

SKILLET MELLOM TEKNOLOGIOVERFØRING OG PRODUKTOVERDRAGELSE

- dets implikasjoner for adgangen til å foreta markedsdeling i
relasjon til EF-traktatens artikkel 81

Janicke Wiggen

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA FOR AVHANDLINGEN	1
1.2	TEKNOLOGIOVERFØRING OG PRODUKTOVERDRAGELSE	2
1.3	SKJÆRINGSFELTET MELLOM IMMATERIALRETT OG KONKURRANSERETT	3
1.4	BRUKEN AV MARKEDSDELINGSKLAUSULER	6
1.5	REGULERINGEN ETTER ARTIKKEL 81	7
1.6	HOVEDPROBLEMSTILLINGER	9
1.7	YTTERLIGERE AVGRENSNINGER OG FORUTSETNINGER	11
1.8	METODE	13
1.9	FORHOLDET MELLOM ARTIKKEL 81 OG EØS-AVTALENS ARTIKKEL 53	14
1.10	VIDERE OPPLEGG	16
<u>2</u>	<u>BETYDNINGEN AV SKILLET MELLOM TEKNOLOGIOVERFØRING OG PRODUKTOVERDRAGELSE</u>	<u>18</u>
2.1	SKILLET Betydning - GENERELT	18
2.2	BETYDNINGEN AV SKILLET I FORHOLD TIL ARTIKKEL 81 NR. 1	18
2.2.1	INNLEDNING	18
2.2.2	HENSYNENE BAK ARTIKKEL 81 NR. 1	19
2.2.3	KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET	23
2.2.3.1	Innledning	23
2.2.3.2	Distinksjonen mellom formål og virkning	23
2.2.3.3	Avtalens innvirkning på konkurransen	24
2.2.4	KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET OG TEKNOLOGIOVERFØRINGSAVTALER	27
2.2.5	KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET OG DISTRIBUTJONS AVTALER	34
2.2.6	DOKTRINEN OM AKSESSORISKE BEGRENSNINGER	39
2.2.7	KONKLUSJON	45
2.3	GENERELT OM BETYDNINGEN AV SKILLET I FORHOLD TIL ARTIKKEL 81 NR. 3	47
2.3.1	UTGANGSPUNKT	47
2.3.2	HENSYNENE BAK ARTIKKEL 81 NR. 3	48
2.3.3	VILKÅRENE I ARTIKKEL 81 NR. 3	49
2.4	BETYDNINGEN AV SKILLET I FORHOLD TIL REGELEN OM INDIVIDUELT FRITAK	50

2.4.1	UTGANGSPUNKT	50
2.4.2	VILKÅRET OM EFFEKTIVISERING	50
2.4.3	VILKÅRET OM AT EFFEKTIVISERINGEN MÅ KOMME FORBRUKERNE TIL GODE	52
2.4.4	VILKÅRET OM AT RESTRIKSJONENE IKKE GÅR LENGER ENN NØDVENDIG	54
2.4.5	KONKLUSJON	54
2.5	BETYDNINGEN AV SKILLET I FORHOLD TIL GRUPPEFRITAKENE	55
2.5.1	INNLEDNING	55
2.5.2	VILKÅR SOM MÅ OPPFYLLES FOR Å KOMME INN UNDER GRUPPEFRITAKENE	57
2.5.2.1	Avtaler mellom hvilke aktører kan fritas etter gruppefritakene?	57
2.5.2.2	Hvor store kan markedsaktørene være?	59
2.5.3	ADGANGEN TIL MARKEDSDELING ETTER GRUPPEFRITAKENE	61
2.5.3.1	Generelt	61
2.5.3.2	Adgangen til å innta forbud mot aktivt salg	62
2.5.3.3	Adgangen til å innta forbud mot passivt salg	64
2.5.4	KONKLUSJON	65
2.6	SKILLET BETYDNING – OPPSUMMERING	66
3	<u>FASTSETTELSEN AV SKILLET MELLOM TEKNOLOGIOVERFØRING OG PRODUKTOVERDRAGELSE</u>	68
3.1	INNLEDNING	68
3.2	KONSUMPSJONSPRINSIPPET	72
3.2.1	INNLEDNING	72
3.2.2	BAKGRUNNEN FOR UTVIKLINGEN AV KONSUMPSJONSREGLENE	72
3.2.3	NÆRMERE OM KONSUMPSJONSPRINSIPPETS MATERIELLE INNHOLD	75
3.2.4	KONSUMPSJONSREGLENES RELEVANS	79
3.2.4.1	Den historiske sammenhengen mellom regelsettene	80
3.2.4.2	Hensyn og målsetninger bak regelsettene	82
3.2.4.3	Hensynet til konsistens i regelverket	88
3.2.4.4	Direkte anvendelse av konsumpsjonsprinsippet	88
3.2.4.5	Konklusjon	90
3.3	FASTSETTELSEN AV SKILLET UTGANGSPUNKT	91
3.4	FASTSETTELSEN AV SKILLET FOR SPESIELLE TYPETILFELLER	94
3.4.1	REGULERINGEN AV SKILLET I BLANDINGSTILFELLER	95
3.4.2	TEKNOLOGIEN SOM OVERFØRES ER INKORPORERT I ET PRODUKT	98
3.4.3	ANVENDELSEN AV PRODUKTET KREVER EN TEKNOLOGIOVERFØRING	102
3.4.4	AVTALEN BESTÅR AV BÅDE PRODUKTOVERDRAGELSE OG TEKNOLOGIOVERFØRING	106

