inte nödvändigtvis ha marknads-makt på teknikmarknaden trots en hög andel av licensintäkterna, inte ens när det är osannolikt att andra teknikinnehavare skulle börja licensiera. Om det råder normala konkurrensförhållanden på produktmarknaden i efterföljande led, kan konkurrens i detta led effektivt begränsa licensgivarens handlingsfrihet. En höjning av licensavgifterna i tidigare marknadsled påverkar licenstagarens kostnader, vilket försämrar dennes konkurrenskraft och kan orsaka minskad försäljning. En tekniks andel av produktmarknaden fångar också upp denna faktor och är därför i regel en bra indikator på licensgivarens marknads-makt på teknikmarknaden.

89. För att en tekniks styrka ska kunna uppskattas måste också teknikmarknadens geografiska dimension beaktas. Den kan ibland skilja sig från den geografiska dimensionen för respektive produktmarknad i senare led. Vid tillämpningen av förordningen om tekniköverföringsavtal bestäms den relevanta teknikmarknadens geografiska dimension också av produktmarknaderna. Utanför gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal kan det vara lämpligt att eventuellt också överväga ett större geografiskt område, inom vilket licensgivaren och licensstagare av konkurrerande teknik medverkar i beviljande av licenser för dessa tekniker, inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och vilket kan särskiljas från angränsande områden därför att konkurrensvillkoren är väsentligt annorlunda inom dessa områden.

90. För nya tekniker som inte genererade någon försäljning under det föregående kalenderåret anges en marknadsandel på noll. När försäljningen inleds kommer tekniken att börja ta marknadsandelar. Om marknadsandelen senare överstiger det tillämpliga tröskelvärdet på 20 % eller 30 % fortsätter gruppundantaget att gälla under en period av två på varandra följande kalenderår efter det år då tröskelvärdet överskreds (se artikel 8 e i förordningen om tekniköverföringsavtal).

Beräkning av marknadsandelar på produktmarknader för tillämpning av gruppundantaget

91. När det gäller relevanta marknader där avtalsprodukterna säljs ska licenstagarens marknadsandel beräknas på grundval av licenstagarens försäljning av produkter som innehåller licensgivarens teknik och konkurrerande produkter, dvs. licenstagarens sammanlagda försäljning på den berörda produktmarknaden. Om licensgivaren också levererar produkterna i fråga på den relevanta marknaden, ska också licensgivarens försäljning på den berörda produktmarknaden beaktas. Andra licenstagares försäljning ska dock inte beaktas när man beräknar licenstagarens och licensgivarens marknadsandelar på produktmarknaderna.

92. Marknadsandelar bör beräknas på grundval av försäljningsvärdet under det föregående året när sådana uppgifter finns tillgängliga. Sådana uppgifter ger i regel en mer korrekt bild av en tekniks styrka än uppgifter om volym. Om det inte finns uppgifter om värde, kan emellertid uppgifter som bygger på annan tillförlitlig marknadsinformation användas, bland annat uppgifter om försäljningsvolym.

93. De principer som anges i avsnitt 3.3 i dessa riktlinjer kan illustreras med hjälp av följande exempel:

Licensiering mellan icke-konkurrenter

Exempel 1

Företag A, som har specialiserat sig på att utveckla biotekniska produkter och tekniker, har utvecklat en ny produkt som kallas Xeran. Företaget är inte verksamt som tillverkare av Xeran, eftersom man varken har produktions- eller distributionsmöjligheter till detta. Företag B är ett av de företag som producerar en konkurrerande produkt, som produceras med allmänt tillgängliga tekniker som inte är någons egendom. Under år 1 sålde B produkter som producerats med de allmänt tillgängliga tek-

nikerna för 25 miljoner EUR. Under år 2 ger företag A företag B licens att producera Xeran. Under det året säljer B produkter som producerats med de allmänt tillgängliga teknikerna för 15 miljoner euro och Xeran till ett värde av 15 miljoner EUR. Under år 3 och följande år producerar och säljer B endast Xeran till ett värde av 40 miljoner EUR per år. Under år 2 licensierar A också till C. C har inte tidigare varit verksamt på den produktmarknaden. C producerar och säljer endast Xeran, för 10 miljoner euro år 2 och 15 miljoner EUR år 3 och därefter. Det är fastställt att den sammanlagda marknaden för Xeran och dess substitut där B och C är verksamma är värd 200 miljoner EUR per år.

Under år 2, det år då licensavtalen ingås, är A:s marknadsandel på teknikmarknaden 0 %, eftersom marknadsandelen måste beräknas på grundval av den sammanlagda försäljningen av Xeran under det föregående året. Under år 3 är A:s marknadsandel på teknikmarknaden 12,5 %, vilket motsvarar värdet av Xeran producerat av B och C under år 2. Under år 4 och därefter är A:s marknadsandel på teknikmarknaden 27,5 %, vilket motsvarar värdet av Xeran producerat av B och C under det föregående året.

Under år 2 är B:s marknadsandel på teknikmarknaden 12,5 %, vilket motsvarar B:s försäljning på 25 miljoner EUR under år 1. Under år 3 är B:s marknadsandel på teknikmarknaden 15 %, vilket motsvarar B:s försäljning på 30 miljoner EUR under år 2. Under år 4 och därefter är B:s marknadsandel på teknikmarknaden 20 %, eftersom B säljer för 40 miljoner EUR per år. C:s marknadsandel på den produktmarknaden är 0 % under år 1 och 2, 5 % under år 3 och 7,5 % därefter.

Eftersom licensavtalen mellan A och B, och mellan A och C, är avtal mellan icke-konkurrenter, och A:s, B:s och C:s respektive marknadsandel är mindre än 30 % varje år, omfattas varje avtal av gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal.

Exempel 2

Situationen är densamma som i exempel 1 förutom att B och C nu är verksamma på olika geografiska marknader. Det är fastställt att den sammanlagda marknaden för Xeran och dess substitut är värd 100 miljoner EUR per år på varje geografisk marknad.

I detta fall måste A:s marknadsandel på de relevanta teknikmarknaderna beräknas på grundval av uppgifter om produktförsäljning för var och en av de två geografiska produktmarknaderna separat. Eftersom den sammanlagda marknaden i detta exempel antas uppgå till 100 miljoner EUR, dvs. hälften av den marknadsstorlek som angavs i exempel 1, är A:s marknadsandel 0 % under år 2, 15 % under år 3 och 40 % därefter. B:s marknadsandel är 25 % under år 2, 30 % under år 3 och 40 % år 3 och därefter. Under år 2 och 3 överskrider varken A:s eller B:s marknadsandel tröskelvärdet på 30 %. Tröskelvärdet överskrider

emellertid från och med år 4, vilket betyder att licensavtalet mellan A och B efter år 6 inte längre kan dra fördel av gruppundantaget, utan i enlighet med artikel 8.2 i förordningen om tekniköverföringsavtal måste bedömas individuellt.

A:s marknadsandel av teknikmarknaden, grundad på C:s försäljning under det föregående året, är därför 0 % under år 2, 10 % under år 3 och 15 % därefter. C:s marknadsandel på produktmarknaden är densamma: C:s marknadsandel på produktmarknaden är densamma, dvs. 0 % under år 2, 10 % under år 3 och 15 % därefter. Licensavtalet mellan A och C kan därför dra fördel av gruppundantaget under hela perioden.

Licensiering mellan konkurrenter

Exempel 3

Företag A och B är verksamma på samma relevanta produktmarknad och geografiska marknad för en viss kemisk produkt. Båda äger också varsitt patent på olika tekniker för att producera denna produkt. Under år 1 undertecknar A och B ett ömsesidigt licensavtal genom vilket de ger varandra licens att använda varandras tekniker. Under år 1 producerar A och B endast med sina respektive tekniker och A säljer produkten till ett värde av 15 miljoner och B till ett värde av 20 miljoner. Från och med år 2 använder båda både sin egen teknik och den andras teknik. Från det året och framåt säljer A produkten producerad med sin egen teknik till ett värde av 10 miljoner euro och producerad med B:s teknik till ett värde av 10 miljoner EUR. Från år 2 och framåt säljer B produkten producerad med sin egen teknik till ett värde av 15 miljoner euro och producerad med A:s teknik till ett värde av 10 miljoner EUR. Det är fastställt att den sammanlagda marknaden för produkten och dess substitut är värd 100 miljoner euro per år.

För att kunna bedöma licensavtalet enligt förordningen om tekniköverföringsavtal måste man beräkna A:s och B:s andelar av både teknik- och produktmarknaden. A:s marknadsandel på teknikmarknaden beror på försäljningsvolymen under det föregående året för produkten producerad av både A och B med A:s teknik. Under år 2 är A:s marknadsandel på teknikmarknaden därför 15 %, vilket motsvarar A:s egen produktion och försäljning för 15 miljoner euro under år 1. Från och med år 3 är A:s marknadsandel på teknikmarknaden 20 %, vilket motsvarar försäljningsvärdet 20 miljoner euro för produkten producerad med A:s teknik och producerad och såld av A och B (10 miljoner EUR vardera). Även B:s marknadsandel på teknikmarknaden är 20 % under år 2 och 25 % därefter.

A:s och B:s marknadsandelar på produktmarknaden beror på deras försäljning av produkten under det föregående året, oavsett vilken teknik som använts. A:s marknadsandel på produktmarknaden är 15 % under år 2 och 20 % därefter. B:s marknadsandel på produktmarknaden är 20 % under år 2 och 25 % därefter.

Eftersom avtalet har ingåtts mellan konkurrenter, måste deras sammanlagda marknadsandel både på teknikmarknaden och på produktmarknaden vara mindre än tröskelvärdet 20 % för att avtalet ska omfattas av gruppundantaget. Det är inte fallet här. Den sammanlagda marknadsandelen på teknikmarknaden och på produktmarknaden är 35 % under år 2 och 45 % därefter. Detta avtal mellan konkurrenter ska därför bedömas individuellt.

3.4 Särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar enligt gruppundantagsförordningen

3.4.1 Allmänna principer

94. I artikel 4 i förordningen om tekniköverföringsavtal finns en förteckning över särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. En begränsning bedöms som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning beroende på dess art och erfarenhet som visar att sådana begränsningar nästan alltid hämmar konkurrensen. I överensstämmelse med domstolens och tribunalens rättspraxis⁽⁵³⁾ kan en sådan begränsning vara ett uttalat syfte med avtalet eller en följd av omständigheterna i det enskilda fallet (se punkt (14)). Särskilt allvarliga begränsningar kan i undantagsfall vara objektivt nödvändiga för ett avtal av en viss typ eller karaktär⁽⁵⁴⁾ och därför falla utanför artikel 101.1 i fördraget. Dessutom kan företagen i ett enskilt ärende alltid yrka att det rör sig om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3⁽⁵⁵⁾.

95. Det följer av artikel 4.1 och 4.2 i förordningen om tekniköverföringsavtal att ett avtal om tekniköverföring faller utanför gruppundantaget helt och hållet om det innehåller en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning. Vid tillämpning av förordningen om tekniköverföringsavtal kan särskilt allvarliga begränsningar inte skiljas från resten av avtalet. Vidare anser kommissionen att det vid en individuell bedömning är osannolikt att särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar uppfyller de fyra villkoren i artikel 101.3 (se punkt (18)).

96. I artikel 4 i förordningen om tekniköverföringsavtal skiljer man mellan avtal mellan konkurrenter och avtal mellan icke-konkurrenter.

3.4.2 Avtal mellan konkurrenter

97. I artikel 4.1 i förordningen om tekniköverföringsavtal förtecknas de särskilt allvarliga konkurrensbegränsningarna vid licensiering mellan konkurrenter. Enligt artikel 4.1 omfattar förordningen om tekniköverföringsavtal inte avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, syftar till något av följande:

a) att begränsa en parts möjligheter att fastställa sina priser när denne säljer produkter till tredje man,

⁽⁵³⁾ Se till exempel den rättspraxis som det hänvisas till i fotnot 16.

⁽⁵⁴⁾ Se punkt 18 i kommissionens riktlinjer om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 33.

⁽⁵⁵⁾ Domen i mål T-17/93, Matra, REG 1994, s. II-595, punkt 85.

b) att begränsa produktionen, utom begränsningar av produktionen av avtalsprodukter, om dessa begränsningar har ålagts licenstagaren genom ett ensidigt avtal eller ålagts endast en av licenstagarna genom ett ömsesidigt avtal,

c) att dela upp marknader eller kundunderlag, med undantag för

i) en skyldighet för licensgivaren och/eller licenstagaren, ålagd genom ett ensidigt avtal, att inte producera med de licensierade tekniskrättigheterna inom det exklusiva område som förbehållits den andra parten och/eller att inte sälja aktivt och/eller passivt till det exklusiva område eller till den exklusiva kundgrupp som förbehållits den andra parten.

ii) en begränsning i ett ensidigt avtal av licenstagarens aktiva försäljning till det exklusiva område eller till den exklusiva kundgrupp som licensgivaren tilldelat en annan licenstagare, förutsatt att sistnämnda licenstagare inte var ett konkurrerande företag till licensgivaren när dess egen licens beviljades,

iii) licenstagarens skyldighet att producera avtalsprodukterna endast för eget bruk, förutsatt att licenstagaren inte är ålagd begränsningar för aktiv eller passiv försäljning av avtalsprodukterna som reservdelar för sina egna produkter,

iv) licenstagarens skyldighet enligt ett ensidigt avtal att producera avtalsprodukterna endast för en viss kund, om licensen beviljades för att skapa en alternativ leveranskälla för den kunden,

d) att begränsa licenstagarens möjligheter att utnyttja sina egna tekniskrättigheter eller begränsa möjligheterna för någon av avtalsparterna att bedriva forskning och utveckling, om inte en begränsning av sistnämnda slag är nödvändig för att hindra att licensierad know-how avslöjas för tredje man.

Skillnad mellan ömsesidiga avtal och ensidiga avtal mellan konkurrenter

98. För vissa särskilt allvarliga begränsningar görs det i förordningen om tekniköverföringsavtal skillnad mellan ömsesidiga avtal och ensidiga avtal. Förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar är strängare för ömsesidiga avtal än för ensidiga avtal mellan konkurrenter. Ömsesidiga avtal är licensavtal där de licensierade teknikerna är konkurrerande tekniker eller kan användas för produktion av konkurrerande produkter. Ett ensidigt avtal är ett avtal där bara den ena parten licensierar sina tekniskrättigheter till den andra parten eller där de licensierade teknikerna vid ömsesidig licensiering inte är konkurrerande tekniker och de rättigheter som licensierats inte kan användas för produktion av konkurrerande produkter. Ett avtal är inte ömsesidigt vid tillämpning av förordningen om tekniköverföringsavtal bara därför att det innehåller en grantback-skyldighet eller därför att licenstagaren licensierar tillbaka egna förbättringar av den licensierade tekniken. Om ett ensidigt avtal senare blir ett ömsesidigt avtal på grund av att samma parter ingått en andra licens, kan det hända att dessa parter måste ändra den första licensen för att undvika att avtalet innehåller en särskilt allvarlig begränsning. Vid bedömningen av ett enskilt ärende kommer kommissionen att ta hänsyn till hur lång tid som förflutit mellan ingåendet av den första och den andra licensen.

Prisbegränsningar mellan konkurrenter

99. Den särskilt allvarliga konkurrensbegränsningen i artikel 4.1 a i förordningen om tekniköverföringsavtal avser avtal mellan konkurrenter som har till syfte att fastställa priser för produkter som säljs till tredje man, inbegripet de produkter som innehåller den licensierade tekniken. Fastställande av priser konkurrer emellan utgör en konkurrensbegränsning som har till syfte att begränsa konkurrensen. Fastställande av priser kan bestå av ett direkt avtal om det exakta priset eller en prislista med vissa tillåtna maximirabatter. Det har ingen betydelse om avtalet avser fasta priser, minimipriser, maximipriser eller rekommenderade priser. Priser kan också fastställas indirekt genom avskräckande åtgärder som ska hindra att man avviker från en överenskommen prisnivå. Ett exempel på en sådan åtgärd är att man fastställer att licensavgifterna kommer att höjas om produktpriserna sänks under en viss nivå. En skyldighet som åläggs licenstagaren att betala en viss lägsta licensavgift utgör dock inte i sig fastställande av priser.

100. Om licensavgifterna beräknas på grundval av individuell produktförsäljning, påverkar licensavgiftens storlek direkt produktens marginalkostnad och därmed produktpriset⁽⁵⁶⁾. Konkurrenter kan därför använda ömsesidig licensiering med ömsesidigt löpande licensavgifter som ett sätt att samordna och/eller höja priserna på produktmarknader

⁽⁵⁶⁾ Se i detta hänseende punkt 98 i riktlinjerna om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 3.

i senare led⁽⁵⁷⁾. Kommissionen kommer emellertid att behandla ömsesidiga licenser med ömsesidigt löpande licensavgifter som fastställande av priser endast om avtalet inte har något som helst konkurrensfrämjande syfte och därför inte utgör ett äkta licensavtal. I sådana fall, där avtalet inte skapar något värde och därför inte har någon giltig företagsekonomisk grund, är arrangemanget falskt och utgör en kartell.

101. De särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar som anges i artikel 4.1 a i förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar också avtal i vilka licensavgifterna beräknas på grundval av all produktförsäljning, oberoende av om den licensierade tekniken utnyttjas. Sådana avtal omfattas också av artikel 4.1 d, enligt vilken licenstagaren inte får åläggas några begränsningar för användningen av sina egna teknikrättigheter (se punkt (116) i dessa riktlinjer). I regel begränsar sådana avtal konkurrensen, eftersom avtalet gör det dyrare att utnyttja licenstagarens egna konkurrerande teknikrättigheter och begränsar den konkurrens som fanns utan avtalet.⁽⁵⁸⁾ Detta gäller både ömsesidiga och ensidiga avtal.

102. I undantagsfall kan dock ett avtal genom vilket licensavgifterna beräknas på grundval av all produktförsäljning uppfylla villkoren i artikel 101.3. Detta gäller i ett enskilt fall där det på grundval av objektiva faktorer kan fastställas att begränsningen är nödvändig för att det ska förekomma konkurrensfrämjande licensiering. Detta kan vara fallet om det utan begränsningen skulle vara omöjligt eller orimligt svårt att beräkna och övervaka den licensavgift som licenstagaren ska betala, till exempel på grund av att licensgivarens teknik inte lämnar några synliga spår i slutprodukten och det inte finns några alternativa övervakningsmetoder som går att genomföra i praktiken.

Produktionsbegränsningar mellan konkurrenter

103. Den särskilt allvarliga konkurrensbegränsning som anges i artikel 4.1 b i förordningen om tekniköverföringsavtal gäller ömsesidiga begränsningar av parternas produktion. En produktionsbegränsning är en begränsning av hur mycket en part får producera och sälja. Artikel 4.1 b omfattar inte produktionsbegränsningar som åläggs licenstagaren i ett ensidigt avtal eller produktionsbegränsningar som åläggs en av licenstagarna i ett ömsesidigt avtal, under förutsättning att produktionsbegränsningen endast avser produkter som producerats med den licensierade tekniken. I artikel 4.1 b fastställs således att ömsesidiga produktionsbegränsningar för parterna och produktionsbegränsningar

för licensgivaren som avser dennes egen teknik är särskilt allvarliga begränsningar. Om konkurrenter kommer överens om att ålägga varandra ömsesidiga produktionsbegränsningar, är avtalets syfte och sannolika resultat att minska produktionen på marknaden. Detta gäller även avtal som minskar parternas incitament att öka produktionen, till exempel genom att man tillämpar ömsesidigt löpande licensavgifter per enhet, vilka ökar när produktionen ökar, eller ålägger vardera parten att betala om en viss produktionsnivå överskrids.

104. Att ensidiga kvantitetsbegränsningar får en gynnsammare behandling beror på att en ensidig begränsning inte nödvändigtvis leder till lägre produktion på marknaden och på att risken för att avtalet inte är ett äkta licensavtal också är mindre när begränsningen är ensidig. Om en licenstagare är villig att godta en ensidig begränsning, är det sannolikt att avtalet leder till en verklig integrering av kompletterande teknik eller till effektivitetsvinster som främjar integreringen av licensgivarens överlägsna teknik med licenstagarens produktionsstillgångar. På samma sätt gäller att en produktionsbegränsning för endast en av licenstagarna i ett ömsesidigt avtal sannolikt återspeglar att den teknik som licensierats av en av parterna har ett högre värde och därmed kan uppmuntra till konkurrensfrämjande licensiering.

Uppdelning av marknader eller kundunderlag mellan konkurrenter

105. Den särskilt allvarliga konkurrensbegränsning som anges i artikel 4.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal gäller uppdelning av marknader eller kundunderlag. Avtal genom vilka konkurrenter delar upp marknader och kundunderlag har till sitt syfte att begränsa konkurrensen. Det anses vara fråga om en särskilt allvarlig begränsning om konkurrenter genom ett ömsesidigt avtal kommer överens om att inte producera inom vissa områden eller att inte bedriva aktiv och/eller passiv försäljning till vissa områden eller till vissa kunder som förbehållits den andra parten. Till exempel ömsesidiga exklusiva licenser mellan konkurrenter betraktas således som uppdelning av marknader.

106. Artikel 4.1 c är tillämplig oavsett om licenstagaren har rätt att använda sina egna teknikrättigheter eller inte. När licenstagaren har skaffat utrustning för att använda licensgivarens teknik för att producera en viss produkt, kan det bli kotsamt att bibehålla en separat produktionslinje för en annan teknik för att betjäna kunder som omfattas av begränsningarna. Med tanke på att begränsningarna kan hämma konkurrensen kan licenstagarens incitament att producera med sin egen teknik vara begränsat. Det är mycket osannolikt att sådana begränsningar är nödvändiga för att konkurrensfrämjande licensiering ska förekomma.

