



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 20.12.2001
COM(2001) 786 definitief

EVALUATIERAPPORT VAN DE COMMISSIE

**INZAKE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING NR. 240/96 BETREFFENDE
TECHNOLOGIEOVERDRACHT**

**TOEPASSING VAN ARTIKEL 81 OP OVEREENKOMSTEN BETREFFENDE
TECHNOLOGIEOVERDRACHT**

EVALUATIERAPPORT VAN DE COMMISSIE

INZAKE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING NR. 240/96 BETREFFENDE TECHNOLOGIEOVERDRACHT

TOEPASSING VAN ARTIKEL 81 OP OVEREENKOMSTEN BETREFFENDE TECHNOLOGIEOVERDRACHT

Inhoud

1	Inleiding	4
2	Hoofdkenmerken van de GVTO	5
2.1	Het toepassingsgebied van de GVTO.....	6
2.2	Voorschriften die van toepassing zijn op specifieke beperkingen.....	8
3	Algemene beginselen die van toepassing zijn op het beleid inzake intellectuele-eigendomsrechten en het concurrentiebeleid	10
3.1	Tegenstrijdige doelstellingen van het recht betreffende de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht?	10
3.2	Het communautaire mededingingsbeleid op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten.....	12
3.3	Het Amerikaanse mededingingsbeleid op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten.....	15
3.4	Een vergelijking	18
4.	onderzoek van de toepassing van de GVTO.....	20
4.1	Opmerkingen van belanghebbenden	20
4.1.1	Opmerkingen in verband met de huidige licentiëringsactiviteiten.....	20
4.1.2	Opmerkingen bij de GVTO	23
4.2	De handhavingspraktijk van de Commissie.....	26
4.2.1	Statistische gegevens	26
4.2.2	In aanvragen aan de orde gestelde kwesties.....	27
4.2.3	Kwesties die aan de orde zijn gesteld in klachten en ambtshalve ingeleide procedures ²⁹	
4.2.4	Conclusies	31
4.3	Concurrentiebeleid van de lidstaten op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten.....	32
5.	Voor herziening vatbare kwesties	33
5.1	Het toepassingsgebied van de GVTO.....	33

5.1.1	Soorten intellectuele-eigendomsrechten.....	33
5.1.2	Niet-exclusieve licenties.....	34
5.1.3	Exclusieve licenties	34
5.1.4	Meerpartijenlicenties	38
5.1.5	Wederzijdse licenties en bilaterale pools.....	39
5.1.6	Gemeenschappelijke ondernemingen onder concurrenten	39
5.2	Kwesties die verband houden met specifieke beperkingen	40
5.2.1	Territoriale beperkingen en beperkingen inzake klanten.....	40
5.2.2	Productiebeperkingen en installatielicenties.....	41
5.2.3	Niet-concurrentieverplichtingen.....	42
5.2.4	Koppelverkoop.....	44
5.2.5	"Grant-back"-clausules.....	44
5.2.6	Niet-betwistingsclausules	45
6.	Conclusies en opties voor de toekomst	46

1 INLEIDING

(1) Krachtens artikel 12 van Verordening nr. 240/96 dient de Commissie de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening betreffende technologieoverdracht (“GVTO”) regelmatig te evalueren met name wat betreft de in artikel 4 van die verordening bedoelde oppositieprocedure.¹ Daartoe dient de Commissie regelmatig een evaluatieverslag op te stellen waarin wordt nagegaan of een aanpassing van de GVTO wenselijk is. Dit verslag behelst een dergelijke evaluatie en derde belanghebbenden (het bedrijfsleven, verbruikersorganisaties, enz.) worden verzocht daarover opmerkingen te maken.

(2) Verschillende argumenten pleiten voor een uitvoerige herziening van het beleid van de Commissie inzake technologieoverdrachtsovereenkomsten.

(3) De GVTO is formalistisch en gebaseerd op een legalistische benadering die vergelijkbaar is met de benadering die de Commissie in het verleden toepaste op het gebied van verticale en horizontale overeenkomsten. Het toepassingsgebied van de GVTO is eerder beperkt en bestrijkt slechts bepaalde soorten exclusieve-licentieovereenkomsten. Het voordeel van de groepsvrijstelling hangt af van een groot aantal ingewikkelde formele vereisten die zijn opgenomen in lijsten met “witte”, “grijze” en “zwarte” clausules. Zij is voornamelijk gericht op intrabrand-concurrentie en marktintegratie. Vandaar de vraag of de GVTO de industrie een keurslijf heeft aangemeten waardoor ondernemingen op ongepaste wijze worden gedwongen overeenkomsten te sluiten die hun efficiëntie en mogelijkermijns het concurrentievermogen van de Europese industrie hebben beperkt.

(4) De recente hervormingen van de communautaire mededingingsvoorschriften op het gebied van verticale en horizontale overeenkomsten behelsden een overschakeling van een legalistische en formalistische benadering naar een meer economische benadering waarbij meer op de effecten wordt gelet en waarin meer aandacht wordt besteed aan interbrand-concurrentie en de analyse van mogelijke efficiëntieverbeteringen die door bepaalde beperkingen teweeg worden gebracht. Dit werd ondermeer bewerkstelligd door het gebruik van marktaandeeldrempels, de opheffing van lijsten met witte en grijze clausules in de betrokken groepsvrijstellingsverordeningen en het formuleren van richtsnoeren.²

(5) Deze hervormingen raakten ook aan vraagstukken op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten. Inzonderheid Verordening nr. 2790/1999 (groepsvrijstelling voor verticale beperkingen) heeft betrekking op het overdragen of in licentie geven van intellectuele-eigendomsrechten als nevenbepalingen bij verticale overeenkomsten, onverminderd de specifieke voorschriften waarin in die verordening is voorzien (zie artikel 2, lid 3). Voorts zijn de voorschriften welke krachtens Verordening nr. 2658/2000 van toepassing zijn op specialisatieovereenkomsten ook van toepassing op nevenbepalingen inzake intellectuele-eigendomsrechten. Tenslotte bevat Verordening nr. 2659/2000 nieuwe voorschriften inzake

¹ Verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 81 (voormalig artikel 85), leden 3 van het verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht, PB L 31 van 9.12.1996, blz. 2-13.

² Respectievelijk Verordening nr. 2790/1999 voor verticale overeenkomsten (PB L 336 van 29.12.1999), nr. 2658/2000 voor specialisatieovereenkomsten en nr. 2659/2000 voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (beide in PB L 304 van 5.12.2000) en de flankerende Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB C 291 van 13.10.2000) en de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2001).

de ontwikkeling en de gemeenschappelijke exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten die het resultaat zijn van onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten. Die nieuwe voorschriften hebben de wijze waarop de Commissie vraagstukken op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten aanpakt veranderd. Derhalve is een grondige herziening van de GVTO noodzakelijk teneinde na te gaan of er onverenigbaarheden bestaan tussen de GVTO en die recentere groepsvrijstellingsverordeningen.

(6) De behoefte aan een brede herziening van de GVTO wordt verder versterkt door de huidige hervorming van Verordening nr. 17.³ In die hervorming wordt voorgesteld dat de nationale autoriteiten en gerechtelijke instanties de bevoegdheid zouden krijgen om artikel 81, lid 3, van het Verdrag rechtstreeks toe te passen. Duidelijke en samenhangende voorschriften zijn een fundamentele voorafgaande voorwaarde om een voorspelbare toepassing te garanderen.

(7) De hervorming van Verordening nr. 17 vereist inzonderheid dat de oppositieprocedure van de GVTO nader wordt onderzocht. Het betreft de zogenaamde “grijze” clausules die buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling vallen en krachtens de GVTO snel kunnen worden bekeken op grond van een vereenvoudigde aanmeldingsprocedure. Aangezien in de hervorming van Verordening nr. 17 wordt voorgesteld het aanmeldingsstelsel af te schaffen, spreekt het vanzelf dat ook de oppositieprocedure zou moeten worden afgeschaft en dat de “grijze” clausules onder de groepsvrijstelling moeten vallen of worden behandeld als volstrekt verboden beperkingen (“hardcore”-beperkingen). Dit houdt in dat het huidige beleid inzake technologielicenties grondig moet worden herbekeken.

(8) In het licht van het vorenstaande is dit verslag erop gericht een analyse van de huidige juridische en feitelijke situatie voor een openbare raadpleging voor te leggen en beleidsvoorstellen te doen die moeten leiden tot:

- een eenvoudiger en mogelijkerwijze bredere groepsvrijstelling voor technologielicentieovereenkomsten, en
- een groepsvrijstelling die spoort met de nieuwe mededingingsvoorschriften die recentelijk zijn aangenomen en andere recente beleidsontwikkelingen.

2 HOOFDKENMERKEN VAN DE GVTO

(9) Bij de goedkeuring van de GVTO in 1996 erkende de Commissie dat de economische ontwikkeling van de Gemeenschap en haar vermogen om gelijke tred te houden met haar concurrenten in de rest van de wereld afhankelijk waren van de bekwaamheid van de industrie om nieuwe technologieën te ontwerpen en te verspreiden in de Gemeenschap. Het was derhalve de bedoeling dat de GVTO een sleutelrol zou spelen in de ontwikkeling van innovatie in de economie van de Europese Unie en zou bijdragen aan het concurrentievermogen van ondernemingen die in de Gemeenschap actief zijn.

(10) De GVTO moest in hoofdzaak een evenwicht tussen drie hoofddoelstellingen tot stand brengen. In de eerste plaats moesten de voorschriften die van toepassing waren op licentieovereenkomsten, worden vereenvoudigd door de eerdere groepsvrijstellingen inzake

³ Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB C 365 E van 19.12.2000, blz. 284-296.

knowhow-licentieovereenkomsten⁴ en octrooilicentieovereenkomsten⁵ in één verordening te verenigen “ter aanmoediging van de verspreiding van technische kennis in de Gemeenschap en ter bevordering van de vervaardiging van technisch verbeterde producten” (overweging 3). In de tweede plaats moest daadwerkelijke mededinging met betrekking tot technologisch nieuwe of verbeterde producten worden gegarandeerd. In de derde plaats moest een gunstige juridische omgeving tot stand worden gebracht ten behoeve van ondernemingen die in de EU investeren door hen rechtszekerheid te bieden en de administratieve last die een gevolg is van individuele aanmeldingen op grond van artikel 81, lid 3, te verminderen.

(11) Teneinde de bovengenoemde doelstellingen met elkaar te verzoenen, wordt in de GVTO het voordeel van de groepsvrijstelling voorbehouden voor licentieovereenkomsten die voldoen aan een aantal formele vereisten. In de eerste plaats bestrijkt de GVTO slechts de soorten overeenkomsten welke zijn gedefinieerd in artikel 1 waardoor het toepassingsgebied van de vrijstelling relatief eng wordt gehouden. In de tweede plaats steunt de verordening op de veronderstelling dat beperkingen die de grenzen van het voorwerp van het octrooi overschrijden, in de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, kunnen vallen. In de derde plaats reguleert de GVTO contractuele regelingen via de invoering van drie categorieën clausules: (i) die welke in het algemeen geen inbreuk op artikel 81, lid 1 zouden maken maar waarvan de wettelijkheid door de groepsvrijstelling wordt verduidelijkt (“witte clausules”); (ii) die welke inbreuk op artikel 81, lid 1 maken en, indien zij in de overeenkomst zijn opgenomen, de gehele overeenkomst buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling doen vallen (“zwarte clausules”) en (iii) die welke niet zijn vrijgesteld noch uitdrukkelijk uitgesloten en per geval moeten worden beoordeeld (“grijze clausules”). Voor de laatste categorie is in de GVTO voorzien in een oppositieprocedure waarbij de Commissie binnen een bepaald tijdsbestek moet bepalen of de aangemelde overeenkomst in aanmerking kan komen voor de groepsvrijstelling (zie artikel 4). Daarenboven kan de Commissie op grond van artikel 7 het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken voor overeenkomsten die gevolgen sorteren welke onverenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 81, lid 3. Overeenkomstig artikel 7, lid 1, kan dit met name het geval zijn wanneer het marktaandeel van de licentienemer meer dan 40% bedraagt.

2.1 Het toepassingsgebied van de GVTO

(12) De GVTO verleent groepsvrijstelling voor bepaalde exclusieve licentieovereenkomsten welke zijn gesloten tussen hoogstens twee partijen voor vervaardigings-, gebruiks- en verkoopdoeleinden (artikel 1, lid 1 en artikel 10, punt 10). De GVTO is slechts van toepassing indien de licentienemer de in licentie gegeven goederen zelf vervaardigt of de in licentie gegeven diensten zelf verstrekt of ze voor zijn rekening laat vervaardigen of verstrekken (overweging 8). Dit sluit overeenkomsten uit die alleen op verkoop zijn gericht (distributieovereenkomsten).⁶

(13) Wat het *type intellectuele-eigendomsrechten* betreft is de GVTO slechts van toepassing op zuivere of gemengde octrooi- en knowhowlicenties. Andere intellectuele-eigendomsrechten (met name merkrechten, modelrechten en auteursrechten, bijvoorbeeld op programmatuur) vallen in de werkingssfeer van de groepsvrijstelling voor zover “dergelijke bijkomende licentie [...] uitsluitend accessoire bedingen bevat” (overweging 6, zie tevens artikel 1, lid 1 en artikel 5, lid 1, punt 4).

⁴ Verordening (EEG) nr. 2349/84 van de Commissie van 23 juli 1984.

⁵ Verordening (EEG) nr. 556/89 van de Commissie van 30 november 1988.

⁶ In distributieovereenkomsten opgenomen nevenbepalingen inzake intellectuele-eigendomsrechten vallen evenwel in de werkingssfeer van Verordening nr. 2790/1999 zoals in de inleiding is uiteengezet.

(14) Wat het *type overeenkomst* betreft, is de GVTO van toepassing op bepaalde exclusieve licenties waarbij de licentiegever zich ertoe verbindt geen andere licentienemers aan te wijzen en/of de in licentie gegeven technologie in het licentiegebied niet zelf te exploiteren en/of de licentienemer ermee instemt de in licentie gegeven technologie niet in het gebied van de licentiegever te exploiteren (artikel 1, lid 1, punten 1 tot en met 3). Bovendien verleent de GVTO onder bepaalde voorwaarden vrijstelling voor overeenkomsten die de licentienemer die een exclusieve licentie heeft, bescherming bieden tegen actieve en passieve verkoop van licentienemers die in andere gebieden gevestigd zijn (artikel 1, lid 1, punten 4 tot en met 6).⁷

(15) Licentieovereenkomsten die niet aan die voorwaarden voldoen, zijn van het voordeel van de groepsvrijstelling uitgesloten en kunnen na aanmelding in aanmerking komen voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3.

(16) Met name in artikel 5 zijn de onderstaande typen licentieovereenkomsten uitdrukkelijk van het voordeel van de groepsvrijstelling uitgesloten:

(a) “overeenkomsten tussen leden van een octrooi- of van een knowhowgemeenschap, die op de in de gemeenschap ingebrachte technologieën betrekking hebben” (artikel 5, lid 1, punt 1) tenzij de partijen aan geen enkele gebiedsbeperking zijn onderworpen ten aanzien van de vervaardiging, het gebruik en het in de handel brengen van de in die overeenkomsten bedoelde producten, noch ten aanzien van het gebruik van de in licentie gegeven of in de gemeenschap ingebrachte technologie (artikel 5, lid 2, punt 2);

(b) wederzijdse licenties tussen partijen die “met betrekking tot de door deze overeenkomsten bestreken producten concurrenten zijn” (artikel 5, lid 1, punt 3), behalve wanneer de partijen aan geen enkele gebiedsbeperking zijn onderworpen ten aanzien van de vervaardiging, het gebruik en het in de handel brengen van de in licentie gegeven producten of ten aanzien van het gebruik van de in licentie gegeven technologieën (artikel 5, lid 2, punt 2);

(c) licentieovereenkomsten tussen concurrerende ondernemingen die een deelneming hebben in een gemeenschappelijke onderneming wanneer de licentieovereenkomsten betrekking hebben op de activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming (artikel 5, lid 1, punt 2), behalve de licentieovereenkomsten welke zijn gesloten tussen één van de partijen en de gemeenschappelijke onderneming wanneer het totale marktaandeel van de deelnemende ondernemingen niet meer uitmaakt dan 20% - wanneer de licentie tot gezamenlijke productie wordt beperkt - of 10% - wanneer de gemeenschappelijke onderneming tevens betrekking heeft op gezamenlijke distributie (artikel 5, lid 2, punt 1). Laatstgenoemde drempels stemmen overeen met de marktaandeeldrempels van de eerdere groepsvrijstellingsverordeningen betreffende specialisatie- en onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten.⁸

⁷ Bovendien heeft artikel 1 onder bepaalde voorwaarden eveneens betrekking op twee specifieke typen overeenkomsten, meer bepaald octrooi- of knowhowlicenties die de licentienemer ertoe verplichten de in licentie gegeven producten exclusief onder het merk van de licentiegever te verkopen (artikel 1, lid 1, punt 7) en de zogenaamde “gebruikslicenties” (artikel 1, lid 1, punt 8).

⁸ Verordening (EEG) nr. 417/85 van de Commissie en Verordening (EEG) nr. 418/85 van de Commissie. Die verordeningen zijn vervangen door Verordening nr. 2658/2000 van de Commissie en Verordening nr. 2659/2000 (zie voetnoot 2). De nieuwe verordeningen bevatten hogere marktaandeeldrempels, meer bepaald 20% en 25%.

2.2 Voorschriften die van toepassing zijn op specifieke beperkingen

(17) *Territoriale beperkingen.* Artikel 1, lid 1, van de GVTO heeft betrekking op beperkingen die de licentiegever en de licentienemer verbieden de in licentie gegeven technologie te exploiteren in elkaars exclusieve licentiegebieden. De term “exploitatie” betreft elk gebruik van de in licentie gegeven technologie, met name voor de productie, alsook de actieve en de passieve verkoop van de in licentie gegeven producten op elkaars licentiegebieden (artikel 10, punt 10). Er zij op gewezen dat die bepalingen betrekking hebben op overeenkomsten tussen niet-concurrenten en overeenkomsten tussen ondernemingen die elkaar vóór de licentiëring beconcurrerden op de markt van hetzelfde in licentie gegeven product of de in licentie gegeven technologie. Bovendien bevat de GVTO territoriale beperkingen die een licentienemer moeten beschermen tegen actieve en passieve verkoop door andere licentienemers (artikel 1, lid 1, punten 4 tot en met 6).

(18) De vrijstelling van die territoriale beperkingen is aan bepaalde tijdsbeperkingen onderworpen die verschillen naargelang het soort overeenkomst en de vraag of de beperking de licentiegever en de licentienemer tegen elkaar beschermt dan wel de licentienemer beschermt tegen andere licentienemers. Met betrekking tot licentiegever-/licentienemerbescherming geldt de vrijstelling zolang het in licentie gegeven product beschermd wordt door parallelle octrooien in de desbetreffende gebieden (artikel 1, lid 2). Met betrekking tot licentiegever-/licentienemerbescherming in knowhowlicenties, geldt de vrijstelling voor een maximumduur van 10 jaar met ingang van het tijdstip waarop het product voor het eerst door een van de licentienemers in de handel wordt gebracht (artikel 1, lid 3). Met betrekking tot de bescherming van licentienemers onderling, beperkt de GVTO de vrijstelling van beperkingen op passieve verkoop tot “een periode van ten hoogste 5 jaar (...), met ingang van het tijdstip waarop het product onder licentie voor het eerst door een van de licentienemers binnen de gemeenschappelijke markt in de handel wordt gebracht” (artikel 1, leden 2 en 3), zowel voor octrooi- als knowhowlicenties. Overeenkomsten die territoriale beperkingen bevatten die de bovengenoemde termijnen overschrijden, staan op de zwarte lijst (artikel 3, punt 7). Tenslotte zijn overeenkomsten die beperkingen bevatten welke derde partijen verhinderen zich met parallelhandel in te laten, op grond van artikel 3, punt 3 van de groepsvrijstelling uitgesloten.

(19) *Toewijzing van klanten.* Artikel 3, punt 4 van de GVTO plaatst clausules waarbij partijen de klanten op hetzelfde technische toepassingsgebied of op dezelfde productenmarkt rechtstreeks of zijdelings verdelen op de zwarte lijst wanneer de partijen concurrenten zijn met betrekking tot de contractproducten. Bovendien is in overweging 23 van de verordening bepaald dat “zodanige beperkingen tussen niet met elkaar concurrerende partijen onderworpen [blijven] aan de oppositieprocedure”, dit wil zeggen dat ze worden behandeld als grijze clausules.⁹

(20) *Toepassingsgebied.* Verplichtingen die de exploitatie van de in licentie gegeven technologie beperken tot één of meer technische toepassingsgebieden of tot één of meer productmarkten worden in het algemeen geacht buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 te vallen.

⁹ Dit houdt in dat bij beperkingen met betrekking tot *klanten* het voordeel van de groepsvrijstelling verloren gaat voor de gehele overeenkomst indien de licentie onder concurrenten is verleend terwijl het voordeel van de groepsvrijstelling slechts verloren gaat ten aanzien van die beperkingen wanneer de licentie onder niet-concurrenten is verleend.

