

Territoriale begrænsninger i distributions- og patentlicensaftaler - vertikale aftaler i EU-konkurrenceretten

af

Professor Bent Iversen

Allerede forud for ikrafttrædelsen af den Europæiske Fælles Akt i 1987, hvorved målsætningen om etablering af *det indre marked* blev accentueret, har Kommissionen og EF-Domstolen ført en konsekvent politik over for aftaler mv., herunder samordnet praksis, når sådanne foranstaltninger er gået ud på at skabe en *absolut områdebeskyttelse* for de varer eller tjenesteydelser, som var genstand for virksomhedernes engagement. Denne praksis er siden blevet fulgt op af Retten i Første Instans.

Aftaler, hvorved en af de deltagende parter i forhold til den anden part eller i forhold til udenforstående tredjemænd har opnået en position, hvorefter han som den eneste har kunnet introducere varerne eller tjenesteydelserne inden for et nærmere aftalt, territorielt begrænset område eller i forhold til en bestemt kundekreds, er i flere tilfælde fundet at være i strid med EF-traktatens art. 81, stk. 1, pkt. c, om opdeling af markeder eller forsyningskilder – forudsat øvrige betingelser for anvendelsen af art. 81, stk. 1 [tidligere art. 85, stk. 1] har været opfyldt.

Navnlig *horisontale* aftaler, dvs. aftaler mellem virksomheder på samme trin i produktions- eller distributionsprocessen, er blevet opfattet som en hindring for en realisering af et forudsat mål om markedsintegration. Disse aftaler har i modsætning til de *vertikale* aftaler en »iboende« evne til at føre til markedsopdeling, idet aftaleparterne unuanceret opleves som aktuelle eller potentielle *konkurrenter*, som begge er i stand til på hver sin del af et aftalemæssigt opdelt marked at gennemtvinge »naked restrictions«.¹

De følgende bemærkninger om henholdsvis distributions- og patentlicensaftaler vil primært tage sigte på nogle særlige konkurrencebegrænsninger, der kan opstå i forholdet mellem aftaleparter på det vertikale plan. Omdrejningspunktet vil være Kfo 2790/99, hvis kerneområder er aftaler om eneforhandling, franchiseaftaler og selektiv distribution, dvs. typiske eksempler på vertikale

¹ Betegnelsen er blevet brugt i tidlig amerikansk retspraksis som udtryk for ensidige prisfastsættelser og udelukkelse af konkurrenter fra markedet. I modsætning hertil står »ancillary restraints«, dvs. konkurrencemæssige begrænsninger, der accessorisk knytter sig til en i øvrigt konkurrencefremmende transaktion, smh. art. 10, nr. 15, i Frd. 240/96 om teknologioverførselsaftaler. »Ancillary restraints« er et særligt begreb i anglosaksisk retsudvikling, der fremtræder som en nødvendig konsekvens af, at Section 1 i *Sherman Act* ikke indeholder en til EF-traktatens art. 81, stk. 3, svarende dispensationsmulighed. Se i øvrigt bemærkningerne nedenfor om *rule of reason* -doktrinen og sagen *Métropole télévision (M6)* (T-112/99).

aftaler.² Bemærkningerne om patentlicensaftaler vil bl.a. angå de aftaler, der er omfattet af den – i hvert fald indtil videre – gældende Kfo 240/96 om teknologioverførselsaftaler, hvis hovedområde ligeledes er de vertikale aftaler.³

Kfo 240/96 er dog i visse henseender – se f.eks. forordningens art. 3 – præget af Kommissionens tidlige praksis, hvori der sporede en tendens til at betragte aftaler mellem en licensgiver og en licenstagere som *horisontale*, når blot aftalerne gik ud på, at licenstageren skulle påbegynde en produktion af de samme varer som dem, der blev produceret af licensgiveren, også selv om han drev virksomhed på et andet geografisk marked end licensgiveren. En sådan *ex post* vurdering adskiller sig fra den *ex ante* vurdering, der er blevet lagt til grund i f.eks. amerikansk konkurrenceret, hvor man er gået ud fra, at der foreligger et vertikalt arrangement mellem parterne, når licensaftalen er en nødvendig betingelse for, at licenstageren overhovedet kan komme ind på et givet marked.

Der kan dog peges på, at den mildere behandling af vertikale aftaler mellem ikke-konkurrenter, der er lagt til grund for Kfo 2790/99, formentlig også vil slå igennem i forhold til vertikale aftaler om teknologioverførsel, ligesom det allerede nu kan konstateres, at det vil indgå som et tema i det igangværende arbejde med ændringen af Kfo 240/96.⁴

Det rationale, der ligger bag en indskriden over for aftaler, der rummer territoriale begrænsninger, har bl.a. været en forestilling om, at den »begunstigede« part ikke efter aftale med sin modpart må have mulighed for suverænt at føre en prispolitik, som på utilstedelig vis skader andre virksomheder eller forbrugere inden for det beskyttede område. Inden for området *distribution af varer*, dvs. på det vertikale plan i forholdet mellem en producent og en forhandler, ville dette kunne være konsekvensen, hvis den pågældende part som eneforhandler ikke blot var den eneste virksomhed, der kunne *købe* varerne direkte hos en leverandør, men tillige – i kraft af konkurrencebegrænsninger pålagt leverandøren eller tredjemænd – kunne forhindre en introduktion af varerne i området *ad andre kanaler*. I en praktisk sammenhæng er Kommissionens og EU-retsinstansernes indstilling udtryk for, at andre forhandlere end dem, der kontraktmæssigt er forbundet med en bestemt leverandør, skal have mulighed for via *parallelimport* af varerne til området at positionere sig som konkurrenter til eneforhandleren. Den overordnede begrundelse for indskriden har været baseret på et ønske om i videst muligt omfang at skabe grobunden for den *markedsintegration*, som er det bærende element i etableringen af det indre marked.

Mulighederne for en parallelimport til det beskyttede område er selvsagt kun praktiske, såfremt varerne rent faktisk er til stede i et andet område end det

² Derimod er »rene« patentlicensaftaler ikke omfattet af Kfo 2790/99, jf. art. 2, stk. 3, hvorefter gruppefritagelsen efter denne forordning kun vedrører overdragelsen af immaterialrettigheder, når aftalebestemmelser herom ikke udgør *hovedformålet* med aftalen.

³ Kommissionen har taget de første skridt til en ændring af denne forordning. Ændringerne forventes gennemført i løbet af 2002 eller 2003, jf. nærmere nedenfor.

⁴ Allerede i præmisserne i 1982-afgørelsen i *Nungesser mod Kommissionen* (sag 258/78)[omtalt nærmere nedenfor] synes EF-Domstolen dog indirekte at lægge afstand til Kommissionens bekymringer for konkurrencen, når både licensgiveren og licenstageren er producenter af samme vare.

beskyttede, og at de tilmed dér er prismæssigt attraktive. En indskriden fra konkurrencemyndighederne vil derfor ske over for andre end forhandleren i det beskyttede område, når disse i deres aftaler med leverandøren har påtaget sig et *eksportforbud*, idet de – ved at forpligte sig til kun at sælge aftalevarerne til kunder inden for deres eget område – har afskåret sig fra et frit kundevalg og samtidig har været part i en aftale, hvis formål er at hindre parallelimport inden for fællesmarkedet. Nødvendigheden og legitimiteten af parallelhandel til et beskyttet område er på et tidligt tidspunkt blevet fastslået af såvel Kommissionen som EF-Domstolen. Af praksis ved disse instanser fremgår klart, at heller ikke andre forhold end dem, der er aftalemæssigt funderet, må tages i anvendelse for at hindre parallelimport til området, jf. f.eks. *Grundig*-sagen fra 1966 og *Béguelin* fra 1971, der fastslog, at påberåbelse af nationale lovbestemmelser om f.eks. varemærkebeskyttelse og anbringender om parallelimportørers påståede illoyale konkurrence ikke kunne mobiliseres som et værn over for parallelimport.⁵

Domstolens henvisning til *Grundig*-sagen i flere efterfølgende sager bekræfter, at det fortsat har været et udgangspunkt for såvel Kommissionen som retsinstanserne i EU, at art. 81, stk.1, anses for overtrådt, når parterne i deres aftale har søgt at etablere en territorial opdeling i form af en markedsdelingsaftale.⁶

Enkelte krusninger i praksis kan ikke ændre på det almindelige indtryk af såvel Kommissionens som EU-retsinstansernes overordnede standpunkt.