⁽⁵⁷⁾ Detta gäller också när en part ger licens till den andra parten och går med på att köpa en fysisk insatsvara från licenstagaren. Inköpspriset kan fungera på samma sätt som licensavgiften.

⁽⁵⁸⁾ Se i detta hänseende EG-domstolens dom av den 25 februari 1986 i mål C-193/83, Windsurfing International, REG. 1986, s. 611, punkt 67 (ej översatt till svenska).

107. Enligt artikel 4.1 c i) är det inte fråga om en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning för licensgivaren i ett ensidigt avtal att bevilja licenstagaren exklusiv licens att bedriva produktion med den licensierade tekniken i ett visst område och således gå med på att inte själv producera avtalsprodukterna i eller tillhandahålla avtalsprodukterna från det området. Sådana exklusiva licenser omfattas av gruppundantaget oavsett områdets räckvidd. Om licensen är världsomfattande innebär den exklusiva licensen att licensgivaren avstår från att gå in på eller vara kvar på marknaden. Gruppundantaget gäller också om licenstagaren i ett ensidigt avtal inte får producera i ett exklusivt område som förbehållits licensgivaren. Syftet med sådana avtal kan vara att ge licensgivaren och/eller licenstagaren ett incitament att investera i och utveckla den licensierade tekniken. Syftet med avtalet behöver därför inte vara att dela upp marknader.
108. Enligt artikel 4.1 c i) och av samma skäl gäller gruppundantaget också ensidiga avtal genom vilka parterna kommer överens om att inte bedriva aktiv eller passiv försäljning till ett exklusivt område eller till en exklusiv kundgrupp som förbehållits den andra parten. Vid tillämpningen av förordningen om tekniköverföringsavtal tolkar kommissionen "aktiv" och "passiv" försäljning med stöd av definitionen i riktlinjerna om vertikala begränsningar⁽⁵⁹⁾. Begränsningar för licenstagare eller licensgivare att aktivt och/eller passivt sälja till den andra partens område eller kundgrupp omfattas av gruppundantaget endast om det området eller den kundgruppen har varit förbehållen denna andra part. Under vissa särskilda omständigheter kan emellertid avtal som innehåller sådana försäljningsrestriktioner i enskilda fall också uppfylla villkoren i artikel 101.3, om ensamrätten delas på ad hoc-basis, t.ex. om den är nödvändig för att lösa en tillfällig brist i den produktion som bedrivs av den licensgivare eller licenstagare som exklusivt tilldelats området eller kundkategorin i fråga. I sådana fall är licensgivaren eller licenstagaren troligen fortfarande tillräckligt skyddade mot aktiv och/eller passiv försäljning för att ha ett incitament att licensiera sin teknik eller investera för att arbeta med den licensierade tekniken. Sådana begränsningar skulle, även i fall där de begränsar konkurrens, främja konkurrensfrämjande spridning och integrering av denna teknik i licenstagarens produktionstillgångar.
109. Det är underförstått att det faktum att licensgivaren utser licenstagaren till sin enda licenstagare inom ett visst område, vilket innebär att tredje man inte kommer att få licens för att producera med licensgivarens teknik inom detta området, inte heller utgör en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning. Sådana ensamlicenser omfattas av gruppundantaget oavsett om avtalet är ömsesidigt eller inte, förutsatt att det inte påverkar parternas möjligheter att fullt ut utnyttja sina egna teknikrättigheter inom sina respektive områden.
110. Enligt artikel 4.1 c ii) omfattar listan över särskilt allvarliga begränsningar inte begränsningar för licenstagarens aktiva försäljning till det område eller den kundgrupp som licensgivaren genom ett ensidigt avtal tilldelat en annan licenstagare. Sådana begränsningar omfattas därför av gruppundantaget under förutsättning att tröskelvärdet för marknadsandelar inte överskrids. Detta förutsätter dock att den skyddade licenstagaren inte var en konkurrent till licensgivaren när avtalet ingicks. Det finns inga skäl för att betrakta sådana begränsningar som särskilt allvarliga begränsningar i en sådan situation. Genom att licensgivaren får rätt att skydda en licenstagare som inte redan finns på marknaden mot aktiv försäljning från licenstagare som är konkurrenter till licensgivaren och som därför redan var etablerade på marknaden, är det sannolikt att sådana begränsningar uppmuntrar licenstagaren att utnyttja den licensierade tekniken på ett effektivare sätt. Om däremot licenstagarna själva skulle komma överens om att inte sälja aktivt eller passivt till vissa områden eller kundgrupper, skulle avtalet utgöra en kartell mellan licenstagarna. Eftersom ett sådant avtal inte omfattar någon överföring av teknik skulle det dessutom falla utanför tillämpningsområdet för förordningen om tekniköverföringsavtal.
111. Artikel 4.1 c iii) innehåller ytterligare ett undantag till den särskilt allvarliga begränsningen i artikel 4.1 c, nämligen begränsningar till produktion för eget bruk (captive use restrictions), dvs. ett krav att licenstagaren får producera de produkter som innehåller den licensierade tekniken endast för eget bruk. Om avtalsprodukten är en komponent, kan licenstagaren således åläggas att producera komponenten endast för sina egna produkter och att inte sälja komponenten till andra producere. Licenstagaren ska dock kunna sälja komponenterna som reservdelar till sina egna produkter och leverera dem till tredje man som tillhandahåller service efter köpet. Begränsningar till produktion för eget bruk kan vara nödvändiga för att främja spridning av teknik, särskilt mellan konkurrenter, och omfattas av gruppundantaget. Sådana begränsningar behandlas också i avsnitt 4.2.5.
112. Slutligen är det enligt artikel 4.1 c iv) inte fråga om en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning om licenstagaren i ett ensidigt avtal åläggs att producera avtalsprodukterna endast för en viss kund för att skapa en alternativ leveranskälla för den kunden. Ett villkor för att artikel 4.1 c v) ska vara tillämplig är således att licensen är begränsad till att skapa en alternativ leveranskälla för kunden i fråga. Det är dock inget villkor att bara en sådan licens beviljas. Artikel 4.1 c iv) gäller också situationer där fler än ett företag har beviljats licens att leverera till samma kund. Artikel 4.1 c iv) gäller oavsett licensavtalets giltighetstid.

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

Till exempel en enstaka licens för att uppfylla de krav som en viss kund ställer för ett projekt omfattas av detta undantag. Risken för att sådana avtal ska leda till uppdelning av marknader är liten, om licensen beviljas endast för att leverera till en viss kund. Under sådana förhållanden kan man framför allt inte anta att avtalet kommer att föranleda licenstagaren att sluta utnyttja sin egen teknik.

113. Begränsningar i avtal mellan konkurrenter som begränsar licensen till en eller flera produktmarknader eller ett eller flera tekniska användningsområden⁽⁶⁰⁾ är inte särskilt allvarliga begränsningar. Sådana begränsningar omfattas av gruppundantaget upp till ett tröskelvärde för marknadsandelar på 20 %, oavsett om avtalet är ömsesidigt eller inte. Sådana begränsningar anses inte ha till syfte att dela upp marknader eller kundunderlag. För att gruppundantaget ska vara tillämpligt får begränsningarna för användningsområdet emellertid inte avse något annat än den licensierade tekniken. Till exempel om licenstagare dessutom åläggs begränsningar inom de tekniska områden inom vilka de kan använda sina egna teknikrättigheter resulterar avtalet i uppdelning av marknader.

114. Gruppundantaget är tillämpligt oavsett om begränsningen av användningsområdet är symmetrisk eller asymmetrisk. En asymmetrisk begränsning av användningsområdet i ett ömsesidigt licensavtal innebär att båda parterna får använda de tekniker för vilken de beviljats licens bara inom olika användningsområden. Så länge som parternas rätt att utnyttja sin egen teknik inte begränsas finns det ingen presumtion om att avtalet leder till att parterna överger eller avstår från att gå in på de områden som omfattas av den andra partens licens. Att licenstagarna skaffar utrustning för att använda den licensierade tekniken inom det licensierade användningsområdet, behöver inte påverka de tillgångar som används för produktion som inte omfattas av licensen. Det är viktigt i detta avseende att begränsningen gäller avgränsade produktmarknader, industrisektorer eller användningsområden och inte kunder, tilldelade per område eller per grupp, som köper produkter som hör till samma produktmarknad eller tekniska användningsområde. Risken för uppdelning av

marknader är betydligt större i det senare fallet (se punkt (106)). Begränsningar av användningsområdet kan dessutom vara nödvändiga för att uppmuntra konkurrensfrämjande licensiering (se punkt (212)).

Begränsningar av parternas möjligheter att bedriva forskning och utveckling

115. Den särskilt allvarliga konkurrensbegränsning som anges i artikel 4.1 d gäller begränsningar av någondera av parternas möjligheter att bedriva forskning och utveckling. Båda parterna ska ha rätt att bedriva oberoende forskning och utveckling. Denna regel gäller oavsett om begränsningen avser ett område som omfattas av licensen eller något annat område. Själva det faktum att parterna kommer överens om att förse varandra med framtida förbättringar av sin respektive teknik utgör dock inte en begränsning av självständig forskning och utveckling. Påverkan på konkurrensen av sådana avtal måste bedömas mot bakgrund av omständigheterna i varje enskilt ärende. Artikel 4.1 d gäller inte heller begränsningar för en part att bedriva forskning och utveckling tillsammans med tredje man, om en sådan begränsning är nödvändig för att skydda licensgivarens know-how från otillbörlig spridning. För att begränsningarna ska omfattas av undantaget krävs att de är nödvändiga och proportionerliga för att skydda licensgivarens know-how från att röjas. Om man i avtalet till exempel utser vissa av licenstagarens anställda till att utbildas i och ansvara för utnyttjandet av licensierad know-how, kan det räcka med att ålägga licenstagaren att inte låta dessa anställda delta i forskning och utveckling med tredje man. Andra säkerhetsåtgärder kan vara lika lämpliga.

Begränsningar av användningen av licenstagarens egen teknik

116. Enligt artikel 4.1 d ska licenstagaren också ha rätt att fritt använda sina egna konkurrerande teknikrättigheter, under förutsättning att han då inte använder de teknikrättigheter som licensierats av licensgivaren. När det gäller de egna teknikrättigheterna får licenstagaren inte åläggas begränsningar för var han får producera eller sälja, inom vilka tekniska användningsområden eller produktmarknader han får producera, hur mycket han får producera eller sälja och till vilket pris han får sälja. Licenstagaren får inte heller åläggas att betala licensavgifter för produkter som producerats med de egna teknikrättigheterna (se punkt (101)). Dessutom ska licenstagaren inte åläggas begränsningar när det gäller att licensiera de egna teknikrättigheterna till tredje man. När begränsningar åläggs licenstagarens rätt att använda sina egna teknikrättigheter eller att bedriva forskning och utveckling tappar licenstagarens teknik konkurrenskraft. Effekten av detta blir att konkurrensen på befintliga produkt- och teknikmarknader minskar liksom licenstagarens incitament att investera i att utveckla och förbättra sin teknik. Artikel 4.1 d omfattar inte begränsningar av licenstagarens användning

⁽⁶⁰⁾ Begränsningar av användningsområdet beskrivs närmare i punkterna (208) ff.

av tredje mans teknik som konkurrerar med den licensierade tekniken. Även om sådana konkurrensklausuler kan få utestängande effekter på tredje mans teknik (se avsnitt 4.2.7) har de i regel inte till effekt att begränsa licensstagarnas incitament att investera i att utveckla och förbättra sin egen teknik.

3.4.3 Avtal mellan icke-konkurrenter

117. I artikel 4.2 i förordningen om tekniköverföringsavtal finns en förteckning över särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar vid licensiering mellan icke-konkurrenter. Enligt denna artikel omfattar förordningen om tekniköverföringsavtal inte avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, syftar till

- a) att begränsa en parts möjligheter att fastställa sina priser när denne säljer produkter till tredje man utan att begränsa möjligheten att ålägga ett högsta försäljningspris eller ett rekommenderat försäljningspris, under förutsättning att det inte får karaktären av ett fast eller lägsta försäljningspris som en följd av påtryckningar eller incitament från någon av parterna,
- b) begränsning av det område inom vilket eller av de kunder till vilka licenstagaren passivt får sälja avtalsprodukterna, med undantag för
 - i) begränsning av passiv försäljning till ett exklusivt område eller till en exklusiv kundgrupp som förbehållits licensgivaren,
 - ii) skyldigheten att producera avtalsprodukterna endast för eget bruk, förutsatt att licenstagaren inte är ålagd begränsningar för aktiv eller passiv försäljning av avtalsprodukterna som reservdelar för sina egna produkter,
 - iii) licenstagarens skyldighet att producera avtalsprodukterna endast för en viss kund, om licensen beviljades för att skapa en alternativ leveranskälla för den kunden,
 - iv) begränsning av licenstagarens försäljning till slutanvändare, om återförsäljaren bedriver verksamhet på grossistnivå,
 - v) begränsning av försäljning till icke auktoriserade återförsäljare som bedrivs av medlemmarna i ett selektivt distributionssystem, och

- c) begränsning av aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare som bedrivs av en licenstagare som är medlem i ett selektivt distributionssystem och som är verksam i detaljhandelsledet, utan att det påverkar möjligheten att förbjuda en medlem av detta system att bedriva verksamhet från en icke auktoriserad etableringssort.

Prisöverenskommelser

118. Den särskilt allvarliga konkurrensbegränsning som anges i artikel 4.2 a gäller fastställande av priser vid försäljning till tredje man. Denna bestämmelse avser närmare bestämt begränsningar som har till direkt eller indirekt syfte att fastställa ett fast eller lägsta försäljningspris eller en fast eller lägsta prisnivå som licensgivaren eller licenstagaren ska iaktta när man säljer produkterna till tredje man. När det gäller avtal som direkt fastställer återförsäljningspriset är begränsningen entydig. Priser kan dock fastställas även indirekt. Exempel på detta är avtal där man fastställer marginaler, fastställer maximala rabatter, kopplar försäljningspriset till konkurrenternas försäljningspris, hot, skrämsel, varningar, påföljder eller uppsägning av avtal om en viss prisnivå inte iakttas. Direkta eller indirekta metoder för att uppnå fastställande av priser kan göras mer effektiva om de kombineras med åtgärder för att identifiera vilka återförsäljare som sänker priserna, t.ex. införande av prisövervakningssystem eller en skyldighet för återförsäljare att rapportera avvikelser från standardpriserna. På liknande sätt kan direkt eller indirekt fastställande av priser göras mer effektivt genom att man kombinerar detta med andra åtgärder som minskar licenstagarens incitament att sänka sitt försäljningspris, till exempel att licensgivaren ålägger licenstagaren att tillämpa en klausul om mest gynnsamma kunder, dvs. en skyldighet att bevilja en kund mer förmånliga villkor än en annan kund. Samma metoder kan användas för att få maximipriser eller rekommenderade priser att fungera som fasta eller lägsta försäljningspriser. Att licensgivaren tillhandahåller en lista över rekommenderade priser eller ålägger licenstagaren ett högsta försäljningspris anses emellertid inte i sig leda till fasta eller lägsta försäljningspriser.

Begränsningar av licenstagarens passiva försäljning

119. Som särskilt allvarliga begränsningar betraktas enligt artikel 4.2 b avtal eller samordnade förfaranden som har till direkt eller indirekt syfte att begränsa licenstagarens passiva försäljning ⁽⁶¹⁾ av produkter som innehåller den licensierade tekniken. ⁽⁶²⁾ En begränsning av licenstagarens passiva försäljning kan vara resultatet av direkta skyldigheter, såsom skyldigheten att inte sälja till vissa kunder eller till

⁽⁶¹⁾ För en definition av passiv försäljning, se punkt (108) i dessa riktlinjer och riktlinjerna om vertikala begränsningar, som det hänvisas till i fotnot 52, punkt 51.

⁽⁶²⁾ Denna särskilt allvarliga begränsning gäller tekniköverföringsavtal om handel inom unionen. Om tekniköverföringsavtal rör export utanför eller import/återimport från länder utanför unionen, se domstolens dom i mål C-306/96, Javico mot Yves Saint Laurent, REG 1998, s. I-1983. I punkt 20 i den domen fastslog domstolen att "ett avtal, genom vilket återförsäljaren gentemot tillverkaren förbinder sig att rikta försäljningen av de produkter som omfattas av avtalet mot en marknad som ligger utanför gemenskapen, inte kan anses ha till syfte att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen inom den gemensamma marknaden och inte i sig kan anses påverka handeln mellan medlemsstaterna".

kunder inom vissa områden eller skyldigheten att föra över beställningar från dessa kunder till andra licenstagare. De kan också vara resultatet av indirekta åtgärder som syftar till att få licenstagaren att avstå från sådan försäljning, till exempel ekonomiska incitament och tillämpning av ett övervakningssystem för att kontrollera den verkliga mottagaren av de licensierade produkterna. Kvantitetsbegränsningar kan vara ett sätt att indirekt begränsa passiv försäljning. Kommissionen kommer inte att anta att kvantitetsbegränsningar i sig tjänar detta syfte. Den kommer dock att anta någonting annat om kvantitetsbegränsningar används till att genomföra ett bakomliggande avtal om marknadsuppdelning. Tecken som tyder på detta är att kvantiteter anpassas över tid så att de endast täcker lokal efterfrågan, kombinerat av kvantitetsbegränsningar och en skyldighet att sälja minimikvantiteter i området, åläggande av lägsta licensavgifter kopplade till försäljningen inom området, differentierade licensavgifter beroende på vart produkterna levereras och kontroll av vart produkter som säljs av enskilda licenstagare levereras. Den allmänna särskilt allvarliga begränsning som omfattar licenstagares passiva försäljning omfattas av flera undantag, som behandlas i punkterna (120)–(125).

120. Undantag 1: Artikel 4.2 b omfattar inte försäljningsbegränsningar (vare sig aktiva eller passiva) som åläggs licensgivaren. Alla försäljningsbegränsningar för licensgivaren omfattas således av gruppundantaget under förutsättning att tröskelvärdet för marknadsandelar på 30 % inte överskrids. Detta gäller även alla begränsningar av licenstagarens aktiva försäljning, med undantag av det som sägs om aktiv försäljning i punkt (125). Gruppundantaget för begränsning av aktiv försäljning bygger på antagandet att sådana begränsningar främjar investeringar, konkurrens med andra medel än priset och förbättringar av kvaliteten på de tjänster som licenstagarna tillhandahåller genom att det löser snålskjuts- och förseningsproblem. Vid begränsning av aktiv försäljning mellan licenstagares områden eller kundgrupper är det inte nödvändigt att den skyddade licenstagaren har beviljats ett exklusivt område eller en exklusiv kundgrupp. Gruppundantaget omfattar också begränsning av aktiv försäljning om mer än en licenstagare har utsetts i ett visst område eller för en viss kundgrupp. Det främjar sannolikt investeringar som förbättrar effektiviteten om en licenstagare kan vara säker på att endast ett begränsat antal licenstagare inom området, och alltså inga licenstagare utanför området, kommer att konkurrera genom aktiv försäljning.

121. Undantag 2: Begränsningar av licenstagares aktiva och passiva försäljning till ett exklusivt område eller till en exklusiv kundgrupp som reserverats för licensgivaren utgör inte några särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar (se artikel 4.2 b i) och omfattas av gruppundantaget. Så länge tröskelvärdet för marknadsandelar inte överskrids förutsätts att sådana begränsningar, trots att de begränsar konkurrensen, främjar konkurrensfrämjande spridning av teknik och integrering av sådan teknik i licenstagarens produktionstillgångar. För att ett område eller en kundgrupp ska förbehållas licensgivaren krävs det inte att denne verkligen producerar med den licensierade tekniken

inom det berörda området eller för den berörda kundgruppen. Ett område eller en kundgrupp kan också förbehållas licensgivaren för att utnyttjas vid ett senare tillfälle.

122. Undantag 3: Enligt artikel 4.2 b ii omfattar gruppundantaget också en begränsning enligt vilken licenstagaren är skyldig att producera de produkter som innehåller den licensierade tekniken endast för eget bruk. Om avtalsprodukten är en komponent, kan licenstagaren således åläggas att använda komponenten endast i sina egna produkter och att inte sälja den till andra producere. Licensstagaren ska dock aktivt och passivt kunna sälja produkterna som reservdelar till sina egna produkter och leverera dem till tredje man som tillhandahåller service efter köpet. Begränsningar till produktion för eget bruk behandlas i avsnitt 4.2.5.

123. Undantag 4: Såsom i fallet med avtal mellan konkurrenter (se punkt (112) ovan) omfattar gruppundantaget också avtal som ålägger licenstagaren att producera avtalsprodukterna endast för en viss kund för att ge den kunden en alternativ leveranskälla, oavsett licensavtalets varaktighet (se artikel 4.2 b iii). Vid avtal mellan icke-konkurrenter är det mycket osannolikt att sådana begränsningar omfattas av artikel 101.1 i fördraget.

124. Undantag 5: Enligt artikel 4.2 b iv) omfattar gruppundantaget även en skyldighet för licenstagaren att inte sälja till slutanvändare och därmed således endast sälja till återförsäljare, om licenstagaren bedriver verksamhet på grossistnivå. En sådan skyldighet ger licensgivaren rätt att tilldela licenstagaren rollen som grossist och omfattas i regel inte av artikel 101.1 ⁽⁶³⁾.