3.5	FASTSETTELSEN AV SKILLET - OPPSUMMERING	112
4	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>116</u>

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Denne avhandlingen har som tema skillet mellom avtaler om teknologioverføring og avtaler om produktoverdragelse. Skillet har konkurranserettslige implikasjoner i relasjon til EF-retten, og det er en av disse, skillet betydning for adgangen til å foreta geografisk markedsdeling etter artikkel 81, som behandles i oppgaven.

Som vi skal se, er adgangen til å innta markedsdelingsklausuler etter artikkel 81 forskjellig alt ettersom vi står overfor overføringen av teknologi eller overdragelsen av et produkt. Dette medfører at vi må fastsette et skille mellom avtaletypene. Vi kan tenke oss følgende eksempel som illustrasjon av behovet for å fastsette skillet:

Et engelsk firma, A, produserer en fugemasse med helt spesielle egenskaper. Fugemassen kan for eksempel tenkes å inneha en spesiell elastisitet og å tåle spesielle trykk- eller klimaforhold. Både produksjonsmetoden og fugemassens komponenter og sammensetning, altså selve fugemassen i seg selv, er patentert. Et fransk firma, B, produserer hjul og landingsutstyr som brukes i flyproduksjon. En slik anvendelse av Bs produkter fordrer bruken av en fugemasse som innehar slike egenskaper som As fugemasse inneholder. B ønsker derfor å kjøpe As fugemasse og inkorporere den i sine egne produkter før han selger dem videre. A ønsker å selge til B, men samtidig å pålegge B ikke å selge landingsutstyret i Sverige, der A selv tilbyr tilsvarende produkt på markedet.

For å vurdere lovligheten av en slik restriksjon i forhold til EF-traktatens artikkel 81, må vi ta stilling til hva som egentlig overføres med avtalen. Utgjør fugemassen en teknologi som setter B i stand til å produsere sitt produkt? Eller utgjør fugemassen et produkt som overdras mellom partene? Har det i denne forbindelse noen betydning om B for eksempel også er avhengig av å få overført rettigheter til å anvende fugemassen på en bestemt måte, eller påføre den ved hjelp av en spesiell metode? Svaret på spørsmålene kan være avgjørende for As konkurranserettslige adgang til å innta

markedsdelingsklausulen i avtalen.

1.2 Teknologioverføring og produktoverdragelse

Av hensiktsmessighetsgrunner er det den typen teknologioverføringsavtaler som faller inn under gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler som behandles i denne avhandlingen.¹ Gruppefritaket kommer til anvendelse på lisensavtaler om patenter, opphavsrett til programvare og know-how.² Begrepet ”teknologi” er definert på følgende måte i Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av gruppefritaket;³

”According to Article 1(1)(b) and (h) of the TTBER the concept of ‘technology’ covers patents and patent applications, utility models and applications for utility models, design rights, plant breeders rights, topographies of semiconductor products, supplementary protection certificates for medicinal products or other products for which such supplementary protection certificates may be obtained, software copyright, and know-how. The licensed technology should allow the licensee with or without other inputs to produce the contract products.”⁴

Begrepet ”overføring” defineres videre på denne måten;

” The concept of ‘transfer’ implies that technology must flow from one undertaking to another. Such transfers normally take the form of licensing whereby the licensor grants the licensee the right to use his technology against payment of royalties.”⁵

Det er altså retten til å anvende teknologien i videre produksjon som overføres mellom partene i en teknologioverføringsavtale. Teknologi omfatter i denne forbindelse patenter og opphavsrett til programvare, som er immaterialrettigheter. Know-how er definert

¹ Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004, on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements. Heretter ”gruppefritaket for teknologioverføring”

² Gruppefritakets artikkel 1 b.

³ Commission Notice (2004/C 101/02), Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements. Heretter ”Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler”:

⁴ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 46.