I *Bayer mod Kommissionen*⁷ havde Kommissionen fastslået, at Bayer AG som moderselskab for Bayer-koncernen havde søgt at begrænse parallelimport af lægemidlet ADALAT til UK fra Spanien og Frankrig, hvor priserne var væsentligt lavere. Bayer gjorde imidlertid gældende, at den adfærd, for hvilken selskabet var blevet pålagt bøde, var *ensidig* og ikke udslag af en »aftale mellem virksomheder«, således som en indskriden efter art. 81, stk. 1, kræver. Retten i Første Instans tiltrådte, at det ikke kunne anses for godtgjort, at der forelå en sådan samstemmende vilje hos Bayer og de pågældende grossister, at der var indgået en »aftale«, som havde haft til formål at forhindre eller begrænse udførslerne af lægemidlet fra Spanien og Frankrig til UK. Et bevis for, at der forelå en aftale i art. 81, stk. 1's, forstand, skulle være baseret på en konstatering af det subjektive element, som kendetegner selve begrebet aftale, nemlig at der foreligger en samstemmende vilje mellem erhvervsdrivende vedrørende iværksættelsen af en politik, tilstræbes et mål eller følges en bestemt adfærd på markedet.

Afgørelsen forekommer venligt stemt over for virksomhederne, men det er nærliggende at gå

⁵ *Grundig og Consten mod Kommissionen* (sag 56 og 58/64) og *Béguelin mod Import, Export* (sag 22/71).

⁶ Se bl.a. *Hasselblad (GB) Ltd. mod Kommissionen* (sag 86/82), *Sandoz mod Kommissionen* (sag C 277/87), *Tipp-Ex mod Kommissionen* (sag C- 279/87), *van Mejen mod Kommissionen* (sag T-49/95), *Javico International/Yves Saint Laurent Parfums* (sag 306/96), *Accinauto SA* (sag T-176/95), *Tepea mod Kommissionen* (sag 28/77) og Kommissionens beslutninger i bl.a. *Theal/Watts* (21.12.1976, EFT 1977 L 39/19), *Novalliance/Systemform GmbH* (4.12.1996, EFT 1997 L 47/11), *Gosme/Martell-Distribution Piper* (15.5.1991, EFT L 185/23) og *Newitt/Dunlop/Slazenger International* (18.3.1992, EFT L 131/32).

⁷ (Sag T-41/96).

ud fra, at resultatet i sagen bl.a. er nået derved, at Retten har strammet kravene til den *bevisbyrde*, som Kommissionen skal løfte med henblik på en dokumentation af aftalens beståen. Dommen er i januar 2001 blevet anket til Domstolen af Kommissionen, jf. sag C-2/01.⁸

Det er dog ikke udelukket, at bl.a. ADALAT-sagen kan anskues som nyere eksempel på, at retsinstanterne i EU efter omstændighederne vil være tilbøjelige til at lade frygten for områdebeskyttelse træde i baggrunden, når vægtige modhensyn trænger sig på, og når effekten af et arrangement som det i sagen omhandlede ikke modvirker den markedsintegration, som er et hovedformål med konkurrencereglerne, se f.eks. Domstolens præmisser i *Javico*-afgørelsen fra 1998.

Den sidstnævnte afgørelse er særlig betydningsfuld, dels fordi der var tale om en plenumafgørelse (11 dommere), og dels fordi afgørelsen foretog en grundig undersøgelse af markedsopdelingsklausuler i tidligere sager, herunder bl.a. klausuler om eksportforbud. Dønningerne efter *Nungesser*-sagen⁹ og den lidt yngre *Erauw-Jacquéry*-sag¹⁰, der – omend på et andet retsområde, hvor særlige hensyn [den generelle interesse i udbredelse af ny teknologi] trænger sig på – beskæftigede sig med eksportforbud, har heller ikke lagt sig endnu. Tværtimod har emnet været genstand for behandling senest i Kommissionens beslutning i *Sicasov*¹¹, og vil formentlig – jf. bemærkningerne nedenfor – også komme i fokus i forbindelse med revisionen af Kfo 240/96 om teknologioverførselsaftaler.

I *Javico*-dommen tog EF-Domstolen præjudicielt stilling til, om en i en medlemsstat hjemmehørende forhandler, der havde fået i opdrag at distribuere aftalevarerne på områder *uden for Fællesskabet*, kunne være forpligtet af leverandørens forbud mod at sælge varerne på andre områder end de aftalte, herunder om leverandøren gyldigt kunne forbyde forhandleren direkte eller indirekte at reeksportere varerne til et område inden for Fællesskabet.

Domstolen udtalte, at bestemmelser om eksportforbud i en aftale af den omhandlede type, hvor der var tale om et »rent« vertikalt arrangement, skal fortolkes som bestemmelser, der *ikke har til formål* at hindre parallelimport og udbydelse til salg af aftalevarerne på EU-markedet.¹² Bestemmelserne skulle derimod give leverandøren sikkerhed for at kunne *trænge ind på* et marked uden for Fællesskabet gennem afsætning på dette marked af tilstrækkelige mængder af de varer, som aftalen vedrører. En sådan fortolkning kunne tillige støttes på den omstændighed, at forbudet mod salg uden for det af aftalen omfattede område også gjaldt alle andre tredjelande. Bestemmelserne om forbud mod direkte salg *inden for Fællesskabet* og mod reeksport af varerne

⁸ Se i øvrigt om aftalebegrebet i art. 81, stk. 1, *Peter Stig Jacobsen & Morten Broberg: EU-ret & Menneskeret 2001* s. 154-55.

⁹ *Nungesser mod Kommissionen* (sag 258/78).

¹⁰ *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne* (sag 27/87).

¹¹ Kommissionsbeslutning af 14.12.1998, EFT 1999 L 4/27.

¹² Lignende betragtninger ville næppe kunne bringe en aftale uden for området af art. 81, stk. 1, såfremt aftalen var indgået mellem producenter af konkurrerende varer, smh. Kommissionens beslutning *Siemens/Fanuc* (18.12. 1985, EFT L 376/29) om forholdet til art. 3 litra a) i den tidligere gældende gruppefritagelsesforordning 67/67 - se om denne afgørelse *Bent Iversen: Formidlingsaftaler & EF-Konkurrenceretten* s. 112.

til Fællesskabet måtte som udgangspunkt fortolkes på samme måde, dvs. som bestemmelser, hvis formål var at tilgodese ønsket om tilførsel af tilstrækkelige mængder varer til aftaleområderne.

I lyset af den rådende retspraksis om imødegåelse af områdebeskyttelse forekommer det ikke uden videre velbegrunderet at skelne mellem på den ene side et tilfælde, hvor varerne bevæger sig fra ét medlemsland til et andet – i hvilket tilfælde forekomsten af et eksportforbud ville have bragt aftalen i strid med art. 81, stk. 1 – og på den anden side den i hovedsagen omhandlede situation, hvor forhandleren har fået tildelt et område uden for Fællesskabet. I begge tilfælde synes formålet med overhovedet at aftale et eneforhandlingsområde at være, at forhandleren skal koncentrere sin markedsføringsindsats om dette område og ikke sprede sin virksomhed til andre områder, hvad enten disse er beliggende inden for Fællesskabet eller i et tredjeland uden for eneretsområdet. Som præmisserne er formuleret, må de fortolkes som udtryk for, at traktatens konkurrencebegrænsende bestemmelser skal tilgodese bestræbelserne på at skabe markedsintegration inden for Fællesskabet, hvorimod det som udgangspunkt ligger uden for formålet at skabe integration mellem medlemsstaterne og tredjelande uden for Fællesskabet.

Domstolen afbøder dog i et vist omfang sit hovedsynspunkt ved at tilføje, at selv om de omhandlede aftalebestemmelser ikke ansås at have til formål at hindre eller fordreje konkurrencen inden for Fællesskabet i art. 81, stk. 1's forstand, måtte det dog tilkomme *de nationale domstole* at tage stilling til, om de rent faktisk kom til at virke på denne måde. I denne forbindelse kunne det bl.a. tillægges betydning, om der rådede mærkbare prisforskelle mellem varer uden for EU og varer inden for Fællesskabet.