125. Undantag 6: Enligt artikel 4.2 b v) omfattar gruppundantaget även en skyldighet för licenstagaren att inte sälja till icke auktoriserade återförsäljare. Detta undantag ger licensgivaren rätt att ålägga licenstagarna en skyldighet att ingå i ett selektivt distributionssystem. I sådana fall ska licenstagarna enligt artikel 4.2 c tillåtas att sälja både aktivt och passivt till slutanvändare, utan att det påverkar möjligheten att begränsa licenstagaren till att bedriva verksamhet på grossistnivå, såsom anges i artikel 4.2 b iv (se punkt (124)). Inom det område där licensgivaren tillämpar ett selektivt distributionssystem kan detta system inte kombineras med exklusiva områden eller exklusiva kundgrupper, eftersom det skulle leda till en särskilt allvarlig begränsning av licenstagarnas aktiva eller passiva försäljning som skulle leda till en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4.2 c, utan att det påverkar möjligheten att förbjuda en licenstagare från att bedriva verksamhet från en icke auktoriserad etableringsort.

⁽⁶³⁾ Se i detta hänseende EG-domstolens dom i mål C-26/76, Metro (I), REG 1977, s. 1875 (svensk specialutgåva volym III, s. 431).

126. Begränsningar av licenstagares passiva försäljning till ett exklusivt område eller en exklusiv kundgrupp som tilldelats en annan licenstagare kan, trots att det i regel betraktas som en särskilt allvarlig begränsning, falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 i fördraget under en viss tid, om begränsningarna av välgrundade skäl är nödvändiga för att den skyddade licenstagaren ska kunna ta sig in på en ny marknad. Detta kan vara fallet om licenstagare måste göra omfattande investeringar i produktionsstillgångar och säljfrämjande verksamhet för att sätta igång och utveckla en ny marknad. Riskerna kan därför vara betydande för en ny licenstagare, särskilt eftersom säljfrämjande utgifter och investeringar i tillgångar som krävs för att producera med en viss teknik ofta är oåterkalleliga, det vill säga att om huvudmannen lämnar just det verksamhetsområdet kan investeringen inte användas av licenstagaren för andra verksamheter eller säljas utan betydande förluster. Licenstagaren kan t.ex. vara först med att producera och sälja en ny produkttyp eller först med att tillämpa en ny teknik. Under sådana förhållanden är det ofta så att licenstagare inte skulle ingå licensavtalet utan skydd mot andras licenstagares (aktiva och) passiva försäljning till sitt område eller deras kundgrupper under en viss period. När licenstagaren måste göra omfattande investeringar för att sätta igång och utveckla en ny marknad faller begränsningar av andra licenstagares passiva försäljning till ett sådant område eller en sådan kundgrupp utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 under den tid som licenstagaren behöver för att ta igen dessa investeringar. I de flesta fall skulle en period på upp till två år från och med den dag då avtalsprodukten först fördes ut på marknaden av licenstagaren i fråga eller säljs till dennes exklusiva kundgrupp anses vara tillräcklig för att licenstagaren ska få tillbaka de investeringar som gjorts. I ett enskilt fall kan emellertid en längre skyddsperiod för licenstagaren vara nödvändig för att licenstagaren ska kunna ta igen de kostnader som uppstått.

127. På samma sätt är det möjligt att ett förbud för alla licensstagare att sälja till vissa grupper av slutanvändare inte begränsar konkurrensen om en sådan begränsning på grund av produktens farliga karaktär är nödvändig på grund av säkerhets- eller hälsoskäl.

3.5 Uteslutna begränsningar

128. I artikel 5 i förordningen om tekniköverföringsavtal anges tre typer av begränsningar som inte omfattas av gruppundantaget och för vilka det därför krävs en individuell bedömning av deras konkurrenshämmande och konkurrensfrämjande effekter. Syftet med artikel 5 är att undvika att gruppundantag beviljas för avtal som kan minska incitamentet att bedriva innovation. Av artikel 5 följer att även om ett licensavtal innehåller någon av de begräns-

ningar som anges i den artikeln, hindrar inte detta att gruppundantaget tillämpas på resten av avtalet, om återstoden kan avskiljas från de uteslutna begränsningarna. Det är endast den enskilda begränsningen som inte omfattas av gruppundantaget, vilket innebär att det krävs en individuell bedömning.

Exklusiva grant-back-skyldigheter

129. Artikel 5.1 a i förordningen om tekniköverföringsavtal gäller exklusiva grant-back-skyldigheter (dvs. en exklusiv licens tillbaka till licensgivaren av den förbättring som licenstagaren gjort) eller överlåtelse till licensgivaren av förbättringar av den licensierade tekniken. En skyldighet att ge licensgivaren exklusiv licens till förbättringar av den licensierade tekniken eller att överlåta sådana förbättringar till licensgivaren skulle sannolikt minska licenstagarens incitament till innovation, eftersom det skulle hindra licenstagaren från att utnyttja förbättringarna, bland annat genom licensiering till tredje man. En exklusiv grant-back-skyldighet definieras som en grant-back-skyldighet som hindrar licenstagaren (som är innovatör och licensgivare av förbättringen i det här fallet) från att utnyttja förbättringen (antingen för egen produktion eller för licensiering till tredje man). Detta gäller både när förbättringen avser samma tillämpning som den licensierade tekniken och när licenstagaren utvecklar nya tillämpningar för den licensierade tekniken. Enligt artikel 5.1 a och omfattas sådana skyldigheter inte av gruppundantaget.

130. Tillämpningen av artikel 5.1 a påverkas inte av om licensgivaren betalar ersättning för att få tillgång till förbättringen eller för att erhålla en exklusiv licens. Huruvida det förekommer sådan ersättning och hur stor den är kan dock vara en faktor att ta hänsyn till vid en individuell bedömning enligt artikel 101. När grant-back-skyldigheter åläggs mot ersättning är det mindre sannolikt att skyldigheten minskar licenstagarens incitament till innovation. Vid bedömningen av exklusiva grant-back-skyldigheter som inte omfattas av gruppundantaget är också licensgivarens ställning på teknikmarknaden en relevant faktor. Ju starkare licensgivarens ställning är, desto mer sannolikt är det att exklusiva grant-back-skyldigheter kommer att ha konkurrenshämmande effekter på innovationen. Ju starkare licensgivarens teknik är, desto viktigare är det att licenstagaren kan bli en viktig källa till innovation och framtida konkurrens. Grant-back-skyldigheterna kan också ha större negativa effekter om det finns parallella nätverk av licensavtal som innehåller sådana skyldigheter. När tillgänglig teknik kontrolleras av ett begränsat antal licensgivare som ålägger licenstagarna exklusiva grant-back-skyldigheter, är risken för konkurrenshämmande effekter större än om det finns flera tekniker och endast vissa av dessa licensieras på exklusiva grant-back-villkor.

131. Icke exklusiva grant-back-skyldigheter omfattas av gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal. Detta är fallet även om de är ensidiga, dvs. endast har ålagts licenstagaren, och om licensgivaren enligt avtalet har rätt att föra vidare förbättringar till andra licenstagare. En ensidig grant-back-skyldighet kan främja spridning av ny teknik genom att licensgivaren har rätt att fritt bestämma om och i vilken utsträckning licensgivarens egna förbättringar ska föras vidare till licenstagarna. En klausul om att föra vidare förbättringar kan också främja spridningen av teknik, särskilt när varje licenstagare vid ingåendet av avtalet vet att alla licenstagare kommer att vara likställda när det gäller den teknik med vilken man producerar.

132. Icke-exklusiva grant back-skyldigheter kan ha negativa effekter i synnerhet på innovationen vid ömsesidig licensiering mellan konkurrenter, då en grant-back-skyldighet för båda parterna kombineras med en skyldighet för båda parterna att dela förbättringar av den egna tekniken med den andra parten. Att alla förbättringar ska delas mellan konkurrenterna kan hindra varje konkurrent från att få ett konkurrensmässigt övertag över den andra (se också punkt (241)). Det är dock osannolikt att parterna hindras från att få ett konkurrensmässigt övertag över varandra om syftet med licensen är att ge dem möjlighet att utveckla sina respektive tekniker och om licensen inte leder till att de använder samma teknik som grund för utformningen av sina produkter. Detta är fallet när syftet med licensen är att skapa designfrihet och inte att ge licensstagaren en bättre teknisk grund.

Uppsägningsklausuler och klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter

133. Den uteslutna konkurrensbegränsning som anges i artikel 5.1 b i förordningen om tekniköverföringsavtal gäller klausuler om tekniköverföringsavtal, dvs. direkta eller indirekta skyldigheter att inte bestrida giltigheten av licensgivarens immateriella egendom, utan att det påverkar möjligheten, i fallet med en exklusiv licens, för licensgivaren att säga upp avtalet om tekniköverföring om licenstagaren bestrider giltigheten av någon av de licensierade teknikrättigheterna.

134. Skälet till att utesluta klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter från gruppundantaget är att licensstagare i regel har de bästa förutsättningarna för att bedöma om en immateriell rättighet är ogiltig. I den fria konkurrensens intresse och i enlighet med de principer som ligger bakom skyddet av immateriell egendom, bör ogiltiga immateriella rättigheter upphävas. Ogiltiga immateriella rättigheter hindrar innovation i stället för att främja den. Artikel 101.1 i fördraget är sannolikt tillämplig på klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter, om den licensierade tekniken är värdefull och därför skapar en konkurrensnackdel för företag som hindras från att använda den eller som endast kan använda den mot

licensavgifter. I sådana fall är det osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Om den licensierade tekniken emellertid avser en tekniskt föråldrad process som licensstagaren inte använder, eller om licensen beviljas gratis, uppstår inte någon konkurrensbegränsning⁽⁶⁴⁾. Se punkterna (242) och (243) vad gäller klausuler om att inte bestrida giltigheten av licensgivarens immateriella egendom.

135. I regel utgör en klausul som ålägger licenstagaren att inte bestrida äganderätten till teknikrättigheterna inte någon konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1. Om licensgivaren har äganderätten till teknikrättigheterna är licenstagarens och andra parter användning av tekniken i alla händelser beroende av tillstånd, och konkurrensen skulle således generellt inte påverkas⁽⁶⁵⁾.

136. Enligt artikel 5.1 b i förordningen om tekniköverföringsavtal omfattar gruppundantaget inte heller, i samband med icke-exklusiva licenser, licensgivarens rätt att säga upp avtalet om licenstagaren bestrider giltigheten av någon av de immateriella rättigheter som licensgivaren har i unionen. En sådan rätt att säga upp ett avtal kan ha samma effekt som en klausul om att inte bestrida giltigheten av immateriella rättigheter, särskilt om ett byte från licensgivarens teknik skulle leda till en betydande förlust för licenstagaren (t.ex. om licenstagaren redan har investerat i särskilda maskiner, eller verktyg som inte kan användas för att tillverka med en annan teknik) eller om licensgivarens teknik är nödvändig som underlag för licenstagarens produktion. Exempelvis i samband med standardiserade viktiga patent måste en licenstagare som producerar en godkänd standardprodukt absolut använda alla patent som kan vara nödvändiga för att genomföra standarden. I sådana fall kan ett bestridande av de relevanta patentens giltighet leda till en avsevärd förlust om avtalet om tekniköverföring sägs upp. Om licensgivarens teknik inte är nödvändig standardteknik, men har en mycket betydande marknadsställning, kan det också i hög grad avskräcka från att bestrida patenten eftersom det är svårt för licenstagaren att hitta en lönsam alternativ teknik att få licens till. Huruvida licenstagarens uteblivna vinst skulle vara betydande och därför fungera som ett stort hinder för att bestrida patentens giltighet måste bedömas från fall till fall.

137. I det scenario som beskrivs i punkt (136) kan licenstagaren avskräckas från att bestrida giltigheten hos den immateriella rättigheten, eftersom licenstagaren då skulle riskera att licensavtalet sägs upp och därmed löpa betydande risker som går långt utöver skyldigheten att betala licensavgifter. Det ska dock även påpekas att en upphävningsklausul utanför dessa scenarier ofta inte i någon betydande grad avskräcker från att bestrida giltigheten och därför inte har samma effekt som en klausul om att inte bestrida immateriella rättigheter.

⁽⁶⁴⁾ Se i detta hänseende domen i mål 65/86, Bayer mot Sullhofer, REG 1988, s. 5249.

⁽⁶⁵⁾ När det gäller bestridande av äganderätten till ett varumärke, se kommissionens beslut i Moosehead/Whitebread, (EGT L 100, 20.4.1990, s. 32).

138. Det allmänna intresset av att stärka licensgivarens incitament att licensiera ut genom att inte tvingas att fortsätta att samarbeta med en licenstagare som bestrider själva föremålet för licensavtalet måste vägas mot det allmänna intresset att undanröja alla hinder för ekonomisk verksamhet som kan uppstå när en immateriell rättighet har beviljats på felaktiga grunder⁽⁶⁶⁾. Vid avvägningen av dessa intressen bör man beakta om licenstagaren uppfyller alla skyldigheter enligt avtalet vid tidpunkten för bestridandet, särskilt skyldigheten att betala de överenskomna licensavgifterna.

139. I fallet med exklusiv licensiering är det i regel mindre sannolikt att uppsägningsklausuler har konkurrenshämmande effekter, när alla faktorer vägts in. När licensen väl beviljas kan licensgivaren hamna i beroendeställning, eftersom licenstagaren kommer att vara licensgivarens enda inkomstkälla med avseende på de licensierade teknikerättigheterna, om licensavgifter är beroende av produktion med de licensierade teknikerättigheterna, vilket ofta kan vara ett effektivt sätt att strukturera licensavgifter. I detta scenario skulle incitamenten att bedriva innovation och beviljas licenser kunna undergrävas om licensgivaren t.ex. skulle låsas in i ett avtal med en exklusiv licenstagare som inte längre gör några betydande insatser för att utveckla, producera och saluföra (den blivande) produkten med de licensierade teknikerättigheterna⁽⁶⁷⁾. Detta är skälet till att förordningen om tekniköverföringsavtal medger gruppundantag för uppsägningsklausuler för exklusiva licensavtal så länge som också övriga villkor för gruppundantag, t.ex. iakttagande av tröskelvärden för marknadsandelar, är uppfyllda. Utanför gruppundantaget måste en bedömning från fall till fall göras med hänsyn till de olika intressen som beskrivs i punkt(138).

140. Dessutom förhåller sig kommissionen mer positivt till uppsägningsklausuler och klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter som avser know-how när det sannolikt är omöjligt eller mycket svårt att återkräva licensierad know-how när den väl har röjts. I sådana fall främjas spridningen av ny teknik av att licenstagaren åläggs att inte bestrida licensierad know-how, framför allt genom att svagare licensgivare kan ge starkare licenstagare licenser utan att riskera att deras rättigheter kommer att bestridas när licenstagaren har tillägnat sig den know-how som licensierats. Därför är uppsägningsklausuler och klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter som enbart avser know-how inte uteslutna från tillämpningsområdet för förordningen om tekniköverföringsavtal.

Begränsning av licenstagarens användning eller utveckling av dennes egen teknik (mellan icke-konkurrenter)

141. Enligt artikel 5.2 är gruppundantaget, vid avtal mellan icke-konkurrenter, inte tillämpligt på direkta eller indirekta skyldigheter som begränsar licenstagarens möjligheter att

utnyttja sin egen teknik eller avtalsparternas möjligheter att bedriva forskning och utveckling, om inte en begränsning av det senare slaget är nödvändig för att hindra att licensierad know-how avslöjas för tredje man. Detta villkor motsvarar artikel 4.1 d i förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar mellan konkurrenter, som behandlas i punkterna (115) och (116) i dessa riktlinjer. När det gäller avtal mellan icke-konkurrenter kan sådana begränsningar emellertid i allmänhet inte anses ha negativa effekter på konkurrensen, eller att villkoren i artikel 101.3 i fördraget i allmänhet inte är uppfyllda⁽⁶⁸⁾. En individuell bedömning är därför nödvändig.

142. När det gäller avtal mellan icke-konkurrenter äger licenstagaren i regel inte någon konkurrerande teknik. Det kan dock finnas fall där parterna med hänsyn till gruppundantaget anses vara icke-konkurrenter, trots att licenstagaren faktiskt äger en konkurrerande teknik. Detta är fallet när licenstagaren äger en teknik men inte licensierar den och licensgivaren inte är en faktisk eller potentiell leverantör på produktmarknaden. Under sådana omständigheter är parterna med hänsyn till gruppundantaget varken konkurrenter på teknikmarknaden eller på produktmarknaden i senare led⁽⁶⁹⁾. I sådana fall är det viktigt att se till att licenstagarens möjligheter att utnyttja sin egen teknik och att utveckla den ytterligare inte begränsas. Denna teknik fungerar som en konkurrerande motvikt på marknaden som bör bibehållas. Under sådana förhållanden anses begränsningar av licenstagarens användning av sina egna teknikerättigheter eller av forskning och utveckling i regel vara konkurrensbegränsande och inte uppfylla villkoren i artikel 101.3 i fördraget. Till exempel en skyldighet som ålagts licenstagaren att betala licensavgifter inte bara på grundval av de produkter licenstagaren producerar med den licensierade tekniken utan också på grundval av de produkter licenstagaren producerar enbart med sin egen teknik begränsar i regel licenstagarens möjligheter att utnyttja sin egen teknik och därmed uteslutas från gruppundantaget.

143. I fall där licenstagaren inte äger en konkurrerande teknik eller redan håller på att utveckla en sådan teknik, kan en inskränkning i parternas möjligheter att bedriva oberoende forskning och utveckling vara konkurrensbegränsande om endast ett fåtal tekniker finns tillgängliga. I sådana fall kan parterna vara en viktig (potentiell) källa till innovation på marknaden. Detta gäller särskilt om parterna har nödvändiga tillgångar och kunskaper för att bedriva ytterligare forskning och utveckling. I sådana fall är det osannolikt att villkoren i artikel 101.3 i fördraget är uppfyllda. I andra fall där ett antal tekniker finns tillgängliga och där parterna inte har särskilda tillgångar eller kunskaper, är det sannolikt att begränsningen av forskning och utveckling antingen faller utanför artikel 101.1 på grund av att det inte finns någon märkbar begränsande effekt eller att den uppfyller villkoren i artikel 101.3. Begränsningen kan främja spridning av ny teknik genom att licensgivaren kan försäkra sig om att licenstagaren inte skapar en ny konkurrent och genom att licenstagaren

⁽⁶⁶⁾ Mål C-193/83, Windsurfing International, REG 1986, s. 611, punkt 92.

⁽⁶⁷⁾ Inom ramen för ett avtal som tekniskt sett inte är ett exklusivt avtal och där en uppsägningsklausul således inte omfattas av gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal kan licensgivaren, i ett visst fall, stå i ett liknande beroendeförhållande till en licenstagare med betydande köpmakt. Ett sådant beroendeförhållande kommer att beaktas i den individuella bedömningen.

⁽⁶⁸⁾ Se punkt (14) ovan.

⁽⁶⁹⁾ Se punkt (36) ovan.

sporrar att koncentrera sig på att utnyttja och utveckla den licensierade tekniken. Artikel 101.1 är dessutom endast tillämplig när avtalet minskar licenstagarens incitament att förbättra och utnyttja sin egen teknik. Så är sannolikt inte fallet om licensgivaren till exempel har rätt att avsluta licensavtalet så snart licenstagaren börjar producera med sin egen konkurrerande teknik. En sådan rättighet minskar inte licenstagarens incitament till innovation, eftersom avtalet endast kan sägas upp när en kommersiellt lönsam teknik har utvecklats och produkter som producerats med den tekniken är klara att föras ut på marknaden.

3.6 Återkallelse och icke-tillämpning av gruppundantagsförordningen

3.6.1 Återkallelseförfarande

144. Enligt artikel 6 i förordningen om tekniköverföringsavtal kan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter förklara att gruppundantagsförordningen inte ska tillämpas på enskilda avtal som sannolikt har konkurrenshämmande effekter (såväl faktiska som potentiella effekter ska beaktas) och som inte uppfyller villkoren i artikel 101.3 i fördraget. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter har behörighet att förklara att gruppundantagsförordningen inte är tillämplig om den relevanta geografiska marknaden endast omfattar den berörda medlemsstatens territorium.

145. De fyra villkoren i artikel 101.3 är kumulativa och ska alla vara uppfyllda för att gruppundantaget ska vara tillämpligt.⁽⁷⁰⁾ Rätten att omfattas av gruppundantaget kan därför återkallas om ett visst avtal inte uppfyller ett eller flera av de fyra villkoren.

146. Om återkallelseförfarandet tillämpas, har den myndighet som återkallar rätten att omfattas av gruppundantaget bevisbördan för att avtalet omfattas av artikel 101.1 och att det inte uppfyller alla fyra villkoren i artikel 101.3. Med tanke på att återkallelse innebär att avtalet i fråga begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 och inte uppfyller villkoren i artikel 101.3, åtföljs återkallelsen med nödvändighet av ett negativt beslut enligt artiklarna 5, 7 eller 9 i förordning (EG) nr 1/2003.

147. Enligt artikel 6 i förordningen om tekniköverföringsavtal kan återkallelse vara särskilt berättigad under följande omständigheter:

⁽⁷⁰⁾ Se i detta hänseende punkt 42 i riktlinjerna om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 3.

a) Möjligheterna för tredje man att komma in på marknaden med ny teknik begränsas, till exempel genom den sammanlagda effekten av parallella nätverk av liknande konkurrensbegränsande avtal som förbjuder licenstagare att använda tredje parter teknik.

b) Potentiella licenstagares tillträde till marknaden begränsas, till exempel genom den sammanlagda effekten av parallella nätverk av liknande begränsande avtal som hindrar licensgivare från att bevilja licenser till andra licenstagare eller därför att den enda teknikägare som licensierar ut relevanta teknikrättigheter ingår en exklusiv licens med en licenstagare som redan är verksam på produktmarknaden på grundval av utbytbara teknikrättigheter. För att räknas som relevanta måste teknikrättigheter vara både tekniskt och kommersiellt utbytbara för att licenstagaren ska kunna bedriva verksamhet på den relevanta produktmarknaden.