⁵ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 48.

som en samling upatentert praktisk informasjon som er oppnådd gjennom erfaring og testing og som er hemmelig, vesentlig og identifiserbar.⁶ Know-how er strengt tatt ikke en immaterialrettighet, men har visse fellestrekk med disse rettighetene, idet know-howen er hemmelig og ofte svært verdifull teknisk informasjon og gjennomgående vil være gjenstand for spesiell beskyttelse gjennom kontraktsretten. De samme hensyn som begrunner beskyttelse av immaterialrettigheter gjør seg gjeldende også for beskyttelsen av know-how.

En avtale om produktoverdragelse relaterer seg til de nærmere vilkår for overdragelsen av et produkt fra en selger til en kjøper. En slik avtale dreier seg, i motsetning til en teknologioverføringsavtale, om en overføring av en fysisk gjenstand mellom avtalepartene. Slike avtaler om overdragelse inneholder gjerne i tillegg klausuler om produktets videre skjebne, eksempelvis om hvor og til hvem B kan videreselge produktet. Slike avtaler er å betegne som distribusjonsavtaler, og faller inn under gruppefritaket for vertikale avtaler.⁷ En vertikal avtale er etter gruppefritaket en avtale som relaterer seg til under hvilke omstendigheter partene i avtalen kan kjøpe, selge eller videreselge varer og tjenester.⁸ Gruppefritaket omfatter avtaler om videresalg av produktet både i ubearbeidet og bearbeidet stand. Det vil si at både klausuler som relaterer seg til hvor B kan videreselge As produkt, men også klausuler knyttet til hvor B kan selge et produkt som inkorporerer As produkt, omfattes av gruppefritaket.⁹

1.3 Skjæringsfeltet mellom immaterialrett og konkurranserett

Skillet mellom avtaletypene er interessant i konkurranserettslig forstand ettersom det kan gjøre seg gjeldende ulike hensyn når vi skal vurdere dem opp mot konkurransereglene. Spørsmålet er om teknologioverføringsavtalenes innslag av beskyttede rettigheter medfører at de må vurderes på en annen måte enn avtaler om overdragelsen av et produkt. Temaet ligger slik sett i spenningsfeltet mellom

⁶ Se gruppefritaket for teknologioverføring artikkel 1 i.

⁷ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices. Heretter “gruppefritaket for vertikale avtaler”.

⁸ Se gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 2 nr. 1.

⁹ Se Commission notice 2000/C 291/01, Guidelines on Vertical Restraints, heretter “retningslinjene for vertikale avtaler”, punkt 24.

immaterialrett og konkurranserett. Disse rettsområdene står tilsynelatende mot hverandre. I immaterialretten gis rettighetshaveren enerettigheter, mens det gjennom konkurranseretten søkes å oppnå fri konkurranse,¹⁰ og derigjennom også å forhindre sterke markedsposisjoner. Blok beskriver situasjonen slik for patentretten, og beskrivelsen må vel kunne strekkes til å omfatte immaterialrett generelt:¹¹

”*Patentlovgivningerne* hjemler en adgang for opfindere til at opnå en tidsbegrænset eneret til at udnytte opfindelsen erhvervsmæssigt. Patentlovgivningerne *skaber* konkurrencebegrænsninger ved at afskære andre end opfinderen fra at udnytte opfindelsen erhvervsmæssigt. Formålet med *monopollovgivningerne* er i videst mulig omfang at sikre opretholdelse af den fri konkurrence eller ihvertfald at skabe midler til imødegåelse af konkurrencebegrænsninger, som må anses for skadelige fra samfundets synsvinkel.” [] ”Der synes således at være en fundamental disharmoni imellem patentlovgivningerne på den ene side og monopollovgivningerne på den anden.”¹²

Motsetningen mellom de ulike regelsettene har sin begrunnelse i at reglene ivaretar forskjellige hensyn.

Flere ulike hensyn ligger til grunn for immaterialrettsreglene som gis til beskyttelse av teknologi. Koktvedgaard og Stuevold Lassen fremhever grunntanken om at enhver bør kunne ””høste fruktene” av sitt eget arbeid”, i den forstand at en selv får eiendomsretten til det en produserer.¹³ En videreføring av grunntanken ovenfor er hensynet til at rettighetshaverne må få kompensasjon for oppfinnsomhet og risikovillighet, både for at

¹⁰ I en frikonkurransmodell, eller i et fullkomment marked, bestemmes prisene av samlet etterspørsel og tilbud. Ressursene blir brukt der de gir størst fortjeneste, samtidig som produsentenes fortjeneste utover det normale blir redusert, se Eide særlig s. 13-14 og s. 34-36. Se ellers Eide kap. 2 for en nærmere redegjørelse av markedsteori.

¹¹ Selv om immaterialretten omfatter nokså ulike typer rettigheter, har de visse felles karaktertrekk. Blant annet gis beskyttelse av rettighetene gjennomgående i form av eneretter, om enn begrensede, til økonomisk utnyttelse, dette fremgår for eksempel i Stuevold Lassens innledning i Knoph s. 468 og 469. Se også Koktvedgaard s. 1, samt Whish s. 734, samt retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 6.