Som bekendt førte mængden af sager anmeldt over for Kommissionen med henblik på fritagelse i medfør af art. 81, stk. 3, til, at Kommissionen med hjemmel i Rfo 19/65 udstedte en forordning om gruppefritagelse for kategorier af eneforhandlingsaftaler, Kfo 67/67, senere afløst af Kfo 1983/83, der for sit vedkommende blev ophævet med Kfo 2790/99, jf. om denne forordning nedenfor.¹³

Både Kfo 67/67 og Kfo 1983/83 [samt tillige den senere udstedte gruppefritagelsesforordning for franchiseaftaler [Kfo 4087/88]] afspejlede det hidtidige syn på territoriale begrænsninger, og holdningen blev videreført i afløseren for disse forordninger, Kfo 2790/99, jf. art. 4, pkt. b, hvis udtrykkelige modifikation om den tilladte begrænsning af de i et *selektivt distributionssystem* deltagende virksomheders salg til uautoriserede forhandlere blot blåstemplede en praksis, der allerede under de tidligere forordninger havde udviklet sig på et særligt, nærmere kvalificeret distributionsområde.¹⁴

¹³ Den tidlige introduktion af gruppefritagelsesforordningerne afspejler den mere eller mindre officielle holdning til anmeldelsessystemet i henhold til Rfo 17, nemlig at det på det vertikale plan aldrig ville komme til virke efter sin hensigt, smh. *Berry Hawk: Common Market Law Review* 1995 s. 974, hvorefter dette system repræsenterer en »systemfejl« i europæisk konkurrenceret.

¹⁴ Se om selektiv distribution *Bent Iversen: Formidlingsaftaler & EF-konkurrenceretten* s. 219-234, hvorefter et selektivt salgssystem allerede på et tidligt stade af Fællesskabets konkurrenceret blev godkendt som en konkurrenceform, der var i overensstemmelse med art. 81, stk. 1, såfremt udvælgelsen af en videreforhandler [af særlige »imageprodukter«, f.eks. kosmetik] sker på grundlag af objektive kriterier for forhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beliggenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering.

Kfo 2790/99 indvarslede imidlertid en ny »stil« for gruppefritagelsesforordninger, fordi forordningen ved at tillægge virksomhedernes *markedsstyrke* betydning tilsigtede at tage brodden af den kritik, der var blevet rejst mod forgængerne på området. En berettiget indvending mod de tidligere forordninger, gik nemlig på, at disse ved udelukkende at fokusere på, om en bestemt *kontraktstype* opfyldte visse særligt fremhævede »hvidlistede« vilkår og ikke var i modstrid med visse fundamentale »sortlistede« konkurrencebegrænsninger, tillod, at aftaleparterne lovligt kunne praktisere en aftale, selv om denne angik forholdet mellem to parter, der samlet eller hver for sig havde en sådan *territorial* markedsstyrke, at andre aktører på markedet reelt blev udelukket. I modsætning hertil følger det nu af art. 2, stk. 1, i Kfo 2790/99, at gruppefritagelsen angår aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation disse aftaler¹⁵ virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan »købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester«. ¹⁶ De nærmere »betingelser« for disse »vertikale aftaler« fremgår ikke af forordningen, der blot kræver respekt af de i art. 4 og art. 5 nævnte *hard core* -begrænsninger og desuden kræver, at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne sælger aftalevarerne eller -tjenesterne, jf. art. 3, stk. 1, eller – hvis det drejer sig om aftaler, der indeholder eksklusive leveringsforpligtelser – køberens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne køber aftalevarerne eller -tjenesterne, jf. art. 3, stk. 2.

I konsekvens af indførelsen af markedsandel som det bærende kriterium opgav Kfo 2790/99 sondringen mellem sort og hvidt, hvorimod – som nævnt – forbudet mod de fra de tidligere gruppefritagelsesforordninger kendte *hard core*-begrænsninger, herunder forbudet mod bindende videresalgspriser i efterfølgende omsætningsled og forbudet mod absolut områdebeskyttelse, jf. art. 4, og reglerne om konkurrenceklausuler, jf. art. 5, er blevet opretholdt.

Med det forbehold, at det altid vil kunne være et åbent spørgsmål, om man ved at sætte markedsandelen til 30 %, har ramt den typisk »rigtige« markedsstyrke, har den nye forordning ved *overhovedet* at implementere en økonomisk tilgang til konkurrencereglerne, taget hensyn til den indvending, at det vil kunne indebære negative virkninger for markedsintegrationen, at der på aftalemæssigt grundlag sker

¹⁵ Den danske forordning bruger – i art. 2, stk. 1 – fejlagtigt formuleringen »i relation til denne forordning«. Se derimod den engelske formulering »for the purposes of the agreement«, der udtrykker den korrekte regulering, at f.eks. en aftale mellem producenterne A og B, der fremstiller substituerbare produkter, betragtes som et [gruppefritaget] vertikalt arrangement, såfremt f.eks. A giver B forhandlingsretten for sine produkter.

¹⁶ De tidligere gruppefritagelsesforordninger indeholdt snævrere rammer for deres anvendelighed. F.eks. angik Kfo 1983/83 alene »eneforhandlingsaftaler« om levering af »bestemte varer« – og altså ikke tillige »tjenester« – og formålet med leveringen var, at forhandleren skulle *videresælge* varerne. Gruppefritagelsen kunne derfor ikke påberåbes ved køb af varer til egen anvendelse i deres oprindelige form eller til anvendelse som »mellemprodukter«. Se i øvrigt nærmere om forholdet til de tidligere forordninger *Bent Iversen: Juristen* 2000 s. 219-30.

en regulering af *intra-brand* - konkurrencen. Foranstaltninger, der går ud på at beskære antallet af forhandlere på et givet marked, vil kunne gøre det lettere for en leverandør at opdele markedet og give én forhandler en urimelig fordel på bekostning af de øvrige virksomheder. Jo mere grænsen for den »lovlige« andel af det »relevante marked« indsnævres [fra i princippet 100 % under de tidligere forordninger til nu 30 %], desto større sandsynlighed er der for, at *inter-brand* - konkurrencen udfolder sig frit. En højere markedsandel end 30 %, f.eks. en markedsstyrke på 40-45 % af det relevante marked, ville i betænkelig grad have udmøntet sig i en tilstand, hvorefter kun vertikale aftalebegrænsninger pålagt af en *dominerende virksomhed* ville blive anset for problematiske.¹⁷

Leverandørens – ved aftaler om eksklusive leveringsforpligtelser: køberens – markedsstilling fastlægges først og fremmest på grundlag af hans markedsandel på det relevante *produktmarked* og *geografiske marked*, jf. art. 9, stk. 1.

Medens det relevante produktmarked ud over aftalevarerne omfatter alle de varer, som forbrugeren anser for substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål, omfatter det geografiske marked det marked, hvor de deltagende virksomheder leverer produkter, og som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er mærkbart forskellige. Det relevante marked afgrænses derefter ved en kombination af produktmarkedet og det geografiske marked.¹⁸ Om anvendelsen af afgrænsningskriterierne i praksis se f.eks. pkt. 16 i *Delimitis*¹⁹, der angik markedet for salg af øl i virksomheder, der sælger alkoholholdige drikkevarer, som indtages på stedet.²⁰

I *Roberts/Greene King*²¹, hævdede sagsøgerne, to pubejere, der eksklusivt havde forpligtet sig til at købe øl hos en bestemt bryggeri, at denne købsforpligtelse var ugyldig som stridende mod art. 81, stk. 1. Pubejerne fandt, at markedsafgrænsningen i *Delimitis* var sket på et forkert grundlag, idet det relevante marked burde være fastlagt til salg fra pubber og ikke – som sket i dommen – til salg fra pubber og klubber under ét.

Retten i Første Instans tiltrådte imidlertid den markedsafgrænsning, Kommissionen havde foretaget, idet Retten – måske ikke ganske berettiget – lagde vægt på, at de *fællestræk*, der er relevante for afgrænsningen af det pågældende øl-marked, gælder uden forskel for såvel pubber som klubber, selv om disse etableringer indbyrdes udviser betydelige forskelle hvad angår de omgivelser og den atmosfære, hvori salget foretages, karakteren af den tjenesteydelse, som

¹⁷ Smh. de markedsandele, der er fundet relevante ved bedømmelsen af indskriden i medfør af traktatens art. 82, *Lundgaard Hansen m.fl.*: EU konkurrenceretten s. 131 ff.

¹⁸ Se nærmere Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9. december 1998). Se tillige om alternative måder og praksis til bestemmelse af markedsstyrke *Korah & Rothnie*: *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules* (1992) s. 11 ff.

¹⁹ *Delimitis mod Henninger Bräu* (C-234/89).

²⁰ I den nedenfor omtalte sag *Métropole télévision (M6)* fandtes markedet for betalings-TV (»pay per view«) at udgøre et selvstændigt produktmarked adskilt fra det marked, hvortil der uden betaling var adgang for TV-seere.

²¹ (Sag T-25/99).

er forbundet dermed, og endog de priser, der anvendes i disse etableringer.