148. Artiklarna 4 och 5 i förordningen om tekniköverföringsavtal, som innehåller förteckningen över särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar samt uteslutna konkurrensbegränsningar, syftar till att garantera att avtal som omfattas av gruppundantaget inte minskar incitamentet till innovation, inte försenar spridningen av teknik, och inte otillbörligt begränsar konkurrensen mellan licensgivaren och licenstagaren eller mellan olika licenstagare. I förteckningen över särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar och förteckningen över uteslutna begränsningar beaktas dock inte alla de effekter som licensavtal kan ha. Gruppundantaget tar framför allt inte hänsyn till sammanlagda effekter av liknande begränsningar i nätverk av licensavtal. Licensavtal kan leda till utestängning av tredje man både på licensgivarens och licenstagarens nivå. Utestängning av andra licensgivare kan härröra från den sammanlagda effekten av nätverk av licensavtal som förbjuder licenstagarna att utnyttja konkurrerande teknik, vilket leder till att andra (potentiella) licensgivare utestängs. Utestängning av licensgivare kan förväntas i fall där de flesta företagen på marknaden som (effektivt) skulle kunna ta en konkurrerande licens hindras från att göra detta till följd av begränsande avtal och där potentiella licensgivare ställs inför relativt höga inträdeshinder. Utestängning av andra licenstagare kan härröra från den sammanlagda effekten av licensavtal som förbjuder licenstagarna att licensiera till andra licenstagare och därmed hindrar potentiella licenstagare från att få tillgång till nödvändig teknik. Frågan om utestängning granskas närmare i avsnitten 4.2.2 och 4.2.7. Dessutom är det sannolikt att kommissionen återkallar rätten att omfattas av gruppundantaget om ett betydande

antal licensgivare av konkurrerande teknik genom enskilda avtal ålägger sina licenstagare att bevilja också dem förmånligare villkor som de kommit överens om med andra licensgivare.

3.6.2 Icke-tillämpning av gruppundantagsförordningen

149. Enligt artikel 7 i förordningen om tekniköverföringsavtal får kommissionen genom förordning förklara att gruppundantaget inte ska tillämpas på parallella nätverk av liknande avtal om dessa omfattar mer än 50 % av en relevant marknad. En sådan åtgärd riktar sig inte till enskilda företag, utan berör alla företag vilkas avtal definieras i förordningen om att förordningen om tekniköverföringsavtal inte ska tillämpas.

150. Medan återkallelse av rätten att omfattas av gruppundantaget enligt artikel 6 i förordningen om tekniköverföringsavtal innebär att kommissionen fattar ett beslut enligt artikel 7 eller artikel 9 i förordning (EG) nr 1/2003, innebär en kommissionsförordning enligt artikel 7 i förordningen om tekniköverföringsavtal som förklarar att förordningen om tekniköverföringsavtal inte är tillämplig endast att man med hänsyn till begränsningarna och de berörda marknaderna upphäver rätten att omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal och att artikel 101.1 och 101.3 åter är fullt tillämplig. Efter antagandet av en förordning som förklarar att förordningen om tekniköverföringsavtal inte är tillämplig på en viss marknad med avseende på avtal som innehåller vissa begränsningar, kommer artikel 101 att tillämpas på enskilda avtal med ledning av unionsdomstolarnas rättspraxis och kommissionens tillkännagivanden och beslutspraxis. Eventuellt fattar kommissionen beslut i ett individuellt ärende, vilket kan ge vägledning till alla de företag som är verksamma på den berörda marknaden.

151. När det gäller beräkningen av om marknadstäckningsgraden över- eller understiger 50 % ska hänsyn tas till varje enskilt nätverk av licensavtal som innehåller begränsningar eller kombinationer av dessa som ger liknande effekter på marknaden.

152. Artikel 7 i förordningen om tekniköverföringsavtal innebär inte att kommissionen är skyldig att agera när marknadstäckningsgraden på 50 % överskrids. I allmänhet är det lämpligt att anta en förordning enligt artikel 7 när det är sannolikt att tillträdet till den relevanta marknaden eller konkurrensen på denna marknad begränsas märkbart. Vid bedömningen av behovet av att tillämpa artikel 7 kommer kommissionen att överväga om individuell återkallelse skulle vara en lämpligare åtgärd. Detta kan särskilt vara beroende av hur många konkurrerande företag som bidrar till en kumulativ effekt på en marknad eller hur många geografiska marknader inom unionen som påverkas.

153. I förordningar som antas med stöd av artikel 7 ska tillämpningsområdet klart anges. Därför måste kommissionen för det första definiera en eller flera relevanta produktmarknader och geografiska marknader och för det andra bestämma vilken typ av begränsningar i licensavtal som inte längre ska omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal. När det gäller den senare aspekten kan kommissionen anpassa förordningens räckvidd till de kon-

kurrensproblem som förordningen är avsedd att avhjälpa. Till exempel kommer kommissionen för att fastställa marknadstäckningsgraden på 50 % att beakta alla parallella nätverk av avtal med konkurrensklausuler, men den kan ändå begränsa förordningens räckvidd så att den endast omfattar konkurrensklausuler som överskrider en viss giltighetstid. Det är alltså möjligt att avtal med kortare giltighetstid eller avtal av mindre begränsande natur inte berörs, eftersom de leder till en lägre grad av utestängning. Om det är lämpligt kan kommissionen också ge vägledning genom att ange den marknadsandel som på den specifika marknaden kan betraktas som otillräcklig för att ett enskilt företag ska kunna ge ett betydande bidrag till den kumulativa effekten. Om de produkter som innehåller teknik som licensierats av en enskild licensgivare har en marknadsandel som inte överskrider 5 % anses avtalet eller nätverket av avtal som omfattar denna teknik inte bidra märkbart till en kumulativ utestängningseffekt ⁽⁷¹⁾.

154. Den övergångsperiod på minst sex månader som kommissionen ska fastställa enligt artikel 7.2 bör ge berörda företagen möjlighet att anpassa sina avtal till den förordning som förklarar förordningen om tekniköverföringsavtal icke tillämplig.

155. En förordning som förklarar förordningen om tekniköverföringsavtal icke tillämplig påverkar inte gruppundantaget för de berörda avtalen för perioden innan förordningen träder i kraft.

4. TILLÄMPNING AV ARTIKEL 101.1 OCH 101.3 I FÖRDRAGET VID SIDAN AV GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNINGEN

4.1 Den generella analysramen

156. Avtal som inte omfattas av gruppundantaget, till exempel därför att tröskelvärdena för marknadsandelar överskrider eller därför att avtalet omfattar fler än två parter, kommer att bedömas individuellt. Avtalet som inte begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 i fördraget eller som uppfyller villkoren i artikel 101.3 är giltiga och kan upprätthållas av domstol. Man bör komma ihåg att det inte finns någon presumtion om att avtal som inte omfattas av gruppundantaget är ogiltiga, under förutsättning att de inte innehåller några särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. Framför allt finns det inte någon presumtion om att artikel 101.1 är tillämplig bara därför att tröskelvärdena för marknadsandelar överskrider. En individuell bedömning baserad på de principer som anges i dessa riktlinjer krävs alltid.

Gruppundantag om det finns tillräckligt med tekniker som kontrolleras av oberoende företag

157. Kommissionen vill göra sin bedömning av avtal som inte omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal mer förutsebar och dessutom kunna koncentrera sig på att närmare granska fall som sannolikt kommer att orsaka verkliga konkurrensproblem. Därför anser kommissionen att artikel 101 i fördraget, så länge det inte är fråga om

⁽⁷¹⁾ Se i detta hänseende punkt 8 i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse, som det hänvisas till i fotnot 20.

särskilt allvarliga begränsningar, sannolikt inte kommer att överträdas om det förutom de tekniker som kontrolleras av avtalsparterna finns fyra eller fler tekniker som kontrolleras av oberoende företag och som kan vara utbytbara mot den licensierade tekniken till en jämförbar kostnad för användaren. Vid bedömningen av om tekniker är tillräckligt utbytbara måste hänsyn tas till de berörda teknikernas relativa kommersiella styrka. En teknik fungerar endast i begränsad utsträckning som en konkurrerande motvikt om den inte är ett kommersiellt lönsamt alternativ till den licensierade tekniken. Om konsumenterna till exempel på grund av nätverkseffekter på marknaden i hög grad föredrar produkter som innehåller den licensierade tekniken, så kanske andra tekniker som redan finns på marknaden eller troligen kommer in på marknaden inom en överskådlig tidsrymd inte utgör något verkligt alternativ och därför endast i begränsad utsträckning fungerar som en konkurrerande motvikt.

158. Att ett avtal faller utanför det gruppundantag som beskrivs i punkt (157) betyder inte att avtalet omfattas av artikel 101.1 i fördraget och, om så är fallet, att villkoren i artikel 101.3 inte uppfylls. Vad gäller gruppundantaget i förordningen om tekniköverföringsavtal i fråga om marknadsandelar, ger detta ytterligare gruppundantag bara upphov till en presumtion om att avtalet inte är förbjudet enligt artikel 101. Om gruppundantaget inte tillämpas krävs det en individuell bedömning av avtalet på grundval av de principer som utvecklas i dessa riktlinjer.

4.1.1 Viktiga faktorer

159. Vid tillämpningen av artikel 101 i fördraget på enskilda fall är det nödvändigt att ta hänsyn till hur konkurrensen fungerar på marknaden i fråga. Följande faktorer är särskilt viktiga i detta hänseende:
- avtalets art,
 - parternas marknadsställning,
 - konkurrenternas marknadsställning,
 - köparnas marknadsställning på de relevanta marknaderna,
 - inträdeshinder och
 - marknadens mognadsgrad.
160. Enskilda faktors betydelse kan variera från fall till fall och beror på alla andra faktorer. Om parterna till exempel har en stor marknadsandel är det i allmänhet ett tecken på marknadsstyrka, men om inträdeshindren är låga behöver det inte innebära marknadsstyrka. Det är därför omöjligt att ge bestämda regler om betydelsen av enskilda faktorer.
161. Avtal om tekniköverföring kan vara utformade på många olika sätt. Det är därför viktigt att analysera avtalets art när det gäller konkurrensförhållandet mellan parterna och de begränsningar som avtalet innehåller. Vid analysen av begränsningarna är det nödvändigt att gå djupare än vad som uttryckligen anges i avtalet. Att det finns underförstådda begränsningar kan framgå av det sätt på vilket parterna har tillämpat avtalet och av de incitament de ställs inför.
162. Parternas marknadsställning, inklusive eventuella företag som parterna kontrollerar rättsligt eller i praktiken, ger en indikation på licensgivarens, licenstagarens eller bådas eventuella marknadsstyrka. Ju större marknadsandel desto större är sannolikt marknadsstyrkan. Detta gäller framför allt om marknadsandelen återspeglar kostnadsfördelar eller andra konkurrensfördelar jämfört med konkurrenterna. Dessa konkurrensfördelar kan till exempel vara ett resultat av att man är den första aktören på marknaden, har viktiga patent eller överlägsen teknik. Marknadsandelar är dock alltid bara en faktor vid bedömningen av marknadsställning. Särskilt i fråga om teknikmarknader kan det t.ex. hända att marknadsandelarna inte alltid är ett bra mått på den relativa styrkan hos tekniken i fråga, och siffrorna om marknadsandelar kan variera avsevärt beroende på vilken beräkningsmetod som används.
163. Bedömningen av konkurrenters marknadsställning bygger också på marknadsandelar och eventuella konkurrensfördelar och -nackdelar. Ju starkare och ju fler de faktiska konkurrenterna är, desto mindre är risken för att parterna kommer att kunna utnyttja sin marknadsstyrka individuellt. Om antalet konkurrenter är tämligen litet och deras marknadspositioner (i fråga om storlek, kostnader, FoU-potential osv.) är ungefär jämförbara kan detta emellertid öka risken för samverkan.
164. Köparnas marknadsställning kan visa om en eller flera köpare har någon köparstyrka. Den främsta indikatorn på köparmakt är köparens andel av köpmarknaden. Denna andel återspeglar hur viktig kundens efterfrågan är för de eventuella leverantörerna. Andra faktorer utgörs närmast av köparens marknadsställning på återförsäljningsmarknaden samt faktorer som att försäljningsställena har en stor geografisk spridning och den image köparens varumärke har hos slutkonsumenterna. Under vissa förhållanden kan köparstyrka hindra licensgivaren eller licenstagaren från att utnyttja sin marknadsstyrka på marknaden och därigenom lösa ett konkurrensproblem som annars skulle ha funnits. Detta gäller särskilt när starka köpare har kapacitet och incitament att föra in nya leverantörer på marknaden vid en liten men bestående höjning av relativpriserna. Om de starka köparna endast ser till att få förmånliga villkor från leverantören eller helt enkelt för över eventuella prishöjningar till sina kunder, är köparnas ställning inte sådan att de kan hindra licenstagaren från att utnyttja sin marknadsstyrka på produktmarknaden och den löser inte heller konkurrensproblemet på den marknaden ⁽⁷²⁾.
165. Inträdeshindren mäts efter hur mycket etablerade företag kan höja sitt pris över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden utan att locka till nytt inträde på marknaden. Om det inte finns några inträdeshinder skulle

⁽⁷²⁾ Se i detta hänseende förstainstansrättens dom av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar, REG 1999, s. II-2969, punkt 101.

möjligheten att lätt och snabbt komma in på marknaden göra prishöjningar olönsamma. Om det är sannolikt att det inom ett eller två år sker ett faktiskt inträde, som skulle förhindra eller urholka utnyttjandet av marknadsstyrka, kan inträdeshindren i allmänhet sägas vara låga.

166. Inträdeshindren kan vara följden av en mängd faktorer, såsom stordriftsfördelar, offentliga regleringar särskilt avseende exklusiva rättigheter, statligt stöd, importtullar, immateriella rättigheter, ägande av resurser där tillgången är begränsad till exempel på grund av naturliga begränsningar, oundgängliga resurser, fördelen av att vara först på marknaden eller konsumenternas varumärkeslojalitet som skapats genom intensiv reklam under en längre tid. Begränsande avtal som ingås mellan företag kan också utgöra ett inträdeshinder genom att tillträdet till marknaden försvåras och (potentiella) konkurrenter utestängs. Inträdeshinder kan finnas på alla nivåer inom forsknings-, utvecklings-, produktions- och distributionsprocessen. Frågan om huruvida vissa av dessa omständigheter bör definieras som inträdeshinder beror framför allt på om de omfattar icke-återvinningsbara kostnader. Icke-återvinningsbara kostnader är sådana kostnader som är nödvändiga för att träda in på eller utöva verksamhet på en marknad, men som går förlorade när företaget i fråga lämnar marknaden. Ju mer icke-återvinningsbara kostnaderna är, desto mer måste potentiella nya aktörer väga riskerna med att träda in på marknaden och desto mer kan de etablerade företagen hota med att de kommer att möta den nya konkurrensen, eftersom icke-återvinningsbara kostnader gör det kostsamt för nya aktörer att lämna marknaden. I allmänhet förutsätter ett inträde på marknaden icke-återvinningsbara kostnader, ibland mindre och ibland större. Den verkliga konkurrensen är därför i allmänhet effektivare och väger tyngre än den potentiella konkurrensen vid bedömningen av ett ärende.

167. På en mogen marknad, dvs. en marknad som funnits en tid, där den teknik som används är välkänd och allmänt spridd och tämligen oföränderlig och där efterfrågan är relativt stabil eller minskande, är det mer sannolikt att konkurrensbegränsningar har negativa effekter än på mer dynamiska marknader.

168. Vid bedömningen av särskilda begränsningar måste andra faktorer eventuellt beaktas. Dessa faktorer omfattar kumulativa effekter, dvs. marknadstäckningsgraden för liknande avtal, avtalens varaktighet, offentliga regleringar och beteenden som kan tyda på eller underlätta samverkan, såsom prisledarskap, förhandsanmälda prisändringar och diskussioner om det "rätta" priset, prisstabilitet vid alltför stor kapacitet, prisdiskriminering samt tidigare hemlig samverkan.

4.1.2 Begränsande licensavtals negativa effekter

169. Begränsande avtal om tekniköverföring kan bland annat ha följande negativa effekter på marknaden:

a) Minskning av konkurrensen mellan tekniker från företag som är verksamma på en teknikmarknad eller på en marknad för produkter som innehåller teknikerna i fråga, bland annat underlättande av uttrycklig och tyst samverkan.

b) Utestängning av konkurrenter genom att höja deras kostnader, begränsa deras tillgång till viktiga insatavaror eller på annat sätt skapa inträdeshinder.

c) Minskning av konkurrensen inom en teknik mellan företag som producerar produkter med samma teknik.

170. Avtal om tekniköverföring kan minska konkurrensen mellan tekniker, dvs. konkurrens mellan företag som licensierar eller producerar med utbytbara tekniker. Detta är fallet särskilt om ömsesidiga skyldigheter åläggs. När konkurrenter till exempel överför konkurrerande teknik till varandra och ömsesidigt ålägger en skyldighet att tillhandahålla varandra framtida förbättringar av sin respektive teknik och när detta avtal hindrar dem från att få ett tekniskt övertag över varandra, begränsas konkurrensen mellan parterna i fråga om innovation (se också punkt (241)).

171. Licensiering mellan konkurrenter kan också underlätta samverkan. Risken för samverkan är särskilt stor på koncentrerade marknader. Samverkan kräver att de berörda företagen har samma syn på vad som ligger i deras gemensamma intresse och på hur samordningen ska fungera. För att samverkan ska fungera måste företagen också kunna övervaka varandras marknadsbeteende och det måste finnas lämpliga avskräckningsmedel som garanterar att det finns ett incitament att inte avvika från den gemensamma politiken på marknaden, medan inträdeshindren måste vara tillräckligt höga för att begränsa möjligheterna för utomstående att komma in på marknaden eller utöka sin verksamhet. Avtal kan underlätta samverkan genom att öka öppenheten på marknaden, genom att kontrollera visst beteende och genom att skapa inträdeshinder. Samverkan kan också undantagsvis underlättas genom licensavtal som leder till en hög grad av gemensamma kostnader, eftersom företag som har samma kostnader i större utsträckning kan förväntas ha samma syn på samordning⁽⁷³⁾.

172. Licensavtal kan också påverka konkurrens mellan tekniker genom att de skapar inträdeshinder och hindrar konkurrenter från att utvidga sin verksamhet. Sådana utestängningseffekter kan härstamma från begränsningar som hindrar licenstagare från att licensiera från tredje man eller som avskräcker dem från att göra det. Tredje man kan till

⁽⁷³⁾ Se i detta hänseende punkt 36 i kommissionens tillkännagivande om horisontella samarbetsavtal, som det hänvisas till i fotnot 27.

exempel utestängas när etablerade licensgivare ålägger licensstagare konkurrensklausuler i en sådan utsträckning att tredje man har svårt att komma in på marknaden genom att bevilja licens, eftersom det finns alltför få licensstagare att bevilja licens till. Leverantörer av utbytbara tekniker kan också utestängas om en licensgivare med tillräckligt stor marknadsstyrka kopplar samman olika delar av en teknik och licensierar dem tillsammans som ett paket, trots att endast en del av paketet är nödvändig för att producera en viss produkt.

173. Licensavtal kan också minska konkurrensen inom en teknik, det vill säga konkurrens mellan företag som licensierar eller producerar med samma teknik. Ett avtal där man ålägger områdesbegränsningar för licensstagarna och hindrar dem från att sälja till varandras områden minskar konkurrensen mellan dem. Licensavtal kan också minska konkurrensen inom en teknik genom att underlätta samverkan mellan licensstagare. Dessutom kan licensavtal som minskar konkurrensen inom en teknik underlätta samverkan mellan innehavare av konkurrerande tekniker eller minska konkurrensen mellan tekniker genom att skapa inträdeshinder.

4.1.3 Begränsande licensavtals positiva effekter och ramen för att analysera sådana effekter

174. Till och med begränsande licensavtal har ofta även konkurrensfrämjande effekter i form av effektivitetsvinster, som kan uppväga deras konkurrenshämmande effekter. Bedömningen av eventuella konkurrensfrämjande effekter sker på grundval av artikel 101.3, som medger ett undantag från förbudet i artikel 101.1 i fördraget. För att detta undantag ska vara tillämpligt måste licensavtalet medföra objektiva ekonomiska fördelar, konkurrensbegränsningarna måste vara nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinsterna, konsumenterna måste tillförsäkras en skälig andel av effektivitetsvinsterna och avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Ett företag som åberopar artikel 101.3 måste genom övertygande argument och bevisning visa att villkoren för ett undantag är uppfyllda⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ De förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., REG 2009, s. I- 9291, punkt 82.