(21) *Productiebeperkingen.* In artikel 3, punt 5, van de GVTO is bepaald dat de vrijstelling niet van toepassing is in geval “de hoeveelheid onder licentie vervaardigde of verkochte producten of (...) het aantal daden van exploitatie van de in licentie gegeven technologie aan beperking wordt onderworpen”. Er zijn twee uitzonderingen op deze algemene uitsluiting van de groepsvrijstelling. De eerste betreft de zogenaamde “gebruikslicenties” waarbij de licentienemer de in licentie gegeven producten slechts mag vervaardigen met het oog op verwerking in zijn eigen producten of wederverkoop als reserveonderdelen voor zijn eigen producten (artikel 1, lid 1, punt 8). De tweede uitzondering betreft de gevallen waarin de licentie slechts wordt verleend om een bepaalde klant een tweede leveringsbron te bieden (artikel 2, lid 1, punt 13). De *ratio legis* van die twee uitzonderingen is dat de kwantitatieve beperkingen in gebruikslicenties of in licenties die tot doel hebben een bepaalde klant een tweede voorzieningsbron te bieden, buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 vallen omdat het doel van die overeenkomsten “niet erin bestaat een onafhankelijke voorzieningsbron op de markt te creëren” (overweging 23). Bovendien bevatten artikel 2, lid 1, punt 12 en overweging 24 bepalingen die de zogenaamde “installatielicenties” regelen, dit wil zeggen licenties die de exploitatie van de in licentie gegeven technologie beperken tot bepaalde productie-installaties.

(22) *Prijsbeperkingen.* Rechtstreekse of zijdelingse prijsbeperkingen zijn van het voordeel van de groepsvrijstelling uitgesloten (artikel 3, punt 1).

(23) *Niet-concurrentieverplichtingen.* Artikel 3, punt 2 van de GVTO verbiedt alle verplichtingen die een van de partijen verhindert “met de wederpartij, met deze verbonden ondernemingen of met andere ondernemingen binnen de gemeenschappelijke markt in concurrentie te treden op het gebied van onderzoek en ontwikkeling, op dat van de vervaardiging of het gebruik van concurrerende producten”. In artikel 2, lid 1, punt 18 wordt evenwel toegestaan dat de licentiegever zich het recht voorbehoudt om “de aan de licentienemer verleende exclusiviteit te beëindigen en het in licentie geven van verbeteringen te staken [...] en om van de licentienemer het bewijs te verlangen dat de in licentie gegeven knowhow niet voor de productie van andere goederen respectievelijk voor de verrichting van andere diensten dan die onder licentie worden gebruikt”, in geval de licentienemer zou besluiten de markt te betreden met concurrerende producten of technologieën. Bovendien geldt de groepsvrijstelling voor verplichtingen van de licentienemer om “een minimum royalty te betalen of een minimum hoeveelheid [...] te vervaardigen” (artikel 2, lid 1, punt 9) of “om het product onder licentie zo goed mogelijk te vervaardigen en in de handel te brengen” (artikel 2, lid 1, punt 17).

(24) *Koppelverkoop.* In artikel 4, lid 2, onder a) wordt koppelverkoop gedefinieerd als een verplichting van de licentienemer “om andere licenties te aanvaarden of zich goederen of diensten te verschaffen die voor een in technisch opzicht correcte exploitatie van de in licentie gegeven technologie niet noodzakelijk zijn of om te waarborgen dat de productie van de licentienemer in overeenstemming is met de kwaliteitsnormen”. De GVTO merkt dergelijke beperkingen aan als “grijze clausules” die in het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1 vallen. De vrijstelling ervan vereist aanmelding, eventueel krachtens de oppositieprocedure. Voorts is in artikel 2, lid 1, punt 5 bepaald dat koppelverkoop onder de groepsvrijstelling valt voor zover deze verplichting betrekking heeft op goederen of diensten en de aan die verplichting onderworpen goederen of diensten “nodig” zijn voor een in technisch opzicht correcte exploitatie van de in licentie gegeven technologie of de waarborg dat het product onder licentie in overeenstemming is met minimum kwaliteitspecificaties.

(25) *"Grant-back"-clausules.* Artikel 3, punt 6 van de GVTO plaatst elke verplichting van de licentienemer om zijn rechten op de verbeteringen aan of de nieuwe toepassingen van de in licentie gegeven technologie aan de licentiegever over te dragen (dit wil zeggen zijn desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten te verkopen) op de zwarte lijst. Artikel 2, lid 1, punt 4 staat toe dat de licentienemer ertoe verplicht wordt de licentiegever een licentie te verlenen voor de verbeteringen aan of voor de nieuwe toepassingen van de hem in licentie gegeven technologie, mits die verbeteringen van de in licentie gegeven technologie kunnen worden gescheiden, de licentie niet exclusief is en de licentienemer een wederzijdse verplichting om zijn eigen verbeteringen aan de licentiegever in licentie te geven, aanvaardt. Niet-wederzijdse "grant-back"-licenties en exclusieve "grant-back"-licenties met betrekking tot scheidbare verbeteringen zijn noch vrijgesteld noch uitdrukkelijk verboden door de GVTO maar vallen binnen de grijze zone van bepalingen waarvoor individuele vrijstelling vereist is. Het verschil bestaat erin dat een clause die een onverkorte overdracht van de intellectuele-eigendomsrechten oplegt, de gehele overeenkomst buiten het toepassingsgebied van de GVTO doet vallen terwijl het laatste soort "grant-back"-licenties slechts tot gevolg heeft dat de groepsvrijstelling verloren gaat voor de desbetreffende clause.

(26) *Niet-betwistingsclausules.* Overeenkomstig artikel 4 worden clausules die de licentienemer de betwisting van het vertrouwelijke of wezenlijke karakter van de knowhow of de geldigheid van de octrooien verbieden, beschouwd als "grijze clausules" die moeten worden aangemeld krachtens de oppositieprocedure. Artikel 2, lid 1, punt 15 staat de licentiegever evenwel toe de overeenkomst op te zeggen in geval de licentienemer de geldigheid van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten zou betwisten.

3 ALGEMENE BEGINSELEN DIE VAN TOEPASSING ZIJN OP HET BELEID INZAKE INTELLECTUELE-EIGENDOMSRECHTEN EN HET CONCURRENTIEBELEID

(27) Over de verhouding tussen het beleid inzake intellectuele-eigendomsrechten en het mededingingsbeleid wordt sinds lang van gedachten gewisseld in kringen van economen en juristen. Er wordt erkend dat innovatie en mededinging moeilijk te verenigen zijn, sommigen hebben betoogd dat een dergelijke vereniging onvermijdelijk op scheiding uitdraait. De voornaamste bron van conflicten die gewoonlijk wordt genoemd, zijn de potentieel tegenstrijdige doelstellingen van het recht betreffende de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht. Deze vermeende conflictenbron wordt in dit hoofdstuk behandeld en vervolgens wordt onderzocht op welke wijze het beleid inzake intellectuele-eigendomsrechten en het mededingingsbeleid in de praktijk met elkaar verbonden zijn in de Europese Unie en in de Verenigde Staten.

3.1 Tegenstrijdige doelstellingen van het recht betreffende de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht?

(28) In het recht betreffende de intellectuele eigendom worden bepaalde monopolierechten toegekend aan vernieuwers omdat wordt erkend dat een vroege kopiëring van een innovatie of een parasitair gebruik maken van de inspanningen van een innovator ("free-riding") de stimulans tot innovatie zou ondermijnen. Het recht betreffende de intellectuele eigendom kent de innovator het recht toe de innovatie exclusief te exploiteren en anderen van de exploitatie uit te sluiten. Het wettelijk monopolie dat op grond van het recht betreffende de intellectuele eigendom wordt verleend aan de rechthebbende kan, afhankelijk van de beschikbaarheid van vervangproducten op de relevante markt, op zijn beurt leiden tot marktmacht en zelfs tot een monopolie in de zin van het mededingingsrecht. Dit heeft aanleiding gegeven tot de

bovengenoemde vermeende conflictenbron aangezien het mededingingsrecht zou opheffen wat het recht betreffende de intellectuele eigendom heeft toegekend.

(29) Dit is in beginsel slechts een schijnbare bron van conflicten. Op het hoogste analyseniveau zijn het recht betreffende de intellectuele eigendom en het mededingingsrecht complementair omdat ze beide de welvaart van de verbruiker nastreven. Het recht betreffende de intellectuele eigendom is gericht op de bevordering van de technische vooruitgang hetgeen uiteindelijk de verbruikers ten goede komt. Dit wordt bewerkstelligd via het bereiken van een juist evenwicht tussen over- en onderbescherming van de inspanningen van innovatoren. Hier wordt niet de verbetering van de welvaart van de afzonderlijke innovator beoogd. Het eigendomsrecht waarin in het recht betreffende de intellectuele eigendom is voorzien, wordt toegekend om de innovator een toereikende beloning te geven teneinde zijn creativiteit en inventiviteit te stimuleren zonder evenwel verdere innovatie te vertragen of te leiden tot nodeloos lange periodes van hoge prijzen voor de verbruikers. Verdere innovatie zou worden vertraagd wanneer de innovatie een verbetering behelst van eerdere ideeën waarvoor reeds octrooibeschermt is toegekend. Nodeloos lange periodes van hoge prijzen zouden ontstaan wanneer de innovatie de houder van het intellectuele-eigendomsrecht de mogelijkheid biedt marktmacht op te bouwen op de antitrustmarkt(en) waarop het intellectuele-eigendomsrecht wordt geëxploiteerd en het intellectuele-eigendomsrecht deze monopoliepositie langer beschermt dan noodzakelijk is om innovatie te stimuleren.

(30) Intellectuele-eigendomsrechten verschillen van en zijn gewoonlijk minder volstrekt dan “normale” eigendomsrechten omdat een juist evenwicht moet worden gevonden tussen onder- en overbescherming van de inspanningen van de innovatoren. Zij zijn vaak in de tijd beperkt, (octrooien, auteursrechten), strikt beperkt wat het toepassingsgebied betreft (auteursrechten, merken), niet beschermd tegen parallelle creatie door anderen (auteursrechten, knowhow) of verliezen hun waarde zodra ze openbaar geworden zijn (knowhow).¹⁰

(31) Het mededingingsbeleid is gericht op de verbetering van de welvaart van de verbruikers door een bescherming van de mededinging als drijvende kracht achter efficiënte markten die zorgen voor producten van de beste kwaliteit tegen de laagste prijzen.

(32) De relevante vraag handelt derhalve niet over tegenstrijdigheid maar over complementariteit en mogelijkterwils aanpassing per geval. In hoeverre moet het mededingingsbeleid ingrijpen en proberen het evenwicht dat is bereikt door het recht betreffende de intellectuele eigendom, te verbeteren? Hoewel er over deze vraag algemene punten van overeenkomst bestaan, zijn er ook markante verschillen tussen verschillende jurisdicties.

¹⁰ Het is twijfelachtig of merken hier moeten worden besproken. Zoals werd opgemerkt door Pitofsky behelzen merken "een economische ruil met andere gevolgen voor het antitrustrecht. De economische doelstelling van het merkenrecht behelst in het algemeen geen aanmoediging van innovatie en creativiteit maar eerder een beperking van de zoekkosten van de verbruiker door de bron van de goederen te identificeren en daarbij accidenteel de kwaliteit te bevorderen door een bescherming van de reputatie". R. Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy, Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference*, University of California, maart 2001. Er dient evenwel te worden erkend dat merken vaak samen met andere intellectuele-eigendomsrechten zoals knowhow en octrooien in licentie worden gegeven.

(33) Er bestaat overeenstemming over de positieve rol die het mededingingsbeleid kan spelen bij de ontwikkeling van het recht betreffende de intellectuele eigendom (“verdediging van de mededinging”). De ervaring die bij het mededingingsbeleid is opgedaan, zou een bruikbare oplossing kunnen aanreiken voor kwesties als de juiste omvang en duur die op grond van het recht betreffende de intellectuele eigendom worden toegekend, hetgeen wil zeggen dat die vragen beantwoord worden voordat een evenwicht wordt gevonden op grond van het recht betreffende de intellectuele eigendom.

(34) Men is het er ook over eens dat het mededingingsbeleid zijn normale rol moet spelen wanneer intellectuele-eigendomsrechten worden gebruikt om concurrentiebeperkende gevolgen teweegbrengen die verder reiken dan de exploitatie van de intellectuele-eigendomsrechten. Aldus moet het verlenen van een licentie op voorwaarde dat niet-geoctrooieerde producten worden aangekocht (koppelverkoop) of het opleggen van een niet-concurrentieverplichting worden getoetst aan het mededingingsrecht. Er wordt algemeen aanvaard dat het mededingingsbeleid in dergelijke gevallen rekening moet houden met specifieke kenmerken van de intellectuele-eigendomsrechten teneinde een dynamische efficiëntie naar behoren te beschermen. Aldus kan een niet-concurrentieverplichting noodzakelijk zijn om de vertrouwelijkheid van de overgedragen knowhow te beschermen of te verhinderen dat knowhow ten goede komt aan concurrenten van de licentiegever.

(35) Er is evenwel geen overeenstemming over de vraag in hoeverre het mededingingsbeleid moet ingrijpen in de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten in individuele zaken. Dit geldt zowel voor de exploitatie en het verlenen van licenties door dominante en niet-dominante ondernemingen. Hier bestaan markante verschillen tussen de benadering in de Europese Unie en de Verenigde Staten. In het algemeen wordt de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten meer beperkt onder het communautaire mededingingsbeleid dan onder het Amerikaans mededingingsbeleid.

3.2 Het communautaire mededingingsbeleid op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten

(36) Het is al moeilijk om binnen één jurisdictie de respectieve rol van het beleid inzake intellectuele-eigendomsrechten en het mededingingsbeleid af te bakenen. De Europese Unie heeft te kampen met de bijkomende moeilijkheid dat intellectuele-eigendomsrechten nog steeds grotendeels nationaal worden verleend.¹¹ Enerzijds laat artikel 295 (ex artikel 222) van het EG-Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet en voorziet artikel 30 (ex artikel 36) van het EG-Verdrag in een specifieke uitzondering op de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer ten behoeve van de nationale voorschriften inzake

¹¹ Daarin komt langzaam verandering naarmate de communautaire wetgeving nieuwe of geharmoniseerde intellectuele-eigendomsrechten tot stand brengt in de Europese Unie. Die wetgeving heeft inzonderheid betrekking op merken (Richtlijn 89/104 van de Raad van 21.12.1988), verhuurrecht en uitleenrecht (Richtlijn 92/100 van de Raad van 16.12.1992), de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht (Richtlijn 93/98 van de Raad van 29.10.1993), rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (Richtlijn 93/83 van de Raad van 27.9.1993), de rechtsbescherming van databanken (Richtlijn 96/9 van het Europees Parlement en de Raad van 11.3.1996), biotechnologische uitvindingen (Richtlijn 98/44 van het Europees Parlement en de Raad van 6.7.1998) en modellen (Richtlijn 98/71 van het Europees Parlement en de Raad van 13.10.1998). Nieuwe wetgeving waarvan de goedkeuring aan de gang is, betreft een voorstel voor een richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij en een voorstel voor een richtlijn betreffende de bescherming van uitvindingen door gebruiksmodellen. Bovendien heeft de Commissie recentelijk een voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het Gemeenschapsoctrooi goedgekeurd (COM(2000) 412 def.).

intellectuele-eigendomsrechten. Anderzijds heeft het Hof ook benadrukt dat de fundamentele beginselen van vrij verkeer en concurrentie in de Gemeenschap moeten worden beschermd. Om die reden heeft het Hof een onderscheid ontwikkeld tussen het verlenen of het bestaan zelve van het intellectuele-eigendomsrecht dat onverlet wordt gelaten door de voorschriften inzake vrij verkeer en concurrentie, en de uitoefening ervan die onderworpen kan zijn aan die andere bepalingen van het EG-Verdrag.

(37) Het Hof heeft in de zaak *Consten-Grundig* bijvoorbeeld geoordeeld dat de artikelen 30 en 295 “niet iedere invloed (...) van het Gemeenschapsrecht op de uitoefening van nationale rechten van industriële eigendom [uitsluiten]. Artikel 36 (thans artikel 30) (...) het toepassingsgebied van artikel 85 (thans artikel 81) niet beperkt.”¹² Met betrekking tot artikel 295 heeft het Hof verduidelijkt dat het in de “bestreden beschikking (van de Commissie) neergelegde gebod om de uit de nationale wetgevingen voortvloeiende rechten op een merk niet uit te oefenen met het doel de nevenimporten te bemoeilijken, het verwerven van bedoelde rechten op zichzelf niet raakt, doch de uitoefening daarvan slechts beperkt voor zover zulks voor de toepassing van het verbod van artikel 85, lid 1, (thans artikel 81, lid 1) nodig is.”¹³

(38) In het kader van het onderscheid tussen het bestaan en de uitoefening van een intellectueel-eigendomsrecht heeft het Hof het begrip “specifiek voorwerp” van het intellectueel-eigendomsrecht uitgewerkt. Het specifieke voorwerp betreft de kernrechten waaruit het intellectueel-eigendomsrecht zelf bestaat. Volgens sommigen wordt het normaal gebruik van een intellectueel-eigendomsrecht om de rechthebbende het voordeel van het specifieke voorwerp van dat recht te garanderen, beschouwd als het behoud van het bestaan van het recht en kan dit niet terzijde worden geschoven door de concurrentiebepalingen van het Verdrag.¹⁴ Het specifieke voorwerp en het bestaan zijn derhalve overlappende begrippen hoewel het niet altijd duidelijk is hoe de begrippen “normaal gebruik” en “voordeel” in concrete gevallen moeten worden toegepast. Anderen stellen dat het bestaan slechts betrekking heeft op het gezag van de lidstaten om de voorwaarden voor het verlenen van intellectuele-eigendomsrechten vast te stellen. Volgens dit standpunt kan het gebruik van het intellectuele-eigendomsrecht om het voordeel van het specifieke voorwerp van dat recht veilig te stellen, in beginsel getoetst worden aan de mededingingsvoorschriften hoewel het gebruik om andere redenen zoals objectieve rechtvaardiging buiten de werkingssfeer van de mededingingsvoorschriften kan vallen.¹⁵

¹² Zaak *Consten Grundig* tegen Commissie, Jurispr. [1966], blz. 346. Zie ook *Parke Davis* tegen *Probel*, Jurispr. 1968, blz. 55 en *Deutsche Grammophon*, Jurispr. [1971], blz. 1147.

¹³ Zie vorige voetnoot.

¹⁴ K. Coates & J. Finnegan, *Intellectual Property*, hoofdstuk 8, rubriek 8.27, in J. Faull & A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999.

¹⁵ S.D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998, hoofdstuk 2.

(39) Voor beoordelingsdoeleinden zij erop gewezen dat het Hof en de Commissie het specifieke voorwerp altijd in enge zin hebben gedefinieerd.¹⁶ Het is duidelijk dat het bezit van een intellectueel-eigendomsrecht de houder het recht verleent om een licentie te verlenen en royalty's te vragen. Het Hof en de Commissie hebben evenwel steeds geoordeeld dat de voorwaarden van de licentie in het toepassingsgebied van de artikelen 81 en 82 kunnen vallen.

(40) Aldus mogen, krachtens artikel 82 de voorwaarden van de licentie niet discrimineren tussen licentienemers en de opgelegde royalty's niet buitensporig zijn. In het *Magill*-arrest van het Hof van Justitie is zelfs gesteld dat een dominante onderneming onder bepaalde voorwaarden ertoe kan worden gedwongen een licentie te verlenen aan een derde.¹⁷

(41) In de rechtsspraak en in de GVTO is eveneens verduidelijkt dat de voorwaarden van een licentieovereenkomst in de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 kunnen vallen. Dit geldt voor voorwaarden die de mededinging in het algemeen beïnvloeden, zowel de intrabrand-concurrentie (merkindern) als de interbrand-concurrentie (tussen merken). Aldus bevat de zwarte lijst in de GVTO bijvoorbeeld clausules die met interbrand-concurrentie verband houden zoals niet-concurrentieverplichtingen en clausules die met intrabrand-concurrentie verband houden zoals territoriale beperkingen of een buitensporig lange duur en prijsbeperkingen ten aanzien van de verkoop van het in licentie gegeven product.¹⁸

(42) In de GVTO wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt naargelang de licentieovereenkomst is gesloten tussen concurrenten of niet-concurrenten en zij bevat evenmin een coherente benadering van overeenkomsten tussen concurrenten (zie ook rubriek 5.1). De GVTO past een op clausules gebaseerde benadering toe op niet-wederzijdse en wederzijdse licentiëring tussen concurrenten waarbij de groepsvrijstelling slechts van toepassing is voor zover de overeenkomsten al dan niet bepaalde clausules bevatten. Ten aanzien van licentieovereenkomsten tussen concurrenten met betrekking tot de activiteiten van een gemeenschappelijke onderneming is de GVTO slechts van toepassing voor zover bepaalde marktaandeeldrempels niet zijn overschreden (zie rubriek 2.1 van dit verslag).