Kommissionens beslutning i *Roberts/Greene King* blev truffet i november 1998, på hvilket tidspunkt Kommissionen var langt inde i overvejelserne om at tage hensyn til den kritik af den beslutningspraksis, der var fremsat fra flere sider gennem 1980'erne og begyndelsen af 1990'erne. Kritikerne havde i stigende grad peget på, at denne praksis afspejlede, at Kommissionen generelt var alt for tilbøjelig til at antage, at *vertikale* arrangementer udgjorde begrænsninger, der generelt var lige så farlige for konkurrencen som horisontale aftaler. Kritikken var bl.a. rettet mod Kommissionens åbenbare frygt for, at en manglende indskriden over for vertikale aftalebegrænsninger ville resultere i en begrænsning af den »økonomiske frihed« for den enkelte part i aftalen.

Se om denne kritik bl.a. *Korah & Rothnie: Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules* (1992) s. 51-56, *Korah & O'Sullivan: Distribution Agreements under the EC Competition Rule* (2002) s. 73-76, *Richard Whish* i *Common Market Law Review* 2000 s. 887-924 og *Barry Hawk* i *Common Market Law Review* 1995 s. 973-89. Navnlig sidstnævnte er hård i sin bedømmelse af Kommissionens holdning til vertikale aftalebegrænsninger, idet han peger på, at Kommissionen har været for tilbøjelig til at anse en begrænsning omfattet af art. 81, stk. 1, til trods for, at en mere indgående *økonomisk analyse* af omstændighederne i de rejste sager ville have afsløret, at det ville være udtryk for en fejltagelse overhovedet at anvende art. 81, stk. 1. *Hawk* peger endvidere, anf. st. s. 975, på Kommissionens »historiske og fortsatte modvilje« mod at tage ved lære af *Domstolens* flere gange i og uden for forhandlerområdet udtrykte opfordring til kun at anvende art. 81, stk. 1, når en gennemgribende økonomisk og nuanceret bedømmelse taler herfor.²² I stedet har Kommissionen – ifølge kritikken – »givet op« og ladet den konkurrenceretlige bedømmelse af en given aftale bero på en fortolkning af, om betingelserne for dispensation i medfør af art. 81, stk. 3, har været til stede eller ej.²³ Navnlig i Kommissionens tidlige praksis har der kun i få tilfælde været en svag antydning af, at Kommissionen har villet lytte til *Domstolens* synspunkter.²⁴

En del af den retsusikkerhed, der har været – og fortsat er – forbundet med anvendelsen af art. 81, må tilskrives opsplitningen af art. 81 i *på den ene side* art. 81, stk. 1, der rummer beskrivelsen af de omstændigheder, der gør, at aftalen eller dele af denne er konkurrencebegrænsende, og *på den anden side* art. 81, stk. 3, med bestemmelsens indhold af omstændigheder, der

²² Se f.eks. fra forhandlerområdet ud over *Brasserie de Haecht (1)* og *Delimitis mod Henninger Bräu*, der begge er omtalt ovenfor, *Société technique minière/Maschinenbau Ulm* (sag 56/65), fra selektiv distribution f.eks. *Metro (1) mod Kommissionen* (sag 26/76), fra franchiseområdet *Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis* (sag 161/84) og fra licensaftaleområdet *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne* (sag 27/87).

²³ Således bl.a. *Langnese-Iglo GmbH* (26.7. 1993, EFT L 183/19) og *Schöller Lebensmittel GmbH* (26.7. 1993, EFT L 183/1)

²⁴ Se dog nu Kommissionens beslutning i *Whitbread* (24.2.1999, FT 1999 L 88/26) om gyldigheden af en konkurrenceklausul. Desuden bør det bemærkes, at de hyppigt anvendte *comfort letters*, dvs. Kommissionens skriftlige erklæringer om, at der ikke findes grundlag for en indskriden efter art. 81 eller art. 82, som oftest ikke tilkendegiver, om den manglende indskriden skyldes, at den undersøgte aftale eller praksis falder uden for art. 81, stk. 1, eller skyldes, at betingelserne for dispensation i medfør af art. 81, stk. 3, er fundet at være til stede.

bevirker, at aftalen eller enkelte vilkår i denne »alligevel ikke« bør rammes af forbudet i art. 81, stk. 2.

Hvis der – i stedet – på grundlag af en gennemgribende *økonomisk* baseret analyse af markedsforholdene med en samtidig fokusering på omfanget af *interbrand*-konkurrencen, gøres op med den *konkurrencebegrænsende* virkning af aftalen, kunne en anvendelse af art. 81, stk. 3 [og gruppefritagelsesforordningerne], »gemmes bort« til anvendelse i de formentlig få tilfælde, hvor andre hensyn end de økonomiske (politiske, beskæftigelsesmæssige eller sociale hensyn mv.) fandtes at burde holde aftalen fri fra et forbud.²⁵

En sådan fortolkning, der bygger på anvendelsen af den i amerikansk antitrustpraksis baserede *rule of reason*-model, lader sig imidlertid ikke gennemføre på det nuværende hjemmelsgrundlag. Opbygningen af art. 81 i et *stk. 1*, udelukker, at der allerede ved fortolkningen af *stk. 1* foretages en afvejning mellem aftalens konkurrencebegrænsende og dens konkurrencefremmende virkninger. Hertil kommer, at art. 81, stk. 3, ikke tillader, at andre omstændigheder end *økonomiske hensyn, der kommer forbrugeren til gode*, tillægges betydning ved afgørelsen af, om der bør meddeles dispensation fra art. 81, stk. 1.

Afvisningen af at underkaste art. 81, stk. 1, en *rule of reason* fortolkning er nu tiltrådt af Retten i Første Instans i *Métropole télévision (M6)*²⁶, der angik etableringen af et system til udsendelse mod betaling af fjernsynsprogrammer mv. i digital form via satellit til fransktalende seere i Europa. Med den ovenfor givne begrundelse – den fastlåste opsplitning af art. 81 i *stk. 1*, hvis funktion er at fastslå, om en given aftale eller samordnet praksis er konkurrencebegrænsende, og *stk. 3*, der rummer en dispensationsmulighed – fastholder Retten udtrykkeligt [i præmisserne 75 og 76], at heller ikke en række tidligere afgørelser, hvor *EF-Domstolen* tilsyneladende har anlagt en mere fleksibel fortolkning af forbudet i art. 81, stk. 1, kan tolkes som udtryk for, at der skulle gælde en *rule of reason* i Fællesskabets konkurrenceret.²⁷

Med den formelle accept af den økonomiske tilgang til behandlingen af vertikale konkurrencebegrænsninger har Kommissionen nu – i hvert fald for så vidt angår aftaler mellem ikke-konkurrerende virksomheder – taget en væsentlig del af brodden af den tidligere kritik.

I de af Kommissionen udarbejdede Retningslinier for vertikale begrænsninger (Meddelelse 2000/C 291)[»Retningslinierne«] fremhæver Kommissionen nu flere steder som et analysegrundlag for fremtidige sager, at de fleste vertikale begrænsninger kun giver anledning til konkurrencemæssige problemer, *når der ikke er tilstrækkelig konkurrence mellem forskellige mærker (interbrand-konkurrence)*, dvs. når der på leverandør- eller købersiden foreligger en vis markedsstyrke, dvs. en evne til at forhøje prisen på varerne over det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked uden samtidig at tiltrække nye virksomheder til markedet.

Endvidere fremhæves det, at begrænsninger i *interbrand*-konkurrencen generelt er mere skadelig end begrænsning af *intra*brand-konkurrencen. Mere specifikt giver Kommissionen udtryk for, at fraværet af en tilstrækkelig *interbrand*-konkurrencen vil kunne medføre en indskriden over for særligt skadelige begrænsninger, herunder navnlig en afskærmning af markedet for andre kunder gennem en forhøjelse af adgangsbarrierer, dvs. begrænsninger på det territoriale plan, samt en række begrænsninger med et tilsvarende sigte, bl.a. »mærkeeksklusivitet«, hvor en

²⁵ Smh. *Barry Hawk*, anf. sted, s. 986.

²⁶ (Sag T-112/99).

²⁷ Blandt de afgørelser, der har interesse i denne sammenhæng – betydningen af vertikale aftalebegrænsninger – nævner Retten *Société technique minière/Maschinenbau Ulm* (sag 56/65), *Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis* (sag 161/84) og *Nungesser* (sag 258/78).

køber tilskyndes til at samle sine ordrer på en bestemt type produkt hos en enkelt leverandør [konkurrenceklausuler og mængdeforpligtelser] mv. Generelt gælder det, at vertikale begrænsningers eventuelle negative virkninger vil blive forstærket, når flere leverandører og deres købere tilrettelægger deres relationer på samme måde [»kumulative virkninger«].