175. Bedömningen av begränsande avtal enligt artikel 101.3 i fördraget görs i det sammanhang där de faktiskt förekommer⁽⁷⁵⁾ och på grundval av sakförhållandena vid en viss tidpunkt. Bedömningen kan därför komma att ändras om det sker betydande förändringar av sakförhållandena. Undantaget enligt artikel 101.3 gäller så länge de fyra villkoren är uppfyllda och upphör att gälla när detta inte längre är fallet⁽⁷⁶⁾. När man tillämpar artikel 101.3 måste man emellertid ta hänsyn till alla parter icke-återvinningsbara investeringskostnader och till den tid och de begränsningar som krävs för att göra och ta igen en effektivitetsfrämjande investering. Artikel 101 kan inte tillämpas utan att man tar hänsyn till förhandsinvesteringen och de risker som hänger samman med den. De risker som parterna ställs inför och de icke-återvinningsbara investeringskostnader som krävs för att genomföra avtalet kan således innebära att avtalet inte omfattas av artikel 101.1 eller uppfyller villkoren i artikel 101.3 under den tid som krävs för att ta igen investeringen.

176. Det första villkoret i artikel 101.3 kräver en bedömning av de objektiva fördelarna vad gäller eventuella effektivitetsvinster som avtalet ger upphov till. I detta avseende kan licensavtal föra samman kompletterande tekniker och andra tillgångar, vilket gör det möjligt att föra ut nya eller förbättrade produkter på marknaden eller att producera befintliga produkter till lägre kostnader. Vid sidan om särskilt allvarliga karteller förekommer licensiering ofta därför att det är effektivare för licensgivaren att licensiera tekniken än att själv utnyttja den. Detta kan framför allt vara fallet när licensstagaren redan äger de nödvändiga produktionstillgångarna. Avtalet ger då licensstagaren tillgång till en teknik som kan kombineras med dessa tillgångar och licensstagaren får därmed möjlighet att utnyttja en ny eller förbättrad teknik. Ett annat exempel på möjliga effektivitetsvinster som främjar licensiering är om licensstagaren redan har en teknik och kombinationen av denna teknik och licensgivarens teknik ger upphov till synergieffekter. Genom kombinationen av de två teknikerna kan licensstagaren få en kostnads- och produktionsstruktur som annars inte skulle vara möjlig. Licensavtal kan också ge upphov till effektivitetsvinster i distributionsledet på samma sätt som vertikala distributionsavtal. Sådana effektivitetsvinster kan bestå av kostnadsbesparingar eller tillhandahållande av värdefulla tjänster till konsumenterna. Licensavtal kan också ge upphov till effektivitetsvinster i distributionsledet på samma sätt som vertikala distributionsavtal⁽⁷⁷⁾. Ytterligare ett exempel på möjliga effektivitetsvinster finns i avtal genom vilka teknikägare sätter samman ett teknikpaket som licensieras till tredje man.

⁽⁷⁵⁾ Se de förenade målen 25/84 och 26/84, Ford, REG 1985, s. 2725. De förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., REG 2009, s. I- 9291, punkt 103.

⁽⁷⁶⁾ Se i detta hänseende till exempel kommissionens beslut av den 3 mars 1999, TPS (EGT L 90, 2.4.1999, s. 6). På motsvarande sätt är också förbudet i artikel 101.1 tillämpligt endast så länge avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande verkningar.

⁽⁷⁷⁾ Se fotnot 52. Se särskilt punkt 106 och följande.

Sådana poolingavtal kan framför allt minska transaktionskostnaderna, eftersom licenstagarna inte behöver ingå separata licensavtal med varje licensgivare. Konkurrensfrämjande licensiering kan också förekomma för att garantera designfrihet. I sektorer där det finns ett stort antal immateriella rättigheter och där enskilda produkter kan göra intrång på många nuvarande och framtida rättigheter, är licensavtal genom vilka parterna går med på att inte hävda sina rättigheter gentemot varandra ofta konkurrensfrämjande, eftersom de ger parterna möjlighet att utveckla sina respektive tekniker utan att de riskerar att bli anklagade för intrång på de immateriella rättigheterna.

177. Vid bedömningen av om begränsningen är nödvändig enligt artikel 101.3 i fördraget kommer kommissionen framför allt att granska om enskilda begränsningar gör det möjligt att bedriva verksamheten i fråga mer effektivt än vad som skulle ha varit fallet utan den berörda begränsningen. Vid bedömningen måste man ta hänsyn till marknadsvillkoren och den verklighet som parterna ställs inför. Företag som åberopar rätten till undantag enligt artikel 101.3 behöver inte överväga hypotetiska och teoretiska alternativ. De måste emellertid förklara och visa varför alternativ som förefaller mer realistiska och betydligt mindre begränsande skulle vara betydligt mindre effektiva. Om ett alternativ som förefaller vara realistiskt ur kommersiell synvinkel och mindre begränsande leder till att avsevärda effektivitetsvinster går förlorade, kommer begränsningen i fråga anses nödvändig. I vissa fall kan det också vara nödvändigt att undersöka om avtalet som sådant är nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna. Detta kan till exempel vara fallet med teknikpooler som inkluderar kompletterande men inte nödvändiga tekniker⁽⁷⁸⁾. I sådana fall måste man undersöka i vilken utsträckning inkluderingen av dessa tekniker ger särskilda effektivitetsvinster eller om poolen utan att avsevärda effektivitetsvinster går förlorade kan begränsas till tekniker som saknar substitut. Vid enkel licensiering mellan två parter är det i allmänhet inte nödvändigt att göra mer än att undersöka om enskilda begränsningar är nödvändiga. I regel finns det inte några mindre begränsande alternativ till licensavtalet som sådant.

178. Villkoret att konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av fördelarna innebär att konsumenterna av de produkter som produceras under licensen åtminstone ska kompenseras för avtalets negativa effekter⁽⁷⁹⁾. Detta betyder att effektivitetsvinsterna helt måste uppväga den negativa påverkan som avtalet sannolikt har på priser, pro-

duktion och andra relevanta faktorer. De kan göra detta genom att de berörda företagens kostnadsstruktur ändras, genom att företaget får ett incitament att sänka priset, eller genom att konsumenterna får tillgång till nya eller förbättrade produkter som kompensation för eventuella prishöjningar⁽⁸⁰⁾.

179. Det sista villkoret i artikel 101.3 i fördraget, enligt vilket avtalet inte får ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga, förutsätter en analys av den återstående konkurrensen på marknaden och avtalets påverkan på sådan konkurrens. Vid tillämpningen av det sista villkoret i artikel 101.3 ska förhållandet mellan artikel 101.3 och artikel 102 beaktas. Enligt fast rättspraxis kan tillämpningen av artikel 101.3 inte hindra tillämpning av artikel 102 i fördraget⁽⁸¹⁾. Eftersom artiklarna 101 och 102 båda syftar till att upprätthålla en effektiv konkurrens på marknaden, ska artikel 101.3 tolkas så, att undantagsregeln inte tillämpas på begränsande avtal som utgör missbruk av dominerande ställning.⁽⁸²⁾

180. Att avtalet märkbart begränsar en form av konkurrens behöver inte nödvändigtvis betyda att konkurrensen sätts ur spel i den mening som avses i artikel 101.3. En teknikpool kan till exempel leda till en industristandard, vilket i sin tur leder till att det knappast förekommer någon konkurrens om det tekniska formatet. När huvudaktörerna på marknaden har antagit en viss teknikstandard, kan nätverkseffekter göra det mycket svårt för andra tekniska format att överleva. Detta betyder dock inte att skapandet av en viss industristandard alltid sätter konkurrensen ur spel i den mening som avses i det sista villkoret i artikel 101.3. Inom denna standard kan leverantörerna konkurrera med pris, kvalitet och produkttegenskaper. För att avtalet ska vara förenligt med artikel 101.3 måste man dock se till att avtalet inte i onödan begränsar konkurrensen och inte i onödan begränsar framtida innovation.

⁽⁸⁰⁾ Idem, punkterna 98 och 102.

⁽⁸¹⁾ Se analogt punkt 130 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, som hänvisas till i fotnot 3. På samma sätt hindrar inte tillämpningen av artikel 101.3 tillämpningen av fördragets regler om fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Dessa bestämmelser kan under vissa omständigheter tillämpas på avtal, beslut och samordnade förfaranden enligt artikel 101; se angående detta domen av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, *Wouters*, REG 2002, s. I-1577, punkt 120.

⁽⁸²⁾ Se i detta hänseende förstainstansrättens dom i mål T-51/89, *Tetra Pak (I)*, REG 1990, s. II-309 (ej översatt till svenska). Se också punkt 106 i riktlinjerna om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 3.

⁽⁷⁸⁾ När det gäller dessa begrepp, se avsnitt 4.4.1.

⁽⁷⁹⁾ Se punkt 85 i riktlinjerna om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, som det hänvisas till i fotnot 33.

4.2 Tillämpning av artikel 101 på olika typer av begränsningar i licensavtal

181. I detta avsnitt behandlas olika typer av begränsningar som vanligen ingår i licensavtal. Eftersom de är så vanliga, är det lämpligt att ge vägledning om hur de ska bedömas utanför tillämpningsområdet för gruppundantaget enligt förordningen om tekniköverföringsavtal. Begränsningar som redan har behandlats i övriga avsnitt i dessa riktlinjer, särskilt avsnitt 3.4 och 3.5, behandlas endast kort i detta avsnitt.
182. Detta avsnitt omfattar både avtal mellan icke-konkurrenter och avtal mellan konkurrenter. I fråga om avtal mellan konkurrenter görs vid behov skillnad mellan ömsesidiga och ensidiga avtal. En sådan åtskillnad är inte nödvändig vid avtal mellan icke-konkurrenter. Om företag varken är faktiska eller potentiella konkurrenter på en relevant teknikmarknad eller på en marknad för produkter som innehåller den licensierade tekniken, är det i praktiken faktiskt ingen skillnad mellan ömsesidig licensiering och två separata licenser. Situationen är annorlunda i fråga om avtal genom vilka parterna sammanställer ett teknikpaket, som därefter licensieras till tredje man. Sådana avtal är teknikpooler, som behandlas i avsnitt 4.
183. Detta avsnitt handlar inte om åtaganden i licensavtal som i allmänhet inte är konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 101.1 i fördraget. Dessa skyldigheter kan bland annat omfatta
- a) skyldighet att iaktta sekretessregler,
 - b) skyldighet för licenstagarna att inte bevilja underlicenser,
 - c) skyldighet att inte använda de licensierade teknikerättigheterna efter det att avtalet upphört att gälla, så länge som de licensierade teknikerättigheterna är giltiga och används,
 - d) skyldighet att hjälpa licensgivaren att försvara de licensierade immateriella rättigheterna,
 - e) skyldighet att betala en lägsta licensavgift eller att producera en minimikvantitet av produkter som innehåller den licensierade tekniken, och
 - f) skyldighet att använda licensgivarens varumärke eller ange licensgivarens namn på produkten.

4.2.1 Skyldigheter som gäller licensavgifter

184. Parterna i ett licensavtal har vanligen rätt att fastställa den licensavgift som licenstagaren ska betala och det sätt på vilket den ska betalas utan att detta omfattas av arti-

kel 101.1 i fördraget. Denna princip gäller både avtal mellan icke-konkurrenter och avtal mellan konkurrenter. Skyldigheter att betala licensavgifter kan till exempel ta formen av betalning av ett schablonbelopp, en andel av försäljningspriset eller ett fast belopp för varje produkt som innehåller den licensierade tekniken. I fall där den licensierade tekniken gäller en insatsvara som ingår i en slutprodukt, är det i regel inte konkurrensbegränsande att licensavgifter beräknas på grundval av priset på slutprodukten, förutsatt att denna innehåller den licensierade tekniken.⁽⁸³⁾ När det gäller programvara är licensavgifter som bygger på antalet användare och licensavgifter som bygger på antalet maskiner i regel förenliga med artikel 101.1.

185. När det gäller licensavtal mellan konkurrenter bör man komma ihåg (se punkterna (100), (101) och (116)) att licensavgifter under vissa begränsade förhållanden kan utgöra fastställande av priser, vilket är en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning (se artikel 4.1 a). Det är fråga om en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4.1 a, om konkurrenter föreskriver ömsesidiga löpande licensavgifter om licensen är falsk, eftersom dess syfte inte är att möjliggöra integrering av kompletterande teknik eller att uppnå ett konkurrensfrämjande syfte. Det är också fråga om en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4.1 a och 4.1 d, om licensavgifterna även omfattar produkter enbart producerade med licenstagarens egna teknikerättigheter.
186. Andra typer av överenskomelser om licensavgifter mellan konkurrenter omfattas av gruppundantaget så länge tröskelvärdet för marknadsandelar på 20 % inte överskrids, även om de begränsar konkurrensen. Utanför gruppundantagets tillämpningsområde kan artikel 101.1 i fördraget vara tillämplig när konkurrenter ger varandra ömsesidig licens och inför löpande licensavgifter som är klart oproportionerliga jämfört med licensens marknadsvärde och har en betydande inverkan på marknadspriserna. Vid bedömningen av om licensavgifter är oproportionerliga måste man granska de licensavgifter som betalas av andra licenstagare på produktmarknaden för samma eller utbytbar teknik. I sådana fall är det mycket osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.
187. Även om gruppundantaget är tillämpligt endast så länge som teknikerättigheterna är giltiga och används, kan parterna i regel, utan att överträda artikel 101.1 i fördraget, komma överens om att förlänga skyldigheten att betala licensavgifter utöver giltighetstiden för de licensierade immateriella rättigheterna. När dessa rättigheter upphör att gälla kan tredje man lagligen utnyttja tekniken i fråga och konkurrera med avtalsparterna. En sådan faktisk och potentiell konkurrens är vanligen tillräcklig för att garantera att skyldigheten i fråga inte har några märkbara konkurrenshämmande effekter.

⁽⁸³⁾ Detta påverkar inte en eventuell tillämpning av artikel 102 i EUF-fördraget på fastställandet av avgifter (se mål 27/76, United Brands, punkt 250, se även mål C-385/07 P, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH, REG 2009, s. I-6155, punkt 142).

188. I fråga om avtal mellan icke-konkurrenter omfattar gruppundantaget avtal genom vilka licensavgifterna beräknas på grundval av båda produkterna producerade med den licensierade tekniken och produkter producerade med teknik som tredje man beviljat licens för. Sådana arrangemang kan underlätta mätningen av licensavgifter. De kan emellertid också leda till utestängning genom att öka kostnaderna för tredje mans insatsvaror och kan således ha liknande effekter som en konkurrensklausul. Om man betalar licensavgifter inte bara för produkter som produceras med den licensierade tekniken utan också för produkter som produceras med tredje mans teknik, så kommer licensavgifterna att höja kostnaderna för produkter av det senare slaget och därför minska efterfrågan på tredje mans teknik. Utanför tillämpningsområdet för gruppundantaget måste man därför ställa frågan om begränsningen leder till utestängning. För detta bör man använda den analysram som beskrivs i avsnitt 4.2.7. När sådana avtal har märkbara utestängningseffekter omfattas de av artikel 101.1 i fördraget och det är osannolikt att de uppfyller villkoren i artikel 101.3, såvida inte detta är det enda praktiska sättet att beräkna och övervaka betalningen av licensavgifter.

4.2.2 Exklusiv licensiering och försäljningsbegränsningar

189. Vid tillämpningen av dessa riktlinjer är det lämpligt att skilja mellan begränsningar av produktionen inom ett visst område (exklusiva licenser eller ensamlicenser) och begränsningar av försäljningen av produkter som innehåller den licensierade tekniken till ett visst område och till en viss kundgrupp (försäljningsbegränsningar).

4.2.2.1 Exklusiv licens och ensamlicens

190. En exklusiv licens innebär att licensgivaren själv inte får producera med de licensierade teknikrättigheterna eller licensiera de licensierade teknikrättigheterna till tredje man, i allmänhet eller för viss användning eller inom ett visst område. Detta innebär att licenstagaren i allmänhet eller för denna särskilda användning eller inom detta särskilda område endast får producera med de licensierade teknikrättigheterna.

191. Om licensgivaren åtar sig att inte producera själv eller att inte bevilja licens till andra för produktion inom ett visst område kan detta område omfatta hela världen eller en del av den. Om licensgivaren endast åtar sig att inte ge tredje man licens att producera är det fråga om en ensamlicens. Exklusiva licenser eller ensamlicenser åtföljs ofta av försäljningsbegränsningar som begränsar var parterna har rätt att sälja produkter som innehåller den licensierade tekniken.

192. Ömsesidiga exklusiva licenser mellan konkurrenter omfattas av artikel 4.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal, där det anges att fördelning av marknader och kunder mellan konkurrenter är en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning. Ömsesidiga ensamlicenser mellan konkurrenter omfattas emellertid av gruppundantaget upp till tröskelvärde för marknadsandelar på 20 %. Genom ett sådant avtal åtar sig parterna gemensamt att inte ge tredje man licens till sina konkurrerande tekniker. I fall där parterna har en betydande grad av marknadsstyrka kan sådana avtal underlätta samverkan genom att garantera att parterna är ensamma på marknaden om att leverera produkter som bygger på de licensierade teknikerna.

193. Ensidiga exklusiva licenser mellan konkurrenter omfattas av gruppundantaget under förutsättning att tröskelvärde för marknadsandelar på 20 % inte överskrids. Om tröskelvärde för marknadsandelar överskrids måste de sannolika konkurrenshämmande effekterna av sådana exklusiva licenser undersökas. Om den exklusiva licensen omfattar hela världen innebär det att licensgivaren lämnar marknaden. I fall där den exklusiva licensen avser ett visst område, till exempel en medlemsstat, innebär avtalet att licensgivaren avstår från att producera varor och tjänster inom det området. Framför allt måste licensgivarens betydelse för konkurrensen bedömas mot bakgrund av artikel 101.1 i fördraget. Om licensgivaren har en begränsad marknadsställning på produktmarknaden eller saknar kapacitet att effektivt utnyttja tekniken på licenstagarens område, är det inte sannolikt att avtalet omfattas av artikel 101.1. Det finns ett specialfall där licensgivaren och licenstagaren konkurrerar endast på teknikmarknaden, och licensgivaren, som till exempel är ett forskningsinstitut eller ett litet forskningsbaserat företag, saknar produktions- och distributionstillgångar för att effektivt kunna föra ut produkter på marknaden som innehåller den licensierade tekniken. I sådana fall är det inte sannolikt att artikel 101.1 kommer att överträdas.

194. Exklusiva licensavtal mellan icke-konkurrenter uppfyller sannolikt villkoren i artikel 101.3 i den mån som de omfattas av artikel 101.1 i fördraget⁽⁸⁴⁾. Rätten att ge exklusiv licens är i allmänhet nödvändig för att få licenstagaren att investera i den licensierade tekniken och föra ut produkterna på marknaden i rimlig tid. Detta gäller framför allt om licenstagaren måste göra stora investeringar för att ytterligare utveckla den licensierade tekniken. Att ingripa mot den exklusiva licensen efter det att licenstagaren har gjort den licensierade tekniken till en kommersiell framgång, skulle innebära att man hindrade licenstagaren från att skörda frukterna av framgången och skada konkurrensen, spridningen av teknik och innovationen. Kommissionen kommer därför endast i undantagsfall att ingripa mot exklusiva licensavtal mellan icke-konkurrenter, oavsett vilket område licensen omfattar.

⁽⁸⁴⁾ Se domen i Nungesser-målet, som det hänvisas till i fotnot 13.

195. Om licenstagaren redan äger en utbytbar teknik som används för egenproduktion kan det dock hända att det exklusiva licensavtalet inte är nödvändigt för att ge licensstagaren incitament att få ut en produkt på marknaden. I ett sådant scenario kan exklusiva licensavtal i stället omfattas av artikel 101.1 i fördraget, särskilt om licenstagaren har marknadsakt på produktmarknaden. Det kan dock krävas ett ingripande om en licenstagare med dominerande ställning får exklusiv licens på en eller flera konkurrerande tekniker. Sådana avtal omfattas sannolikt av artikel 101.1 och det är osannolikt att de uppfyller villkoren i artikel 101.3. För att artikel 101.1 ska gälla måste det emellertid vara svårt att komma in på teknikmarknaden och den licensierade tekniken måste vara en verklig källa till konkurrens på marknaden. Under sådana omständigheter kan en exklusiv licens utesluta licenstagare som utgör tredje man, resa hinder för marknadsinträde och göra det möjligt för licenstagaren att behålla sin marknadsakt.

196. Avtal genom vilka två eller flera parter ömsesidigt ger varandra licens och åtar sig att inte ge tredje man licens orsakar särskilda problem när det tekniskpaket som den ömsesidiga licensieringen ger upphov till i praktiken skapar en standard för industrin som tredje man måste ha tillgång till för att kunna konkurrera effektivt på marknaden. I sådana fall skapar avtalet en sluten standard som endast parterna har tillgång till. Kommissionen kommer att bedöma sådana avtal enligt samma principer som används för bedömningen av teknikpooler (se avsnitt 4.4). Det kommer i regel att krävas att de tekniker som stödjer en sådan standard licensieras till tredje man på rättvisa, skäliga och icke-diskriminerande villkor⁽⁸⁵⁾. Om avtalsparterna konkurrerar med tredje man på en befintlig produktmarknad och avtalet avser den produktmarknaden, är det sannolikt att en sluten standard har betydande uteslutningseffekter. Denna negativa inverkan på konkurrensen kan undvikas endast genom att även tredje man får licens.

4.2.2.2 Försäljningsbegränsningar

197. Också vad gäller försäljningsbegränsningar måste en viktig skillnad göras mellan licensiering mellan konkurrenter och licensiering mellan icke-konkurrenter.

198. Om ett ömsesidigt avtal mellan konkurrenter omfattar begränsningar för den ena parten eller båda parterna att bedriva aktiv och passiv försäljning, är det fråga om särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar enligt artikel 4.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal. Sådana försäljningsbegränsningar omfattas av artikel 101.1 och uppfyller sannolikt inte villkoren i artikel 101.3. Sådana begränsningar anses i allmänhet utgöra en uppdelning av marknader, eftersom de hindrar den berörda parten från

att aktivt och passivt sälja till områden och kundgrupper som denna part faktiskt sålde till eller hade verkliga möjligheter att sälja till innan avtalet fanns.