(43) De GVTO is evenmin voldoende duidelijk over de vraag wanneer ondernemingen als concurrenten worden beschouwd. "Concurrerende producenten of producenten van concurrerende producten" worden in de GVTO (artikel 10, punt 10) gedefinieerd als

¹⁶ Voor de doelstellingen van het Gemeenschapsrecht heeft het Hof van Justitie in het arrest *Centrafarm BV tegen Sterling Drug* gesteld dat industriële eigendom "tot specifiek voorwerp heeft de octrooihouder, ter beloning van des uitvinders creatieve inspanning, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks, hetzij door licentiëring aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten". Knowhow heeft geen specifieke rechtsbescherming maar de eigenaars van knowhow kunnen die knowhow beschermen via de gemene rechtsregels inzake vertrouwelijkheid. Hoewel er geen eenduidige definitie van het specifieke voorwerp van het auteursrecht bestaat, heeft de rechtsspraak een aantal typische bestanddelen benadrukt, onder meer het recht om te bepalen wanneer een werk voor het eerst op de markt wordt gebracht (*Gema* zaak), het recht vergoedingen te eisen voor publieke voorstellingen (zaak *Coditel II*) en het recht om een werk te verhuren (zaak *Warner Brother* tegen *Christiansen*). Zie voorts het arrest van 22.9.1998 in zaak C-61/87, *Egmont Film* en het arrest van 28.4.1998 in zaak C-200/96, *Metronoom*.

¹⁷ Gevoegde zaken C-241/91P en C-242/91P *Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications Ltd (ITP) tegen Commissie*, Jurispr. [1995], blz. I-74. In dit verslag wordt niet nader ingegaan op de toepassing van artikel 82 op intellectuele-eigendomsrechten.

¹⁸ Er dient tevens te worden benadrukt dat niet altijd een onderscheid kan worden gemaakt tussen beperkingen van de mededinging binnen hetzelfde merk of tussen merken. Aldus wordt algemeen erkend dat verticale prijsbinding beide vormen van concurrentie kan beïnvloeden.

“producenten die producten aanbieden die wegens de eigenschappen en de prijs ervan alsmede wegens het gebruik waarvoor zij worden bestemd, door de gebruikers als verwisselbaar of vervangbaar voor de producten onder licentie worden beschouwd.” Deze bepaling is in het algemeen uitgelegd en toegepast als een brede definitie van het begrip concurrenten. Partijen bij een licentieovereenkomst die concurrenten waren vóór de innovatie worden nog steeds als concurrenten beschouwd zelfs wanneer het in licentie gegeven fabricageprocédé of geöctrooieerde product dermate baanbrekend zijn geweest dat er, bij ontstentenis van de licentie, geen concurrentie meer zou zijn.

(44) Het samenspel tussen het recht betreffende de intellectuele eigendom en het communautaire mededingingsrecht is het meest complex op het gebied van de territoriale beperkingen. Om te bepalen of een beperking van de mogelijkheid van de licentienemer om de in licentie gegeven producten actief of passief te verkopen in de gebieden van de licentiegever of andere licentienemers, in de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, kan vallen, moet een bijkomende vraag over de uitputting van het intellectueel-eigendomsrecht worden beantwoord. Een licentienemer kan zich verzetten tegen de invoer van het in licentie gegeven product in zijn gebied wanneer het product zonder de toestemming van de licentiegever op de markt werd gebracht. Dit geldt voor uitvoer naar het gebied van de licentienemer door derde producenten of handelaren die het product zonder de toestemming van de licentiegever op de markt hebben gebracht. Dit geldt niet voor uitvoer door derde handelaren die het product hebben betrokken bij andere licentienemers of bij de licentiegever en derhalve hebben verkregen met de toestemming van de laatstgenoemde. Het is evenmin van toepassing op uitvoer door andere licentienemers of de licentiegever omdat het product dan op de markt is gebracht met de toestemming van de licentiegever. De mate waarin een licentieovereenkomst de actieve of passieve verkoop door de licentiegever of de licentienemer in elkaars gebieden of in die van andere licentienemers kan beperken dient derhalve te worden getoetst aan artikel 81.

(45) Er kan worden geconcludeerd dat het bestaan van een op grond van het recht betreffende de intellectuele eigendom verleend monopolie wordt erkend in de communautaire mededingingsrechtelijke benadering van licentieovereenkomsten maar dit houdt niet in dat de uitoefening of exploitatie van dat monopolie niet kan worden getoetst aan de mededingingsvoorschriften. De licentiegever en de licentienemers zijn afzonderlijke ondernemingen die als dusdanig moeten worden behandeld. Op grond van de mededingingsvoorschriften zijn beperkingen die de licentiegever helpen de winst uit zijn monopolie te maximaliseren, onaanvaardbaar. Hoewel de licentiegever, teneinde de winst uit zijn monopolie te maximaliseren, de licentienemers kennelijk beperkingen zou willen opleggen inzake hun prijsstelling, hun productie of de gebieden waarin of de klanten aan wie zij de in licentie gegeven producten mogen verkopen, kunnen dergelijke beperkingen strijdig zijn met de communautaire mededingingsvoorschriften.

3.3 Het Amerikaanse mededingingsbeleid op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten

(46) De Amerikaanse benadering die is vastgelegd in de “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property” (“de Amerikaanse richtsnoeren”) van het Amerikaanse Ministerie van Justitie (“DOJ”) en de Federal Trade Commission (“FTC”) verschilt van de benadering in de Europese Unie.¹⁹ De Amerikaanse richtsnoeren omvatten drie algemene

¹⁹ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, Amerikaans Ministerie van Justitie en de Federal Trade Commission, april 1995.

beginselen: (a) intellectuele eigendom wordt voor de doelstelling van de mededingingsrechtelijke analyse beschouwd als elke andere vorm van eigendom; (b) intellectuele eigendom wordt niet geacht marktmacht tot stand te brengen en (c) licentiëring wordt in het algemeen beschouwd als concurrentiebevorderend.²⁰ Er kunnen mededingingsrechtelijke bezwaren ontstaan wanneer de licentieovereenkomst de mededinging beperkt tussen bedrijven die, bij ontstentenis van de licentie, daadwerkelijke of waarschijnlijk potentiële concurrenten zouden zijn (een horizontale relatie).²¹ Van de houder van een intellectueel-eigendomsrecht zal niet worden geëist dat hij concurrentie creëert binnen zijn eigen technologie en derhalve staat het hem vrij in een licentieovereenkomst beperkingen op te leggen die hem in staat stellen te doen wat hij ook alleen had kunnen doen. In de Amerikaanse benadering wordt niet alleen het bestaan van het op grond van het recht betreffende de intellectuele eigendom toegekende monopolie erkend maar wordt in het algemeen aanvaard dat de houder van het intellectuele-eigendomsrecht dit recht volledig mag exploiteren door in een licentieovereenkomst beperkingen op te leggen die hem het volledige voordeel van het intellectuele-eigendomsrecht garanderen.

(47) De op grond van het mededingingsbeleid opgelegde beperkingen van de vrijheid van de licentiegever zijn tweevoudig. In de eerste plaats kan het mededingingsbeleid ingrijpen wanneer de beperkingen in de licentieovereenkomst van toepassing zijn op niet-geoctrooieerde producten of processen. Bijvoorbeeld wanneer de licentiegever een octrooi heeft op het fabricageprocédé maar niet op het door de licentienemer vervaardigde product, wordt het bepalen van de prijs waartegen de licentienemer het product moet verkopen, op grond van de mededingingsvoorschriften behandeld als een onrechtmatige verticale prijsbinding.²² Wanneer de licentieovereenkomst een concurrentieverbod bevat dat de licentienemer verhindert concurrerende producten te produceren of te verkopen, wordt dit evenzeer behandeld als een verticale overeenkomst. Hetzelfde geldt voor de koppelverkoopclausule in de licentieovereenkomst die de licentienemer ertoe verplicht een ander goed of een andere dienst af te nemen.

(48) Belangrijker is evenwel dat het mededingingsbeleid in de tweede plaats kan ingrijpen wanneer licentiëring de concurrentie schaadt tussen ondernemingen die, bij ontstentenis van de overeenkomst, daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn. In een dergelijk geval zijn de Amerikaanse concurrentievoorschriften van toepassing wanneer de licentieovereenkomst negatieve effecten sorteert op prijzen/hoeveelheden/kwaliteit van goederen of diensten op bestaande of toekomstige markten. Dit heeft in de eerste plaats betrekking op situaties waar de licentiegever en de licentienemer bij ontstentenis van licentiëring ook daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn, dit wil zeggen dat tussen hen reeds een horizontale concurrentierelatie bestaat en blijft bestaan. In de tweede plaats heeft het ook betrekking op licentieovereenkomsten die bijvoorbeeld via een niet-concurrentiebeding/alleenverkoopclausule concurrenten van de licentiegever uitsluiten (afschermingseffect). In de derde plaats kan het in beginsel ook betrekking hebben op

²⁰ Amerikaanse richtsnoeren, rubriek 2.0.

²¹ Amerikaanse richtsnoeren, rubriek 3.1.

²² Zie W.K. Tom, Background Note, p. 38, *Roundtable on Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Committee on Competition Law and Policy, OESO, oktober 1997, en N. T. Gallini & M. Trebilcock, *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for Analysis of Economic and Legal Issues*, blz. 339 en 344-345, *Roundtable on Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Committee on Competition Law and Policy, OESO, oktober 1997.

licentieovereenkomsten waarbij tussen de licentienemers een horizontale concurrentierelatie bestaat.²³

(49) In de praktijk hebben de Amerikaanse richtsnoeren slechts betrekking op de eerste twee gevallen. Wat niet-concurrentiebedingen betreft is er reeds op gewezen dat zij kunnen worden aangevochten op grond van de Amerikaanse antitrustregels aangezien dergelijke clausules geen betrekking hebben op de exploitatie van het intellectuele-eigendomsrecht zelf maar betrekking hebben op andere producten of processen die buiten het bereik van het intellectuele-eigendomsrecht vallen. De voornaamste bezorgdheid uit mededingingsoogpunt betreft de vraag of concurrenten van de licentiegever van de markt worden uitgesloten.

(50) Ten aanzien van de situatie waarbij de licentiegever en de licentienemer bij ontstentenis van de licentieovereenkomst ook daadwerkelijke of potentiële concurrenten zouden zijn op de betrokken markten, bestaat er in de Amerikaanse richtsnoeren vooral bezorgdheid over pseudo licentieregelingen die een kartel moeten verhullen. Wanneer het in licentie gegeven fabricageprocédé of geoctrooierde product geen economische verbetering inhoudt ten aanzien van de beschikbare bestaande technologieën of niet-geoctrooierde producten en het octrooi geen blokkeeroctrooi is, zal de licentieovereenkomst in het algemeen geen betrekking hebben op een bruikbare overdracht van technologie en niet leiden tot een efficiëntiebevorderende integratie van economische activiteit.²⁴ Tegen de overeenkomst zal beroep worden ingesteld op grond van het feit dat zij op zich verboden is ("per se-rule") indien zij leidt tot prijsafspraken, toewijzing van markten of klanten, een beperking van de productie of bepaalde vormen van groepsboycot.

(51) Indien een licentieovereenkomst tussen concurrenten geen dergelijke manifest concurrentieverstorende beperkingen die op zich verboden zijn bevat, zal tegen de overeenkomst doorgaans geen beroep worden ingesteld indien "de licentiegever en zijn licentienemers gezamenlijk hoogstens 20% van elke relevante markt in handen hebben die op merkbare wijze door de beperking ongunstig wordt beïnvloed."²⁵ Boven deze drempel van 20% wordt de "rule of reason" toegepast. In dat geval dient eerst te worden vastgesteld of de beperking een concurrentieverstorend effect heeft of waarschijnlijk zal hebben. Indien in die zin wordt geconcludeerd, zal worden nagegaan of de beperking redelijkerwijs noodzakelijk is om concurrentiebevorderende efficiëntieverbetering te bewerkstelligen. Er zal worden nagegaan of er praktische en merkbaar minder restrictieve alternatieven zijn ... Indien het duidelijk is dat de partijen vergelijkbare efficiëntieverbetering hadden kunnen bewerkstelligen door middelen die aanzienlijk minder beperkend zijn, zullen de autoriteiten de door de partijen ingeroepen efficiëntieverbetering buiten beschouwing laten. In deze beoordeling zoeken de autoriteiten evenwel niet naar het theoretisch minst beperkende alternatief dat niet realistisch is in de praktische toekomstige bedrijfssituatie van de partijen ... Indien de beperking redelijkerwijs noodzakelijk is, zullen de autoriteiten de concurrentiebevorderende efficiëntieverbetering afwegen tegen de concurrentiebeperkende gevolgen teneinde het waarschijnlijke netto-effect op de concurrentie in elke betrokken markt te bepalen."²⁶

²³ Amerikaanse richtsnoeren, rubrieken 3.1, 3.3 en 4.1.

²⁴ Amerikaanse richtsnoeren, rubriek 3.4, voorbeeld 7. Zie ook het door FTC ingestelde beroep tegen een patentpool tussen Summit Technology en VISX (FTC Dkt. Nr. 9286 (23 februari 1999), Agreement Containing Consent Order to Cease and Desist, en Analysis to Aid Public Comment van de FTC) en de Business Review Letters van het DOJ betreffende de octrooipools MPEG en DVD (Business Review Letters van Joel I. Klein aan Garrad R. Beeney van respectievelijk 26 juni 1997 en 16 december 1998).

²⁵ Amerikaanse richtsnoeren, rubriek 4.3.

²⁶ Amerikaanse richtsnoeren, rubriek 4.2.

(52) Partijen bij een licentieovereenkomst die concurrenten waren vóór de innovatie worden niet langer als concurrenten beschouwd wanneer het in licentie gegeven fabricageproces of geöctrooieerde product een dusdanige doorbraak betekent dat er, bij ontstentenis van de licentie, geen concurrentie meer zou zijn. De veiligheidszone en de "rule of reason"-benadering bij overschrijding van de marktaandeeldrempel van 20% zijn derhalve inzonderheid relevant voor die licentieovereenkomsten waarbij het in licentie gegeven fabricageprocédé of geöctrooieerde product slechts een beperkte economische verbetering betekent ten aanzien van de beschikbare bestaande technologieën of niet-geöctrooieerde producten. In dergelijk geval, wanneer er bij ontstentenis van de licentie een horizontale concurrentierelatie tussen de partijen bestaat, is het relevant om het collectieve marktaandeel van de partijen te meten teneinde de noodzakelijkheid van de beperkingen te onderzoeken en de positieve effecten tegen de negatieve af te wegen.²⁷

(53) Voor de toepassing van de marktaandeeldrempel van 20% moet worden vastgesteld of de negatieve gevolgen van de licentie slechts worden gevoeld op productmarkten dan wel of de licentie ook gevolgen sorteert op technologiemarkten of op de concurrentie in onderzoek en ontwikkeling. In het eerste geval moeten de marktaandelen slechts worden vastgesteld op de relevante productmarkten. In het laatste geval moeten de marktaandelen op de relevante technologie - of innovatiemarkten - eveneens worden vastgesteld. Indien in het laatste geval geen gegevens over marktaandelen beschikbaar zijn of indien die gegevens het belang voor de mededeling niet accuraat weergeven, zal de veiligheidszone worden bepaald aan de hand van het aantal onafhankelijke concurrerende technologieën of onderzoeksinstanties die over de vereiste gespecialiseerde activa beschikken. Indien de beperking niet kennelijk concurrentieverstorend is en er naast de partijen bij de licentieovereenkomst vier of meer concurrerende technologieën of onderzoeksinstanties zijn, valt de overeenkomst binnen de veiligheidszone.

3.4 Een vergelijking

(54) In de Amerikaanse benadering wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen licentieovereenkomsten tussen concurrenten en overeenkomsten tussen niet-concurrenten en worden op grond van dit onderscheid conclusies getrokken voor het beleid. De Amerikaanse benadering is zeer mild ten aanzien van beperkingen die betrekking hebben op de exploitatie van het intellectuele-eigendomsrecht zelf wanneer de licentiegever en de licentienemer geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. In een dergelijke situatie wordt aangenomen dat beperkingen betreffende het gebied van de licentienemer, de productie, het toepassingsgebied en, onder bepaalde omstandigheden zelfs de prijsstelling, rechtmatige middelen zijn waarmee de licentiegever tracht zijn inkomsten uit het intellectuele-eigendomsrecht te maximaliseren. Dit is in overeenstemming met de huidige mildere benadering die in de Verenigde Staten wordt gevolgd ten aanzien van verticale overeenkomsten tussen niet-concurrenten in het algemeen behalve wanneer er prijsafspraken mee gemoeid zijn. Hoewel verticale prijsbinding in het algemeen krachtens het Amerikaanse mededingingsrecht een op zich verboden beperking is en in de Amerikaanse richtsnoeren is bepaald dat dit eveneens van toepassing is wanneer diegene die een intellectueel-eigendomsrecht op een product in licentie geeft, de wederverkoopprijs die de licentienemer voor dat product moet aanrekenen vaststelt, is in de Amerikaanse richtsnoeren eveneens bepaald dat de eigenaar van een productoctrooi in een productielicentie de eerste

²⁷ W. Tom, blz. 27-28.

wederverkoopprijs van het geoctrooieerde product die de licentienemer moet aanrekenen, mag bepalen.²⁸

(55) De striktere benadering van de Europese Unie inzake beperkingen betreffende de exploitatie zelf van het intellectuele-eigendomsrecht welke zijn ingeschreven in overeenkomsten tussen niet-concurrenten, geeft aan dat in het communautaire mededingingsbeleid meer belang wordt gehecht aan intrabrand-beperkingen in het algemeen en territoriale beperkingen in het algemeen. De bescherming van de intrabrand-concurrentie wordt belangrijk geacht aangezien distributiekosten een wezenlijk deel uitmaken van de eindprijs van de meeste producten en concurrentie tussen distributeurs kan bijdragen aan een vermindering van die kosten. Er wordt tevens erkend dat er een horizontale concurrentierelatie kan bestaan onder de licentienemers.²⁹ Territoriale beperkingen krijgen meer aandacht inzonderheid vanwege de bijkomende marktintegratiedoelstelling van het communautaire mededingingsbeleid.³⁰

(56) Er zijn minder uitgesproken beleidsverschillen wat betreft beperkingen die geen betrekking hebben op de exploitatie zelf van het intellectuele-eigendomsrecht, zoals niet-concurrentieverplichtingen en koppelverkoop. De Amerikaanse en de communautaire mededingingsvoorschriften zijn van toepassing op dergelijke beperkingen. In de Verenigde Staten wordt op grond van de "rule of reason" rekening gehouden met de marktmacht van de partijen en de concurrentiestructuur van de relevante anti-trustmarkt. Hoewel in de Europese Unie in het algemeen dezelfde aanpak geldt voor verticale overeenkomsten op grond van groepsvrijstellingsverordening nr. 2790/99 en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, zijn dergelijke beperkingen in de GVTO opgenomen in de zwarte en de grijze lijst.

(57) Er zijn ook meer uitgesproken beleidsverschillen met betrekking tot licentieovereenkomsten onder concurrenten. In het Amerikaanse beleid wordt een marktaandeeldrempel voor de veiligheidszone toegepast voor alle licentieovereenkomsten onder concurrenten terwijl dit in de GVTO slechts geldt voor licentieovereenkomsten met betrekking tot gemeenschappelijke ondernemingen. Andere licentieovereenkomsten onder concurrenten zijn vaak uitgesloten van de GVTO door de toepassing van een op clausules gebaseerde benadering. In het Amerikaanse beleid wordt zelfs een engere definitie gehanteerd bij het beantwoorden van de vraag wanneer ondernemingen als concurrenten moeten worden beschouwd.

(58) Bij wijze van samenvatting kan worden gesteld dat het Amerikaanse beleid meer beperkingen oplegt aan de mogelijkheden van het mededingingsbeleid om in te grijpen tegen licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten. Aldus krijgt de licentiegever een enigszins grotere zekerheid dat hij zijn intellectuele-eigendomsrechten kan exploiteren wanneer de licentiëring plaatsvindt tussen niet-concurrenten. Indien wordt aangenomen dat in het recht betreffende de intellectuele eigendom een juist evenwicht wordt gevonden tussen over- en onderbescherming van de inspanningen van innovatoren, draagt een dergelijke benadering bij aan het bevorderen van innovatie. Deze veronderstelling is misschien niet in alle gevallen

²⁸ Deze spanning verklaart waarom de rechter in verschillende uitspraken de vrijheid om de prijs van de licentienemer te bepalen, heeft beperkt: zie Tom, blz. 38; Gallini & Trebilcock, blz. 339; de Amerikaanse richtsnoeren, rubriek 5.2.

²⁹ Hoewel in de Amerikaanse richtsnoeren wordt erkend dat de relatie tussen licentienemers horizontaal kan zijn, verliezen zij grotendeels de concurrentiegevolgen hiervan uit het oog door hun zeer mild beleid ten aanzien van territoriale beperkingen zolang de licentiegever en de licentienemer geen concurrenten zijn.

³⁰ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, punt 7.

correct. Tevens moet het verschil met de benadering in de Europese Unie niet worden overdreven aangezien het communautaire mededingingsbeleid in veel gevallen dezelfde intrabrand-beperkingen toestaat maar onder specifieke omstandigheden de mogelijkheid behoudt om in te grijpen wanneer dit noodzakelijk wordt geacht. Tenslotte is de Amerikaanse benadering samenhangender ten aanzien van licentieovereenkomsten onder concurrenten.

4. ONDERZOEK VAN DE TOEPASSING VAN DE GVTO

(59) De Commissie heeft een onderzoek verricht teneinde een beter inzicht te krijgen in de wijze waarop de huidige voorschriften hebben gefunctioneerd sinds de goedkeuring ervan. Er werd een vragenlijst toegestuurd aan het bedrijfsleven, verbruikersverenigingen, bepaalde onderzoekintensieve ondernemingen, gespecialiseerde organisaties en advocatenkantoren. Bovendien werd de ervaring die de Commissie bij de praktische toepassing van de GVTO heeft opgedaan, onderzocht. Tenslotte werd de mededingingsautoriteiten van de lidstaten verzocht informatie te verstrekken over hun huidige praktijk op het gebied van licentieovereenkomsten met betrekking tot intellectuele eigendom. De resultaten van dit onderzoek zijn hieronder samengevat.