Tilbage står imidlertid, at Kommissionen ikke med den nye gruppefritagelsesforordning har opgivet den uforsonlige holdning til aftaler, der giver den enkelte forhandler territorial beskyttelse. Selv om forhandleren A har fået tildelt et eneforhandlingsområde eller en bestemt kundegruppe, må han efter udgangspunktet i art. 4 b) finde sig i, at leverandøren selv eller en anden forhandler B, der har fået tildelt et eksklusivområde eller en eksklusiv kundekreds, sælger produkterne eller tjenesteydelserne inden for A's område eller til A's særlige kundekreds. Denne mulighed er ikke udtrykkeligt omtalt i forordningen, men er fremhævet i pkt. 50 i Retningslinierne, der fastslår, at en beskyttelse af eneforhandlingsområder eller eksklusivt tildelte kundegrupper skal tillade *passivt salg* til sådanne områder eller kundegrupper. Derimod følger det udtrykkeligt af modifikationen til udgangspunktet i art. 4 b), at begrænsning af *aktivt salg* ind i eksklusivområdet eller til den reservede kundegruppe, er omfattet af gruppefritagelsen.²⁸ Det aktive salg er i pkt. 50 defineret som »aktiv henvendelse til individuelle kunder, der er omfattet af en anden forhandlers eneforhandlingsområde eller eksklusivt tildelte kundekreds.....« [f.eks. i form af post eller besøg, eller B's aktive henvendelse til en bestemt kundegruppe.... i reklamer eller andre salgsmetoder, der specifikt er rettet mod A's kunder... eller B's oprettelse af lager eller anden distributionskanal i A's område.]. Heroverfor står det passive salg, der omfatter »besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenester til disse kunder«... [aftalen mellem leverandøren og B kan ikke gå ud på at begrænse B's muligheder for at effektuere sådanne ordrer, selv om de hidrører fra kunder i A's område].

Sondringen mellem de to former for salg [B kan lovligt begrænses i henseende til den »udfarende« kraft, men ikke i henseende til den »passivt modtagende« funktion] er lettere at gengive teoretisk, end det er at give en praktisk anvisning på, hvad B »kan« eller »ikke kan«.

Det princip om »markedsintegration«, der ligger bag modstanden mod territoriale begrænsninger, er nemlig bl.a. blevet kraftigt understøttet af udbredelsen af *internettet*, der imidlertid i sig selv har skabt afgrænsningsproblemer på et andet niveau.²⁹ Ifølge pkt. 51 i Retningslinierne er det udgangspunktet, at brugen af internettet ikke kan betragtes som en form for aktivt salg. Den omstændighed, at det kan have virkninger uden for B's eget område eller hans egen kundegruppe, skyldes teknologiske forhold, dvs. den nemme adgang uanset geografisk placering. Hvis derfor en kunde i A's område besøger B's websted og derefter kontakter B, og en sådan kontakt

²⁸ Leverandøren kan over for den enkelte forhandler forpligte sig til at lade et forbud mod aktivt salg optage i aftaler med andre forhandlere, jf. *Korah & O'Sullivan: Distribution Agreements under the EC Competition Rule (2002)* s. 184.

²⁹ Se om de - trods alt - få og overskuelige problemer, som art. 2, stk. 2, litra c) i gruppefritagelsesforordning 1983/83 medførte i tiden forud for internettets udbredelse, *Bent Iversen: Formidlingsaftaler & EF-konkurrenceretten* s. 97-98.

fører til salg og levering, skal dette betragtes som et passivt salg, som B's aftale med leverandøren ikke kan begrænse. Anderledes derimod, såfremt en henvendelse via nettet rettes til A's kunder, f.eks. i form af uopfordrede e-mails, der sendes til individuelle kunder eller bestemte kundegrupper.

En række mellemtilfælde, der ikke dækkes af de to eksempler, er ikke løst i Retningslinierne, der heller ikke har givet noget svar på, om internettet i sig selv kan udgøre »det relevante marked« i forordningens art. 3, stk. 1. Et spørgsmål herom kunne blive aktuelt i en situation, hvor en virksomhed er den første, der bruger internettet som distributionskanal for et bestemt produkt; Retningslinierne lægger nemlig i pkt. 91 til grund, at den anvendte distributionsform er uden betydning for markedsafgrænsningen.

Pkt. 51 går ud fra, at en leverandør kan pålægge kvalitetsstandarder for så vidt angår brugen af webstedet til videresalg af leverandørens varer svarende til, at leverandøren kan opstille standarder for en forretning eller for reklame og salg fremstød i almindelighed. Et direkte forbud mod handel over internettet anses derimod kun at være tilladt, hvis det er objektivt begrundet, f.eks. hvis sikkerheds- eller sundhedsmæssige hensyn tilsiger et generelt forbud mod at sælge særlige produkter til bestemte kunder.

Den stadige fremhævelse – i såvel kommissionsbeslutninger som i afgørelser fra EU-retsinstanser – af, at markedsintegrationsprincippet kræver åbne grænser, har medført, at den nye gruppefritagelsesforordning ikke har kunnet imødekomme de undertiden berettigede indvendinger mod *free rider*-muligheden.

I Retningslinierne har Kommissionen ganske vist i nogen grad udtrykt sympati for at tillade begrænsninger, der er dikteret af virksomhedernes ønske om at introducere et nyt produkt på et marked eller introducere dette på et nyt marked.³⁰ I sådanne tilfælde skal forhandleren ofte foretage særlige »førstegangsinvesteringer« for at få en (mærke)vare etableret på markedet. Hvis han ikke kan påregne at få dækket sådanne »sunk costs« – herunder bl.a. hans eventuelle investering i *kundespecifikke foranstaltninger*, dvs. sådanne som måtte vise sig helt eller delvis værdiløse i forbindelse med aftalens eventuelle ophør eller hans *førsalgsservice* i en periode, indtil varen er blevet »kendt« på markedet – vil han ofte mangle et incitament til at konkurrere på disse områder, når han må forvente, at en vid adgang til parallelhandel blot udnyttes af forhandlere, der »skummer fløden« af sådanne investeringer.

En tildeling af en eneforhandlingsret inden for et bestemt område vil kun delvist – måske slet ikke – løse problemet. Hvis afstandene til eksklusivområdet er korte – med heraf følgende lave transportomkostninger til følge – vil bl.a. den nævnte udvanding af mulighederne for at begrænse aktivt salg samt indførelsen af en fælles europæisk mønt [euroen], måske helt fortrænge incitamentet til særlige kundevenlige og omkostningsbesparende [førsalgs]foranstaltninger. Det er endnu for tidligt at spå om, hvorvidt de synspunkter, der var fremme i bl.a. *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne*³¹ vil kunne finde grobund inden for andre sektorer end teknologioverførelsesområdet, eller om de særlige betragtninger om accessoriske forpligtelser i *Métropole télévision (M6) mod Kommissionen*³² og i sager om selektiv distribution, f.eks. *Lancôme mod Etos*³³, vil kunne involvere afgrænsede modifikationer i det absolutte udgangs-

³⁰ Se f.eks. punkterne 116-118.

³¹ (Sag 27/87), der er omtalt nærmere nedenfor under bemærkningerne til Kfo 240/96.

³² (Sag T-112/99).

³³ (Sag 99/79).

punkt i gruppefritagelsesforordningens art. 4 b).³⁴

Forholdet mellem traktatens art. 81 og *patentlicensaftaler* er langt mere kompleks end relationerne mellem art. 81 og distributionsaftaler [dvs. de aftaler, som udgør kerneområdet for regulering efter Kfo 2790/99]. Dette skyldes, at der i vurderingen af den konkurrenceretlige effekt af en patentlicensaftale, dvs. en aftale mellem indehaveren af et patent [licensgiver] og en virksomhed [licenstageren] angående udnyttelse af en opfindelse mod erlæggelse af et aftalt vederlag, vil indgå en hensyntagen til andre traktatbaserede grundprincipper end dem, der følger af art. 81.

Det patent, som licenstageren ved aftalen med licensgiveren få retten til at udnytte, hører til kredsen af *enerettigheder*, som er underlagt en særlig beskyttelse i traktatens art. 30, 1. pkt. [tidligere art. 36], idet patentet i sig selv udgør en af lovgiveren anerkendt konkurrencebegrænsning. Indholdet af enerettighedens »særlige genstand« for så vidt angår patenter er at sikre patenthaveren en eksklusiv ret til at udnytte sin opfindelse ved som den første at bringe produktet i omsætning og herved gøre det muligt for opfinderen bag patentet at opnå en økonomisk belønning for den kreativitet, han har udvist og samtidig kompensere ham for de udgifter, han har haft i forbindelse med at bringe produktet frem til omsætningsstadiet. Hertil kommer andre udslag af rettens særlige genstand, bl.a. retten til at udstede licenser til tredjemand og retten til at modsætte sig efterligninger af produktet. Herved er kimen lagt til den forkætrede sondring mellem enerettighedens [patentrettens] særlige genstand og *udøvelsen* af retten.