199. I ensidiga avtal mellan konkurrenter omfattar gruppundantaget begränsningar för licenstagarens eller licensgivarens aktiva och/eller passiva försäljning till det exklusiva område eller den exklusiva kundgrupp som förbehållits den andra parten (se artikel 4.1 c i) i förordningen om tekniköverföringsavtal). Om tröskelvärde för marknadsandelar på 20 % överskrids, omfattas försäljningsbegränsningar mellan licensgivaren och licenstagaren av artikel 101.1 i fördraget, om den ena eller båda parterna har en betydande grad av marknadsakt. Sådana begränsningar kan emellertid vara nödvändiga för spridning av värdefull teknik och kan därför uppfylla villkoren i artikel 101.3. Detta kan vara fallet om licensgivaren har en förhållandevis svag marknadsposition i det område där denne själv utnyttjar tekniken. Under sådana förhållanden kan framför allt begränsningar för aktiv försäljning vara nödvändiga för att få licensgivaren att ge licens. Utan sådana begränsningar skulle licensgivaren riskera att möta aktiv konkurrens inom sitt huvudsakliga verksamhetsområde. På samma sätt kan begränsningar för licensgivarens aktiva försäljning vara nödvändiga, framför allt om licenstagaren har en förhållandevis svag marknadsställning på det område som denne tilldelats och måste göra betydande investeringar för att kunna utnyttja den licensierade tekniken på ett effektivt sätt.

200. Gruppundantaget omfattar också begränsningar för aktiv försäljning till det område eller den kundgrupp som tilldelats en annan licenstagare, som inte var en konkurrent till licensgivaren vid den tidpunkt då licensavtalet med licensgivaren ingicks. Detta är dock endast fallet när avtalet mellan de berörda parterna är ensidigt (se artikel 4.1 c ii) i förordningen om tekniköverföringsavtal). Om tröskelvärde för marknadsandelar överskrids, omfattas sådana begränsningar för aktiv försäljning sannolikt av artikel 101.1 i fördraget, om parterna har en betydande grad av marknadsakt. Det är icke desto mindre sannolikt att begränsningen är nödvändig i den mening som avses i artikel 101.3 under den tid som den skyddade licenstagaren behöver för att tränga in på en ny marknad och etablera sig på marknaden i det område eller gentemot den kundgrupp som den tilldelats. Detta skydd mot aktiv försäljning ger licenstagaren möjlighet att övervinna den asymmetri som den ställs inför på grund av att vissa licenstagare är konkurrerande företag till licensgivaren och således redan etablerade på marknaden. Begränsningar för licenstagares passiva försäljning till ett område eller en kundgrupp som tilldelats en annan licenstagare är särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal.

⁽⁸⁵⁾ Se i detta hänseende kommissionens meddelande i ärendet Canon/Kodak (EGT C 330, 1.11.1997, s. 10) och ärendet IGR Stereo Television, som nämns i XI:e rapporten om konkurrenspolitiken, punkt 94.

201. När det gäller avtal mellan icke-konkurrenter omfattas försäljningsbegränsningar mellan licensgivaren och en licenstagare av gruppundantaget under förutsättning att tröskelvärdet för marknadsandelar på 30 % inte överskrids. Om tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids kan begränsningar av licenstagares aktiva och passiva försäljning till områden eller kundgrupper som uteslutande förbehållits licensgivaren vara nödvändiga för spridning av värdefull teknik och faller därför utanför artikel 101.1 eller uppfyller därför villkoren i artikel 101.3 i fördraget. Detta kan vara fallet om licensgivaren har en förhållandevis svag marknadsställning i det område där denne själv utnyttjar tekniken. Under sådana förhållanden kan framför allt begränsningar för aktiv försäljning vara nödvändiga för att få licensgivaren att ge licens. Utan sådana begränsningar skulle licensgivaren riskera att möta aktiv konkurrens inom sitt huvudsakliga verksamhetsområde. I andra fall kan försäljningsbegränsningar som ålagts licenstagaren omfattas av artikel 101.1 och uppfyller kanske inte villkoren i artikel 101.3. Detta är sannolikt fallet om licensgivaren själv har en betydande grad av marknadsstyrka och även i fall där en serie av liknande avtal som ingåtts av licensgivare som tillsammans har en stark ställning på marknaden har en kumulativ effekt.

202. Försäljningsbegränsningar som ålagts licensgivaren uppfyller sannolikt, om de omfattas av artikel 101.1 i fördraget, villkoren i artikel 101.3 om det inte finns några reella alternativ till licensgivarens teknik på marknaden eller om sådana alternativ licensieras av licenstagaren från tredje man. Sådana begränsningar och särskilt begränsningar för aktiv försäljning är sannolikt nödvändiga i den mening som avses i artikel 101.3 för att få licenstagaren att investera i produktion, marknadsföring och försäljning av produkter som innehåller den licensierade tekniken. Det är sannolikt att licenstagarens incitament att investera skulle minska betydligt vid direkt konkurrens från licensgivaren, eftersom dennes produktionskostnader inte belastas av licensavgifter. Detta kan leda till att den optimala investeringsnivån inte uppnås.

203. I förordningen om tekniköverföringsavtal görs undantag för begränsningar för aktiv försäljning mellan områden eller kundgrupper när det gäller begränsning av försäljningen mellan licenstagare i avtal mellan icke-konkurrenter. Över tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar leder begränsningar av den aktiva försäljningen mellan licenstagares områden och kundgrupper till att konkurrensen inom en teknik försvagas och begränsningarna omfattas sannolikt av artikel 101.1 i fördraget, om den enskilda licenstagaren har en betydande grad av marknadsstyrka. Sådana begränsningar kan dock uppfylla villkoren i artikel 101.3 om de är nödvändiga för att hindra snålskjuts, förmå licenstagaren att göra de investeringar som krävs för att på ett effektivt sätt utnyttja den licensierade tekniken inom sitt område och för att främja försäljningen av

den licensierade produkten. Begränsningar för passiv försäljning omfattas av förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar i artikel 4.2 b i förordningen om tekniköverföringsavtal (se punkterna (119)–(127)).

4.2.3 Produktionsbegränsningar

204. Ömsesidiga produktionsbegränsningar i licensavtal mellan konkurrenter utgör en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning enligt artikel 4.1 b i förordningen om tekniköverföringsavtal (se punkt (103)). Artikel 4.1 b omfattar inte produktionsbegränsningar av licensgivarens teknik som åläggs licenstagaren i ett ensidigt avtal eller en av licenstagarna i ett ömsesidigt avtal. Sådana begränsningar omfattas av gruppundantaget under förutsättning att tröskelvärdet för marknadsandelar på 20 % inte överskrids. Om tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids kan produktionsbegränsningar för licenstagaren begränsa konkurrensen om parterna har en betydande grad av marknadsstyrka. Det är emellertid sannolikt att artikel 101.3 är tillämplig i fall där licensgivarens teknik är avsevärt bättre än licenstagarens teknik och där produktionsbegränsningen avsevärt överskrider licenstagarens produktion innan avtalet ingicks. I det fallet är effekten av produktionsbegränsningen begränsad också på marknader där efterfrågan ökar. Vid tillämpning av artikel 101.3 i fördraget måste man också ta hänsyn till att sådana begränsningar kan vara nödvändiga för att få licensgivaren att ge sin teknik så vid spridning som möjligt. En licensgivare kan till exempel vara ovillig att bevilja sina konkurrenter licens om licensen inte kan begränsas till en viss produktionsanläggning med en viss kapacitet (anläggningslicens). Om licensavtalet leder till en verklig integrering av tillgångar som kompletterar varandra, kan produktionsbegränsningar som ålagts licenstagaren därför uppfylla villkoren i artikel 101.3. Det är dock inte sannolikt att så är fallet om parterna har en hög grad av marknadsstyrka.

205. Produktionsbegränsningar i licensavtal mellan icke-konkurrenter omfattas av gruppundantag upp till tröskelvärdet för marknadsandelar på 30 %. Den största risken med produktionsbegränsningar som ålagts licenstagare genom avtal mellan icke-konkurrenter är att konkurrensen inom en viss teknik mellan licenstagare minskar. Hur stora de konkurrenshämmande effekterna blir beror på licensgivarens och licenstagarnas marknadsställning och på i vilken utsträckning produktionsbegränsningen hindrar licenstagaren från att tillfredsställa efterfrågan på de produkter som innehåller den licensierade tekniken.

206. När produktionsbegränsningar kombineras med exklusiva områden eller exklusiva kundgrupper ökar de konkurrensbegränsande effekterna. Om båda typerna av begränsningar kombineras är det mer sannolikt att syftet med avtalet är att dela upp marknader.

207. Produktionsbegränsningar för licenstagaren i avtal mellan icke-konkurrenter kan också ha konkurrensfrämjande effekter genom att de främjar spridningen av teknik. Som teknikleverantör bör licensgivaren i regel ha rätt att fastställa licenstagarens produktion med den licensierade tekniken. Om licensgivaren inte skulle ha rätt att fastställa licenstagarens produktion, skulle många licensavtal sannolikt aldrig komma till stånd, vilket skulle ha en negativ inverkan på spridningen av ny teknik. Detta är sannolikt fallet i synnerhet om licensgivaren också är en producent, eftersom licenstagarens produktion kan finna vägen tillbaka till licensgivarens huvudsakliga verksamhetsområde och därmed ha en direkt inverkan på dessa verksamheter. Det är emellertid mindre sannolikt att produktionsbegränsningar är nödvändiga för att garantera spridning av licensgivarens teknik när de kombineras med försäljningsbegränsningar som förbjuder licenstagaren att sälja till ett område eller en kundgrupp som förbehållits licensgivaren.

4.2.4 Begränsningar av användningsområdet

208. Under en begränsning av användningsområdet är licensen antingen begränsad till ett eller flera tekniska tillämpningsområden eller till en eller flera produktmarknader eller industrisektorer. En industrisektor kan omfatta flera produktmarknader men inte en del av en produktmarknad. Det finns många fall där samma teknik kan användas för att tillverka olika produkter eller införlivas i produkter som hör till olika produktmarknader. En ny gjutteknik kan till exempel användas för tillverkning av plastflaskor och plastglas, även om produkterna i fråga hör till en separat produktmarknad. En enskild produktmarknad kan dock omfatta flera tekniska användningsområden. Till exempel kan ny motorteknik utnyttjas i fyrcylindriga och sexcylindriga motorer. På samma sätt kan en teknik för att göra så kallade chipsets användas för att producera chipsets med upp till fyra centrala processorenheter och mer än fyra centrala processorenheter. En licens som begränsar användningen av den licensierade tekniken till produktion av till exempel fyrcylindriga motorer och chipsets med upp till fyra centrala processorenheter utgör en begränsning av tekniskt användningsområde.

209. Med tanke på att begränsningar för tekniskt användningsområde omfattas av gruppundantaget och att vissa kundbegränsningar är särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4.1 c och 4.2 b i förordningen om tekniköverföringsavtal, är det viktigt att skilja mellan dessa två typer av begränsningar. En kundbegränsning förutsätter att man identifierar bestämda kundgrupper och att parternas försäljning till sådana identifierade grupper begränsas. Att en begränsning av tekniskt användningsområde kan motsvara vissa kundgrupper på en produktmarknad innebär inte att begränsningen ska klassificeras som en kundbegränsning.

Att vissa kunder främst eller endast köper chipsets med fler än fyra centrala processorenheter innebär till exempel inte att en licens som är begränsad till chipsets med upp till fyra centrala processorenheter utgör en kundbegränsning. Användningsområdet måste emellertid definieras objektivt med utgångspunkt från identifierade och meningsfulla tekniska egenskaper hos avtalsprodukten.

210. Eftersom vissa produktionsbegränsningar är särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4.1 b i förordningen om tekniköverföringsavtal, är det också viktigt att notera att begränsningar av användningsområdet inte betraktas som produktionsbegränsningar, eftersom en begränsning av användningsområdet inte begränsar den mängd licenstagaren får producera inom det licensierade användningsområdet.

211. En begränsning av användningsområdet begränsar licensstagarens möjligheter att utnyttja den licensierade tekniken till ett eller flera bestämda användningsområden. Däremot begränsas inte licensgivarens möjligheter att utnyttja den licensierade tekniken. Dessutom kan dessa användningsområden, som i fallet med områden, tilldelas licenstagaren med en exklusiv licens eller ensamlicens. En begränsning av användningsområdet som kombineras med en exklusiv licens eller ensamlicens begränsar också licensgivarens möjligheter att utnyttja sin egen teknik, bland annat genom att ge andra licens på den. Om licenstagaren fått en ensamlicens är det endast licensgivarens möjlighet att ge tredje man licens som är begränsad. En begränsning av användningsområdet som kombineras med exklusiva licenser och ensamlicenser behandlas på samma sätt som de exklusiva licenser och ensamlicenser som behandlades i avsnitt 4.2.2 ovan. För licensiering mellan konkurrenter innebär detta framför allt att ömsesidiga exklusiva licenser är särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4.1 c.

212. Begränsningar av användningsområdet kan ha konkurrensfrämjande effekter genom att uppmuntra licensgivaren att licensiera sin teknik för tillämpningsområden som inte ingår i det egna huvudsakliga verksamhetsområdet. Om licensgivaren inte skulle kunna hindra licenstagare från att vara verksamma på områden där licensgivaren själv utnyttjar tekniken eller på områden där värdet på tekniken ännu inte är etablerat, skulle det sannolikt minska licensgivarens villighet att licensiera eller leda till att licensgivaren begärde högre licensavgifter. Det faktum att licensiering inom vissa sektorer ofta används för att garantera designfrihet genom att man kan förhindra anklagelser om intrång på de immateriella rättigheterna måste också beaktas. Inom ramen för licensen kan licenstagaren utveckla sin egen teknik utan att riskera att licensgivaren anklagar honom för intrång på de immateriella rättigheterna.

213. Begränsning av användningsområdet som åläggs licensstagare i avtal mellan faktiska och potentiella konkurrenter omfattas av gruppundantaget upp till tröskelvärdet på marknadsandelar på 20 %. Det främsta konkurrensproblemet vid sådana begränsningar är risken för att licensstagaren upphör att vara en konkurrenskraftig aktör utanför det licensierade användningsområdet. Denna risk är större vid ömsesidig licensiering mellan konkurrenter om avtalet föreskriver asymmetriska begränsningar av användningsområdet. En begränsning av användningsområdet är asymmetrisk om den ena parten tillåts att använda den licensierade tekniken inom en industrisektor eller på en produktmarknad eller ett tekniskt användningsområde och den andra parten tillåts att använda den andra licensierade tekniken inom en annan industrisektor eller på en annan produktmarknad eller ett annat tekniskt användningsområde. Konkurrensproblem kan uppstå framför allt om licensstagarens produktionsanläggning, som är utrustad för att använda den licensierade tekniken, också används för att producera produkter utanför det licensierade användningsområdet med dess egen teknik. Om det är sannolikt att avtalet leder till att licensstagaren minskar sin produktion utanför det licensierade användningsområdet, är det sannolikt att avtalet omfattas av artikel 101.1. Det är inte sannolikt att symmetriska begränsningar av användningsområdet, det vill säga avtal genom vilka parterna får licens att använda varandras teknik på samma användningsområden, omfattas av artikel 101.1 i fördraget. Sådana avtal begränsar sannolikt inte konkurrens som fanns innan avtalet kom till stånd. Det är inte heller sannolikt att artikel 101.1 är tillämplig på avtal som endast ger licensstagaren möjlighet att utveckla och utnyttja sin egen teknik inom ramen för licensen utan att behöva riskera att licensgivaren anklagar honom för intrång på de immateriella rättigheterna. Under sådana förhållanden leder begränsningar av användningsområdet inte till att konkurrens som fanns innan avtalet kom till stånd begränsas. Utan avtal riskerade licensstagaren också att anklagas för intrång på de immateriella rättigheterna utanför räckvidden för det licensierade användningsområdet. Om licensstagaren utan affärsmässiga skäl upphör med eller drar ned på sin verksamhet på det område som inte ingår i det licensierade användningsområdet, kan detta vara ett tecken på ett bakomliggande avtal om uppdelning av marknader, vilket utgör en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning enligt artikel 4.1 c i förordningen om tekniköverföringsavtal.

214. Begränsningar av användningsområdet för licensstagare och licensgivare i avtal mellan icke-konkurrenter omfattas av gruppundantaget upp till tröskelvärdet för marknadsandelar på 30 %. Begränsningar av användningsområdet i avtal mellan icke-konkurrenter genom vilka licensgivaren förbehåller sig själv en eller flera produktmarknader eller tekniska användningsområden är i regel antingen effektivitetsfrämjande eller sådana att de inte begränsar konkurrensen. De främjar spridningen av ny teknik genom att de ger licensgivaren ett incitament att bevilja licens för utnyttjande av tekniken på områden där licensgivaren inte

själv vill utnyttja den. Om licensgivaren inte kunde hindra licensstagare från att bedriva verksamhet på områden där licensgivaren själv utnyttjar tekniken, skulle det sannolikt avskräcka licensgivaren från att bevilja licens.

215. I avtal mellan icke-konkurrenter har licensgivaren i regel också rätt att bevilja olika licensstagare exklusiva licenser eller ensamlicenser som är begränsade till ett eller flera användningsområden. Sådana begränsningar begränsar konkurrensen inom en teknik mellan licensstagare på samma sätt som exklusiva licenser och analyseras på samma sätt (se avsnitt 4.2.2.1 ovan).

4.2.5 Begränsningar till produktion för eget bruk

216. En begränsning till produktion för eget bruk kan definieras som en skyldighet för licensstagaren att begränsa sin produktion av den licensierade produkten till de kvantiteter som krävs för att producera de egna produkterna och för att underhålla och reparera de egna produkterna. Denna typ av begränsning av användningen utgörs med andra ord av en skyldighet för licensstagaren att använda de produkter som innehåller den licensierade tekniken endast som en insatsvara som ska införlivas i den egna produktionen. Den omfattar inte försäljningen av den licensierade produkten för införlivande i andra producenters produkter. Begränsningar till produktion för eget bruk omfattas av gruppundantag upp till tröskelvärdena för marknadsandelar på 20 % respektive 30 %. När gruppundantaget inte är tillämpligt, måste det undersökas vilka konkurrensfrämjande och konkurrensbegränsande effekter begränsningen har. I detta sammanhang är det nödvändigt att skilja på avtal mellan konkurrenter och avtal mellan icke-konkurrenter.

217. I licensavtal mellan konkurrenter innebär en begränsning enligt vilken licensstagaren enbart får producera produkter för införlivande i de egna produkterna att licensstagaren hindras från att leverera komponenter till producenter som inte omfattas av avtalet. Om licensstagaren innan avtalet ingicks inte var en faktisk eller sannolik potentiell leverantör av komponenter till andra tillverkare, ändrar begränsningen till produktion för eget bruk ingenting jämfört med den tidigare situationen. Under de omständigheterna bedöms begränsningen på samma sätt som avtal mellan icke-konkurrenter. Om licensstagaren däremot är en faktisk eller sannolik komponentleverantör måste det undersökas vilka effekter avtalet får på denna verksamhet. Om licensstagaren genom att skaffa sig utrustning för att använda licensgivarens teknik upphör att använda sin egen teknik på en självständig grund och därmed upphör att leverera komponenter, begränsar avtalet konkurrens som fanns före avtalet. Det kan leda till allvarliga negativa effekter på marknaden om licensgivaren har en betydande grad av marknadsstyrka på komponentmarknaden.