4.1 Opmerkingen van belanghebbenden

(60) De aan belanghebbenden toegestuurde vragenlijst was bedoeld om feitelijke gegevens in te winnen over de voornaamste aspecten en opkomende nieuwe kenmerken van licentiëringsactiviteiten in verband met technologie, alsook over de perceptie die derden hebben over de werking van de GVTO. Er werden reacties ontvangen van individuele ondernemingen die een dwarsnede van bedrijfstakken vertegenwoordigen (elektronica, werktuigbouwkunde, automobielenindustrie, farmaceutische industrie, gezondheidszorg, chemische industrie en levensmiddelenindustrie) alsook van brancheverenigingen, gespecialiseerde organisaties en advocatenkantoren³¹.

4.1.1 Opmerkingen in verband met de huidige licentiëringsactiviteiten

(61) In de meeste opmerkingen wordt erop gewezen dat de licentiëringsactiviteiten in de industrie de laatste 10 jaar aanzienlijk gewijzigd zijn, zowel in kwalitatieve als kwantitatieve zin. Een dergelijke evolutie is voornamelijk merkbaar in bepaalde sectoren (elektronica, medische technologie, nieuwe materialen, bio-computing, nanotechnologie).

(62) Wat het kwantitatieve aspect betreft wordt in de meeste opmerkingen benadrukt dat ondernemingen vandaag in het algemeen hun technologieën veel vaker in licentie geven dan vroeger. Dit lijkt betrekking te hebben op een verbreding van het gamma in licentie gegeven technologieën en een toename van het aantal verleende licenties voor dezelfde technologie. De noodzaak hogere kosten van octrooiportefeuilles te compenseren via licentie-inkomsten wordt genoemd als een van de verklaringen van die trend. Bovendien wijzen bepaalde partijen erop dat activiteiten die verband houden met het verkrijgen van licenties belangrijker zijn geworden wegens de grotere behoefte aan nieuwe technologische producten en het gebrek aan interne ontwikkeling.

³¹ Op de 150 verstuurdde vragenlijsten ontving de Commissie reacties van ongeveer een vierde van de adressaten hetzij rechtstreeks of zijdelings via brancheverenigingen. Hoewel de reacties misschien geen representatieve steekproef vormen, bevatte de ontvangen informatie bruikbare indicaties voor de voorbereiding van dit verslag en de openbare raadpleging die na de publicatie ervan zal plaatsvinden.

(63) Deze verhoging van de licentiëringsactiviteiten lijkt parallel te lopen met een algemene toename van de bedrijfsinvesteringen in O&O-projecten. O&O-uitgaven verschillen aanzienlijk per bedrijfstak. Voor de meeste ondernemingen die de vragenlijst hebben beantwoord, vertegenwoordigen zij 5% tot 10% van hun totale jaaromzet. In bepaalde sectoren (geneesmiddelen, gezondheidszorg), neigen die uitgaven ernaar aanzienlijk hoger te zijn. Hoewel royalty-inkomsten in het algemeen een kleine fractie vertegenwoordigen van de totale jaaromzet van ondernemingen (hoogstens 1 %) verschaffen zij niettemin een wezenlijke bijdrage tot het terugwinnen van O&O-investeringen.

(64) Bovendien moet worden opgemerkt dat bepaalde ondernemingen recentelijk meer gestructureerde octrooi-strategieën hebben opgebouwd in antwoord op het toegenomen belang van intellectuele eigendom en licentiëring om een marktpositie te behouden. Terwijl intellectuele-eigendomsrechten traditioneel werden gebruikt om concurrenten ervan te verhinderen geïnnoveerde innovaties te gebruiken, worden dergelijke rechten thans gebruikt als onderdeel van ruimere commerciële strategieën. Dergelijke strategieën behelzen bijvoorbeeld het blokkeren van hele gebieden voor concurrentie (blokkeringsstrategieën) en het gebruik van octrooien om normen voor de industrie tot stand te brengen. Aangezien veel ondernemingen in toenemende mate hun intellectuele-eigendomsrechten beschouwen als verhandelbare activa, is het beheer van intellectuele-eigendomsrechten en octrooiportefeuilles in toenemende mate een belangrijk onderdeel van bedrijfsstrategieën. In dit verband wordt in sommige opmerkingen erop gewezen dat kennis minder openbaar beschikbaar wordt en vaker wordt beschermd door intellectuele-eigendomsrechten.

(65) Eén organisatie is van mening dat er in de Gemeenschap eerder sprake is van een algemene daling van de licentiëringsactiviteiten hoewel er een toename is van de licentiëring door opleidingsinstanties. Een dergelijke daling zou wijzen op veranderingen zoals de verplaatsing van fabricage- en onderzoeksactiviteiten naar buitenlandse markten. Terzelfder tijd lijken openbare onderzoekorganisaties en instellingen van hoger onderwijs te beseffen dat de informatie die zij voorheen openbaar beschikbaar stelden, een waarde kan hebben en trachten zij dienovereenkomstig die informatie waar mogelijk te beschermen en de daaruit voortvloeiende intellectuele eigendom te beheren via “spin-out”-ondernemingen.

(66) Bijna alle opmerkingen lijken erop te wijzen dat een directe verkoop van intellectuele-eigendomsrechten in vergelijking met licentiëring de laagst geprioriteerde optie blijft voor de rechthebbenden. In sommige opmerkingen wordt gesuggereerd dat overdrachten slechts ongeveer 20% van alle transacties met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten zouden vertegenwoordigen, de overige 80% zouden licentiëringen zijn. Royalty-inkomsten die lager zijn dan de kosten voor het behoud en de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht, geringe waarschijnlijkheid van succes op de markt en terugtrekking uit de markt door de rechthebbenden zijn de voornaamste redenen waarom ondernemingen ervoor zouden kiezen hun intellectuele-eigendomsrechten over te dragen eerder dan ze in licentie te geven.

(67) De meeste opmerkingen wijzen erop dat de aard en de soorten licentiëregelingen uit kwalitatief oogpunt de jongste jaren aanzienlijk zijn geëvolueerd. Er wordt inzonderheid benadrukt dat er thans meer gezamenlijke samenwerkingsinspanningen en complexere licentiëringsregelingen vereist zijn om gelijke tred te houden met de toegenomen complexiteit van nieuwe technologieën. Deze vloeien vaak voort uit multidisciplinaire kennis en benaderingen waardoor ondernemingen moeten samenwerken om baat te vinden bij complementaire vaardigheden die eigendom zijn van andere ondernemingen of openbare onderzoekorganisaties. Aldus komen bijvoorbeeld pakketlicentieprogramma's, technologiepools en onderlinge licentiëring veel vaker voor mede in het licht van een proliferatie van blokkeeroctrooien die internationaal verspreid zijn over vele eigenaars.

(68) Bovendien zijn de licentiëringsactiviteiten de jongste jaren blijkbaar mondialer geworden. Inzonderheid de mondialiseringstrend en de daaruit voortvloeiende wijzigingen van de zakelijke strategieën van bedrijven hebben eveneens gevolgen op O&O-gebied. Grote ondernemingen die reeds vele jaren fabricagefaciliteiten hadden in verschillende landen opereren thans ook steeds vaker internationaal op onderzoekgebied. Bovendien is er bij sommige belangrijke “mondiale projecten” reeds aanzienlijke internationale samenwerking (bijvoorbeeld het internationale ruimtestation, het menselijk-genoomproject, onderzoek in de geneeskunde, oceanografisch en klimatologisch onderzoek, energie en telecommunicatie).

(69) Wat het type intellectuele-eigendomsrechten betreft, worden octrooien en knowhow algemeen beschouwd als de meest relevante in licentiëringsregelingen. Auteursrechtlicenties worden vaak genoemd als belangrijk, inzonderheid voor softwareprogramma's en computergestuurde uitvindingen. Modellicenties worden voor sommige sectoren belangrijk geacht, voor andere minder belangrijk. Merkllicenties zijn vaak accessoir bij knowhowlicenties of distributie- of productieovereenkomsten.

(70) Uit de antwoorden die bij de Commissie zijn binnengekomen blijkt een bepaalde evolutie met betrekking tot de redenen die de houder van een intellectueel-eigendomsrecht of een fabrikant ertoe kunnen bewegen om respectievelijk een licentie te verlenen of te verkrijgen. Voor de houders van intellectuele-eigendomsrechten zijn er de klassieke redenen zoals het betreden van een nieuwe productmarkt of de kans om complementaire productievaardigheden samen te brengen, inzonderheid wanneer het de licentiegever aan productiefaciliteiten ontbreekt. Bovendien hechten licentiegevers steeds meer belang aan de mogelijkheid om via licentiëring een nieuwe norm voor de industrie tot stand te brengen, een technologiepool of pakketlicenties samen te stellen, blokkeringsposities op te heffen en geschillen ingevolge overlappende octrooien bij te leggen. Onvoldoende kennis van lokale marktvoorwaarden of een gebrek aan distributie- of marketingcapaciteit lijken minder belangrijk te worden geacht voor het verlenen van een licentie. In sommige opmerkingen wordt er ook op gewezen dat het uitbesteden van activiteiten via licentiëring verband houdt met het oogmerk schaalvoordelen te verwezenlijken of een marktpositie voor de eigen technologie te handhaven of risico's te delen welke verband houden met de exploitatie ervan.

(71) Voor de licentienemers is het belangrijkste argument dat zij aldus hun vaardigheden kunnen combineren met die van de houder van een intellectueel-eigendomsrecht wiens technologie de licentienemer in staat kan stellen een nieuwe productmarkt te betreden of zijn concurrentiepositie te behouden en terzelfder tijd zijn kosten te verminderen. Dit geldt inzonderheid wanneer de eigen ontwikkelingsactiviteit van de licentienemer geblokkeerd wordt door de intellectuele-eigendomsrechten van derden of wanneer hij van mening is dat eigen ontwikkeling duurder is dan het betrekken van technologie bij derden. Daadwerkelijke of potentiële geschillen inzake overlappende octrooien en de kans om blokkeringsposities uit de weg te ruimen worden vaak als belangrijke factoren genoemd³². In bepaalde opmerkingen wordt erop gewezen dat het nemen van een licentie op bepaalde activiteiten soms verband kan houden met de totstandbrenging van een nieuwe norm voor de industrie, de organisatie van een octrooipool of de verwezenlijking van schaalvoordelen.

³² Intellectuele-eigendomsrechten blokkeren elkaar wanneer de houders ervan hun eigen intellectuele-eigendomsrechten niet kunnen uitoefenen zonder inbreuk te maken op die van anderen.

(72) Bovendien lijken houders van intellectuele-eigendomsrechten in het algemeen meer ertoe geneigd licenties te verlenen aan niet-concurrerende ondernemingen teneinde een versterking van hun concurrenten te vermijden behalve wanneer de licentie erop gericht is daadwerkelijke of potentiële geschillen over tegenstrijdige octrooiaanspraken op te lossen. Voor licentienemers is het minder relevant van wie zij een licentie krijgen. Zij baseren zich meer op de aard van de in licentie gegeven technologie dan op de concurrentiepositie van de licentiegever.

(73) Ten aanzien van de aard van de investeringen waarop licentietransacties momenteel betrekking hebben, geven de binnengekomen opmerkingen tenslotte aan dat de kosten van de licentiegevers die specifiek met het verlenen van de licentie verband houden (exclusief de O&O-kosten), voornamelijk betrekking hebben op de bescherming van de in licentie gegeven technologie (vorderingen ingevolge inbreuken, enz.) en met de latere verbeteringen en de opleiding van het personeel. De kosten van de licentienemers omvatten royalty-betalingen en investeringen ter verbetering van de in licentie gegeven technologie, het op de markt brengen van en het voeren van reclame voor de in licentie gegeven producten en, in mindere mate, klantenservice, de opleiding van distributeurs of de vervanging van productie-installaties.

4.1.2 Opmerkingen bij de GVTO

(74) Aan de belanghebbenden werd eveneens gevraagd opmerkingen te maken bij de werking van de GVTO. De vragen waren van algemene aard en voornamelijk erop gericht:

- de moeilijkheden en voordelen vast te stellen die de industrie had ondervonden bij de toepassing van de GVTO,
- na te gaan of de fundamentele beleidsdoelstellingen waarop de GVTO is gebaseerd (ontwikkeling en ruime verspreiding van innovatie in de gehele Gemeenschap en bescherming van daadwerkelijke concurrentie in technologisch nieuwe of verbeterde producten) in de praktijk werden verwezenlijkt, en
- na te gaan of de wijze waarop de Commissie thans technolielicenties behandelt, moet worden herzien.

De vragenlijst was evenzeer toegespitst op specifieke kwesties die verband houden met de afzonderlijke bepalingen van de GVTO. In hoofdstuk 5 van dit verslag wordt rekening gehouden met de antwoorden op die specifieke vragen. In het algemeen wordt in de meeste opmerkingen benadrukt dat de GVTO ondanks bepaalde voordelen, een aantal belangrijke tekortkomingen vertoont.

(75) Enerzijds wordt in alle opmerkingen erkend dat de GVTO een bredere reikwijdte heeft en gemakkelijker toe te passen is dan de eerdere groepsvrijstellingen inzake knowhow en octrooilicentieovereenkomsten. In sommige opmerkingen wordt erop gewezen dat de GVTO, doordat zij zeer specifiek is over hetgeen niet is toegestaan (uitvoerige zwarte lijst) de verdienste heeft rechtszekerheid tot stand te hebben gebracht. In sommige opmerkingen wordt tevens benadrukt dat het ontbreken van marktaandeeldrempels de toepassing van de groepsvrijstelling vergemakkelijkt. Tenslotte wordt ook opgemerkt dat de GVTO soms als richtsnoer wordt gebruikt.

(76) Anderzijds is de kritiek tegen de huidige aanpak toegespitst op de volgende aspecten:

- De GVTO wordt opgevat als te formalistisch en rigide. Dit is inzonderheid duidelijk geworden bij de vergelijking met de nieuwe generatie groepsvrijstellingen inzake verticale beperkingen en horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Meer bepaald de structuur van de GVTO wordt te ingewikkeld geacht. Bovendien dwingen de lijsten van vrijgestelde clausules, toegestane clausules, verboden clausules en uitsluitingen ondernemingen in een juridisch keurslijf dat een ontmoedigend effect heeft op de verspreiding van technologieën of een ontradend effect op efficiëntere transacties. De wijze waarop het toepassingsgebied van de GVTO in verband staat met het toepassingsgebied van Verordeningen nr. 2658/2000 betreffende specialisatieovereenkomsten, 2659/2000 betreffende O&O-Overeenkomsten en 2790/1999 betreffende verticale overeenkomsten wordt eveneens als onduidelijk beschouwd.

- Sommige bepalingen worden als bovenmatig gedetailleerd en vaak als verwarrend beschouwd waardoor er soms twijfel rijst over de toepassing van de vrijstelling. Inzonderheid de uitlegging van bepaalde basisbegrippen lijkt onduidelijk. Aldus wordt in de GVTO geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen “verbetering” van de in licentie gegeven technologie en “nieuwe” technologie die een cruciale sprong voorwaarts inhoudt waardoor de beperkingen van de duur die door de GVTO inzake licentieovereenkomsten worden opgelegd, moeilijk kunnen worden toegepast. Een ander voorbeeld is de definitie van knowhow, die niet dezelfde is als in de nieuwe verticale en horizontale groepsvrijstellingen. Hetzelfde wordt opgemerkt in verband met de definitie van “concurrent”, die niet in overeenstemming is met recentere wetgeving.

- Het toepassingsgebied van de GVTO is te eng en dekt bepaalde gangbare licentiëringspraktijken niet zodat veel overeenkomsten bij de Commissie moeten worden aangemeld. Aangezien de verordening geen betrekking heeft op licenties waarbij meer dan twee partijen betrokken zijn, zijn meer bepaald multilaterale technologiepools en meerpartijenpakketlicenties waarbij ondernemingen betrokken zijn die complementaire intellectuele-eigendomsrechten bezitten, uitgesloten van het voordeel van de groepsvrijstelling. Het feit dat de verordening betrekking heeft op niet-geoctrooieerde intellectuele-eigendomsrechten zoals auteursrechten, modelrechten en merkrechten voor zover het nevenbepalingen zijn bij een octrooilicentie, onstaat rechtsonzekerheid met betrekking tot vele overeenkomsten inzonderheid auteursrechtlicenties voor software. In dit verband wordt in sommige opmerkingen erop gewezen dat vaak naar de GVTO wordt verwezen als een richtsnoer voor de beoordeling van de licentieovereenkomsten voor niet-geoctrooieerde producten op grond van artikel 81.

- De huidige regels zijn te zeer toegespitst op territoriale exclusiviteit. Bovendien sluiten zij bepaalde gangbare licentieregelingen van het voordeel van de groepsvrijstelling uit zonder deugdelijke economische rechtvaardiging. In sommige opmerkingen wordt meer bepaald betoogd dat de GVTO een te grote lijst beperkingen bevat (niet-concurrentieverplichtingen, koppelvekoop, kwantitatieve beperkingen inclusief installatielicenties, bepaalde vormen van retro-licenties) die onrechtmatig worden geacht of als hoogst verdacht worden beschouwd zelfs wanneer de partijen geen marktmacht hebben en onderling in een verticale relatie staan.

- De bruikbaarheid van de oppositieprocedure van artikel 4 van de GVTO wordt in twijfel getrokken. In het algemeen lijken ondernemingen weigerachtig om van deze mogelijkheid gebruik te maken omdat zij verkiezen geen ruchtbaarheid te geven aan hun regelingen, omdat de situaties waarin een dergelijke procedure kan worden toegepast niet

altijd duidelijk gespecificeerd zijn of om de administratieve last van een aanmelding te vermijden.

(77) In overeenstemming met het bovenstaande wordt in de meeste opmerkingen gesuggereerd dat de GVTO slechts in beperkte mate aan de vooropgestelde doelstellingen voldoet.

(78) Wanneer de partijen erin slagen hun overeenkomsten een dusdanige vorm te geven dat zij in het kader van de groepsvrijstelling passen, heeft de door de verordening verstrekte rechtszekerheid een positief gevolg voor de ontwikkeling en de verspreiding van technologie. Gezien haar formalistische en normatieve aard wordt eveneens betoogd dat de huidige regels nieuwe vormen van licentiëring (bijvoorbeeld meerpartijepakketlicenties, licentiëring ten behoeve van gemeenschappelijke ondernemingen) en nieuwe benaderingen van technologieoverdracht (niet-concurrentieverplichtingen ter bescherming van aan de licentienemer overgedragen knowhow, het bundelen van een licentie inzake intellectuele eigendom met de levering van niet-geoctrooieerde producten) niet aanmoedigen. Het gebrek aan duidelijkheid van de verordening is eveneens een obstakel voor licentiëring. In sommige opmerkingen wordt erop gewezen dat de lange lijst "hardcore"-beperkingen waarin momenteel in de GVTO is voorzien, het gevolg is van een benadering die onvoldoende rekening houdt met de marktmacht van de partijen en de interbrand-concurrentie. Er wordt tevens betoogd dat een meer economische aanpak zou kunnen leiden tot een minder rigide regeling voor licentieovereenkomsten en derhalve tot een bredere verspreiding van technologie.

(79) Hoewel de normatieve benadering van de GVTO duidelijk bedoeld was om een daadwerkelijke concurrentie te beschermen, is het niet zeker dat zij deze doelstelling volledig verwezenlijkt heeft. Enerzijds wordt opgemerkt dat de naleving van de voorwaarden van de verordening de overeenkomstsluitende partijen in een keurslijf dwingt en derhalve de verspreiding van nieuwe technologieën ontmoedigt. Dientengevolge kan de GVTO de intrede op de markt van nieuwe concurrenten belemmeren of vertragen. Anderzijds wordt opgemerkt dat aangezien de GVTO geen rekening houdt met de marktmacht van de partijen en de concurrentierelatie tussen de licentiegever en de licentienemer, zij beperkingen kan bestrijken die machtige of zelfs dominante ondernemingen ten goede komen en nadelig zijn voor klanten en kleine en middelgrote ondernemingen.

(80) Er kan worden geconcludeerd dat een grondige herziening van de GVTO in het algemeen wordt verwelkomd in de antwoorden op de vragenlijst van de Commissie.

(81) In dit verband wordt in de meeste opmerkingen aangedrongen op een radicale vereenvoudiging en verduidelijking van de huidige voorschriften naar het voorbeeld van de nieuwe groepsvrijstellingsverordeningen voor verticale beperkingen en horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Dit zou inzonderheid inhouden dat een nieuwe groepsvrijstelling moet worden goedgekeurd die een breder gamma licentieovereenkomsten omvat, de witte en de grijze lijst (alook de ermee verband houdende oppositieprocedure) moeten worden verworpen en de huidige lijst met volstrekt verboden beperkingen moet worden ingekort. Bovendien zou de vaststelling van specifieke richtsnoeren die bepaalde cruciale kwesties uitklaren, worden toegejuicht.