¹² Blok s. 15

¹³ Se Koktvedgaard kap. I B, særlig s. 3 og 7, Lassen i Knoph, s. 468 og 469.

rettighetshaver skal kunne ha noe å leve av, og for at stadig produksjon skal kunne oppbæres.¹⁴ På denne måten gir reglene incitament til nyskaping. Egenartet for patentretten er et ønske om offentliggjøring av nye oppfinnelser. Mot at patenthaver tilstås en enerett, offentliggjøres teknisk informasjon om produktet, noe som kommer samfunnet til gode ved mer effektiv ressursbruk i forbindelse med den tekniske utviklingen.¹⁵

Konkurransereglene i EF-retten har på sin side som formål å bidra til å oppnå fri konkurranse, eller i alle fall ”workable competition” – fungerende konkurranse.¹⁶ Konkurransereglene bygger på en antagelse om at fri konkurranse er å foretrekke fremfor et monopolistisk marked,¹⁷ idet denne modellen fører til størst mulig samfunnsmessig effektivitet.¹⁸ Med fri konkurranse oppnås lavere priser, bedre produkter, større valgfrihet og alt i alt størst mulig samfunnsmessig velferd.¹⁹ Andre gunstige virkninger av fri konkurranse er at det oppnås en sterkere posisjon for forbrukere, og at små og mellomstore bedrifter beskyttes mot store aktører.²⁰ Den dynamiske effekten av fri konkurranse, nemlig at aktørene på tilbudssiden stadig vil søke å produsere nye og bedre produkter for å tiltrekke seg aktørene på etterspørselssiden, er også et viktig hensyn bak konkurransereglene.²¹ Til slutt må det

¹⁴ Se eksempelvis Fejø s. 352 og Koktvegaard kap. I B s. 7-10.

¹⁵ Se Koktvedgaard s. 9-10.

¹⁶ En rekke forutsetninger må være oppfylt for at det skal foreligge et fullkomment marked, se eksempelvis Eide s. 29-30. Idet det erkjennes at frikonkurransmodellen heller blir et ideal en søker å oppnå snarere enn en realitet, opereres det i praksis med et ønske om å oppnå ”fungerende” konkurranse, som er et noe mer elastisk uttrykk. Se også EF-domstolens avgjørelse i sak 26/76 *Metro vs. Commission*, i avgjørelsens premiss 20.

¹⁷ Et monopolistisk marked kjennetegnes ved at det er svært få, gjerne store markedsaktører. En konsekvens av dette er at en viktig forutsetning for et fullkomment marked ikke er til stede, se eksempelvis Eide s. 29-30. Monopolistene kan da redusere tilbudet og øke sin fortjeneste på bekostning av aktørene på etterspørselssiden.

¹⁸ Samfunnsøkonomisk effektivitet innebærer at ressursene brukes der de gjør mest nytte for seg, slik individene ser det, jf. Eide, s. 6.

¹⁹ Se Craig and de Burca s. 936-938, Jones and Sufrin s. 3-4 og Whish s. 2-4. Se ellers Jones and Sufrin kap. 1 og Whish kap. 1.

²⁰ Se eksempelvis Craig and de Burca s. 937.

²¹ Se eksempelvis Whish s. 4.

påpekes at konkurransereglene også er et viktig verktøy til å sikre markedsintegrasjon, altså sikre opprettelsen og opprettholdelsen av ett felles indre marked der produksjonsfaktorer og resultatet av produksjon uhindret kan flyttes fritt mellom statene.²² Det søkes altså å eliminere hindre som følger de nasjonale landegrenser. Mens reglene om frie varebevegelser retter seg mot statene, sikrer konkurransereglene at målet om et indre felles marked ikke blir underminert av private aktører.²³

Hensynene bak regelsettene trekker altså i hver sin retning. Mens immaterialrettighetene gir en aktør enerett til utnyttelse, søker konkurranseretten å sikre at det er flere aktører som må konkurrere om konsumentenes gunst. Imidlertid kan det allerede her påpekes at incentivfunksjonen av immaterialrettighetene er begrunnet i samfunnsøkonomiske hensyn. Konkurranserettens formål, å sørge for optimal samfunnsøkonomisk effektivitet, samsvarer med dette, og gir også rom for å ta hensyn til spesielle aspekter ved overføringen av immaterialrettigheter. Slik sett minskes motsetningen mellom de to rettsområdene.²⁴ Motsetningen kan imidlertid medføre at vi må se hen til særlige hensyn når vi vurderer teknologioverføringsavtaler etter konkurransereglene, og at denne avtaletypen fordrer en annen vurdering enn det avtaler om produktoverdragelse gjør.