218. Vid licensavtal mellan icke-konkurrenter finns det två risker för konkurrenshämmande effekter som har sin grund i begränsningar till produktion för eget bruk: en begränsning av konkurrensen inom en viss teknik på marknaden för leverans av insatsvaror och uteslutandet av arbitrage mellan licensstagare, vilket ökar licensgivarens möjligheter att ålägga licensstagarna diskriminerande licensavgifter.
219. Begränsningar till produktion för eget bruk kan emellertid också bidra till konkurrensfrämjande licensiering. Om licensgivaren är en komponentleverantör, kan begränsningen vara nödvändig för att spridning av teknik mellan icke-konkurrenter ska förekomma. Om begränsningen inte fanns skulle licensgivaren kanske inte bevilja licensen eller skulle kanske göra det endast mot högre licensavgifter, eftersom licensgivaren annars skulle skapa direkt konkurrens mot sig själv på komponentmarknaden. I sådana fall är en begränsning till produktion för eget bruk i regel antingen inte konkurrensbegränsande eller så omfattas den av artikel 101.3 i fördraget. Licensstagarens rätt att sälja den licensierade produkten som reservdelar till sina egna produkter får dock inte begränsas. Licensstagaren måste kunna betjäna eftermarknaden för sina egna produkter, bland annat oberoende tjänsteleverantörer som tillhandahåller service- och reparationstjänster för de produkter som licensstagaren producerar.
220. Om licensgivaren inte är en komponentleverantör på den relevanta produktmarknaden är det ovannämnda skälet för att ålägga begränsningar till produktion för eget bruk inte tillämpligt. I sådana fall kan en begränsning till produktion för eget bruk i princip främja spridningen av teknik genom att den garanterar att licensstagare inte säljer till producenter som konkurrerar med licensgivaren på andra produktmarknader. En begränsning för licensstagaren att inte sälja till vissa kundgrupper som förbehållits licensgivaren utgör i regel ett mindre begränsande alternativ. I sådana fall är en begränsning till produktion för eget bruk oftast inte nödvändig för att tekniken ska spridas.
- #### 4.2.6 Kopplingsförbehåll och paketförsäljning (bundling)
221. I samband med licensiering av teknik förekommer kopplingsförbehåll när licensgivaren förenar licensieringen av en teknik (den produkt som styr kopplingsförbehållet) med villkoret att licensstagaren tar upp en licens för en annan teknik eller köper en produkt av licensgivaren eller av någon denne utsett (den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet). Paketförsäljning förekommer när två tekniker eller en teknik och en produkt endast säljs tillsammans som ett paket. I båda fallen är det emellertid ett villkor att de berörda produkterna och teknikerna är avgränsade i den meningen att det finns en avgränsad efterfrågan för var och en av de produkter och tekniker som omfattas av kopplingsförbehållet eller ingår i paketet. Detta är vanligen inte fallet när tekniken eller produkterna oundvikligen är kopplade till varandra på ett sådant sätt att den licensierade tekniken inte kan utnyttjas utan den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet eller att den ena delen av paketet inte kan utnyttjas utan den andra. Nedan avses med begreppet kopplingsförbehåll både kopplingsförbehåll och paketförsäljning.
222. Artikel 3 i förordningen om tekniköverföringsavtal, där tillämpningen av gruppundantaget begränsas av tröskelvärden för marknadsandelar, garanterar att kopplingsförbehåll och paketförsäljning inte omfattas av gruppundantaget om tröskelvärdena på 20 % vid avtal mellan konkurrenter respektive 30 % vid avtal mellan icke-konkurrenter överskrids. Tröskelvärdena för marknadsandelar är tillämpliga på alla relevanta teknik- eller produktmarknader som påverkas av licensavtalet, även marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet. Ovanför tröskelvärdena för marknadsandelar är det nödvändigt att göra en avvägning mellan de konkurrenshämmande och de konkurrensfrämjande effekterna av kopplingsförbehåll.
223. Den främsta begränsande effekten av kopplingsförbehåll är att konkurrerande leverantörer av den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet uteslås från marknaden. Kopplingsförbehåll kan också ge licensgivaren möjlighet att bibehålla sin marknadsstyrka på marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet. Skälet till detta är att kopplingsförbehållet kan utgöra ett inträdeshinder om det tvingar nya aktörer att gå in på flera marknader samtidigt. Kopplingsförbehåll kan dessutom göra det möjligt för licensgivaren att höja licensavgifterna, framför allt om den produkt som styr kopplingsförbehållet och den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet är delvis utbytbara och de båda produkterna inte används i fasta proportioner. Kopplingsförbehåll hindrar licensstagaren från att byta till andra insatsvaror (substitut) inför hotet om höjda licensavgifter för den produkt som styr kopplingsförbehållet. Vid sådana konkurrensproblem har det inte någon betydelse om avtalsparterna är konkurrenter eller inte. För att kopplingsförbehåll sannolikt ska begränsa konkurrensen måste licensgivaren ha en betydande grad av marknadsstyrka på marknaden för den produkt som styr kopplingsförbehållet för att kunna begränsa konkurrensen på marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet. Om licensgivaren inte har marknadsstyrka på marknaden för den produkt som styr kopplingsförbehållet kan licensgivaren inte använda sin teknik i det konkurrensbegränsande syftet att utesluta leverantörer av den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet. Dessutom måste kopplingsförbehållet, precis som konkurrensklausuler, täcka en viss del av marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet för att märkbara utesläppningseffekter ska föreligga. I fall där licensgivaren har marknadsstyrka på marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet snarare än på marknaden för den produkt som styr kopplingsförbehållet, analyseras begränsningen som en konkurrensklausul eller kvantitetsbegränsning, vilket återspeglar det faktum att eventuella konkurrensproblem härrör från marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet och inte från marknaden för den produkt som styr kopplingsförbehållet⁽⁸⁶⁾.
224. Kopplingsförbehåll kan också medföra effektivitetsvinster. Detta är fallet till exempel om den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet är nödvändig för ett tekniskt tillfredsställande utnyttjande av den licensierade tekniken

⁽⁸⁶⁾ Se avsnitt 4.2.7 och punkterna 129 ff. i riktlinjerna om vertikala begränsningar om den tillämpliga analysramen, som det hänvisas till i fotnot 52.

eller för att garantera att produktionen under licensen motsvarar de kvalitetskrav som licensgivaren och andra licenstagare uppfyller. I regel begränsar kopplingsförbehållet i sådana fall inte konkurrensen eller också omfattas det av artikel 101.3 i fördraget. Om licenstagarna använder licensgivarens varumärke eller om det i övrigt är uppenbart för konsumenterna att det finns en koppling mellan licensgivaren och den produkt som innehåller den licensierade tekniken, har licensgivaren ett berättigat intresse av att se till att kvaliteten på produkterna är sådan att den inte äventyrar värdet på licensgivarens teknik eller dennes rykte som ekonomisk aktör. Om konsumenterna vet att licenstagarna (och licensgivaren) producerar på grundval av samma teknik, är det dessutom osannolikt att licenstagarna skulle vara villiga att ta en licens om inte alla utnyttjade tekniken på ett tekniskt tillfredsställande sätt.

225. Kopplingsförbehåll är sannolikt också konkurrensfrämjande om den produkt som omfattas av kopplingsförbehåll gör det möjligt för licenstagaren att utnyttja den licensierade tekniken betydligt effektivare. Om licensgivaren till exempel beviljar licens för en viss processteknik, kan parterna också komma överens om att licenstagaren av licensgivaren köper en katalysator som har utvecklats för att användas tillsammans med den licensierade tekniken och som gör det möjligt att utnyttja tekniken effektivare än med andra katalysatorer. Om begränsningen i sådana fall omfattas av artikel 101.1, är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 uppfylls även om tröskelvärdena för marknadsandelar överskrids.

4.2.7 Konkurrensklausuler

226. Konkurrensklausuler i samband med licensiering av teknik har formen av en skyldighet för licenstagaren att inte använda teknik som tillhandahålls av tredje man, om den tekniken konkurrerar med den licensierade tekniken. I den mån en konkurrensklausul omfattar en produkt eller en kompletterande teknik som tillhandahålls av licensgivaren, behandlas skyldigheten i avsnitt 4.2.6 om kopplingsförbehåll.
227. I förordningen om tekniköverföringsavtal beviljas undantag för konkurrensklausuler både i fråga om avtal mellan konkurrenter och i fråga om avtal mellan icke-konkurrenter upp till tröskelvärdena för marknadsandelar på 20 % respektive 30 %.
228. Den största faran för konkurrensen i samband med konkurrensklausuler är att teknik som tillhandahålls av tredje man uteslås från marknaden. Konkurrensklausuler kan också underlätta samverkan mellan licensgivare om flera licensgivare använder dem i separata avtal (dvs. vid kumulativ användning). Utestängning av konkurrerande teknik minskar konkurrenstrycket på licensavgifter som tas ut av licensgivaren och minskar konkurrensen mellan de etablerade teknikerna genom att det begränsar möjligheterna för licenstagare att växla mellan konkurrerande teknik. Eftersom utestängning är det främsta problemet i båda fallen,

kan analysen i allmänhet vara densamma för avtal mellan konkurrenter och avtal mellan icke-konkurrenter. Vid ömsesidig licensiering mellan konkurrenter där båda kommer överens om att inte använda teknik som tillhandahålls av tredje man kan avtalet underlätta samverkan mellan dem på produktmarknaden, vilket motiverar det lägre tröskelvärdet för marknadsandelar på 20 %.

229. Utestängning kan uppstå om en betydande andel av de potentiella licenstagarna redan är bundna till en, eller i händelse av kumulativa effekter, flera teknikkällor och hindras från att utnyttja konkurrerande teknik. Utestängningseffekter kan bli följden av avtal som ingåtts av en ensam licensgivare med en betydande grad av marknadsstyrka eller av den kumulativa effekten av avtal som ingåtts av flera licensgivare, även om varje enskilt avtal eller nätverk av avtal omfattas av förordningen om tekniköverföringsavtal. I det senare fallet är det dock osannolikt att en allvarlig kumulativ effekt uppstår så länge mindre än 50 % av marknaden är uppbunden. Ovanför detta tröskelvärde är det sannolikt att betydande utestängning uppstår om inträdeshindren för nya licenstagare är relativt höga. Om inträdeshindren är låga, kan nya licenstagare komma in på marknaden och utnyttja kommersiellt attraktiv teknik som innehas av tredje man och därmed utgöra ett reellt alternativ till etablerade licenstagare. För att avgöra den faktiska möjligheten för tredje man att komma in eller utvidga sin verksamhet på marknaden måste man också beakta i vilken utsträckning distributörer är bundna till licenstagare genom konkurrensklausuler. Tredje man har en reell möjlighet att komma in på marknaden med sin teknik endast med tillgång till de nödvändiga medlen för produktion och distribution. Hur lätt det är att komma in på marknaden beror med andra ord inte bara på tillgången på licenstagare utan också på i vilken utsträckning de har tillgång till distribution. Vid bedömningen av utestängningseffekter i distributionsledet tillämpar kommissionen den analysram som anges i avsnitt IV.2.1 i riktlinjerna om vertikala begränsningar⁽⁸⁷⁾.
230. Om licensgivaren har en betydande grad av marknadsstyrka kan en skyldighet för licenstagare att förvärva teknik endast från den licensgivaren leda till betydande utestängningseffekter. Ju starkare marknadsställning licensgivaren har, desto större är risken för att konkurrerande teknik uteslås. För att kännbara utestängningseffekter ska uppstå behöver konkurrensklausulerna inte nödvändigtvis täcka en betydande del av marknaden. Betydande utestängningseffekter kan ändå uppstå om konkurrensklausulerna är riktade till företag som är de mest sannolika licensgivarna för konkurrerande teknik. Risken för utestängning är särskilt stor när det endast finns ett begränsat antal potentiella licenstagare och licensavtalet avser en teknik som används av licenstagarna för att göra insatsvaror för eget bruk. I sådana fall är det sannolikt att inträdeshindren för en ny licensgivare är höga. Utestängning kan vara mindre sannolik i fall där tekniken används för att göra en produkt som säljs till tredje man. Även om begränsningen i detta fall också kopplar produktionskapacitet för insatsvaran i fråga, kopplar den inte efterfrågan i marknadsled efter licenstagarna. För att licensgivare ska komma in på marknaden i det senare fallet behöver de

⁽⁸⁷⁾ Se fotnot 52.

bara tillgång till en eller flera licenstagare som har lämplig produktionskapacitet. Om inte endast ett fåtal företag har eller kan få fram de resurser som behövs för att ta en licens är det osannolikt att licensgivaren, genom att ålägga sina licenstagare konkurrensklausuler, kan hindra konkurrenter från att få tillgång till effektiva licenstagare.

231. Konkurrensklausuler kan också ha konkurrensfrämjande effekter. För det första kan sådana klausuler främja spridningen av teknik genom att minska risken för obehörigt tillägnande av den licensierade tekniken, särskilt know-how. Om en licenstagare skulle ha rätt att ta licens för konkurrerande teknik hos tredje man, skulle det finnas en risk för att särskilt licensierad know-how skulle användas vid utnyttjandet av konkurrerande teknik och därmed gynna konkurrenterna. Om en licenstagare också utnyttjar konkurrerande teknik, blir det i regel också svårare att kontrollera betalningen av licensavgifter, vilket kan avskräcka från licensiering.

232. För det andra kan konkurrensklausuler, eventuellt i kombination med ett exklusivt område, också vara nödvändiga för att garantera att licenstagaren har ett incitament att investera i och utnyttja den licensierade tekniken effektivt. I fall där ett avtal omfattas av artikel 101.1 i fördraget på grund av en märkbar utestängningseffekt, kan det för att artikel 101.3 ska vara tillämplig vara nödvändigt att välja ett mindre begränsande alternativ, till exempel att ålägga minsta produktionsmängder eller licensavgifter, som i regel har mindre potential att utestänga konkurrerande teknik.

233. För tredje, i fall där licensgivaren åtar sig att göra betydande kundspecifika investeringar till exempel i utbildning och för att skräddarsy den licensierade tekniken för licenstagarens behov, kan konkurrensklausuler eller åläggande av minsta produktionsmängder eller lägsta licensavgifter vara nödvändiga för att förmå licensgivaren att göra investeringen och undvika problem med försening. I regel kan dock licensgivaren ta betalt för sådana investeringar genom ett schablonbelopp, vilket innebär att mindre begränsande alternativ står till buds.

4.3 Förlikningsavtal

234. Licensiering av teknikrättigheter i förlikningsavtal kan fungera som ett sätt att lösa tvister eller undvika att en part

hävdar sina immateriella rättigheter för att hindra den andra parten från att utnyttja sin egen teknik ⁽⁸⁸⁾.

235. Förlikningsavtal i samband med tvister som gäller tekniska aspekter är, liksom på många andra områden när det gäller handelsrättsliga tvister, i princip ett legitimt sätt att hitta en ömsesidigt godtagbar kompromiss i en juridisk tvist. Parterna kan föredra att avbryta tvisten eller rätts-tvisten, eftersom den visar sig vara för dyr och tidskrävande och/eller osäker vad gäller resultatet. Förlikningar kan också bespara domstolar och/eller behöriga administrativa myndigheter arbete med att fatta ett beslut i ärendet och kan därför vara till gagn för samhället i stort. Å andra sidan ligger det i allmänhetens intresse att undanröja ogiltiga immateriella rättigheter som ett oförtjänt hinder för innovation och ekonomisk verksamhet ⁽⁸⁹⁾.

236. Licensiering (inbegripet ömsesidig licensiering) i samband med förlikningsavtal är i regel inte konkurrensbegränsande i sig, eftersom det ger parterna möjlighet att utnyttja sina tekniker efter det att avtal ingåtts. I fall där det är möjligt att licenstagaren utan licens skulle kunna utestängas från marknaden omfattas licenstagarens tillgång till tekniken i fråga genom ett förlikningsavtal i regel inte av artikel 101.1.

237. De enskilda villkoren i förlikningsavtal kan dock omfattas av artikel 101.1. Licensiering i samband med förlikningsavtal behandlas på samma sätt som andra licensavtal ⁽⁹⁰⁾. I dessa fall är det särskilt nödvändigt att bedöma om parterna är potentiella eller faktiska konkurrenter.

Kompenserad begränsning i förlikningsavtal

238. Förlikningsavtal av typen *pay-for-restriction* eller *pay-for-delay* omfattar ofta inte någon överföring av teknikrättigheter, utan bygger på en överföring av värden från en part i utbyte mot en begränsning av inträde och/eller expansion på den andra partens marknad och kan omfattas av artikel 101.1 ⁽⁹¹⁾.

239. Om ett sådant förlikningsavtal emellertid även omfattar en licensiering av de teknikrättigheter som berörs av den bakomliggande tvisten, och det avtalet leder till försenade eller på annat sätt begränsade möjligheter för licenstagaren att lansera produkten på någon av de berörda marknaderna, kan avtalet omfattas av artikel 101.1 och skulle då

⁽⁸⁸⁾ Förordningen om tekniköverföringsavtal och riktlinjerna påverkar inte tillämpningen av artikel 101 på förlikningsavtal som inte innehåller ett licensavtal.

⁽⁸⁹⁾ Mål C-193/83, Windsurfing International, REG 1986, s. 611, punkt 92.

⁽⁹⁰⁾ Se mål 65/86, Bayer mot Sulhofer, REG 1988, s. 5259, punkt 15.

⁽⁹¹⁾ Se till exempel kommissionens beslut i ärendet Lundbeck, ännu ej offentliggjort.

behöva bedömas framför allt mot bakgrund av artikel 4.1 c och 4.1 d i förordningen om tekniköverföringsavtal (se punkt 3.4.2 ovan). Om parterna i ett sådant förlikningsavtal är faktiska eller potentiella konkurrenter och det har skett en betydande överföring av värden från licensgivaren att licensstagaren, kommer kommissionen att vara särskilt uppmärksam på risken för marknadsuppdelning.

Ömsesidig licensiering i förlikningsavtal

240. Förlikningsavtal genom vilka parterna ger varandra ömsesidig licens och ålägger varandra begränsningar för användningen av sina egna tekniker, bland annat begränsningar av licensiering till tredje man, kan omfattas av artikel 101.1 i fördraget. Om parterna har en betydande grad av marknadsstyrka och avtalet ålägger begränsningar som utan tvekan går längre än vad som krävs för att upphäva en blockerande ställning, är det sannolikt att avtalet omfattas av artikel 101.1, även om det är sannolikt att det föreligger en ömsesidig blockerande ställning. Det är särskilt sannolikt att artikel 101.1 är tillämplig om parterna delar upp marknader eller fastställer ömsesidiga löpande licensavgifter som har en betydande inverkan på marknadspriserna.

241. Om parterna enligt förlikningsavtalet har rätt att använda varandras teknik och avtalet omfattar även framtida utveckling, måste man bedöma hur avtalet påverkar parternas incitament till innovation. Om parterna har en betydande grad av marknadsstyrka omfattas avtalet sannolikt av artikel 101.1 i fördraget, om det hindrar parterna från att få ett konkurrensmässigt övertag över varandra. Avtal som eliminerar eller avsevärt minskar möjligheterna för en av parterna att få ett konkurrensmässigt övertag över varandra minskar incitamentet till innovation och har således en negativ effekt på en väsentlig del av konkurrensprocessen. Det är också osannolikt att sådana avtal uppfyller villkoren i artikel 101.3. Det är särskilt osannolikt att begränsningen ska kunna anses nödvändig i den mening som avses i det tredje villkoret i artikel 101.3. För att syftet med avtalet ska uppnås, dvs. att se till att parterna kan fortsätta att utnyttja sin egen teknik utan att blockeras av den andra parten, krävs inte att parterna kommer överens om att dela framtida innovationer med varandra. Det är dock osannolikt att parterna hindras från att få ett konkurrensmässigt övertag över varandra om syftet med licensen är att ge parterna möjlighet att utveckla sina respektive tekniker och om licensen inte leder till att de använder samma tekniska lösningar. Sådana avtal skapar enbart designfrihet genom att de hindrar anklagelser om intrång på de immateriella rättigheterna från den andra partens sida.

Klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter i förlikningsavtal

242. I samband med förlikningsavtal anses klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter i regel falla utanför

tillämpningsområdet för artikel 101.1 i fördraget. Det är en naturlig del av sådana avtal att parterna kommer överens om att inte i efterhand bestrida de immateriella rättigheter som stått i centrum för tvisten. Själva syftet med avtalet är ju att lösa tvister eller att undvika framtida tvister.

243. Klausuler om att inte bestrida giltigheten av immateriella rättigheter kan, när de ingår i förlikningsavtal, under vissa omständigheter vara konkurrensbegränsande och kan omfattas av artikel 101.1 i fördraget. Begränsning av rätten att bestrida en immateriell rättighet är inte en del av det särskilda föremålet för en immateriell rättighet och kan begränsa konkurrensen. Till exempel en klausul om att inte bestrida immateriella rättigheter kan utgöra en överträdelse av artikel 101.1, om en immateriell rättighet beviljats efter det att oriktiga eller vilseledande uppgifter har lämnats.⁽⁹²⁾ Kontroll av sådana klausuler kan också bli nödvändigt om licensgivaren, förutom att licensiera tekniken, även förmår licensstagaren att samtycka till att inte bestrida giltigheten av teknikrättigheter, eller om teknikrättigheterna är nödvändiga som underlag för licensstagarens produktion (se även punkt (136)).

4.4 Teknikpooler

244. Teknikpooler definieras som avtal genom vilka två eller flera parter sammanställer ett teknikpaket som inte bara licensieras till sådana som bidrar till poolen utan också till tredje man. Teknikpooler kan ha strukturen av enkla avtal mellan ett visst antal parter eller de kan omfatta komplicerade organisatoriska arrangemang genom vilka licensieringen av den teknik som ingår i poolen anförtros en separat enhet. I båda fallen kan poolen göra det möjligt för licensstagare att bedriva verksamhet på marknaden på grundval av en enda licens.

245. Det finns ingen naturlig koppling mellan teknikpooler och teknikstandards, men ofta stödjer den teknik som ingår i poolen (helt eller delvis) en faktisk eller lagstadgad industristandard⁽⁹³⁾. Olika teknikpooler kan stödja konkurrerande standarder.⁽⁹⁴⁾ Teknikpooler kan ha konkurrensfrämjande verkningar, särskilt genom att minska transaktionskostnaderna och genom att sätta en gräns för kumulativa licensavgifter för att undvika dubbel marginalisering. Skapandet av en pool möjliggör 'one-stop'-licensiering av teknik som omfattas av poolen. Detta är viktigt i synnerhet inom sektorer där immateriella rättigheter är vanliga och där man måste erhålla licenser från

⁽⁹²⁾ Jfr domen i mål C-457/10 P, AstraZeneca mot kommissionen, REG 2012, ännu ej refererad i rättsfallssamlingen.

⁽⁹³⁾ När det gäller behandlingen av standarder och behandling av standardiseringsavtal se de horisontella riktlinjerna, punkt 257 och följande, som det hänvisas till i fotnot 27.

⁽⁹⁴⁾ Se kommissionens pressmeddelande IP/02/1651 om licensiering av patent för tredje generationens mobiltjänster. Detta ärende omfattade fem teknikpooler som skapade fem olika tekniker, som alla kunde användas för tillverkning av 3G-utrustning.

ett stort antal licensgivare för att kunna bedriva verksamhet på marknaden. I fall där licenstagare får fortlöpande tjänster som gäller tillämpningen av den licensierade tekniken, kan gemensam licensiering och gemensamma tjänster leda till ytterligare kostnadsminskningar. Patentpooler kan också spela en positiv roll i genomförandet av konkurrensfrämjande standarder.