(82) In vele opmerkingen wordt evenwel erop gewezen dat de invoering van een marktaandeeldrempel een terugslag zou hebben op innovatie en licentiëring omdat er niet langer een veilige haven zou zijn zodra de in licentie gegeven uitvinding op de markt succesvol zou zijn. Dit zou naar het voorkomt inzonderheid het geval zijn wanneer een

marktaandeeldrempel zou gelden voor technologiemarkten en niet voor eigenlijke productmarkten. De omschrijving van de relevante markten en de berekening van marktaandelen zou aanleiding geven tot specifieke moeilijkheden op het gebied van technologielicenties. In dezelfde opmerkingen wordt eraan toegevoegd dat problemen van marktmacht moeilijk kunnen worden aangepakt op grond van artikel 82 en de ermee verband houdende rechtsspraak van het Hof van Justitie. Er wordt inzonderheid verwezen naar het *Tetrapak*-arrest.³³ In andere opmerkingen wordt evenwel gesteld dat de Commissie in haar huidige benadering van technologielicenties onvoldoende rekening houdt met marktmachtvraagstukken en interbrand-concurrentie en wordt benadrukt dat die twee kwesties van fundamenteel belang zijn voor een behoorlijke beoordeling van de gevolgen die dergelijke overeenkomsten hebben voor de concurrentie.

(83) Tenslotte wordt gesuggereerd dat andere intellectuele-eigendomsrechten, inclusief auteursrechten, modelrechten en merkrechten onder dezelfde groepsvrijstelling zouden moeten vallen op voorwaarde dat de benadering flexibeler wordt. Een dergelijke uitbreiding zou de rechtszekerheid dienen en de samenhang op het gebied van de licentiëring van intellectuele eigendomsrechten verbeteren. Dit standpunt wordt weerlegd door andere belanghebbenden die van mening zijn dat vraagstukken van handelsgebruik en overheidsbeleid die verband houden met licenties van ander literair werk dan software, kunstwerken, merken en gegevensbanken zeer verschillen van vraagstukken die verband houden met technologieoverdracht.

4.2 De handhavingspraktijk van de Commissie

4.2.1 Statistische gegevens

(84) In de periode van 1996 tot 2000 werden bij de Commissie ongeveer 140 nieuwe zaken ingeschreven betreffende de toepassing van artikel 81 en/of artikel 82 op praktijken die de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten betroffen.

(85) Dit cijfer omvat alle zaken waarvan de kern de licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten tussen ondernemingen betrof ten behoeve van de productie van goederen of diensten, of een vermeend misbruik vanwege de houder van het intellectuele-eigendomsrecht of zijn licentienemers. Het cijfer omvat evenwel niet de gevallen waarbij het in licentie geven van de intellectuele-eigendomsrechten niet de voornaamste doelstelling van de praktijk was (bijvoorbeeld bepaalde verticale overeenkomsten zoals franchising- en specialisatieovereenkomsten) of betrekking had op de ontwikkeling en gezamenlijke exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten ingevolge O&O-overeenkomsten.

(86) In vergelijking met de periode van 1991 tot 1995 gedurende welke het aantal nieuwe zaken betreffende intellectuele-eigendomsrechten niet meer bedroeg dan 120, is de relevante werkdruk van de Commissie met ongeveer 16% gestegen.

(87) Aangezien van 1996 tot 2000 ongeveer 200 nieuwe zaken betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 werden ingeleid, vertegenwoordigt de bovengenoemde categorie zaken welke betrekking hebben op intellectuele-eigendomsrechten ongeveer 7% van de totale werkdruk van de Commissie op antitrustgebied.

³³ Tetra Pak tegen Commissie, Jurispr. [1990], blz. II-309.

(88) Een uitsplitsing per soort intellectuele-eigendomsrechten geeft aan dat de meeste zaken welke de jongste vijf jaar werden ingeleid, betrekking hadden op octrooi- en/of knowhowlicenties (56%). Zaken die in de eerste plaats gericht waren op de uitoefening of het in licentie geven van auteursrechten vertegenwoordigden ongeveer 22% van alle zaken betreffende intellectuele-eigendomsrechten. Deze groep omvat procedures betreffende inhoudlicenties (onder meer mechanische reproductie van muziek), uitvoeringsrechten (onder meer uitzendlicenties, overeenkomsten betreffende maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging) en op het auteursrecht gebaseerde technologieoverdrachten (onder meer softwarelicenties, computergestuurde uitvindingen). Merkllicenties voor productiedoeleinden vertegenwoordigen ongeveer 19% van alle zaken betreffende intellectuele-eigendomsrechten. Binnen deze categorie had zowat de helft van de procedures betrekking op zuivere merkllicenties en de andere helft op transacties waarbij een merk in samenhang met knowhow in licentie werd gegeven. De overige 3% tenslotte zijn zaken die betrekking hebben op andere soorten intellectuele-eigendomsrechten (inzonderheid licenties op modelrechten en toegang tot beschermde gegevensbanken).

(89) De meeste procedures zijn een gevolg van aanmeldingen betreffende de toepassing van artikel 81 (75%) terwijl het resterende deel (25%) het gevolg zijn van klachten of ambtshalve zijn ingeleid en betrekking hebben op de toepassing van de artikelen 81 en 82.

(90) Voorbeelden van gevallen waarbij de aanmeldende partijen gebruik hebben gemaakt van de oppositieprocedure van artikel 4 van de GVTO zijn zeldzaam. De toepassing van die procedure werd in feite slechts gevraagd in 5% van alle aanmeldingen betreffende octrooi- en/of knowhowlicenties. De Commissie heeft de intrekingsprocedure van artikel 7 van de GVTO nooit toegepast.

4.2.2 *In aanmeldingen aan de orde gestelde kwesties*

(91) Wanneer we kijken naar de redenen die door de partijen zijn aangehaald om hun overeenkomsten aan te melden, kan het volgende worden opgemerkt.

(92) *In de eerste plaats* betroffen een groot aantal aanmeldingen, licentieovereenkomsten die om uiteenlopende redenen niet in het toepassingsgebied van de GVTO vielen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer:

- de licentie voornamelijk gericht is op andere intellectuele eigendom dan een octrooi of knowhow, of
- de overeenkomst werd gesloten tussen meer dan twee partijen (bijvoorbeeld poolingregelingen, licentiepakketten, meerpartijenlicentieprogramma's), of
- de overeenkomst een vorm kreeg die niet in overeenstemming was met de bij artikel 1 van de GVTO gedefinieerde vorm (bijvoorbeeld niet-exclusieve licenties), of
- de partijen complexere soorten samenwerking overeenkomen (bijvoorbeeld licenties van intellectuele-eigendomsrechten in de context van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, licentiëring in verband met gemeenschappelijke marketingactiviteiten).

(93) *In de tweede plaats* werden regelingen vaak aangemeld wanneer de partijen onzeker waren over de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling of de uitlegging van de clausules ervan. Het valt bijvoorbeeld moeilijk te beoordelen of bepalingen inzake merken in productieovereenkomsten die ook een overdracht van knowhow inhouden, al dan niet

nevenbepalingen zijn. Men vraagt zich ook af of de GVTO betrekking heeft op overeenkomsten die de activiteit van de licentienemer beperken tot de ontwikkeling van een product en productieactiviteiten uitsluiten. De huidige regels hebben ook aanleiding gegeven tot uitleggingsproblemen in verband met bepaalde regelingen die het volgende bevatten: "grant-back"-bepalingen, exportverboden of beperkingen die de exploitatie van de in licentie gegeven technologie beperken tot bepaalde gespecificeerde productie-eenheden (zogenaamde "installatielicenties"). Voorts hebben de partijen er voor gekozen overeenkomsten betreffende het regelen van geschillen inzake vermeende octrooi-inbreuken aan te melden teneinde elke mogelijke twijfel over de wettigheid van hun transactie te vermijden.

(94) *In de derde plaats* betrof een aanzienlijk aantal aanmeldingen overeenkomsten die niet uitdrukkelijk vrijgestelde clausules bevatten (grijze clausules). Relevante voorbeelden hiervan zijn overeenkomsten die voorwaarden bevatten inzake het betalen van royalty's of beperkingen van het toepassingsgebied die niet in overeenstemming zijn met de bewoordingen van de GVTO, alsook clausules inzake toewijzing van klanten, niet-betwistingsclausules en koppelverkoopclausules.

(95) *In de vierde plaats* streefden partijen in sommige gevallen ernaar een individuele vrijstelling te verkrijgen voor overeenkomsten die clausules bevatten welke uitdrukkelijk van de groepsvrijstelling zijn uitgesloten (bijvoorbeeld zwarte clausules zoals niet-concurrentieverplichtingen, prijsbinding ten aanzien van de in licentie gegeven producten, territoriale exclusiviteit die verder reikt dan de in artikel 1 van de GVTO opgelegde termijnen).

(96) Uit een analyse van de aanmeldingen die tijdens de referentieperiode door de Commissie zijn behandeld, blijkt dat in de meeste gevallen zonder bijkomend optreden goedkeuring werd verleend bij administratief schrijven. Slechts in zeer weinig gevallen werden formele beschikkingen gegeven. Die hadden betrekking op niet-exclusieve licenties waarbij de licentienemers een exportverbod werd opgelegd³⁴, licentieregelingen die deel uitmaakten van joint-venture-overeenkomsten³⁵ en exclusieve licenties van uitzendrechten.³⁶

³⁴ Beschikking van 14 december 1998 in de *Sicasov*-zaak, PB L 4 van 8.1.1999.

³⁵ Beschikking van 14 september 1999 in de zaak *General Electric Aircraft Engines/Pratt & Whitney*, PB L 58 van 3.3.2000, beschikking van 17 juli 1996 in de zaak *Phoenix/Global One*, PB L 239 van 19.9.1996 en de beschikking van 15 september 1999 in de zaak *British Interactive Broadcasting/Open*, PB L 312 van 6.12.1999.

³⁶ Beschikking van 3 maart 1999 in de zaak *Télévision par satellite*, PB L 90 van 2.4.1999.

(97) Bepaalde zaken werden wegens het economische belang of het belang voor het mededingingsbeleid openbaar gemaakt via de publicatie van een bekendmaking krachtens artikel 19, lid 3 van Verordening nr. 17 of via persberichten³⁷. Een beperkt aantal aanmeldingen gaven aanleiding tot mededingingsrechtelijke bezwaren en werden door de Commissie slechts goedgekeurd na wijziging van de oorspronkelijke overeenkomsten.³⁸

4.2.3 *Kwesties die aan de orde zijn gesteld in klachten en ambtshalve ingeleide procedures*

(98) Wanneer we kijken naar de mededingingskwesties die aan de orde zijn gesteld in klachten of ambtshalve ingeleide procedures welke tijdens de referentieperiode door de Commissie werden behandeld, kan het volgende worden opgemerkt.

(99) Met betrekking tot de toepassing van artikel 81, komen de volgende kwesties het vaakst terug:

- regelingen die horizontale concurrentie tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten beperken; die situaties betreffen inzonderheid vermeende marktverdeling tussen concurrerende houders van intellectuele-eigendomsrechten via onderlinge licentieovereenkomsten of meerpartijenlicentieprogramma's;
- overeenkomsten die de licentienemer beperken in zijn mogelijkheden om de licentiegever te beconcurreren op gebieden die niet rechtstreeks verband houden met het in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrecht (bijvoorbeeld royalty-betalingen die zijn uitgebreid tot producten die door de licentienemer worden geproduceerd op basis van zijn eigen technologie);
- overeenkomsten die concurrerende houders van intellectuele-eigendomsrechten verhinderen de markt van de in licentie gegeven producten te betreden, inclusief pogingen tot monopolisering van een sector via overeenkomsten waarbij een nieuwe standaard voor de industrie wordt ingevoerd;
- exclusieve licenties die aanbieders uitsluiten die de licentienemer beconcurreren op de markt van de in licentie gegeven producten;

³⁷ Zie inzonderheid de volgende zaken: *MPEG-2*, die betrekking had op een licentieprogramma voor octrooien die cruciaal zijn voor de toepassing van een industriële norm voor de doorgifte en de opslag van videosignalen (IP/98/1155 van 18.12.1999); *DVD*, dat betrekking had op de totstandkoming van een licentie op een octrooiportefeuille die toegang gaf tot cruciale octrooien voor DVD-technologie (IP/00/1135 van 9.10.2000); *IBOS*, dat betrekking had op een meerpartijenlicentie voor het gebruik van een technologie die de informaticasystemen van verschillende banken aan elkaar koppelt (Mededingingsverslag 1996, blz. 145); *Michelin/Continental*, dat betrekking had op een merklicentie die verband hield met de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming (Mededingingsverslag 1997, blz. 140).

³⁸ Zie inzonderheid de volgende zaken: *Canon/Kodak*, die betrekking had op samenwerking tussen concurrenten voor de totstandkoming van een industriële norm op basis van een nieuwe geavanceerde technologie in de fotografie (PB C 330 van 1.11.1997 en Mededingingsverslag 1998, blz. 147); *Sony*, die betrekking had op een netwerk van licentieovereenkomsten op grond waarvan de licentiegever de licentienemers kon beperken in hun mogelijkheid om te concurreren op de markt van producten (videospelletjes) die verenigbaar zijn met zijn apparatuur (spelconsoles) (Mededingingsverslag 1998, blz. 159); *Hydro Texaco Holdings/Preem*, die betrekking had op een licentie voor technologie voor de productie van smeerolie welke was overeengekomen in de context van (maar geen nevenbepaling was bij) de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming (Mededingingsverslag 1997, blz. 131); *Pripps/Tuborg*, die betrekking had op een merk- en knowhowlicentie voor de productie van bier tussen twee concurrenten (Mededingingsverslag 1998, blz. 161).

- overeenkomsten die productiequota invoeren of de exploitatie van de in licentie gegeven technologie beperken tot een bepaalde productie-installatie;
- overeenkomsten die invoer en/of uitvoer door de licentienemers beperken of parallelinvoer belemmeren;
- octrooipools of vergelijkbare vormen van licentiepakketten met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, inzonderheid in verband met pools die betrekking hebben op niet-essentiële octrooien of de leden ruime "grant-back"-verplichtingen verschaffen.

(100) Met betrekking tot de toepassing van artikel 82³⁹, omvatten de meest terugkomende kwesties:

- eenzijdige weigeringen om licenties te verlenen teneinde concurrenten uit te sluiten van stroomafwaartse of naburige markten of concurrenten te verhinderen producten te vervaardigen die verenigbaar zijn met het dominante product of de dominante uitrusting van de houder van het intellectuele-eigendomsrecht;
- pogingen door een dominante onderneming om haar dominantie uit te breiden naar stroomafwaartse of naburige markten via als misbruik aan te merken licentiëringspraktijken (leveraging, koppelverkoop);
- buitensporige prijsstelling of discriminerende voorwaarden in licenties die op intellectuele-eigendomsrechten betrekking hebben;
- manipulatie bij het vaststellen van normen via laattijdige aanspraken op essentiële intellectuele eigendomsrechten;
- het opleggen van niet-betwistingsclausules om licentienemers te verhinderen hun eigen intellectuele-eigendomsrechten uit te oefenen;
- het systematisch aanvragen van blokkeringsoctrooien;
- vexatoire vorderingen inzake inbreuken op octrooien;
- misbruik van rechten om de intrede van fabrikanten van generische producten op de markt te verhinderen of te vertragen (geneesmiddelensector).

³⁹ In het onderhavige verslag worden slechts kwesties behandeld die betrekking hebben op de toepassing van artikel 81 op licenties inzake intellectuele eigendom. Er wordt verwezen naar artikel 82 omdat klachten en ambtshalve ingeleide procedures vaak betrekking hebben op de toepassing van beide bepalingen.

(101) Een analyse van de procedures die ingevolge klacht of ambtshalve werden ingeleid en tijdens de referentieperiode werden afgesloten geeft aan dat zij in een aantal gevallen hebben geleid tot grondige onderzoeken op grond van artikel 81 gevolgd door een wijziging van de betrokken overeenkomsten⁴⁰ of tot de toepassing van corrigerende maatregelen op grond van artikel 82.⁴¹ In andere gevallen werden ambtshalve ingeleide procedures zonder verdere stappen beëindigd of werden de klachten ingetrokken na een inleidend onderzoek. In andere gevallen werden de klachten bij beschikking verworpen.⁴²

4.2.4 Conclusies

(102) Verschillende indicaties die uit de analyse van de beschikkingspraktijk van de Commissie naar voren komen, sporen met de opmerkingen die belanghebbenden hebben gemaakt in het kader van het onderzoek van de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening.

(103) Ondanks de door de eerdere groepsvrijstellingen inzake octrooi- en knowhowlicenties tot stand gebrachte verbetering, is de GVTO niet erin geslaagd het aantal met intellectuele-eigendomsrechten verbandhoudende aanmeldingen om te buigen. Het feit dat de meeste aanmeldingen geen aanleiding gaven tot ernstige mededingingsrechtelijke bezwaren betekent dat de handhavingsactiviteiten en -middelen van de Commissie voornamelijk werden gebruikt om de rechtszekerheid van ondernemingen veilig te stellen eerder dan om de mededinging te beschermen. Dit kan gedeeltelijk worden toegeschreven aan het enge toepassingsgebied van de huidige GVTO, die steeds minder in staat lijkt de complexiteit van moderne licentieregelingen (bijvoorbeeld poolingregelingen) weer te geven, alsook aan de onzekerheid en de dubbelzinnigheden waarmee de uitlegging van sommige bepalingen is omgeven. Daarenboven kunnen de benadering met witte en grijze clausules, waarop de GVTO is gebaseerd, en het daaruit voortvloeiende keurslijf dat aan de industrie is opgelegd, tot gevolg hebben gehad dat de partijen tot minder geschikte en mogelijkere wijze minder efficiënte

⁴⁰ Zie inzonderheid de volgende zaken: *Microsoft Internet Explorer Licensing*, die handelde over de afscherming van de markt voor internet browser software voor concurrenten welke werd veroorzaakt door niet-concurrentieverplichtingen en kwantitatieve verplichtingen die aan de licentienemers werden opgelegd (Mededingingsverslag 1999, blz. 162); *Sega en Nintendo*, waarbij corrigerende maatregelen werden opgelegd om de concurrentie in de levering van producten die verenigbaar zijn met de uitrusting van de licentiegever, veilig te stellen (Mededingingsverslag 1997, blz. 148); *Microsoft/Santa Cruz Operation* waar bezwaren werden gemaakt tegen verplichtingen die de mogelijkheid van de licentienemer beperken om zijn eigen technologie te exploiteren teneinde te concurreren met de licentiegever wat de levering van besturingssystemen voor werkstations en servers betreft (Mededingingsverslag 1997, blz. 140).

⁴¹ Zie inzonderheid de volgende zaken: beschikking van 3 juli 2001 in de zaak *NDC/IMS* (voorlopige maatregelen) betreffende een weigering om een licentie te verlenen voor een auteursrechtelijk beschermd rooster (kaart) van Duitsland dat gebruikt wordt om regionale verkoopsgegevens voor geneesmiddelen weer te geven en dat door de farmaceutische industrie werd beschouwd als een norm (nog niet gepubliceerd; bij beschikking van 26 oktober 2001 schorste de president van het Gerecht van eerste aanleg de uitvoering van deze beschikking tot het Hof uitspraak zou doen in de bodemzaak); *ITT/Belgacom* betreffende buitensporige prijsstelling en discriminerende voorwaarden voor de toegang tot beschermde gegevens (Mededingingsverslag 1997, blz. 164).

⁴² Zie inzonderheid: *Microleader/Microsoft*, dat betrekking had op de niet-uitputting van het auteursrecht op softwareprogramma's die uit derde landen werden ingevoerd (Mededingingsverslag 1998, blz. 178); *Info-Lab/Ricoh* waar het niet bewezen werd geacht dat de houder van een modelrecht een machtspositie innam op een stroomafwaartse markt (Mededingingsverslag 1999, blz. 169); *M6/European Broadcasting Union en Canal Satellite* waar de klagers bepaalde exclusieve licenties inzake uitzendrechten betwisten op grond van artikel 81 (Mededingingsverslag 1999, blz. 167 en 168); *Vickers/Rolls-Royce* die betrekking had op het verlenen van sublicenties in het kader van een merklicentie (Mededingingsverslag 1998, blz. 168).

contractuele regelingen werden gedwongen of ertoe werden verplicht de administratieve kosten van een aanmelding te dragen. Bovendien heeft de Commissie, voornamelijk in het licht van de relatief zwakke positie die de partijen op de markt innamen, haar goedkeuring gehecht aan een aantal overeenkomsten die bepaalde beperkingen uit de zwarte of de grijze lijst bevatten (bijvoorbeeld niet-concurrentieverplichtingen, koppelverkoop). Dit lijkt erop te wijzen dat de GVTO onvoldoende accuraat is om de "hardcore"-beperkingen aan te geven, hetgeen het sluiten van efficiënte licentieovereenkomsten kan ontmoedigen.

(104) Uit de bovenstaande analyse blijkt tevens dat bepaalde gevallen, die voornamelijk door klagers ter kennis van de Commissie zijn gebracht, problemen aan het licht hebben gebracht inzonderheid wanneer licentieovereenkomsten werden gesloten tussen concurrenten met marktmacht of wanneer machtige licentiegevers of licentienemers beperkingen hadden opgelegd die geen verband hielden met de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten. Bovendien werd in uitzonderlijke gevallen de exclusiviteit van een intellectueel-eigendomsrecht terzijde geschoven door de concurrentievoorschriften teneinde misbruiken van machtspositie te voorkomen. Deze aanwijzingen suggereren dat een eventuele herziening van de GVTO omzichtig rekening moet houden met dergelijke risico's voor de concurrentie.