Skjæringsflaten mellom immaterialrett og konkurranserett er viet atskillig oppmerksomhet i EF-retten.²⁵ Skillet som er tema her er imidlertid i liten grad drøftet i teorien, til tross for dets til dels viktige konsekvenser. Temaet skulle slik sett danne et interessant utgangspunkt for en avhandling.

1.4 Bruken av markedsdelingsklausuler

Enten avtalen mellom A og B er en teknologioverføringsavtale eller en avtale om overdragelsen av et produkt, vil avtalen ikke sjelden i tillegg regulere teknologiens eller produktets videre skjebne. I denne avhandlingen er det geografiske markedsdelingsklausuler vi har for øyet, og eksempler på slike kan være at det er inntatt bestemmelser om hvor produktet som selges fra A til B kan videreselges, eller hvor

²² Se eksempelvis EF-traktatens artikkel 14.

²³ Se eksempelvis Craig and de Burca s. 937 og Jones and Sufrin s. 32.

²⁴ Se for eksempel Whish s. 734, og retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 7.

²⁵ Se eksempelvis Craig and de Burca kap. 26, Fejø kap III K, samt kap. VIII C og D, Jones and Sufrin kap. 10 og Whish kap 19.

produktet B produserer ved hjelp av As teknologi kan omsettes. I det følgende skal vi ta for oss situasjoner der produktet eller teknologien som overføres fra A inngår i Bs egen produksjon av et produkt. Det er videre klausuler som regulerer Bs geografiske adgang til å omsette det han selv produserer som er gjenstand for behandling.

Begrunnelsen for å innta markedsdelingsklausuler i avtalen, er at partene søker å beskytte seg fra konkurranse, enten fra sin tidligere avtalepart, eller fra tredjemenn i form av parallellimportører. Vi står overfor parallellimport idet A eller B selger produkter på markedet, og disse produktene kjøpes for senere å bli eksportert eller importert til nye markeder i konkurranse med den aktøren som opererer her.²⁶

Parallellimportproblematikken vil eventuelt oppstå der det foreligger en prisforskjell mellom produktene i de ulike medlemsstatene. Parallellimportøren vil kunne kjøpe produktene rimelig i en stat, og selge dem videre i en annen medlemsstat, der prisen er høyere.²⁷

For fellesskapet som sådan kan det være lite ønskelig at A og B søker å regulere konkurransen seg imellom. Også parallellimporten har en viktig funksjon i fellesmarkedet ved at praksisen virker som ”en justerende mekanisme som tvinger frem prisenhet på fellesmarkedet”, og således har en viktig rolle som middel i integrasjonsprosessen.²⁸ Avtaler som inneholder slike restriktive klausuler som nevnt ovenfor kan derfor komme i konflikt med EF-traktatens artikkel 81, som forbyr visse former for samarbeid.²⁹

1.5 Reguleringen etter artikkel 81

Etter artikkel 81 nr. 1 forbys enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom medlemsstatene, og som har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen på fellesmarkedet. Bestemmelsen retter seg altså mot en bestemt

²⁶ Se eksempelvis Hays s. 1.

²⁷ Se eksempelvis Hays s. 1.

²⁸ Se Cornish & Llewelyn s. 736-737.

²⁹ Innefor EØS-området er det EØS-avtalens artikkel 53 som vil komme til anvendelse. Bestemmelsen er bygget opp på tilsvarende måte som EF-traktatens artikkel 81. Forholdet mellom artikkel EF-traktatens artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53 er gjenstand for nærmere redegjørelse i avhandlingens punkt 1.9.

måte aktørene på et marked kan svekke konkurransesituasjonen på, nemlig ved å samarbeide fremfor å konkurrere. Forutsatt at samhandelskriteriet³⁰ og merkbarhetskriteriet³¹ er oppfylt, vil en markedsdelende avtale kunne falle inn under forbudet i artikkel 81 nr. 1, og må derfor vurderes opp mot dette. Det fremgår av bestemmelsens andre ledd at rettsvirkningen av at forbudet eventuelt overtres er at avtalen er ugyldig.

Artikkel 81 nr. 3 åpner imidlertid for at det på nærmere bestemte vilkår kan gis fritak fra bestemmelsen i første ledd. Fritaket gjelder for avtaler som til tross for at de rammes av artikkel 81 nr. 1, likevel finnes å ha positive virkninger som oppveier for dette. En avtale kan derfor etter en individuell vurdering unntas fra forbudet i artikkel 81. Også kategorier av avtaler kan etter artikkel 81 nr. 3 fritas fra forbudet i første ledd. Kommisjonen har gitt en rekke slike fritak for kategorier av avtaler, såkalte gruppefritak. To av disse, gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler og gruppefritaket for vertikale avtaler, er som allerede signalisert av interesse for avhandlingen.