246. Teknikpooler kan också vara konkurrensbegränsande. Skapandet av en teknikpool innebär oundvikligen gemensam försäljning av de tekniker som ingår i poolen, och om poolen helt och till största delen består av utbytbara tekniker är det fråga om en priskartell. Förutom att teknikpooler minskar konkurrensen mellan parterna kan de leda till minskad innovation genom att utesluta alternativ teknik, särskilt om de stödjer eller ger upphov till en industristandard. Förekomsten av standarden och en därmed sammanhängande teknikpool kan göra det svårare för ny och förbättrad teknik att komma in på marknaden.

247. Avtal om upprättande av teknikpooler och om fastställande av villkoren för deras verksamhet omfattas inte – oberoende av antalet parter – av gruppundantaget, eftersom avtalet om upprättande av en pool inte tillåter en viss licenstagare att producera avtalsprodukterna (se avsnitt 3.2.4). Sådana avtal omfattas endast av dessa riktlinjer. Poolingavtal orsakar vissa problem avseende valet av den teknik som tagits med och poolens verksamhet, vilka inte förekommer i samband med andra typer av licensiering. Licensiering från poolen är i allmänhet ett avtal mellan flera parter med tanke på att bidragsgivarna gemensamt fastställer villkoren för sådan licensiering och omfattas därför inte heller av gruppundantaget. Licensiering ut från poolen behandlas i punkt (261) och avsnitt 4.4.2.

4.4.1 Bedömning av hur teknikpooler bildas och drivs

248. Det sätt på vilket en teknikpool utformas, organiseras och drivs kan minska risken för att den har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen och garantera att den främjar konkurrensen. Vid bedömningen av eventuella risker för konkurrensen och eventuella effektivitetsvinster kommer kommissionen bland annat att ta hänsyn till insynen i hur poolen bildas, Valet av den teknik som ingår i poolen och dess karaktär, bland annat i vilken utsträckning oberoende experter deltar i bildandet och driften av poolen och om garantier mot utbyte av känslig information och oberoende mekanismer för tvistlösning har införts.

Öppet deltagande

249. Om deltagandet i skapandet av en standard och en pool är öppet för alla berörda parter, är det mer sannolikt att teknik som ska tas med i poolen väljs utifrån överväganden som gäller förhållandet mellan pris och kvalitet än om poolen bildas av en liten grupp teknikägare.

Valet av den teknik som ingår i poolen och dess karaktär

250. Riskerna för konkurrensen och de eventuella effektivitetsvinster som teknikpooler medför beror i stor utsträckning på förhållandet mellan den teknik som ingår i poolen och dess förhållande till teknik utanför poolen. Två grundläggande distinktioner måste göras, nämligen mellan a) kompletterande teknik och substitutteknik och b) mellan nödvändig och icke nödvändig teknik.

251. Två tekniker är kompletterande i motsats till substitut om båda krävs för att producera den produkt eller genomföra den process som dessa tekniker hör samman med. Omvänt gäller att två tekniker är substitut om någondera tekniken gör det möjligt för innehavaren att tillverka den produkt eller genomföra den process som dessa tekniker hör samman med.

252. En teknik kan vara väsentlig antingen a) för att producera en viss produkt eller genomföra en viss process som den i poolen använda tekniken avser eller b) för att producera en sådan produkt eller genomföra en sådan process i enlighet med en standard som omfattar den teknik som ingår i poolen. I det första fallet är en teknik nödvändig (i motsats till icke nödvändig), om det inte finns några lönsamma substitut (vare sig ur kommersiell eller teknisk synpunkt) för den tekniken innanför eller utanför poolen och om tekniken i fråga utgör en nödvändig del av teknikpaketet för att man ska kunna producera de(n) produkt(er) eller genomföra de(n) process(er) som poolen avser. I det senare fallet är en teknik väsentlig om den utgör en nödvändig del (dvs. det finns inga lönsamma substitut) av den i poolen använda teknik som krävs för att uppfylla den standard som stöds av poolen (väsentlig standardteknik). Teknik som är nödvändig är oundvikligen också kompletterande. Enbart det faktum att en teknikinnehavare försäkrar att en teknik är nödvändig innebär inte att en sådan teknik är nödvändig enligt de kriterier som anges i denna punkt.

253. Om de tekniker som ingår i en pool är substitut, är det sannolikt att licensavgifterna är högre än de annars skulle vara, eftersom licenstagare inte har någon nytta av konkurrensen mellan teknikerna i fråga. Om de tekniker som ingår i en pool är kompletterande, minskar teknikpoolen transaktionskostnaderna och kan leda till lägre licensavgifter totalt sett, eftersom parterna kan fastställa en gemensam licensavgift för paketet i stället för att varje part fastställer en licensavgift för sin egen teknik utan att ta hänsyn till att en högre licensavgift för en teknik i regel

minskar efterfrågan på kompletterande teknik. Om licensavgifter för kompletterande teknik fastställs individuellt, kan summan av dessa royaltier ofta vara större än vad som skulle fastställas kollektivt av en pool för paketet med samma kompletterande tekniker. En bedömning av den roll som substitut utanför poolen spelar görs i punkt (262).

254. Skillnaden mellan kompletterande teknik och substitutteknik är inte alltid helt tydlig, eftersom teknik kan vara delvis substitut, delvis kompletterande. Om det är sannolikt att licenstagare kommer att försöka få två tekniker på grund av de effektivitetsvinster en kombination av dessa båda skulle ge, behandlas dessa två tekniker som kompletterande trots att de delvis är substitut. I sådana fall skulle licenstagare sannolikt vilja få licens för båda teknikerna på grund av de ytterligare ekonomiska fördelarna av att använda både teknikerna i stället för bara en av dem. I avsaknad av sådana efterfrågebaserade bevis på att tekniker som ingår i poolen kompletterar varandra, är det en indikation på att dessa tekniker kompletterar varandra om i) de parter som bidrar med teknik till en pool har rätt att bevilja licenser för sin teknik individuellt och ii) poolen är beredd att, förutom att licensiera paketet bestående av samtliga parter tekniker, licensiera varje parts teknik även separat och om iii) de totala licensavgifter som tas ut när separata licenser tas till alla tekniker som ingår i poolen inte överskrider de licensavgifter som tas ut av poolen för hela teknikpaketet.

255. Införlivandet av substitutteknik i poolen begränsar i regel konkurrensen mellan tekniker, eftersom det kan vara fråga om kollektiv pakETFörsäljning och leda till att konkurrenter kommer överens om priser sinsemellan. Generellt anser kommissionen att införlivandet av betydande substitutteknik i poolen utgör en överträdelse av artikel 101.1 i fördraget. Kommissionen anser också att det är osannolikt att villkoren i artikel 101.3 uppfylls i fall där pooler i betydande grad omfattar substitutteknik. Eftersom teknikerna i fråga är alternativ, medför införlivandet av båda teknikerna i poolen inga kostnadsbesparingar. Om poolen inte hade funnits skulle licenstagarna inte ha behövt båda teknikerna. För att lösa konkurrensproblemen är det inte tillräckligt att parterna har rätt att bevilja licenser oberoende av varandra. Orsaken är att parterna sannolikt har föga incitament att bevilja licenser oberoende av varandra för att inte underminera poolens licensieringsverksamhet, som gör det möjligt för dem att tillsammans utöva marknadsakt.

Valet av oberoende experter och deras funktion

256. En annan relevant faktor vid bedömningen av riskerna för konkurrensen och effektivitetsvinster med teknikpooler är i vilken utsträckning oberoende experter är engagerade i att skapa och driva poolen. Bedömningen av om en teknik är nödvändig för en standard som stöds av en pool kräver ofta expertkunskaper. Engagerandet av oberoende experter i urvalsprocessen kan utgöra ett stort steg i riktning mot att garantera att ett åtagande om att bara ta med nödvändig teknik genomförs i praktiken. Om valet av tekniker som ska ingå i poolen görs av en fristående expert kan detta också främja konkurrensen mellan de olika tekniska lösningar som finns tillgängliga.

257. Kommissionen tar hänsyn till hur experterna väljs och vilka uppgifter de ska utföra. Experterna bör vara fristående från de företag som har bildat poolen. Om experterna har kopplingar till licensgivarna (eller poolens licensieringsverksamhet) eller är beroende av dessa på något annat sätt, har anlitandet av experten mindre tyngd. Experterna måste också ha tillräckligt tekniskt kunnande för att kunna utföra de uppgifter som de har anförtrots. Uppgifter som åligger oberoende experter kan till exempel vara att bedöma om de tekniker som föreslagits bli införlivade i poolen är giltiga och om de är nödvändiga.

258. Slutligen är alla mekanismer för tvistlösning som föreskrivs i stadgarna för poolen relevanta och bör beaktas. Ju mer tvistlösning som anförtros organ eller personer som är fristående från poolen och dess medlemmar, desto sannolikare är det att tvistlösningen är opartisk.

Garantier mot utbyte av känslig information

259. Det är också skäl att beakta hur utbytet av känslig information mellan parterna har ordnats⁽⁹⁵⁾. På oligopolmarknader kan utbyte av känslig information, till exempel om prissättning och produktion, underlätta samverkan.⁽⁹⁶⁾ I sådana fall tar kommissionen hänsyn till i vilken utsträckning säkerhetsåtgärder har vidtagits för att garantera att känslig information inte utbyts. En oberoende expert eller ett licensieringsorgan kan spela en viktig roll för att säkerställa att sifferuppgifter om produktion och försäljning, som kan vara nödvändiga för att beräkna och kontrollera licensavgifter, inte avslöjas för företag som konkurrerar på de berörda marknaderna.

⁽⁹⁵⁾ För närmare uppgifter om informationsutbyte se de horisontella riktlinjerna, punkt 55 och följande, som det hänvisas till i fotnot 27.

⁽⁹⁶⁾ Se domen i målet John Deere, som det hänvisas till i fotnot 11.

260. Särskild omsorg bör ägnas åt att införa sådana skyddsklausuler när berörda parter samtidigt deltar i arbetet med att bilda pooler med konkurrerande standarder, om det kan leda till utbyte av känslig information mellan konkurrerande pooler.

Gruppundantag

261. Bildandet och driften av poolen, inklusive beviljandet av licenser, faller vanligtvis utanför artikel 101.1 i fördraget, oberoende av parternas marknadsställning, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Det står öppet för samtliga intresserade innehavare av teknikrättigheter att delta i arbetet med att bilda poolen.
- b) Tillräckliga skyddsåtgärder vidtas för att garantera att endast nödvändiga tekniker (som därför oundvikligen också är kompletterande) slås samman.
- c) Tillräckliga skyddsåtgärder vidtas för att se till att utbytet av känslig information (t.ex. uppgifter om pris-sättning och produktion) begränsas till vad som är nödvändigt för att skapa och driva poolen.
- d) Den teknik som ingår i poolen har licensierats till poolen utan ensamrätt.
- e) Den teknik som ingår i poolen licensieras ut till alla potentiella licenstagare på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor ⁽⁹⁷⁾.
- f) De parter som bidrar med teknik till poolen och licens-tagarna har rätt att bestrida giltigheten och nödvändigheten av den teknik som ingår i poolen.
- g) De parter som bidrar med teknik till poolen och licens-tagarna har rätt att utveckla konkurrerande produkter och teknik.

Utanför gruppundantaget

262. Om väsentliga, kompletterande men icke nödvändiga patent ingår i poolen finns det en risk för att teknik som tillhandahålls av tredje man utestängs från marknaden. När en teknik har tagits med i poolen och licensieras som en del av paketet, har licenstagarna sannolikt föga incitament att skaffa licens för en konkurrerande teknik om den licensavgift som betalas för paketet redan täcker en substitutteknik. Om poolen dessutom innehåller teknik som inte är nödvändig för att producera de(n) produkt(er) eller genomföra de(n) process(er) som teknikpoolen avser eller för att följa den standard som omfattar den teknik som ingår i poolen, tvingas licenstagarna betala för teknik som de kanske inte behöver. Om sådan kompletterande teknik tas med i poolen är det således fråga om kollektiv paketförsäljning. Om en pool omfattar icke nödvändig teknik är det sannolikt att avtalet omfattas av artikel 101.1, om poolen har en betydande ställning på en relevant marknad.

263. Med tanke på att substitutteknik och kompletterande teknik kan utvecklas efter det att en pool har bildats upphör behovet av att bedöma nödvändigheten inte nödvändigtvis när poolen bildas. En teknik kan bli icke nödvändig efter det att poolen skapats på grund av att det kommer fram ny teknik från tredje man. Om poolen görs uppmärksam på att sådan ny teknik från tredje man erbjuds till och efterfrågas av licenstagare, kan utestängningsproblem undvikas genom att nya och befintliga licenstagare erbjuds licens utan den teknik som inte längre är nödvändig till en motsvarande sänkt licensavgift. Det kan dock finnas andra sätt att se till att teknik från tredje man inte utestängs.

264. I sin bedömning av teknikpooler som omfattar icke nödvändig men kompletterande teknik kommer kommissionen därför i sin övergripande bedömning bland annat att ta hänsyn till följande faktorer:

- a) Om det finns några konkurrensfrämjande skäl för att ta med den icke nödvändiga tekniken i poolen, t.ex. på grund av kostnaderna för att fastställa om all teknik är nödvändig med tanke på det stora antalet tekniska lösningar.
- b) Om licensgivarna har rätt att självständigt licensiera sin respektive teknik: när poolen består av ett begränsat antal olika tekniker och det finns substitutteknik utanför poolen vill kanske licenstagarna sammanställa ett eget teknikpaket som dels består av teknik som utgör en del av poolen, dels av teknik som ägs av tredje man.
- c) Om poolen, i fall där den teknik som ingår i poolen har olika tillämpningar av vilka en del inte kräver att all den teknik som ingår i poolen används, erbjuder teknikerna endast som ett enda paket eller om den erbjuder separata paket för särskilda tillämpningar, som var och en endast omfattar den teknik som är relevant för tillämpningen i fråga: i det senare fallet kräver teknik som inte är nödvändig för en viss produkt eller process inte att nödvändig teknik används.
- d) Är de tekniker som ingår i poolen tillgänglig endast som ett paket eller kan licenstagarna få licens för endast en del av paketet med en motsvarande nedsättning av licensavgifterna? Denna möjlighet att få licens för bara en del av paketet kan minska risken för att teknik från tredje man utanför poolen utestängs, särskilt om licenstagaren beviljas en motsvarande nedsättning av licensavgifterna. Detta förutsätter att en andel av den totala licensavgiften har fastställts för varje teknik som ingår i poolen. Om de licensavtal som ingåtts mellan poolen och enskilda licenstagare har förhållandevis lång varaktighet och den teknik som ingår i

⁽⁹⁷⁾ För närmare uppgifter om rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor, se de horisontella riktlinjerna, punkt 287 och följande, som det hänvisas till i fotnot 27.

poolen är en faktisk industristandard, måste man också ta hänsyn till att poolen kan utestänga ny substitut-teknik från marknaden. När man bedömer risken för utestängning i sådana fall bör man ta hänsyn till om licenstagarna med rimligt varsel kan säga upp en del av licensen och få en motsvarande nedsättning av licensavgifterna.

265. Till och med avtal om teknikpooler som begränsar konkurrensen kan ge upphov till konkurrensfrämjande effektivitetsvinster (se punkt (245)), som ska bedömas enligt artikel 101.3 och vägas mot de negativa effekterna på konkurrensen. Till exempel om teknikpoolen omfattar icke-väsentliga patent men uppfyller de övriga kriterier för ett gruppundantag som anges i punkt (261) är det troligt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda, om det finns konkurrensfrämjande skäl för att ta med icke-väsentliga patent i poolen (se punkt (264)) och om licenstagare har möjlighet att få licens för endast en del av paketet med en motsvarande nedsättning av licensavgifterna (se punkt (264)).

4.4.2 Bedömning av enskilda begränsningar i avtal mellan poolen och dess licenstagare

266. Om avtalet om att inrätta en teknikpool inte strider mot artikel 101 i fördraget, är nästa steg att bedöma hur konkurrensen påverkas av de licenser som poolen kommit överens om med sina licenstagare. De villkor på vilka dessa licenser beviljas kan omfattas av artikel 101.1. Syftet med detta avsnitt är att granska vissa sådana begränsningar som i en eller annan form är vanligt förekommande i avtal om licensiering från teknikpooler och som måste bedömas inom ramen för den övergripande bedömningen av poolen. Generellt är förordningen om tekniköverföringsavtal inte tillämplig på licensavtal som ingåtts mellan poolen och licenstagare som utgör tredje man (se punkt (247)). I detta avsnitt behandlas därför den individuella bedömningen av licensieringsproblem som är typiska vid licensiering i samband med teknikpooler.

267. När kommissionen gör sin bedömning av tekniköverföringsavtal mellan poolen och dess licenstagare vägleds den av följande huvudprinciper:

a) Ju starkare marknadsställning poolen har, desto större är risken för konkurrensbegränsande effekter.

b) Ju starkare marknadsställning poolen har, desto mer sannolikt är det att avtal om att inte bevilja alla potentiella licenstagare licens eller om att bevilja licens på diskriminerande villkor utgör en överträdelse av artikel 101.

c) Pooler bör inte i onödan utestänga teknik som tillhandahålls av tredje man eller begränsa bildandet av alternativa pooler.

d) Tekniköverföringsavtal bör inte innehålla någon av de särskilt allvarliga begränsningar som förtecknas i artikel 4 i förordningen om tekniköverföringsavtal (se avsnitt 3.4).

268. Företag som bildar en teknikpool som är förenlig med artikel 101 i fördraget har i regel rätt att förhandla och fastställa licensavgifter för teknikpaketet (med beaktande av eventuella åtaganden om att bevilja licenser på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor) och varje tekniks andel av licensavgifterna, antingen före eller efter det att standarden fastställs. Ett sådant avtal är väsentligt för bildandet av poolen och kan inte i sig anses konkurrensbegränsande. Under vissa förhållanden kan det vara bättre att komma överens om licensavgifterna för poolen innan man väljer standard, för att undvika att valet av standard ökar licensavgifterna genom att en eller flera väsentliga tekniker ges en betydande grad av marknadsmakt. Licenstagare ska dock ha rätt att fastställa priset på de produkter som tillverkas under licensen.

269. Om poolen har en dominerande ställning på marknaden bör licensavgifter och andra licensvillkor vara rimliga och icke-diskriminerande och licenserna bör inte vara exklusiva⁽⁹⁸⁾. Dessa krav är nödvändiga för att garantera att poolen är öppen och inte leder till utestängning och andra konkurrensbegränsande effekter i senare marknadsled. Dessa krav utesluter dock inte olika licensavgifter för olika användningsområden. I regel anses det inte konkurrensbegränsande att tillämpa olika licensavgifter på olika produktmarknader, men diskriminering inom produktmarknader bör inte förekomma. Särskilt behandlingen av poolens licenstagare bör inte påverkas av om de också är licensgivare eller inte. Kommissionen tar därför hänsyn till om licensgivare och licenstagare omfattas av samma skyldighet att betala licensavgifter.

⁽⁹⁸⁾ Om en teknikpool inte har någon marknadsmakt utgör licensiering ut från poolen emellertid i regel inte någon överträdelse av artikel 101.1, även om dessa villkor inte är uppfyllda.

270. Licensgivare och licenstagare bör ha rätt att utveckla konkurrerande produkter och standarder. De bör också ha rätt att bevilja och beviljas licenser utanför poolen. Dessa krav är nödvändiga för att minska risken för att teknik som tillhandahålls av tredje man utestängs från marknaden och garantera att poolen inte begränsar innovationen och inte hindrar skapandet av konkurrerande tekniska lösningar. Om teknik som ingår i en pool omfattas av en (faktisk) industristandard och om parterna har ålagts konkurrensklausuler, finns det i synnerhet en risk för att poolen hindrar utvecklingen av nya och förbättrade tekniker och standarder.
271. Grant-back-skyldigheter bör vara icke-exklusiva och begränsade till utveckling som är nödvändig eller viktig för användningen av den teknik som ingår i poolen. Detta gör det möjligt för poolen att livnära sig på och dra nytta av förbättringar som har ett nära samband med den teknik som ingår i poolen. Parterna har rätt att genom grant back-skyldigheter säkerställa att utnyttjandet av den teknik som ingår i poolen inte kan fördröjas av licenstagare, inklusive underleverantörer som arbetar under licenstagarens licens, som innehar eller får viktiga patent.
272. Ett av de problem som konstaterats i samband med teknikpooler är risken för att de kan skydda ogiltiga patent. Pooling kan öka kostnaderna för och riskerna med en invändning om ogiltighet, eftersom invändningen kan avvisas om ett enda av patenten inom poolen är giltigt. Skyddet av ogiltiga patent inom poolen kan tvinga licenstagarna att betala högre licensavgifter och också hindra innovation inom det område som omfattas av ett ogiltigt patent. I detta sammanhang är det sannolikt att klausuler om att inte bestrida immateriella rättigheter, inklusive uppsägningsklausuler⁽⁹⁹⁾, i ett avtal om tekniköverföring mellan poolen och tredje man sannolikt omfattas av artikel 101.1 i fördraget.
273. Pooler omfattar ofta såväl patent som patentansökningar. Om patentsökande som lämnar in sina patentansökningar till pooler, i förekommande fall, använder de patentansökningsförfaranden som möjliggör ett snabbare beviljande leder detta snabbare till visshet om dessa patents giltighet och omfattning.

⁽⁹⁹⁾ Se avsnitt 3.5.