4.3 Concurrentiebeleid van de lidstaten op het gebied van intellectuele-eigendomsrechten

(105) Zoals reeds aangegeven nodigde de Commissie de mededingingsautoriteiten van de lidstaten uit informatie te verstrekken over hun huidige praktijk op het gebied van technologieoverdracht en licentieovereenkomsten met betrekking tot intellectuele eigendom.

(106) Sommige nationale mededingingsautoriteiten hebben in hun antwoord erop gewezen dat in hun respectieve lidstaten specifieke nationale mededingingsvoorschriften bestaan die van toepassing zijn op technologieoverdrachtsovereenkomsten, inclusief groepsvrijstellingen welke vergelijkbaar zijn met de GVTO. Andere lidstaten hebben geen specifieke wetgeving aangenomen maar passen een ad hoc-benadering toe.

(107) Ongeacht de specificiteit van de verschillende nationale rechtsvoorschriften hebben de meeste nationale mededingingsautoriteiten benadrukt dat de beoordeling van licentieovereenkomsten inzake intellectuele-eigendomsrechten op grond van de nationale concurrentievoorschriften in het algemeen in overeenstemming is met de concurrentievoorschriften van de Gemeenschap en met de beschikkingspraktijk van de Commissie. Er is evenwel ook gewezen op een aantal onderscheidende kenmerken.

(108) Aldus speelt de doelstelling van de interne markt, die relevant is voor de communautaire mededingingsvoorschriften, doorgaans geen rol op nationaal niveau.

(109) Bepaalde nationale mededingingsautoriteiten hebben ook benadrukt dat bij hun analyse van technologieoverdrachtsovereenkomsten rekening wordt gehouden met economische factoren zoals de marktmacht van de partijen. Hoewel een dergelijke analyse niet gebaseerd is op het vermoeden dat intellectuele eigendom noodzakelijkerwijze marktmacht tot stand brengt, wordt echter voldoende aandacht besteed aan het marktaandeel dat de partijen hebben op de markt van het in licentie gegeven product en aan het niveau van de interbrand-concurrentie.

(110) Een ander belangrijk kenmerk van de rechtsvoorschriften en de praktijk van bepaalde lidstaten betreft de verschillende benadering ten aanzien van overeenkomsten tussen niet-concurrenten (verticale overeenkomsten) en overeenkomsten tussen concurrenten (horizontale

overeenkomsten). In die lidstaten zijn bijvoorbeeld clausules houdende invoering van territoriale exclusiviteit en niet-betwistingsverplichtingen in het algemeen toegestaan in technologieoverdrachtovereenkomsten tussen niet-concurrenten.

(111) Andere lidstaten hebben erop gewezen dat technologieoverdrachtovereenkomsten slechts een marginale plaats innemen in hun handhavingspraktijk.

5. VOOR HERZIENING VATBARE KWESTIES

(112) Uit het door de Commissie gevoerde onderzoek van de toepassing van de GVTO is gebleken dat de economische actoren ontevreden zijn over de wijze waarop de GVTO in de praktijk heeft gefunctioneerd. Het toepassingsgebied van de GVTO blijkt te eng te zijn, de bepalingen ervan soms onduidelijk en de benadering te normatief en formalistisch. Om de industrie een wezenlijk verbeterd rechtskader te bieden en terzelfder tijd een passende bescherming van de mededinging te garanderen is een omvattend en uitgebalanceerde herziening van de belangrijkste concurrentievraagstukken die met technologieoverdrachtovereenkomsten verband houden, noodzakelijk. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste aspecten van de GVTO opnieuw onderzocht en de belanghebbenden uitgenodigd hierover opmerkingen te maken. Zoals in hoofdstuk 2 zal in de onderstaande analyse een onderscheid worden gemaakt tussen vraagstukken die verband houden met het toepassingsgebied van de GVTO (rubriek 5.1) en kwesties die verband houden met specifieke beperkingen (rubriek 5.2)

5.1 Het toepassingsgebied van de GVTO

(113) Zoals reeds is opgemerkt, bestrijkt de GVTO slechts een specifieke soort licenties, meer bepaald zuivere of gemengde exclusieve octrooi- en knowhow-licentieovereenkomsten die zijn gesloten tussen twee ondernemingen. Het toepassingsgebied van de verordening is derhalve bepaald door het soort intellectueel-eigendomsrecht en door de vorm van de overeenkomst.

5.1.1 Soorten intellectuele-eigendomsrechten

(114) Het feit dat andere intellectuele-eigendomsrechten dan octrooirechten, meer bepaald auteursrechten, modelrechten en merkrechten slechts in het toepassingsgebied van de GVTO vallen voor zover het nevenbepalingen bij octrooi- en knowhowlicenties betreft, lijkt aanleiding te hebben gegeven tot onzekerheid en twijfels inzake de benadering van de Commissie. Er is inzonderheid op gewezen dat in concrete gevallen het overwegende bestanddeel van de licentie moeilijk kan worden bepaald omdat in een licentie vaak een complex pakket intellectuele-eigendomsrechten is vervat⁴³. Voorts werd opgemerkt dat hoewel de Commissie in het algemeen ertoe is geneigd auteursrechtlicenties op dezelfde wijze als octrooilicenties te behandelen⁴⁴, zij nooit duidelijk heeft gesteld dat alle beginselen die van toepassing zijn op octrooien, ook toepasselijk zijn op auteursrechten.

(115) Deze kwestie is uiterst belangrijk voor de software-industrie die zoals vele andere bedrijfstakken voor productie en distributie afhankelijk is van een keten auteursrechtlicenties. In dit verband zij erop gewezen dat overeenkomsten krachtens welke harde kopieën van

⁴³ Aldus stonden in een aantal aangemelde overeenkomsten knowhow- en merklicenties nauw met elkaar in verband en waren zij gelijkelijk belangrijk voor de partijen bij de overeenkomst.

⁴⁴ Zie het 12e Verslag over het Mededingingsbeleid, punt 88.

software worden geleverd met het oog op wederverkoop en waarbij de wederverkoper geen licentie op rechten op de software verwerft maar alleen ertoe gerechtigd is de harde kopieën door te verkopen, in de werkingssfeer van Verordening nr. 2790/1999 vallen. Bij dergelijke distributieovereenkomsten is er slechts sprake van licentiëring van de software tussen de houder van het auteursrecht en de gebruiker van de software. Dit kan de vorm aannemen van een zogenoemde "shrink-wrap"-licentie, dit wil zeggen een stel voorwaarden die in de verpakking zijn opgenomen en die de eindgebruiker geacht wordt te aanvaarden door het openen van de verpakking. Andere regelingen vallen evenwel buiten elke groepsvrijstelling. Die regelingen kunnen distributielicenties omvatten waarbij de distributeur de software vermenigvuldigt en de drager verstrekt waarop de software wordt opgeslaan, alsook de zogenaamde "value-added"-licenties waarbij de softwareproducent de licentienemer toestemming verleent om de software voor bepaalde doeleinden te wijzigen (bijvoorbeeld het creëren van een versie in een lokale taal). Deze toestand is in sommige opmerkingen bekritiseerd en het gebrek aan zekerheid op dit gebied wordt betreurd in het licht van het economisch belang van softwareproducten.

5.1.2 *Niet-exclusieve licenties*

(116) Overeenkomsten die geen aanleiding geven tot problemen, moeten soms toch worden aangemeld omdat zij niet passen in het model van artikel 1 van de GVTO. Zoals het geval was in de *Sicasov*-beschikking⁴⁵ kan aanmelding zelfs voor niet-exclusieve licenties vereist zijn en kunnen zij slechts na individueel onderzoek in aanmerking komen voor het voordeel van artikel 81, lid 3.

5.1.3 *Exclusieve licenties*

(117) De GVTO heeft krachtens artikel 1 ervan slechts betrekking op één soort exclusieve licentie, meer bepaald een licentie waarbij de licentienemer territoriale exclusiviteit wordt verleend. Dit houdt in dat de licentiegever slechts aan één onderneming in een gebied het exclusieve recht verleent om zijn technologie te gebruiken gedurende een bepaalde tijd, hetgeen doorgaans ook betekent dat de licentiegever de technologie niet zelf zal exploiteren in het licentiegebied. De GVTO heeft geen betrekking op exclusieve licenties waarbij de exclusiviteit geen verband houdt met een gebied maar met een specifiek toepassingsgebied of een specifieke categorie klanten. Licentievoorwaarden die de activiteit van de licentienemer beperken tot een bepaald toepassingsgebied zijn vrijgesteld op grond van artikel 2 voor zover zij zijn opgenomen in overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van artikel 1 (dit wil zeggen licenties die territoriale exclusiviteit verlenen). Bovendien wordt klantenexclusiviteit krachtens artikel 3 beschouwd als een zwarte clausule indien zij tussen concurrenten is overeengekomen en behandeld als een grijze clausule indien zij is overeengekomen tussen niet-concurrenten (overweging 23). In dit verband kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt.

(118) Exclusiviteitsbepalingen in licentieovereenkomsten worden in het algemeen gebruikt om de exploitatiemogelijkheden van de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten onder de partijen af te bakenen. Dergelijke bepalingen hebben een tweevoudig doel: enerzijds verlenen zij de licentienemer het recht op exclusieve exploitatie van de in licentie gegeven technologie door parallele exploitatie ervan door de licentiegever of derden uit te sluiten. Anderzijds stellen zij de licentiegever in staat residuele exclusieve rechten te behouden door exploitatie van zijn intellectuele-eigendomsrechten door de licentienemer die verder reikt dan

⁴⁵ Beschikking van 14 december 1998 in de *Sicasovi*-zaak, PB L 4 van 8.1.1999.

hetgeen bij de licentie is toegestaan, te verbieden. De reikwijdte van de licentie kan worden afgebakend door verwijzing naar een gebied, een klantencategorie (bijvoorbeeld de zogenaamde "tweede voorzieningsbron"-licenties, enz.) of een toepassingsgebied. Dit laatste geval kan betrekking hebben op verschillende concepten, onder meer een specifiek technisch toepassingsgebied van de technologie, (bv. exploitatie beperkt tot een specifiek product), een productmarkt of een specifieke activiteit van de licentienemer (bijvoorbeeld exploitatie beperkt tot productie voor intern verbruik).

(119) Exclusiviteitsbepalingen hebben in het algemeen vergelijkbare positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging ongeacht of zij gekoppeld zijn aan een gebied of aan een klantencategorie. Zij hebben in alle gevallen gemeen dat zij de mogelijkheid van de licentienemer om de technologie buiten de werkingssfeer van de licentie te exploiteren en de mogelijkheid van de licentiegever om zijn intellectueel-eigendomsrecht binnen de werkingssfeer van de licentie te exploiteren, beperken.

(120) Voor zover de licentie geen beperkingen bevat die geen verband houden met de exploitatie van het in licentie gegeven intellectueel-eigendomsrecht, verbeteren exclusieve licenties over het algemeen de efficiëntie. Indien de houder van een intellectueel-eigendomsrecht niet beschikt over de activa voor de productie of distributie van de in licentie gegeven producten, is het efficiënter een licentie te verlenen aan iemand die daarover wel beschikt. Bovendien kan exclusiviteit noodzakelijk zijn om de specifieke investeringen die door de licentienemer moeten worden verricht, te beschermen tegen "free-riding" (parasitair gebruik) en om een eventueel "hold-up"-probleem op te lossen. Er zij opgemerkt dat het verlenen van exclusieve rechten in het algemeen beide partijen de noodzakelijke prikkels aanreikt om te investeren in bijkomende verbeteringen hetgeen verdere innovatie bevordert.

(121) Met betrekking tot de potentiële negatieve effecten voor de concurrentie moet een onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarbij de partijen onderling in een verticale relatie staan en overeenkomsten welke tussen concurrenten worden gesloten.

(122) Indien de partijen bij de overeenkomst onderling in een verticale relatie staan, met andere woorden als zij geen concurrenten zijn, hebben exclusieve licenties zoals hierboven beschreven, bij ontstentenis van andere beperkingen, in het algemeen geen merkbaar negatief effect en vallen derhalve buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 3⁴⁶. In feite zou in een dergelijk geval de niet-verlening van een licentie (dit wil zeggen niet-exploitatie van de technologie of exploitatie ervan door de licentiegever zelf) slechter zijn voor de concurrentie dan de situatie die ontstaat ingevolge het verlenen van een exclusieve licentie. Exclusiviteitsbepalingen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten kunnen in twee omstandigheden aanleiding geven tot bezwaren uit het oogpunt van de mededinging.

(123) In de eerste plaats wanneer de licentie de concurrentie tussen de licentienemers beïnvloedt. In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof in het *Nungesser-arrest*⁴⁷ dat betrekking had op het verlenen van een exclusieve licentie inzake kwekersrechten onder niet-concurrenten, heeft geoordeeld dat "de verlening van een open uitsluitende licentie, dat wil zeggen een licentie *die de positie van derden, zoals nevenimporteurs en licentiehouders voor andere gebieden niet raakt* op zichzelf niet onverenigbaar is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag." [thans artikel 81, lid 1] (cursief toegevoegd). Dit houdt in dat territoriale

⁴⁶ Dit is in overeenstemming met de rechtsspraak van het Europees Hof van Justitie dat gesteld heeft dat open exclusieve licenties tussen niet-concurrenten in beginsel niet in de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 vallen. Zie het arrest *Nungesser (LC) KG en Kurt Eisele tegen Commissie*, Jurispr. 1982, blz. 2015.

⁴⁷ *Nungesser (LC) KG en Kurt Eisele tegen Commissie*, Jurispr. 1982, blz. 2015.

beperkingen of beperkingen met betrekking tot categorieën klanten aan wie geleverd kan worden, in het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1 kunnen vallen (zie onderstaande rubriek 5.2.1).

(124) In de tweede plaats wanneer de licentienemer aanzienlijke marktmacht heeft op de markt van de in licentie gegeven producten en die positie door exclusiviteitsbepalingen wordt versterkt. Dit komt meer bepaald voor wanneer een onderneming een machtspositie inneemt op een productmarkt en een exclusieve licentie verwerft voor een technologie waardoor andere ondernemingen worden verhinderd op dezelfde markt te concurreren. Een dergelijk afschermingsrisico werd door het Hof van Justitie erkend in het arrest *Tetra Pak I*⁴⁸. Ingevolge de in de GVTO gemaakte beleidskeuze werden exclusieve licenties vrijgesteld ongeacht de marktmacht van de partijen. Overeenkomstig de huidige voorschriften kan een dergelijk afschermingsprobleem derhalve slechts worden aangepakt op grond van artikel 81 indien de groepsvrijstelling wordt ingetrokken.

(125) In dit verband is het van belang de omstandigheden te bepalen waarin de partijen bij een licentieovereenkomst kunnen worden beschouwd als onderlinge concurrenten. In dit verband kunnen vier situaties worden onderscheiden:

- De licentiegever exploiteert de technologie niet zelf, dat wil zeggen dat hij slechts op de relevante technologiemarkt actief is, en de licentienemer is niet actief als aanbieder op de relevante technologiemarkt. In dat geval zijn de partijen voor de doelstellingen van de overeenkomst actief op verschillende niveaus van het economisch proces en bevinden zij zich derhalve onderling in een zuivere verticale relatie.

- De licentiegever exploiteert zijn technologie, dat wil zeggen dat hij op de relevante technologie- en productmarkten actief is, terwijl de licentienemer op geen van beide markten actief is. Ook in die situatie schakelt de licentie geen concurrentie uit die, bij ontstentenis van de licentie, had kunnen bestaan tussen de licentiegever en de licentienemer.

- De licentiegever en de licentienemer produceerden vóór de innovatie concurrerende producten maar het in licentie gegeven fabricageprocédé of het geotrooieerde product betekenen een dusdanig overweldigende doorbraak dat er bij ontstentenis van de licentie geen concurrentie meer zou zijn tussen licentiegever en licentienemer. Ook die situatie kan in wezen als verticaal worden beschouwd.

- De intellectuele-eigendomsrechten die respectievelijk eigendom zijn van de licentiegever en de licentienemer blokkeren elkaar onderling.

(126) Zoals uiteengezet in bovenstaand hoofdstuk 3 is bij de definitie van concurrerende ondernemingen in de GVTO rekening gehouden met de eerste en de tweede situatie maar worden de derde en de vierde situatie behandeld als een horizontale relatie.

⁴⁸ *Tetra Pak tegen Commissie*, Jurispr. 1990, blz. II-309. In deze zaak bestond er in feite een concurrentierelatie tussen Tetra Pak en haar licentiegever (BTG) op de technologiemarkt voor steriele levensmiddelenverpakingsprocessen omdat Tetra Pak voor de licentie reeds eigenaar was van een concurrerende technologie. Ondanks dit verschil kan het afschermingsprobleem dat de kern van het arrest van het Hof vormde, eveneens ontstaan wanneer de licentienemer geen eigenaar is van beschermde technologie (en derhalve niet in een concurrentierelatie staat ten aanzien van de licentiegever, maar exclusieve licentieovereenkomsten sluit die betrekking hebben op substitueerbare technologieën.

(127) Indien de partijen zich in een horizontale relatie bevinden, dat wil zeggen indien de licentie concurrentie verhindert die bij ontstentenis van de licentie had kunnen bestaan tussen de licentiegever en de licentienemer, kunnen exclusieve licenties tussen concurrenten aanleiding geven tot een aantal specifieke problemen bovenop de genoemde bezwaren uit het oogpunt van de mededinging.

(128) In de eerste plaats leidt exclusiviteit vaak tot de toewijzing van markten of klanten, inzonderheid wanneer de exclusieve licentie wederzijds is of de exclusiviteit ook is uitgebreid tot concurrerende producten welke niet in licentie zijn gegeven. Een dergelijke marktverdeling staat doorgaans op de zwarte lijst.

(129) In de tweede plaats kan de exclusiviteit onder bepaalde omstandigheden, inzonderheid bij het verlenen van een licentie aan een gemeenschappelijke onderneming of bij niet-wederzijdse licentiëring, leiden tot een verlies van interbrand-concurrentie en kan meer bepaald de mededinging op innovatiemarkten worden beperkt doordat de stimulans van de licentienemer om in bijkomende O&O voor zijn eigen technologie te investeren wordt afgezwakt. Dergelijke overeenkomsten kunnen evenwel leiden tot meer efficiëntie. Teneinde na te gaan of de negatieve gevolgen voor de mededinging worden gecompenseerd door efficiëntieverbetering, moet rekening worden gehouden met de marktmacht van de partijen en de structuur van de markten die door de overeenkomst worden beïnvloed.

(130) Hoewel de bovenstaande analyse van licentiëring tussen niet-concurrenten en concurrenten spoort met de economische benadering die de Commissie heeft gevolgd op het gebied van verticale beperkingen en horizontale samenwerkingsovereenkomsten, is zij evenwel in tegenspraak met de eerder formalistische benadering waarop de GVTO is gebaseerd. In dit verband zij het volgende opgemerkt:

(a) De GVTO heeft krachtens artikel 1 slechts betrekking op territoriale exclusiviteit en verleent geen vrijstelling voor licenties die de licentienemer exclusieve rechten verlenen ten aanzien van een klantencategorie of een toepassingsgebied. Een dergelijk enge werkingssfeer van de GVTO kan leiden tot een gebrek aan rechtszekerheid voor de ondernemingen en, indien de overeenkomst tussen niet-concurrenten is gesloten, worden beschouwd als incoherent met een eerder economische benadering waarbij op de effecten wordt gelet. Wanneer de overeenkomst tussen concurrenten is gesloten, is bij de huidige dekking van territoriale exclusiviteit door de groepsvrijstelling misschien onvoldoende rekening gehouden met mogelijke marktverdelingsrisico's.

(b) De GVTO dekt exclusieve knowhowlicenties slechts voor een maximum duur van tien jaar "met ingang van het tijdstip waarop het product voor het eerst door een van de licentienemers binnen de gemeenschappelijke markt in de handel wordt gebracht" (artikel 1, lid 3). Bovendien zijn exclusiviteitsbepalingen die die termijn van tien jaar zouden overschrijden op de zwarte lijst geplaatst zelfs wanneer gedurende de looptijd verbeteringen aan de oorspronkelijke knowhow zijn aangebracht (artikel 3, punt 7). Deze benadering kan te voorzichtig lijken in vergelijking met de benadering van Verordening nr. 2790 waarbij ondersteunende knowhowlicenties in de context van exclusieve distributieovereenkomsten zonder tijdsbeperking zijn vrijgesteld. Indien exclusieve knowhowlicenties met een lange looptijd als "hardcore"-beperkingen van de mededinging worden behandeld, kan dit ondernemingen daadwerkelijk ervan afschrikken efficiënte transacties aan te gaan die zouden kunnen leiden tot verspreiding van nieuwe technologieën.

(c) In de GVTO wordt een brede definitie van het begrip "concurrerende producenten" gehanteerd. Een meer realistische definitie van dit begrip zou het aantal licentieovereenkomsten dat wegens de in artikel 5 genoemde marktdrempels van 10% en 20% buiten de groepsvrijstelling valt, aanzienlijk kunnen verminderen. Bovendien zijn bepaalde exclusieve onderlinge licentieregelingen van de groepsvrijstelling uitgesloten krachtens artikel 5, lid 1, punt 3 zelfs wanneer de overeenkomst noodzakelijk zou zijn om blokkeringsposities op te heffen die voortvloeien uit overlappende octrooiaanspraken. Voorts worden bepaalde overeenkomsten die betrekking hebben op baanbrekende technologieën behandeld als overeenkomsten tussen concurrenten terwijl zij bij een engere definitie van het begrip concurrenten zouden kunnen worden beschouwd als verticale overeenkomsten en in grotere mate in het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling zouden kunnen vallen.