Artikkel 81 er bestemmende for hva slags begrensninger det er adgang til å innta i avtaler som relaterer seg til produktoverdragelser og distribusjon.³² Også teknologioverføringsavtaler må bedømmes etter bestemmelsen.³³ Valget av skillet

³⁰ Samhandelskriteriet går i korthet ut på at en avtale ikke rammes av artikkel 81 med mindre den har eller kan ha innvirkning på handelen mellom statene i EF, jf. eksempelvis Craig and de Burca s. 962-963, Fejø s. 71-75, Jones and Sufrin s. 121-127 og Whish s. 137-146.

³¹ Merkbarhetskriteriet går i korthet ut på at en avtale ikke rammes av artikkel 81 med mindre den har en viss minste innvirkning på konkurransen og på samhandelen mellom statene i EF, jf. eksempelvis Craig and de Burca s. 963-964, Fejø s. 76-84, Jones and Sufrin s. 127-131 og Whish s. 132.

³² Om vertikale distribusjonsavtaler kan rammes av artikkel 81 nr. 1 har vært et omdiskutert tema i europeisk konkurranserett, se eksempelvis Whish s. 109. Etter EF-domstolens avgjørelse i sakene 56/64 og 58/64, *Consten og Grundig vs. Commission*, er dette imidlertid på det rene.

³³ Det var imidlertid lenge omdiskutert hvorvidt for eksempel også bestemmelser i patentlisensavtaler kunne rammes av EF-traktatens artikkel 81. Tidlig på 60-tallet inntok Kommisjonen en restriktiv holdning; bestemmelser i patentlisensavtaler ble ikke rammet av artikkel 81, idet slike bestemmelser måtte godtas som en følge av patenthavers eksklusive rettigheter. Etter hvert gikk Kommisjonen vekk fra denne restriktive linjen, og med EF-domstolens avgjørelse i sakene 56/64 og 58/64, *Consten og Grundig*

mellom avtaletypene som tema hviler imidlertid på en antagelse om at selv om begge avtale typer må bedømmes etter bestemmelsen, kan vurderingen av om en avtalt klausul overhodet er i strid med artikkel 81 nr. 1, eventuelt om den kan fritas etter artikkel 81 nr. 3 eller et gruppefritak, stille seg forskjellig alt ettersom det dreier seg om en produktoverdragelse eller en teknologioverføring.

1.6 Hovedproblemstillinger

En hovedproblemstilling i oppgaven er å drøfte betydningen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse i relasjon til artikkel 81. Avtale typenes stilling i forhold til bestemmelsen behandles i avhandlingens kapittel to. Allerede her kan det imidlertid fastslås at det er en forskjell mellom bedømmelsen av avtale typene. Det synes å være større adgang til å innta markedsdelende klausuler i en avtale om teknologioverføring enn i en avtale om produktoverdragelse. Dette gjelder både ved vurderingen av hva slags avtaler som rammes av artikkel 81 nr. 1, men også for hvilke typer avtaler som fritas gjennom de respektive gruppefritakene eller etter en konkret vurdering i artikkel 81 nr. 3.

Av betydning blir det da å ta stilling til hvor skillet mellom produktoverdragelse og teknologioverføring går, hvilket utgjør avhandlingens neste hovedproblemstilling. Utgangspunktet kan være greit å fastsette, rene teknologioverføringsavtaler, slik som lisenser og oppskrifter til produksjon, står på den ene siden av skillet. Rene avtaler om overdragelse eller distribusjon på den andre. Problemstillingen blir imidlertid satt på spissen i de tilfeller vi står overfor en blandet avtale, altså en avtale som inneholder elementer av både produktoverdragelse og teknologioverføring. Vi kan se nærmere på eksempelet som ble gitt innledningsvis. A ønsker altså å selge sin fugemasse til B, men ønsker å pålegge B ikke å selge sine ferdige produkter i visse territorier. En slik klausul må, forutsatt at samhandelskriteriet og merkbarhetskriteriet er oppfylt, vurderes opp mot EF-traktatens artikkel 81. Imidlertid oppstår det et behov for å klassifisere avtalen mellom A og B.

Utgjør overføringen mellom partene i dette tilfellet en teknologioverføring, og er det

vs. *Commission*, ble det fastlagt at utnyttelsen av immaterialrettigheter kan komme i strid med bestemmelsen, se særlig side 345 i avgjørelsen. Se også Whish s. 738-739.

den videre anvendelsen av teknologien som beskyttes gjennom markedsdelingsklausulen? I tilfellet utgjør markedsdelingsklausulen del av en teknologioverføringsavtale. I så fall er det gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler som kommer til anvendelse ved bedømmelsen av klausulen. Skulle den avtalte klausulen ikke kunne fritas etter gruppefritaket, må den holdes opp mot artikkel 81 nr. 1 og 3. I så tilfelle vil avtalens karakter kunne ha innvirkning på vurderingen, idet hensynet til beskyttelse og utvikling av teknologi kan veie tungt i vurderingene etter bestemmelsene.