Sondringen skal ses på den baggrund, at den retlige regulering af immaterialretten fortsat i hovedsagen hviler på *national* ret og ikke på fællesskabsbaseret lovgivning. Det tilkommer som udgangspunkt fortsat de nationale myndigheder at fastlægge indholdet af immaterialrettigheder og indholdet af disse, jf. traktatens art. 295 [tidligere art. 222], hvorefter de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af traktaten. Nationale regler, som vedrører nationale forbud og restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, må imidlertid udformes således, at de kun undtagelsesvis gør indgreb i de *frie varebevægelser*. Reglerne må – som det hedder i traktatens art. 30, 2. pkt. – »hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«.

I den EF-baserede konkurrenceret dukkede sondringen mellem »indhold« og »udøvelse« op første gang i *Grundig*-sagen, hvor en fransk eneforhandlers påberåbelse af nationale regler om varemærkeret fandtes at stride mod art. 85, stk.

³⁴ *Korah & O'Sullivan: Distribution Agreements under the EC Competition Rule* (2002) s. 35-36 peger på, at Kommissionens indstilling over for free rider-problemet til dels skyldes, at Kommissionen har været for tilbøjelig til at anlægge en *ex post*-vurdering, dvs. en vurdering af konkurrenceforholdene *efter at* de særlige investeringer er foretaget og de berørte produkter er blevet efterspurgt. En sådan efterfølgende vurdering fanger imidlertid kun succes-historierne, hvorimod en *ex ante*-vurdering ofte ville være mere fair over for den forhandler, der skal tage stilling til, om det vil være lønsomt at investere i »relationsspecifikke« investeringer, dvs. investeringer, der kan vise sig at være værdiløse for forhandleren, såfremt aftalen med leverandøren ophører.

1 [nu art. 81, stk. 1] i det omfang, varemærket efter den dagældende franske lovgivning kunne hindre paralleleksport til Frankrig.

Grundig-sagen var et signal til Kommissionen om, at den holdning til patentlicensaftaler, der i første halvdel af 1960'erne havde præget Kommissionen, ikke var befordrende for markedsintegrationen. Selv om afgørelsen angik distributionsaftaler, efterlod navnlig dens tilkendegivelse om, at art. 81, stk.1, var anvendelig på såvel horisontale som vertikale aftalebegrænsninger, ikke tvivl om, at også *licensaftaler* kunne have et indhold, som kunne revideres af art. 81.

I Kommissionens meddelelse vedrørende patentlicensaftaler af 24/12-1962 [»Julebudskabet«] havde Kommissionen fastslået, at der lovligt kunne pålægges licenstagere bl.a. en begrænsning *i geografisk henseende* med hensyn til udnyttelsen af patentet [f.eks. »Regionallicens for en del af patentets gyldighedsområde«]. I sin begrundelse herfor erklærede Kommissionen, at territorialbegrænsningens lovlighed skyldtes, at den var dækket af »patentets indhold«, og at begrænsningen blot var ensbetydende med, at »de forbudsbeføjelser, der er indeholdt i patenthaverens eksklusivrettigheder, delvis opretholdes over for licenstagere, som i øvrigt har tilladelse til at udnytte opfindelsen«.³⁵

Kommissionens indstilling – at territorialbegrænsningens eventuelt konkurrencebegrænsende effekt måtte vige for den nationale immaterialretslovgivning – var inspireret af amerikansk antitrust ret og tysk ret lovgivning om konkurrencebegrænsninger [henholdsvis »the scope of the patent« og »der Inhalt des Schutzrechts«]. Opfattelsen er udtryk for, at sådanne handlinger, som licensgiveren kunne forbyde licenstagere, *uden at de havde indgået aftale herom*, falder inden for patentet og er »immune« over for konkurrenceretlige indgreb.³⁶

De første tegn på, at Kommissionen var på vej mod at opgive 1960'ernes liberale holdning til licensaftaler kom frem i en række sager i første halvdel af 1970'erne³⁷, idet det i disse sager bl.a. blev fastslået, at eksklusivbestemmelser i licensaftaler kunne involvere konkurrencebegrænsning, fordi de afskar *licensgiveren* fra at meddele andre licenstagere ret til at udnytte patentet.³⁸

³⁵ I overensstemmelse hermed blev det i art. 4, stk. 2, i Rfo 17/62 bestemt, at licensaftaler ikke var anmeldelsespligtige.

³⁶ Se om denne indflydelse på Kommissionens oprindelige indstilling til territoriale begrænsninger i patentlicensaftaler bl.a. *Steven D. Anderman: EC Competition Law and Intellectual Property Rights* (1998) s. 52-54.

³⁷ Se f.eks. Kommissionens beslutninger af 21.12.1971 i de parallelle sager *Burroughs/Delplanque* og *Burroughs/GEHA* (21.12.1971, EFT 1972 L 13/50 og 13/53), *Davidson Rubber* (9.6.1972, EFT L 143/31) og *Bronbemaling/Heidemaatschappij* (25.7.1975, EFT L 249/27).

³⁸ Sådanne begrænsninger kan dog ikke være udslag af panterrettens særlige indhold, idet dette begreb refererer sig til patenthaverens adgang til at forbyde *andre* at foretage visse handlinger, og er i øvrigt tilsyneladende i strid med pkt. E i Julebudskabet fra 1962, hvorefter et sådant forbud ikke ansås for stridende mod art. 85, stk. 1 (art. 81, stk. 1). Lovligheden af sådanne begrænsninger kan dog fremstå som en *refleks* af, at der pålægges licenstagere en eksklusivt begrænset licens.

I sidste halvdel af 1970'erne ændrer Kommissionens beslutninger karakter, idet Kommissionen – ud over at støtte sig til det gennembrud, der var sket med *Grundigdommen* – henviste til en del afgørelser om relationen mellem de frie varebevægelser og immaterialretten, heriblandt f.eks. *Centrafarm/Sterling Drug*³⁹, der i præmis 9 udtrykte retstilstanden således:

»... inden for patentområdet er den industrielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren en ret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderens for hans kreative anstrengelser med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning.«

Sondringen mellem bestemmelser, som dækkes af enerettighedens særlige *indhold* [eksistens, funktion] og *udøvelsen* af rettigheden kom bl.a. til udtryk i *AIOP/Beyrard*⁴⁰, der fremhævede, at hverken den omstændighed, at licensgiveren meddeler licenstagere eneret til salg og fremstilling af produkter eller et forbud mod, at licenstagere eksporterer til områder, hvor licensgiveren har indrømmet andre tredjemænd licens, hørte ind under substansen i art. 81, stk. 1, og at et eksportforbud i givet fald kun kunne fritages i medfør af art. 81, stk. 3, hvis det – for at formindske risikoen ved de investeringer, der er påkrævede for at vinde indpas på et fremmed marked – kun medførte en midlertidig beskyttelse af licenstagere.

I *Nungesser mod Kommissionen*⁴¹, der vedrørte en aftale om eksklusivlicens på en ny teknologi til fremstilling af såsæd af hybridmajs, tog Domstolen stilling til territorialbegrænsningsspørgsmålet.

I henhold til en aftale mellem et fransk forskningsinstitut *INRA* og den tyske virksomhed *Nungesser* fik *Nungesser* tildelt en eksklusivlicens for Tyskland, idet *INRA* forpligtede sig til ikke selv eller gennem andre licenstagere at producere eller sælge i Tyskland. Herudover forpligtede *INRA* sig til at forhindre enhver direkte eller indirekte eksport til Tyskland. *INRA* ville stå inde for samt forpligte sine successorer til at træffe »alle nødvendige foranstaltninger for at forhindre enhver udførsel« af de omhandlede sorter af såsæd til Tyskland, ligesom *Nungesser* for sit vedkommende forpligtede sig til ikke at eksportere produkterne.

Kommissionen havde fundet, at aftalens eksklusivbeskyttelse ikke var omfattet af den specifikke immaterialret, men at den skulle opfattes som en udøvelse af denne ret og derfor - svarende til Kommissionens forudgående praksis – var omfattet af traktatens art. 81, stk. 1. Forudsætningerne for en anvendelse af art. 81, stk. 3, fandtes ikke at være til stede, idet der ikke efter Kommissionens opfattelse var tale om et nyt produkt eller et nyt marked. Eksklusivbestemmelsen kunne føre til en isolering af markederne med risiko for prisdifferentiering til følge.