(d) De GVTO houdt geen rekening met alle markten die door de exclusieve licenties kunnen worden beïnvloed. De GVTO reikt geen doelmatige oplossing aan voor potentiële afschermingsproblemen en bedenkingen met betrekking tot de interbrand-concurrentie welke het gevolg zijn van exclusieve licenties onder concurrenten.

(131) Er kan worden geconcludeerd dat in de vorenstaande analyse de vraag wordt gesteld of Verordening nr. 240/96 dient te worden gewijzigd dan wel vervangen teneinde beter rekening te kunnen houden met alle relevante economische factoren en een beter evenwicht te vinden tussen concurrentiebevorderende en concurrentiebeperkende gevolgen van exclusieve licentieovereenkomsten.

5.1.4 Meerpartijenlicenties

(132) Aangezien de GVTO slechts betrekking heeft op bilaterale licentieovereenkomsten vallen een aanzienlijk aantal complexere regelingen zoals licentieprogramma's, multilaterale pools en licentiepakketten buiten de werkingssfeer ervan. Zoals in hoofdstuk 4 is opgemerkt, zijn dergelijke regelingen in toenemende mate belangrijk voor de industrie wegens de toenemende complexiteit van nieuwe technologieën. Dientengevolge heeft de Commissie vaak aanmeldingen van dit soort overeenkomsten ontvangen.

(133) In dit verband zij opgemerkt dat meerpartijenlicenties, inclusief multilaterale pools, concurrentiebevorderend kunnen zijn wanneer zij tot stand worden gebracht onder niet-concurrenten. Zij kunnen partijen meer bepaald de mogelijkheid bieden complementaire input samen te brengen, transactiekosten te verlagen (door bijvoorbeeld een "one-stop shop" voor een technologiepakket tot stand te brengen), blokkeringsposities op te heffen en dure inbreukprocedures te vermijden. Dergelijke efficiëntieverhogende en concurrentiebevorderende gevolgen zijn het meest waarschijnlijk wanneer de pool alleen betrekking heeft op essentiële intellectuele-eigendomsrechten, dit wil zeggen dat elk octrooi dat in de pool is gebracht noodzakelijk is voor de totstandkoming van de nieuwe techniek. Meerpartijenlicenties tussen niet-concurrenten kunnen evenwel ook concurrentiebeperkende effecten sorteren, meer bepaald afscherming op de innovatie- of productmarkten. Wanneer een overeenkomst de partijen ertoe verplicht elkaar licenties te verlenen voor huidige en toekomstige technologie tegen een minimum prijs of op exclusieve basis, kan de stimulans van de partijen om zich met O&O in te laten daardoor bovendien verminderd worden aangezien elke partij kan profiteren ("free-riding") van de verwezenlijkingen van andere leden van de pool.

(134) Meerpartijenlicenties kunnen ernstige concurrentiebeperkende effecten hebben wanneer zij voornamelijk betrekking hebben op concurrerende technologieën, dat wil zeggen wanneer zij zijn gesloten tussen ondernemingen die bij ontstentenis van de poolingregeling

elkaar beconcurrereerd zouden hebben op de relevante technologie- of productmarkt. Aldus kan het gezamenlijk op de markt brengen van in de pool gebrachte intellectuele-eigendomsrechten concurrenten de mogelijkheid bieden om collectief de prijzen van hun producten of technologie vast te stellen ten aanzien van derden en een ontradend effect hebben op nieuwe toetreders. Tevens kunnen leden van de pool worden ontmoedigd zich verder met onderzoek en ontwikkeling in te laten hetgeen innovatie vertraagt.

(135) Rekening houdend met de efficiëntie verhogende factoren en de potentiële concurrentiebeperkende effecten, blijft de vraag of en in welke mate meerpartijenovereenkomsten in de werkingssfeer van een herziene groepsvrijstelling moeten vallen, onbeantwoord. Er zij opgemerkt dat, aangezien Verordening nr. 19/65 van de Raad de Commissie niet de mogelijkheid biedt om groepsvrijstelling te verlenen voor licentieovereenkomsten tussen meer dan twee partijen, een uitbreiding van het toepassingsgebied van de GVTO in dit opzicht een wijziging van de verordening van de Raad zal vergen. Bij wijze van alternatief zouden de betrokken overeenkomsten slechts in de context van toekomstige richtsnoeren van de Commissie kunnen worden behandeld.

5.1.5 Wederzijdse licenties en bilaterale pools

(136) In dit verband moeten twee kwesties aan de orde worden gesteld. In de eerste plaats is kritiek geuit op de GVTO omdat zij verschillende regels toepast op deze vergelijkbare regelingen. In feite heeft de GVTO slechts betrekking op bilaterale technologiepools tussen niet-concurrenten voor zover de partijen aan geen territoriale beperkingen onderworpen zijn terwijl wederzijdse licenties tussen niet-concurrenten zijn vrijgesteld zelfs wanneer de partijen elkaar exclusieve gebieden toewijzen. Aangezien bilaterale pools en wederzijdse licenties tussen niet-concurrenten doorgaans om vergelijkbare redenen tot stand komen en wezenlijk vergelijkbare efficiëntieverhogende effecten sorteren, wordt de strengere behandeling van bilaterale pools onder de huidige GVTO als ongerechtvaardigd beschouwd.

(137) In de tweede plaats vallen onderlinge licenties en poolingregelingen onder concurrenten in het toepassingsgebied van de GVTO indien de partijen niet aan territoriale beperkingen onderworpen zijn met betrekking tot de productie, het gebruik of het in de handel brengen van de in licentie gegeven producten of de in de pool gebrachte technologieën. Er is evenwel opgemerkt dat door de invoering van deze regel de GVTO nadruk legt op een specifieke bezorgdheid (geografische marktverdeling) terwijl andere potentiële concurrentiebeperkende effecten uit het oog worden verloren (meer bepaald coördinatie van prijs/productiebeslissingen) alsook potentiële efficiëntieverbetering (bijvoorbeeld het wegwerken van blokkeringsposities).

5.1.6 Gemeenschappelijke ondernemingen onder concurrenten

(138) Licentieovereenkomsten met betrekking tot de activiteiten van een gemeenschappelijke onderneming tussen concurrenten vallen in het toepassingsgebied van de GVTO voor zover de marktaandeeldrempels van respectievelijk 20%, indien de licentie tot producten is beperkt, of 10%, indien de licentie ook distributie omvat, niet zijn overschreden. Die drempels werden vastgesteld in het licht van de overeenkomstige drempels in Verordeningen nrs. 417 betreffende specialisatieovereenkomsten en 418 betreffende O&O-overeenkomsten. In het licht van de wijzigingen die zijn ingevoerd door de goedkeuring van de twee nieuwe groepsvrijstellingsverordeningen nr. 2658/2000 en nr. 2659/2000 waarin de vrijstellingsdrempels zijn opgetrokken tot respectievelijk 20% en 25%, moeten de bovenstaande bepalingen van de GVTO opnieuw worden bekeken.

5.2 Kwesties die verband houden met specifieke beperkingen

5.2.1 Territoriale beperkingen en beperkingen inzake klanten

(139) In het *Nungesser*-arrest merkte het Hof van Justitie op dat artikel 81, lid 1, van toepassing is op zogenoemde "gesloten licenties", dat wil zeggen licenties die territoriale beperkingen bevatten die gevolgen sorteren voor de positie van derden. Het begrip gesloten licentie heeft zowel betrekking op een overeenkomst waarbij verkoop door een licentienemer aan klanten die het in licentie gegeven product zouden exporteren naar een gebied dat exclusief aan andere licentienemers is toegewezen of voorbehouden voor de licentiegever, wordt verboden en op een overeenkomst waarbij verkoop door licentienemers in elkaars gebieden wordt beperkt.

(140) In artikel 3, punt 3 van de GVTO wordt het eerste soort beperking (dat wil zeggen verbod op voor export bestemde verkoop in het licentiegebied) op de zwarte lijst geplaatst terwijl in artikel 1, lid 1, punten 4 en 5 groepsvrijstelling wordt verleend voor de tweede beperking (actieve en passieve verkoop door de licentienemers in elkaars gebieden). Ten aanzien van beperkingen van passieve verkoop door een licentienemer in aan andere licentienemers toegewezen gebieden, beperkt de GVTO de vrijstelling tot een "periode van ten hoogste vijf jaar (...), met ingang van het tijdstip waarop het product onder licentie voor het eerst *door een van de licentienemers* binnen de gemeenschappelijke markt in de handel wordt gebracht" (artikel 1, leden 2 en 3, cursief toegevoegd).

(141) Er zij op gewezen dat deze vrijstelling van een beperking van passieve verkoop niet spoort met het beleid van de Commissie inzake verticale beperkingen. Artikel 4, onder b) van Verordening nr. 2790 merkt elke beperking van passieve verkoop in de context van exclusieve distributieovereenkomsten als volstrekt verboden aan ("hardcore"-beperking). Er zij tevens op gewezen dat de toepassing van artikel 81, lid 1 op een beperking van passieve verkoop in de context van licentieovereenkomsten met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten niet buiten beschouwing kan worden gelaten op grond van de zogenaamde uitputtingstheorie. In feite houden verkopen ingevolge niet uitgelokte bestellingen in dat de koper het product zoekt en koopt in het gebied van de licentienemer hetgeen leidt tot de uitputting van de intellectuele-eigendomsrechten zelfs wanneer de betrokken intellectuele eigendom op grond van het nationaal recht is beschermd. Bovendien rijst uit economisch oogpunt de vraag of de investeringen die licentienemers in het algemeen verrichten met het oog op het gebruik van de in licentie gegeven technologie van dusdanige aard en grootteorde zijn dat zij een bredere bescherming tegen "free-riding" van andere licentienemers billijken dan die welke geldt voor distributeurs in het algemeen. De Commissie nodigde belanghebbenden uit informatie en opmerkingen te doen toekomen in verband met deze kwestie ten einde te kunnen nagaan of de oplossing in de GVTO aan herziening toe is.

(142) In tegenstelling tot territoriale beperkingen zijn beperkingen met betrekking tot klanten uitgesloten van het voordeel van de GVTO. In feite is het toewijzen van klanten volstrekt verboden indien overeengekomen onder concurrenten (artikel 3, punt 4) en aangemerkt als een grijze clause indien overeengekomen onder niet-concurrenten.

(143) Zoals reeds is opgemerkt sorteren territoriale exclusiviteit en klantenexclusiviteit, wanneer de partijen zich onderling in een verticale relatie bevinden, vergelijkbare positieve effecten ("free-riding"- en "hold-up"-problemen worden opgelost), en in het algemeen vergelijkbare negatieve effecten (afscherming en compartimentering van de markt worden vergemakkelijkt). Dit zou erop wijzen dat territoriale beperkingen en beperkingen die op

klanten betrekking hebben, aan vergelijkbare regels zouden moeten worden onderworpen. In dit verband is de aanpak van de GVTO niet systematisch noch coherent.

(144) Het beleid van de Commissie op het gebied van verticale (distributie)overeenkomsten is gebaseerd op de veronderstelling dat gevolgen die territoriale beperkingen en beperkingen inzake klanten, kunnen sorteren voor de mededinging niet wezenlijk verschillen. Dientengevolge worden beide soorten beperkingen in Verordening nr. 2790 onder dezelfde set voorschriften gebracht en wordt groepsvrijstelling verleend voor bepaalde territoriale beperkingen en beperkingen die op klanten betrekking hebben, indien de overeenkomst gesloten is tussen niet-concurrerende ondernemingen.

(145) Die opmerkingen kunnen leiden tot de conclusie dat de uitsluiting van beperkingen die op klanten betrekking hebben, van de GVTO, bij licentiëring tussen niet-concurrenten, te voorzichtig kan lijken en de handhaving kan doen overhellen naar bovenmatige ontrading.

5.2.2 Productiebeperkingen en installatielicenties

(146) De GVTO gaat uit van de premisse dat "de licentiegever (...) immers het recht [heeft] om zijn technologie slechts voor beperkte doeleinden over te dragen" (overweging 22) zonder inbreuk te maken op artikel 81, lid 1. Dit beginsel is het logische gevolg van de exclusieve rechten van de licentiegever welke beschermd worden door het recht inzake intellectuele eigendom. In de GVTO wordt dit beginsel evenwel slechts erkend met betrekking tot bepaalde clausules, zoals die welke de licentie beperken tot een bepaald technisch toepassingsgebied of een specifieke productmarkt, alsook in verband met kwantitatieve beperkingen voor zover zij zijn opgenomen in "gebrukslicenties" of in licenties die tot doel hebben een bepaalde klant een tweede leveringsbron te bieden. De toepassing ervan wordt evenwel niet uitgebreid tot kwantitatieve beperkingen in het algemeen die op grond van artikel 3, punt 4 op de zwarte lijst zijn geplaatst.

(147) Indien de licentiegever het recht heeft een licentie slechts voor een beperkte doelstelling toe te kennen, kan worden betoogd dat kwantitatieve beperkingen in het algemeen een rechtmatig middel kunnen zijn om de doelstelling van de licentie te beperken. Dergelijke beperkingen kunnen door economische overwegingen in feite gerechtvaardigd zijn. Indien de huidige productiecapaciteit van de licentiegever onder het niveau van de vraag ligt, kan het voor hem bijvoorbeeld efficiënter zijn om zijn technologie in licentie te geven aan een andere onderneming in plaats van zelf bijkomende productiecapaciteit tot stand te brengen. De licentiegever zal dit evenwel slechts doen indien hij er zeker van kan zijn dat de totale productie van het betrokken product het winstmaximalisatieniveau niet overschrijdt. In een dergelijk geval kunnen kwantitatieve beperkingen een essentiële voorafgaande voorwaarde zijn voor het verlenen van een licentie en uiteindelijk een verhoging van de totale productie vergemakkelijken (in plaats van belemmeren).

(148) Een efficiëntiebevorderende oplossing is waarschijnlijker wanneer de partijen geen concurrenten zijn. In feite kunnen kwantitatieve beperkingen in een dergelijk geval de mededinging tussen de partijen niet beperken aangezien de licentienemer, bij ontstentenis van de licentie, hoegenaamd geen speler op de markt zou zijn. Dergelijke beperkingen leiden derhalve niet tot een daling van de totale productie en beperken de interbrand-concurrentie niet.

(149) Onder niet-concurrenten overeengekomen kwantitatieve beperkingen kunnen evenwel de mededinging beperken omdat de stimulans van de licentienemers om elkaar te beconcurreren daardoor wordt afgezwakt. In de GVTO is gesteld dat kwantitatieve beperkingen hetzelfde effect kunnen hebben als een uitvoerverbod (overweging 24), hoewel in sommige opmerkingen de waarschijnlijkheid van een dergelijk effect wordt betwist aangezien de overeenkomst de licentienemer niet verhindert grensoverschrijdend te verkopen.

(150) Anderzijds kunnen kwantitatieve beperkingen ernstige concurrentiebeperkende effecten sorteren wanneer de licentieovereenkomst tussen concurrenten is gesloten, omdat de overschakeling naar de nieuwe technologie de licentienemer in het algemeen ertoe aanzet zijn eigen productieproces op te geven of niet langer te investeren in bijkomende capaciteit voor productiefaciliteiten die op zijn eigen technologie zijn gebaseerd. Aldus kunnen productiequota die zijn overeengekomen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten, gemakkelijk leiden tot een onverbloemde productiebeperking. Bovendien komt de overeenkomst neer op een pseudo-kartel wanneer kwantitatieve betrekkingen ook betrekking hebben op andere substitueerbare producten die door de licentienemer op basis van zijn technologie worden vervaardigd.

(151) In het licht van het vorenstaande worden belanghebbenden uitgenodigd opmerkingen te doen toekomen betreffende de vraag of en in welke mate kwantitatieve beperkingen in een meer economische aanpak verder moeten worden beschouwd als "hardcore"-beperkingen.

(152) *Installatielicenties* geven aanleiding tot specifieke problemen.⁴⁹ Een installatielicentie kan worden gedefinieerd als een licentie waarbij de licentiegever de licentienemer alle noodzakelijke technologie verstrekt om een productiefaciliteit op een bepaalde locatie te bouwen, te exploiteren en in stand te houden. In sommige gevallen mag de licentienemer de capaciteit van de faciliteit onder licentie uitbreiden of een licentie verkrijgen voor een bijkomende faciliteit tegen marktvoorwaarden. In dergelijke gevallen beperkt de installatielicentie de productie niet. In sommige gevallen is de licentie evenwel beperkt tot een fabriek met een bepaalde capaciteit hetgeen neerkomt op een productiebeperking.

(153) De vraag rijst of het bovengenoemde onderscheid tussen overeenkomsten onder concurrenten en niet-concurrenten eveneens van toepassing moet zijn op installatielicenties die neerkomen op een productiebeperking.

5.2.3 *Niet-concurrentieverplichtingen*

(154) Artikel 3, punt 2 van de GVTO verbiedt alle clauses die een partij beletten "met de wederpartij, met deze verbonden ondernemingen of met andere ondernemingen binnen de gemeenschappelijke markt in concurrentie te treden op het gebied van onderzoek en ontwikkeling, op dat van de vervaardiging of het gebruik van concurrerende producten en op dat van de afzet daarvan". Derhalve worden alle soorten niet-concurrentiebedingen in de GVTO als "hardcore"-beperkingen behandeld, ongeacht de concurrentierelatie tussen de partijen en hun positie op de relevante markten. In de GVTO wordt evenmin een onderscheid gemaakt tussen beperkingen die gevolgen sorteren voor de mogelijkheid die de licentienemer heeft om onafhankelijk O&O te verrichten, zijn eigen concurrerende technologie of die van derden te gebruiken of concurrerende producten te distribueren.

⁴⁹ Installatielicenties trokken inzonderheid de aandacht toen de Commissie in april 1997 ingevolge een door Repsol Quimica ingediende klacht een mededeling van punten van bezwaar deed toekomen met betrekking tot een overeenkomst tussen Arco Chemical en Repsol die laatstgenoemde verbood haar bestaande capaciteiten uit te breiden via een nieuwe productie-installatie in Spanje.

(155) Een blik op de beschikkingspraktijk van de Commissie inzake intellectuele-eigendomsrechten geeft aan dat niet-concurrentiebedingen in het algemeen verboden worden⁵⁰. De rechtspraak van het Hof is evenwel evenwichtiger. In de zaak *Kai Ottung tegen Klee & Weilbach* heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat een niet-concurrentieverplichting "naargelang van de economische (...) context van de overeenkomst een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, [kan] opleveren" (cursief toegevoegd).⁵¹

(156) Een eerste onderscheid dient te worden gemaakt tussen licentiëring tussen concurrenten en niet-concurrenten. Niet-concurrentieverplichtingen in licentieovereenkomsten tussen concurrenten verhogen het gevaar op heimelijke verstandhouding waardoor onder meer technologie van derde partijen van de markt wordt uitgesloten, onafhankelijke O&O door de partijen wordt beperkt of de vergelijkbaarheid tussen de partijen die dezelfde technologie aannemen, wordt verhoogd.

(157) In de praktijk kunnen niet-concurrentieverplichtingen vaker voorkomen in licentieovereenkomsten tussen niet-concurrenten. In het laatste geval heeft het voornaamste potentiële negatieve effect betrekking op de uitsluiting van technologieën of producten van derde partijen van de markt. Dit negatieve effect hangt onder meer af van de marktmacht van de licentiegever, andere belemmeringen om de markt te betreden, de duur van de overeenkomst en het potentiële cumulatieve effect van vergelijkbare overeenkomsten. Het voornaamste positieve effect van niet-concurrentiebedingen bestaat erin dat zij "free-riding"-problemen kunnen helpen oplossen. Inzonderheid zou een licentiegever van licentieverlening kunnen afzien indien hij er niet zeker van was dat zijn knowhow of technologie niet ten goede zou komen aan de productie en verhandeling van concurrerende producten.

(158) Naar analogie met Verordening nr. 2790, die betrekking heeft op accessoire licentieverlening van intellectuele-eigendomsrechten bij distributie (bijvoorbeeld franchising), kan worden aangenomen dat het aan de licentienemer opgelegde verbod om geen concurrerende technologie te gebruiken dan wel concurrerende producten te gebruiken of te verkopen, wanneer het marktaandeel van de licentiegever in licenties tussen niet-concurrenten een bepaalde drempel niet overschrijdt, waarschijnlijk geen merkbaar afschermingseffect zal sorteren op de technologie- of de productmarkt. Derhalve kan dit verbod, in tegenstelling tot de huidige benadering, in het algemeen onder de groepsvrijstelling vallen.

(159) Wanneer de licentiegever de licentienemer beperkingen oplegt met betrekking tot het verrichten van concurrerende O&O is het minder vanzelfsprekend dat de partijen bij de licentieovereenkomst geen concurrenten zijn. Het argument van de efficiëntieverbetering kan zwakker zijn en het risico voor een vertraging van de innovatie kan groter zijn. Dit risico neemt toe wanneer de niet-concurrentieverplichting met betrekking tot O&O betrekking heeft op of gevolgen heeft voor technologische gebieden die geen verband houden met de licentie.