Utgjør overføringen mellom partene på den annen side overdragelsen av et produkt, og er det den videre omsetningen av dette som søkes beskyttet gjennom markedsdelingsklausulen? Klausulen utgjør i et slikt tilfelle del av en distribusjonsavtale, og gruppefritaket for vertikale avtaler kommer muligens til anvendelse. Hvis ikke må forbudet mot videresalg vurderes opp mot artikkel 81 nr. 1 og 3. Idet hensynet til beskyttelse og utvikling av teknologi her ikke er til stede, vil vurderingene etter bestemmelsen kanskje falle annerledes ut enn i tilfellet ovenfor.

Vender vi tilbake til eksempelet i punkt 1.1, ser vi av at det er viktig å klassifisere avtalen mellom A og B. Først da kan vi bedømme hvilket regelsett som kommer til anvendelse ved vurderingen av klausulen om forbud mot videresalg i Sverige. Videre viser eksempelet i hvilke tilfeller behovet for å sette et skille aktualiseres. Det er som allerede påpekt avtaler som inneholder elementer av både produktoverdragelse og teknologioverføring som skaper spesielle problemstillinger. Det er således situasjoner der vi står overfor omsetningen av et produkt som har et innslag av immaterialrettigheter i seg, eller er sterkt tilknyttet til overføring av teknologi, jeg har for øyet i det videre.

Hvordan rettighetene tilknyttet produkter oppstår, er ikke gjenstand for behandling i denne avhandlingen. Her skal bare kort nevnes at et produkt i seg selv, altså løsrevet fra for eksempel en beskyttet produksjonsmetode, kan være beskyttet av immaterialrettigheter. Gode eksempler på dette er produktpatenter, der rettighetshaver har eneretten til de fleste former for utnyttelse av selve produktet.³⁴ Andre produkter vil

³⁴ Se eksempelvis Stenvik s. 262-268.

kunne ha en mer indirekte tilknytning til immaterialrettigheter. Eksempelvis vil en rettighetshaver til en patentert fremstillingsmetode som regel kunne motsette seg for eksempel import av et produkt som er fremstilt ved hjelp av metoden uten hans samtykke.³⁵ Videre kan inkorporasjon av teknologi i et produkt medføre at immaterialrettigheter knyttes til produktet. Sterk tilknytning til en teknologioverføring vil et produkt for eksempel kunne ha i de tilfellene produktoverdragelsen og teknologioverføringen utgjør uatskillelige deler av en og samme overføring.

1.7 Ytterligere avgrensninger og forutsetninger

Det er adgangen til å foreta geografisk markedsdeling ved hjelp av avtalte begrensninger vi har for øyet i denne avhandlingen, og i den forbindelse skal vi altså se nærmere på om innslaget av immaterialrettigheter eller know-how i overføringen mellom A og B har noen betydning for vurderingen etter artikkel 81. Rettighetshaver kan imidlertid påberope seg sine immaterialrettigheter for å forhindre import, noe som også vil virke markedsdelende. En slik handling kan i tilfelle aktualisere forbudet mot importrestriksjoner i EF-traktatens artikkel 28, som inngår i traktatens bestemmelser om fri bevegelighet av varer og tjenester. Etter artikkel 30 rammer artikkel 28 imidlertid ikke tiltak som er begrunnet i beskyttelsen av den industrielle eiendomsrett, under forutsetning av at restriksjonene ikke utgjør en vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring på samhandelen. Også i disse tilfellene kan det derfor være nødvendig å fastsette et skille mellom teknologioverføring og produktoverdragelse, for å vurdere hvorvidt beskyttelsen etter artikkel 30 kommer til anvendelse eller ikke.

Gjennom praksis har EF-domstolen i relasjon til reglene om de frie varebevegelser utviklet det så kalte konsumpsjonsprinsippet.³⁶ Konsumpsjonsreglenes utvikling og innhold relaterer seg til når rettighetshaver ikke lenger kan påberope seg sine immaterialrettigheter for å forhindre videre omsetning av et beskyttet produkt som er brakt i omsetning på fellesmarkedet av ham selv eller med hans samtykke. Prinsippet markerer i denne forstand skillet mellom omsetningen av et produkt og overføring av

³⁵ Se eksempelvis Stenvik s. 270-272.