Domstolen anlagde imidlertid en sondring mellem de to former for forpligtelser, idet den første begrænsning [*Nungessers* eksklusive ret i forhold til licensgiver og andre licenstagere udpeget af licensgiver] måtte betegnes som en *åben eksklusivlicens*, hvor eksklusiviteten kun angik

³⁹ (Sag 15/74).

⁴⁰ (2.12.1975, EFT L 6/8)

⁴¹ (Sag 258/78).

kontraktsforholdet mellem licensgiveren og licenstageren, og derfor »i betragtning af de omhandlede produkters særlige egenskaber ikke i sig selv er uforenelig med Traktatens art. 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1 EF]«. Når der som i sagen var tale om licens på en opfindelse, der nylig var blevet udviklet i et medlemsland, kunne en virksomhed, der havde hjemsted i en anden medlemsstat, hvis den ikke fik tilsagt en sådan beskyttelse mod andre licenstagere eller licensgiveren selv, måske være utilbøjelig til at påtage sig risikoen ved at dyrke og bringe produktet i omsætning.

Det ville efter Domstolens opfattelse være *til skade for udbredelsen af ny teknologi* og således også for konkurrencen mellem det nye produkt og allerede eksisterende tilsvarende produkter inden for Fællesskabet.

Om forpligtelsen til at forhindre eksport til licensområdet – af Domstolen betegnet som »eksklusivlicens« eller eneret »med fuld områdebeskyttelse« – udtalte Domstolen sig, som sagen var forelagt, kun om parternes forsøg på at begrænse parallelimport/eksport af produkter, der allerede *var blevet* bragt i handelen af INRA, dvs. om tilfælde, hvor der var sket *konsumtion*.⁴² Det kom nemlig frem, at parallelimportører og eksportører, der havde tilbudt INRA-såsæd til tyske købere, havde været udsat for sagsanlæg og anden pression fra INRA og Nungesser for at værne Nungessers position som eksklusivproducent og sælger på det tyske marked. Heroverfor fastslog Domstolen, at fuld områdebeskyttelse med henblik på at kontrollere og begrænse parallelimport efter fast praksis [bl.a. *Grundig-sagen*] var uforenelig med traktatens art. 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1], og at sådanne foranstaltninger klart ville ligge uden for, hvad der kunne opnå fritagelse i medfør af art. 85, stk. 3 [81, stk. 3].

Domstolen kom derimod ikke direkte ind på spørgsmålet, om Nungesser som licenstagere ville være bundet af en bestemmelse, der forbød virksomheden at *eksportere* til potentielle kunder i andre licenstagernes områder, eller om licenstagere i andre områder ville kunne være forpligtet til ikke at eksportere til aftagere i Tyskland. Det følger dog formentlig af dommens formulering, herunder af præmisserne 53 og 58, at et forbud af denne art ville være omfattet af art. 81, stk. 1, idet Domstolen tilsyneladende *sidestiller* en hindring af parallelimport og et eksportforbud pålagt licenstageren.⁴³ I præmis 58 udtaler Domstolen nemlig, at det for den åbne eksklusive licens, som altså efter Domstolens opfattelse ikke er i strid med art. 81, stk. 1, er karakteristisk, at den »ikke vedrører tredjemands forhold, som f.eks. parallelimportører eller licenstagere for andre områder«. ⁴⁴

I en senere sag *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne* fandt Domstolen, at en klausul i en aftale om

⁴² Konsumptionsprincippet, der første gang blev introduceret i den europæiske konkurrenceret i *Centrafarm BV & Adriaan Peijper mod Sterling Drug Inc.* (sag 15/74) medfører, at når produkterne én gang er blevet indført på markedet i et medlemsland [af patenthaveren eller en licenstagere eller af andre, der *lovligt* kan markedsføre produkterne], kan hverken patenthaveren eller licenstagere lægge noget bånd på produkternes videre gang i markedet. Se i øvrigt nærmere om konsumptionsprincippet *Jens Schovsbo: Immaterialretsaftaler* (2001) s. 193 ff.

⁴³ Jf. også *Lundgaard Hansen m.fl.:* EU-Konkurrenceretten (1998) s. 461 og s. 449, og *Jens Fejø:* EU-konkurrenceret, 2. udg., s. 255.

⁴⁴ Se også Kommissionens forsigtige udtalelse i pkt. 11 i præamblen til Kfo 240/96, hvorefter fritagelsen af eksportforbud pålagt licensgiveren og dennes licenstagere ikke foregriber en eventuel udvikling i EF-Domstolens retspraksis med hensyn til artikel 30-36 [art. 28 og 30] og artikel 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1].

opformering og salg af såsæd, hvorefter en af kontrahenterne er indehaver af visse forædlerrettigheder, og som indeholder et forbud mod, at formeringsvirksomheden sælger og eksporterer basissåsæd, er forenelig med traktatens art. 81, stk. 1, for så vidt aftalen er nødvendig for, at forædleren kan udvælge autoriserede formeringsvirksomheder. Eller – som det fremhæves i præmis 11 – : »Forædleren må derfor have ret til udelukkende at lade de formeringsvirksomheder, han har meddelt licens, varetage formeringen. For så vidt er den klausul, som forbyder licenshaveren at sælge og eksportere basissåsæd ikke omfattet af forbudet efter Traktatens art. 85, stk. [art. 81,stk.1].«⁴⁵

Nungesser udtrykker heller ikke en ganske klar opfattelse med hensyn til, om resultatet kan udstrækkes til licensaftaler i al almindelighed, eller om aftaler med andre kendetegn end de i sagen omhandlede [såsæd af majs] er underkastet den samme behandling. På den anden side er præmisserne 56 og 57 udtryk for en af de hidtil klareste erklæringer om, at en vis beskyttelse *kan være* nødvendig for at beskytte en licenstagere mod »free riders«, idet han i modsat fald – til skade for udbredelsen af ny teknologi – vil kunne være mindre motiveret til at foretage investeringer i anlægsaktiver, driftsmidler mv. til brug ved fremstillingen af produkterne og salget af disse.

Den forskel i retsvirkningerne mellem »åbne« og »lukkede« licensaftaler, som *Nungesser* lægger op, er ikke ført konsekvent igennem i gruppefritagelsesforordning 240/96 om teknologioverførselsaftaler [patent- og knowhow-licenser].⁴⁶ Denne indvending gælder ikke bestemmelserne i art. 1, stk. 1, nr. 1, 2 og 3, om licensgiverens forpligtelse til ikke på licensområdet at meddele licens til andre licenstagere og til ikke selv at udnytte den overførte teknologi på området samt licenstagernes forpligtelse til ikke at udnytte teknologien på licensgiverens område, idet disse bestemmelser er dækket af det, dommen kalder åben licensaftale. Vender man sig til gengæld mod dommens definition af den lukkede licensaftale, som dækker såvel aftaler, der forbyder en licenstagere at sælge licensproduktet til kunder, der agter at eksportere det til et område, på hvilket andre licenstagere eller licensgiveren nyder områdebeskyttelse, som aftaler, der begrænser licenstagernes salg til kunder på andre licenstagernes områder, kommer uoverensstemmelsen frem. Art. 3, stk. 3, *forbyder* den første form for begrænsning [forbud mod salg af licensprodukter beregnet til eksport], medens art. 1, stk. 1, nr. 4, 5 og 6, *fritager* den anden

⁴⁵ (Sag 27/87). Afgørelsens uforenelighed med *Nungesser* er kun tilsyneladende. I *Nungesser* var eksportforbudet rettet mod såvel »certificeret« sæd som basissæd, hvorimod forbudet i *Erauw-Jacquéry* kun omfattede basissæd. Grundlaget for afgørelsen kan derfor søges i enerettens »særlige genstand«, der giver rettighedshaveren adgang til at modsætte sig tredjemands uberettigede udnyttelse af rettighederne. Afgørelsen er omtalt af bl.a. *H.H. Lidgard: Licensavtal i EU (1997)* s. 113-15 og *Lundgaard Hansen m.fl.: EU konkurrenceretten (1998)* s. 461.