(160) Die kwesties houden nauw verband met de discussie over het gebruik van marktaandeeldrempels in de context van technologieoverdracht. Belanghebbenden worden verzocht opmerkingen te maken over de mate waarin niet-concurrentieverplichtingen onder de groepsvrijstelling moeten vallen.

⁵⁰ Zie beschikking *AOIP/Beyrard* van 2.12.1975 en *Vassen/Morris* van 10.1.1979.

⁵¹ Zaak 320/87, Jurispr. 1989, blz. 1177.

5.2.4 *Koppelverkoop*

(161) In het verleden heeft de Commissie in het algemeen een ongunstig standpunt ingenomen ten aanzien van koppelverkoop voor zover koppelverkoop betrekking had op niet-geoctrooieerde producten die door de licentiegever rechtstreeks⁵² of via door hem aangewezen ondernemingen⁵³ worden aangeboden. In het *Windsurfing*-arrest⁵⁴ stelde het Hof dat een beschikking van de Commissie houdende veroordeling van een licentieovereenkomst waarbij de licentiegever een octrooi (betreffende tuig voor zeilplankrompen) slechts in licentie gaf op voorwaarde dat de licentienemer aanvaardde alleen zeilplankrompen te kopen, te gebruiken en te verkopen die eerder door de licentiegever waren goedgekeurd. In dit geval strekte het octrooi van de licentiegever zich niet uit tot de gekoppelde producten (meer bepaald de zeilplankrompen die met het tuig moesten worden gebruikt). Gezien de omstandigheden oordeelde het Hof van Justitie dat "de willekeurig aan de licentienemer opgelegde verplichting om het geoctrooieerde product uitsluitend in combinatie met een buiten het octrooi vallend product te verkopen, [niet] onontbeerlijk was voor de exploitatie van het octrooi" en om die reden in het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1 viel. Het Hof liet evenwel de kwestie van de toepasselijkheid van artikel 81, lid 3 op een dergelijke verplichting buiten beschouwing. Aldus prejudicieert de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet op de mogelijkheid om op grond van artikel 81, lid 3 rekening te houden met potentiële efficiëntieverbetering teweeggebracht door koppelverkoop.

(162) De netto concurrentiegevolgen van koppelverkoop zijn in het algemeen afhankelijk van de mate waarin de licentiegever over marktmacht beschikt op de relevante technologie- en productmarkten. Aldus kan koppelverkoop schadelijk zijn wanneer een licentiegever met marktmacht hiervan gebruik maakt om zijn macht uit te breiden van de markt van het koppelende product tot de markt van het gekoppelde product om aldus concurrenten op de tweede markt uit te sluiten of hogere prijzen aan te rekenen dan onder normale concurrentievoorwaarden mogelijk zou zijn. Een vergelijkbare redenering zou van toepassing kunnen zijn wanneer koppelverkoop gebruikt wordt om de licentienemer ertoe te dwingen andere licenties te aanvaarden.

(163) Hoewel de GVTO zwijgt over potentiële efficiëntieverbetering die voortvloeit uit gezamenlijke productie of gezamenlijke distributie of kwaliteitsnormen, zij erop gewezen dat de benadering van koppelverkoop van de Commissie aanzienlijk gewijzigd is ingevolge de herziening van haar beleid op het gebied van verticale beperkingen. Koppelverkoop tussen niet-concurrenten komt meer bepaald in Verordening nr. 2790 voor groepsvrijstelling in aanmerking voor zover een marktaandeeldrempel van 30% niet wordt overschreden.

(164) Hier rijst de vraag of de GVTO herzien dient te worden teneinde koppelverkoop onder niet-concurrenten uit de onzekerheid van de "grijze lijst" te halen door groepsvrijstelling te verlenen tot een bepaalde marktaandeeldrempel in overeenstemming met de regels inzake verticale beperkingen. Opmerkingen van belanghebbenden worden op prijs gesteld.

5.2.5 *"Grant-back"-clausules*

(165) Zoals aangegeven in rubriek 2.2, vallen niet-exclusieve wederzijdse "grant-back"-verplichtingen tussen licentiegever en licentienemer in het toepassingsgebied van de GVTO terwijl niet-wederzijdse "grant-back"-verplichtingen welke aan de licentienemer zijn

⁵² Zie beschikking van de Commissie in de zaak *Vassen/Morris* van 10.1.1979.

⁵³ Zie de beschikking van de Commissie van 26.7.1988 in de zaak *Velcro/Aplix*.

⁵⁴ Zaak 193/83, Jurispr. 1986, blz. 611.

opgelegd, of exclusieve "grant-back"-verplichtingen voor scheidbare verbeteringen niet zijn vrijgesteld krachtens de GVTO en worden behandeld als een grijze clausule.

(166) In economische termen kunnen "grant-back"-clausules de partijen in staat stellen de risico's en de kosten van verdere innovatie op basis van de in licentie gegeven technologie te delen, hetgeen innovatie en licentiëring van de daaruitvoortvloeiende resultaten kan bevorderen. Anderzijds kunnen "grant-back"-clausules de mededinging schaden wanneer zij de stimulans van de licentienemer om te investeren in de verbetering van de in licentie gegeven technologie merkbaar afzwakken. In tegenstelling tot een exclusieve "grant-back"-clausule, is een niet-exclusieve in het algemeen waarschijnlijk niet concurrentiebeperkend. Exclusieve "grant-back"-clausules daarentegen kunnen van tevoren de stimulans van de licentienemer om zich met innovatie van de in licentie gegeven technologie in te laten, beïnvloeden.

(167) De vraag rijst in hoeverre de uitsluiting van niet-wederzijdse verplichtingen van de groepsvrijstelling onontbeerlijk is om de stimulans van de licentienemer om te innoveren, te beschermen.

(168) Derhalve moet de GVTO worden herzien teneinde uit te klaren of niet-wederzijdse en bepaalde exclusieve "grant-back"-clausules voor een groepsvrijstelling in aanmerking kunnen komen.

5.2.6 *Niet-betwistingsclausules*

(169) Gezien de opheffing van het aanmeldingsstelsel moet de juridische behandeling van niet-betwistingsclausules, die thans in de GVTO, als grijze clausules zijn aangemerkt opnieuw worden bekeken.

(170) Teneinde een potentiële uitbreiding van de groepsvrijstelling tot dit soort beperkingen te rechtvaardigen kan worden betoogd dat niet-betwistingsclausules in bepaalde omstandigheden het verlenen van een licentie en de verspreiding van de technologie kunnen bevorderen. Een voorbeeld hiervan is het geval waarbij een klein technologiebedrijf overweegt een licentie te verlenen aan een grotere onderneming maar vreest dat de licentienemer de knowhow zou opslorpen en vervolgens de geldigheid van het octrooi zou betwisten. Anderzijds kan ook worden betoogd dat indien het in licentie gegeven octrooi daadwerkelijk nietig is of de in licentie gegeven knowhow niet substantieel en vertrouwelijk is, niet-betwistingsclausules aanzienlijke concurrentiebeperkende effecten kunnen sorteren zonder voordelen op te leveren. Zij kunnen leiden tot hogere prijzen voor het product onder licentie aangezien de licentienemer royalty's moet blijven betalen. Zij kunnen ook verhinderen dat de licentienemer de licentiegever beconcurrereert. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de licentienemer zou worden belet de geldigheid van intellectuele-eigendomsrechten welke geen verband houden met de licentie, te betwisten.

(171) De jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt niet voldoende ontwikkeld te zijn op dit specifieke gebied. In het arrest *Bayer tegen Süllhöfer* heeft het Hof geoordeeld dat "een niet-betwistingsbeding in een octrooilicentieovereenkomst (...), naargelang de juridische en economische context waarin het voorkomt, het karakter [*kan*] hebben van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag" (cursief toegevoegd).⁵⁵ Het Hof heeft eraan toegevoegd dat het inzonderheid noodzakelijk is "na te gaan of dit beding,

⁵⁵ Zaak 65/86, arrest van 27.09.1988, Jurispr. 1988, blz. 5249, punt 16.

gelet op de positie die de onderhavige ondernemingen op de markt voor de betrokken producten innemen, de mededinging merkbaar kan beïnvloeden"⁵⁶. In het eerdere *Windsurfing*-arrest heeft het Hof gesteld dat "een clause als hiervoor bedoeld duidelijk buiten het specifieke voorwerp van het octrooi valt" en strijdig is met artikel 81, lid 1⁵⁷.

(172) Bovendien zij eraan herinnerd dat Verordening nr. 2659/2000 van de Commissie geen betrekking heeft op O&O-overeenkomsten waarbij de partijen verhinderd worden de geldigheid van de relevante intellectuele-eigendomsrechten te betwisten onverminderd "de mogelijkheid om in de beëindiging van de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst te voorzien ingeval een der partijen de geldigheid van deze bedoelde intellectuele eigendomsrechten aanvecht"⁵⁸.

(173) De belanghebbenden worden uitgenodigd opmerkingen te maken over de vraag of het dienstig is in een toekomstige groepsvrijstelling voor licentieovereenkomsten een benadering toe te passen die aansluit bij die van Verordening nr. 2659/2000.

6. CONCLUSIES EN OPTIES VOOR DE TOEKOMST

(174) Uit de inleidende beoordeling van de GVTO in dit verslag blijkt dat er sterke redenen zijn om de GVTO grondig te herzien.

(175) In de eerste plaats wordt de GVTO in het algemeen beschouwd als te formalistisch en te ingewikkeld en bovendien wordt het toepassingsgebied ervan te eng geacht. Zij heeft geen betrekking op een aantal licentieregelingen die geen grote risico's voor de concurrentie inhouden en dit probleem lijkt toe te nemen met de opkomst van nieuwe tendensen op licentiëringengebied. Door ondernemingen onnodig te belasten en de industrie in een juridisch keurslijf te dwingen kan de GVTO in sommige gevallen de handhaving doen overhellen naar een bovenmatige ontrading die een negatieve invloed kan hebben op een dynamische efficiëntie.

(176) In de tweede plaats lijkt de GVTO onvoldoende belang te hechten aan interbrand-kwesties en geen consequente methode te bevatten voor de behandeling van de concurrentierelatie tussen licentiegevers en licentienemers. Aldus kan de groepsvrijstelling van toepassing zijn op bepaalde licentieregelingen die dit niet verdienen omdat zij nadelig kunnen zijn voor de concurrentie en de dynamische efficiëntie en de toewijzingsefficiëntie kunnen afbouwen.

(177) Tenslotte is de GVTO niet in overeenstemming met de recente hervormingen inzake verticale en horizontale overeenkomsten hetgeen de samenhang van het communautaire mededingingsbeleid en de voorspelbaarheid van de regels ongunstig beïnvloedt.

(178) Het is derhalve mogelijk dat de Commissie nieuwe concurrentievoorschriften voor licentieovereenkomsten moet opstellen. Die kunnen de vorm aannemen van een brede overkoepelende groepsvrijstellingsverordening in combinatie met richtsnoeren. De nieuwe groepsvrijstellingsverordening moet een breder gamma octrooi- en knowhowovereenkomsten dekken dan de GVTO maar tevens moet worden onderzocht of andere overeenkomsten inzake intellectuele-eigendomsrechten, inzonderheid auteursrechtlicenties in de werkings sfeer ervan

⁵⁶ *Idem*, punt 19.

⁵⁷ Arrest van 25.2.1986 in zaak 193/83, Jurispr. 1986, blz. 611, punten 92 en 93.

⁵⁸ Verordening nr. 2659/2000, artikel 5.

moeten worden opgenomen. Er zal gestreefd worden naar aansluiting bij het nieuwe soort groepsvrijstellingsverordeningen door de normatieve aard van de nieuwe verordening te beperken en ze te richten op een beperkte lijst "hardcore"-beperkingen van de mededinging.

(179) Voorts moet worden nagegaan in welke mate het toepassingsgebied van een dergelijke brede groepsvrijstelling door marktaandeeldrempels of andere drempels beperkt moet worden om de mededinging en de innovatie daadwerkelijk te beschermen. In dit verband zal worden uitgegaan van het standpunt dat een hoog marktaandeel of marktmacht niet in negatieve zin hoeft te worden opgevat aangezien dit vaak het resultaat is van succesvolle innovatieactiviteit die juist beschermd moet worden. Anderzijds is het ook waar dat de meeste negatieve gevolgen voor de mededinging ontstaan in situaties waar de licentiegever of de licentienemers een bepaald niveau van marktmacht bezitten en een algemene groepsvrijstelling derhalve minder geschikt kan zijn. Daarenboven zij het volgende opgemerkt:

- het gebruik van marktaandeeldrempels is nuttiger bij beperkingen die geen verband houden met de exploitatie van de intellectuele-eigendomsrechten onder licentie dan bij beperkingen die wel verband houden met de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten;
- ten aanzien van beperkingen die verband houden met de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten, is het nuttiger te werken met marktaandeeldrempels bij licentieverlening onder concurrenten dan bij licentieverlening onder niet-concurrenten;
- licentiëring door dominante ondernemingen moet niet in de werkingssfeer van een groepsvrijstelling vallen aangezien concurrentiebeperkende overeenkomsten van dominante ondernemingen in beginsel niet kunnen worden vrijgesteld. Er zou evenwel in de richtlijnen kunnen worden toegelicht welke beperkingen in licentieovereenkomsten niet in de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 vallen.

(180) In bepaalde gevallen van licentiëring kan de marktafbakening en de vaststelling van marktaandelen lastiger zijn dan gewoonlijk. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het intellectuele-eigendomsrecht slechts betrekking heeft op een kleine verbetering van bestaande technologieën of producten, in welk geval de bestaande product- of technologiemarkten waarop de licentieovereenkomst gevolgen sorteert, de relevante markten zullen zijn. Het intellectuele-eigendomsrecht kan evenwel betrekking hebben op een belangrijke verbetering of doorbraak op het gebied van bestaande technologieën of producten. In dergelijke gevallen dient te worden nagegaan of bij de analyse de markten voor onderzoek en ontwikkeling (innovatiemarkten) moeten worden afgebakend en of andere marktmachtindicatoren kunnen worden gebruikt.

(181) De Commissie moet nagaan of het noodzakelijk wordt geacht dat de toekomstige groepsvrijstellingsverordening eveneens betrekking zou hebben op meerpartijenlicenties. Indien ja moet Verordening 19/65 van de Raad die thans alleen betrekking heeft op licentieovereenkomsten tussen twee partijen, gewijzigd worden.

(182) Zonder andere opties die eveneens besproken moeten worden, uit te sluiten legt de Commissie het volgende kader voor een toekomstige regeling voor overleg voor.

(183) In de allereerste plaats dient een onderscheid te worden gemaakt tussen licentiëring onder concurrenten en onder niet-concurrenten. De Commissie moet nagaan hoe dit onderscheid in de praktijk kan en moet worden gemaakt. De opmerkingen in bovenstaande paragrafen 125 en 126 moeten het uitgangspunt zijn voor de discussie.

(184) Wat licentiëring *tussen niet-concurrenten* betreft zou de groepsvrijstelling:

- de beperkingen die geen verband houden met de exploitatie van het in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrecht zoals niet-concurrentie- en koppelverkoopbedingen, op dezelfde wijze kunnen behandelen als Verordening nr. 2790/99 (marktaandeeldrempel van 30%, bepaalde "hardcore"-beperkingen en bepaalde voorwaarden);
- de werkingssfeer ervan door middel van een dominantiedrempel beperken tot beperkingen die verband houden met de exploitatie van het in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrecht, zoals territoriale beperkingen, klantenkringbeperkingen en beperkingen van het toepassingsgebied. De groepsvrijstelling zou een beperkte lijst volstrekt verboden clausules ("hardcore"-beperkingen) bevatten die inzonderheid betrekking heeft op prijsstellingsbeperkingen en eventueel bepaalde territoriale beperkingen. Zij kan eveneens voorwaarden bevatten die bepaalde beperkingen van het voordeel van de groepsvrijstelling zouden uitsluiten (scheidbaarheid);
- Het intrekkingmechanisme zou behouden blijven onder de marktaandeeldrempel en de dominantiedrempel.

(185) Bij beperkingen die geen betrekking hebben op de exploitatie van het in licentie gegeven intellectuele eigendomsrecht zou een dergelijke behandeling sporen met groepsvrijstellingsverordening nr. 2790/99. In vergelijking met de GVTO zou dit betekenen dat bepaalde beperkingen die momenteel op de zwarte of de grijze lijsten voorkomen, tot een bepaalde marktaandeeldrempel zouden worden vrijgesteld. Het alternatief zou zijn dat dergelijke beperkingen buiten de groepsvrijstelling vallen zoals momenteel het geval is onder de GVTO.

(186) Bij beperkingen die de exploitatie van het in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrecht betreffen, zoals territoriale beperkingen, klantenexclusiviteit en exclusiviteit van het toepassingsgebied, zou de dominantiedrempel niet alleen noodzakelijk zijn in het licht van de laatste voorwaarden van artikel 81, lid 3, maar eveneens geschikt om rekening te houden met potentieel gevaar voor afscherming. Een dergelijke drempel zou slechts van toepassing zijn ingeval de overeenkomst van meet af aan in de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 valt, bijvoorbeeld ingeval van afscherming. Flankerende richtsnoeren zouden kunnen beschrijven in welke situaties exclusieve licenties waarschijnlijk buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1 zouden vallen, inzonderheid in het licht van de toestand die, bij ontstentenis van de licentie, op de markt zou heersen. Tevens zou de "hardcore"-lijst ingekort worden zodat bepaalde beperkingen niet langer op zich onrechtmatig zouden zijn: dit zou onder meer gelden voor kwantitatieve beperkingen, bepaalde beperkingen met betrekking tot klanten en bedingen inzake maximum- en adviesprijzen. Voor territoriale beperkingen zou een genuanceerdere aanpak noodzakelijk zijn. Hoewel de "hardcore"-lijst gebaseerd is op groepsvrijstellingsverordening nr. 2790/99, moet daarbij rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van licentieovereenkomsten.

(187) Met betrekking tot licenties *tussen concurrenten* zou de toekomstige groepsvrijstelling:

- beperkt kunnen worden door een marktaandeeldrempel van 25%;
- een "hardcore"-lijst kunnen bevatten voor beperkingen waarin direct of zijdelings:
 - prijzen worden vastgesteld

- productie of afzet worden beperkt
- gebieden of klanten worden toegewezen;
- misschien een lijst voorwaarden moeten bevatten die bepaalde beperkingen van de groepsvrijstelling kunnen uitsluiten (scheidbaarheid).

(188) Dit zou sporen met groepsvrijstellingsverordening nr. 2659/2000. In vergelijking met de GVTO zou dit een genuanceerdere benadering inhouden voor poolingregelingen, wederzijdse licenties, licentieovereenkomsten betreffende gemeenschappelijke ondernemingen en beperkingen die geen betrekking hebben op de exploitatie van het intellectuele-eigendomsrecht zelf zoals niet-concurrentiebedingen en koppelverkoop. Die beperkingen zijn momenteel uitgesloten van de GVTO of opgenomen in de zwarte lijst. Aldus zou terecht minder bescherming worden geboden voor territoriale beperkingen tussen concurrenten in exclusieve licentieovereenkomsten.

(189) Boven de genoemde drempels moet het mededingingsbeleid worden toegelicht in richtsnoeren waarbij verwezen dient te worden naar de bestaande richtsnoeren inzake horizontale samenwerking en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

(190) Bij de herziening van de huidige regels en het ontwerpen van de toekomstige regeling, dient ermee rekening te worden gehouden dat innovatie in nieuwe producten en nieuwe technologieën op termijn de ultieme bron van wezenlijke en sterke concurrentie zijn. Te veel gewicht geven aan toewijzingsefficiëntie op korte termijn kan derhalve leiden tot een compromis tussen statische en dynamische doelmatigheid dat maatschappelijk ongunstig is.

(191) Wat het tijdsbestek voor deze herziening betreft dient erop te worden gewezen dat hoewel het de bedoeling was dat de GVTO van kracht zou blijven tot 31 maart 2006, zij misschien voor die datum gewijzigd of vervangen moet worden. In het licht van de voorstellen van de Commissie voor de modernisering van Verordening nr. 17, bestaat het gevaar dat de methode van de grijze lijst en de ermee verband houdende oppositieprocedure van de GVTO volkomen achterhaald worden. De voorschriften inzake technologieoverdrachtovereenkomsten zullen moeten worden aangepast aan de nieuwe juridische omgeving teneinde de grootst mogelijke transparantie in het beleid en samenhang tussen de mededingingsrechtelijke instrumenten die op vraagstukken inzake intellectuele-eigendomsrechten betrekking hebben, te verzekeren.

(192) Teneinde de meest geschikte oplossing voor een toekomstige regeling te vinden, nodigt de Commissie derde belanghebbenden uit opmerkingen te maken inzonderheid met betrekking tot het hierboven beschreven kader. Alle opmerkingen moeten voor 26.04.2002 aan de Commissie worden toegezonden:

- per post op het volgende adres:

Europese Commissie
 Kantoor: J 70 - 5/93
 Directoraat-generaal Concurrentie
 B-1049 Brussel
 België

- per elektronische post:

comp-technology-transfer@cec.eu.int

Dit Rapport is ook in alle talen van de Gemeenschap beschikbaar op het World Wide Web op het volgende adres:

http://comm/competition/antitrust/technology_transfer/

Vertrouwelijkheid: indien uw opmerkingen niet aan derden mogen worden bekendgemaakt dient u dit duidelijk aan te geven.