⁴⁶ Opbygningen af gruppefritagelsesforordningen følger det traditionelle mønster: Medens de »hvidlistede« begrænsninger i art. 1 og 2 kan praktiseres af parterne uden risiko for indgriben fra Kommissionens side, udgør begrænsningerne i art. 3 »sortlistede« forpligtelser, der falder uden for gruppefritagelsen. Endelig rummer art. 4 de »grå« begrænsninger, der er omfattet af »indsigelsesproceduren«, og som er fritaget, såfremt Kommissionen ikke reagerer over for begrænsningerne inden for en frist af 4 måneder regnet fra en *anmeldelse* af aftalen.

begrænsning [begrænsningen af licenstagernes aktive og passive salg på licensområder tildelt andre licenstagere]. Begrænsningen af det passive salg er dog kun gruppefritaget i et tidsrum af højst 5 år regnet fra den første markedsføring på fællesmarkedet af en af licenstagernes, jf. art. 1, stk. 3. Heroverfor står, at efter Kommissionens politik over for vertikale begrænsninger, jf. bemærkningerne til Kfo 2790/99, betragtes enhver begrænsning af passivt salg som led i eneforhandlingsaftaler som en »alvorlig« begrænsning.

Som nævnt har Kommissionen taget initiativ til en ændring af Kfo 240/96, der ellers – jf. art. 13, stk. 2 – skulle være gældende indtil 31. marts 2006. I en Evalueringsrapport (No. Com(2001)786) afgivet i december 2001 har Kommissionen peget på en række kritikpunkter, som er rejst mod forordningen i de 4-5 år, den har været gældende. Der er desuden efter opfordring fra Kommissionen indhentet udtalelser fra institutioner, virksomheder m.fl., som har været – eller vil blive – berørt af forordningen. Der er i juli 2002 afgivet ca. 30 svar til Kommissionen. Svarene indgår nu i Kommissionens overvejelser vedrørende indholdet af den nye forordning, hvis ikrafttræden der endnu ikke er sat nogen dato på. Udviklingen har afdækket nødvendigheden af, at en ny gruppefritagelsesforordning dækker en bredere vifte af patent- og knowhowaftaler end den nuværende, ligesom det vil blive overvejet at medtage andre aftaler om industrielle ejendomsrettigheder, navnlig licensaftaler om ophavsrettigheder.

I Evalueringsrapporten [pkt. 177] giver Kommissionen udtryk for, at Kfo 240/96 er ude af trit med de seneste reformer med hensyn til vertikale og horisontale aftaler, hvilket påvirker den indre sammenhæng i EU's konkurrencepolitik og reglernes forudsigelighed, ligesom det opleves som en svaghed ved forordningen, at den ikke lægger større vægt på spørgsmål, der vedrører *interbrand*-konkurrencen.

Med dette udgangspunkt – og med Domstolens faste tilkendegivelser om, at traktatens art. 30's beskyttelse af de immaterielle rettigheder primært refererer til rettighedernes *genstand* og ikke hindrer en anvendelse af art. 81 på *udøvelsen* af disse rettigheder [pkt. 45] – lægger rapporten op til, at en ny gruppefritagelsesforordning opbygges ad modum Kfo 2790/99.

Koblingen til Kfo 2790/99 foreslås skabt gennem indførelse af forbud mod visse alvorlige begrænsninger [absolut områdebeskyttelse, bindende videresalgspriser mv.] Desuden foreslås det, at eksklusivbestemmelser, der efter art. 1 i Kfo 240/96 kun dækker licenser, der giver licenstageren *territorial* eneret, udstrækkes til også at dække eksklusivbestemmelser, der knytter sig til bestemte *kundegrupper*, idet eneretsbestemmelsernes positive og negative virkninger er de samme for de to grupper. Begge har det fælles omdrejningspunkt, at de begrænser både licenstagernes muligheder for at udnytte den overførte teknologi uden for licensaftalens grænser og licensgiverens muligheder for at udnytte sine rettigheder inden for licensaftalens grænser.

Rapportens analyse af licensaftaler mellem ikke-konkurrenter og konkurrenter stemmer overens med den økonomiske tilgang, som Kommissionen har valgt med hensyn til vertikale begrænsninger og horisontale samarbejdsaftaler, jf. rapportens pkt. 125- 29. Derimod er den ikke dækkende for den mere formalistiske, klausulbaserede tilgang, der kendetegner Kfo 240/96, idet flere praktisk forekommende

tilfælde, der er omfattet af de sortlistede bestemmelser i forordningens art. 3, reelt må betragtes som værende af vertikal karakter, jf. de i rapportens pkt. 125 nævnte situationer.

På denne baggrund foreslås bl.a. sondringen mellem hvid,- grå,- og sortlistede bestemmelser opgivet og erstattet af en stringent opdeling af betingelserne for gruppefritagelse af aftaler mellem ikke-konkurrenter [vertikale aftaler] og aftaler mellem konkurrenter [horisontale aftaler]. Kommissionen skal – eventuelt i nogle ledsagende retninglinier – opstille grundlaget for denne sondring.

Kommissionen peger [pkt. 122] på, at eksklusivbestemmelser i vertikale retsforhold, som ikke indeholder accessoriske tillægsbestemmelser, som udgangspunkt ikke har nævneværdige negative virkninger for konkurrencen, bortset fra tilfælde, hvor licensen påvirker konkurrencen mellem flere licenstagere [pkt. 123][eksportforbud, jf. bemærkningerne til *Nungesser*] og tilfælde, hvor licenstageren i forvejen har en betydelig markedsstyrke på markedet for licensprodukterne, og eksklusivbestemmelsen styrker denne position [pkt. 124].⁴⁷ Det konkurrencepolitiske valg, der blev truffet ved udformningen af Kfo 240/96, var at fritage eksklusivlicenser, uanset parternes markedsandele. Efter denne forordning vil afskærmningsproblemet kun kunne behandles efter art. 81 ved at trække gruppefritagelsen tilbage.

For aftaler mellem ikke-konkurrenter går Kommissionen ind for, at der for begrænsninger, der har tilknytning til udnyttelsen af de overførte rettigheder, f.eks. de i denne sammenhæng behandlede territorialbegrænsninger og kunde-begrænsninger, foreslås indført en nærmere kvalificeret »dominanstærskel« til imødegåelse af markedsafskærmning [pkt. 184].

Området for en ny forordnings gruppefritagelse af licensaftaler mellem konkurrenter vil efter Kommissionens forslag [pkt. 187-188] kunne omfatte en nærmere bestemt markedsandel samt en angivelse af forbudte [»alvorlige«] begrænsninger, herunder bl.a. aftaler om fordeling af områder og kunder. Herved opnås der overensstemmelse med Kfo 2659/2000 om anvendelse af art. 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, ligesom der åbnes for en mere nuanceret tilgang til begrænsninger, der i Kfo 240/96 er optaget på den »sorte« liste. Dette vil efter Kommissionens opfattelse »med rette« – medføre en ringere beskyttelse af de i denne sammenhæng behandlede begrænsninger i eksklusivlicensaftaler mellem konkurrenter.

Evalueringsrapporten udtaler sig ikke udtrykkeligt om det foreliggende forslag til rådsforordning om gennemførelse af traktatens art. 81 og art. 82 (KOM (2000) 582), hvorefter den i henhold til Rfo 17/62 gældende ordning skal afløses af en ordning med en direkte anvendelig undtagelse, hvor de nationale konkurrencemyndigheder og domstole har kompetence til ikke blot at anvende art. 81, stk. 1, og art. 82, men også dispensationsmuligheden efter art. 81, stk. 3. Det kan imidlertid under en sådan ordning, hvor det hidtidige, centrale anmeldelsessystem delvis ophæves, befrygtes,

⁴⁷ Jf. *Tetra Pak Rausing mod Kommissionen* (sag T-51/89).

at bl.a. indførelse af markedsandelstærskler, der erfaringsmæssigt skaber problemer for virksomhederne, vil blive fortolket forskelligt ved de enkelte nationale myndigheder. En afskaffelse af den »sikre havn«, der trods alt har været forbundet med anvendelsen af Kfo 240/96, og overgangen til en ordning, hvor det i første omgang er licensaftalens parter, der skal bedømme omfanget af markedet [og andre specifikke aspekter af licensering af intellektuelle ejendomsrettigheder], kan – navnlig i de første par år af en eventuel ny gruppefritagelsesforordnings levetid – skabe vanskeligheder. Der vil derfor – ud over forordningens operative bestemmelser – være behov for, at Kommissionen supplerer forordningen med nøjagtige *guidelines* for, under hvilke forudsætninger det til tider meget specielle kontraktforhold mellem licensgiver og licenstagere falder ind under gruppefritagelsen. Herudover vil der være behov for, at der udarbejdes klare retningslinier for, under hvilke betingelser en licensaftale, der ikke er dækket af forordningen, falder inden for området af traktatens art. 81, stk. 1, og for, under hvilke omstændigheder aftalen – eventuelt i tilrettet form – kan opfylde betingelserne for fritagelse i medfør af art. 81, stk. 3. Dette gælder ikke mindst for de territoriale bindinger mv., der er behandlet i det foregående.