³⁶ Konsumpsjonsprinsippet stammer opprinnelig fra tysk rett, og fant sitt uttrykk i EF-retten i *Deutsche Grammophon vs. Metro Grössmarkte*, sak 78/70 og forente saker *Centrafarm BV vs. Sterling Drug Inc.* og *Centrafarm vs. Winthrop*, sakene 15 og 16/74. Prinsippet er etter dette stadig anvendt og utviklet i EF-domstolens rettspraksis.

teknologi i relasjon til de frie varebevegelser. Idet det er nær sammenheng mellom konsumsjonsprinsippet og konkurransereglene, og også mellom konkurransereglene og reglene om de frie varebevegelser, kan det reises spørsmål om hvorvidt denne praksisen kan ha relevans for vår konkurranserettslige problemstilling. Avhandlingen vil derfor i en viss grad måtte dreie seg om skillet i relasjon til disse reglene, men det gis ingen selvstendige drøftelser av skillet betydning eller fastsettelse i forhold til reglene om de frie varebevegelser.

Avhandlingen vil videre i enkelte tilfeller vise til avgjørelser som relaterer seg til immaterialrettigheter som ikke faller inn under gruppefritaket for teknologioverføring, og som derfor faller utenfor definisjonen av den type teknologioverføringsavtaler som behandles i denne avhandlingen. Andre immaterialrettigheter kan imidlertid ha fellestrekk med denne teknologien, og avgjørelser fra EF-domstolen som gjelder overføringer av også disse kan derfor være av interesse for avhandlingens tema. Utover i den grad det er relevant for å belyse dette, blir imidlertid ikke disse avtaletypene behandlet særskilt.

Artikkel 81 er en av hovedbestemmelsene i EF-rettens konkurranseregler, og er utførlig behandlet en rekke steder i litteraturen.³⁷ Det er særlig konkurransebegrensningskriteriet i artikkel 81 som er av interesse for problemstillingene som skal drøftes i denne avhandlingen, og i det følgende er det dette elementet som skal behandles. I den videre fremstillingen forutsettes det derfor at de andre vilkårene i artikkel 81 er oppfylt. Det vil si at det ikke gis noen nærmere behandling av foretaksbegrepet eller samarbeidskriteriet. Det blir heller ikke gitt noen redegjørelse for samhandelskriteriet eller merkbarhetskriteriet.

Det forutsettes videre i det følgende at både avtalen mellom A og B, og Bs etterfølgende omsetning skjer innenfor EF-området. Det innebærer at eventuell tredjelandspromatikk ikke behandles i avhandlingen.

³⁷ Se eksempelvis Craig and de Burca, særlig kap. 21, Fejøl kap. II, Jones and Sufrin, særlig kap. 3 og 4 og Whish, særlig kap. 3 og 4.

1.8 Metode

Avhandlingen bygger på EF-rettslige rettskilder og metode. Det gis ingen generell redegjørelse for EF-rettens metodelære her.³⁸ I det følgende skal det imidlertid kort redegjøres for de rettskilder som er særlig relevante i avhandlingen.

Artikkel 81 danner utgangspunktet for drøftelsene. Ordlyden i bestemmelsen blir imidlertid lite annet enn et utgangspunkt. Det nærmere innhold i bestemmelsen og dens anvendelse på de avtalene som behandles i avhandlingen må fastlegges gjennom bruk av EF-domstolens praksis, og litteratur som redegjør for og tolker denne. EF-domstolen legger en formålsoverordnet tolkningsstil til grunn ved tolkningen av EF-traktaten.³⁹ Det tolkningsalternativ som best er i overensstemmelse med traktatens målsetninger og bestemmelsens formål er det som legges til grunn. Også hensynet til sammenheng mellom reglene i traktaten vektlegges.⁴⁰ I denne avhandlingen vil det derfor ses hen til de hensyn som gjør seg gjeldende bak konkurransebestemmelsene i traktaten, og det formålet artikkel 81 forfølger. Videre vil det ses hen til hvilke løsninger som alt i alt synes å være best i tråd med traktatens system.

Før Forordning 1/2003 trådte i kraft 1. mai 2004,⁴¹ hadde Kommisjonen eksklusiv kompetanse til å gi fritak etter artikkel 81 nr. 3. Kommisjonspraksis kan derfor være en nyttig kilde å se hen til ved løsningen av spørsmål knyttet til denne bestemmelsen. Med hjemmel i artikkel 81 nr. 3 har Kommisjonen videre som nevnt gitt to gruppefritak av relevans for avhandlingen. Gruppefritakene er gitt som forordninger, som skal være ”bindende i alle sine deler” og komme ”direkte til anvendelse i medlemsstatene”, jf. EF-traktatens artikkel 249, 2. ledd.⁴² Det er også utarbeidet retningslinjer til hvert av gruppefritakene,⁴³ og til anvendelsen av artikkel 81 nr. 3.⁴⁴

³⁸ Se eksempelvis Arnesen for en slik gjennomgang.

³⁹ Se eksempelvis Arnesen s. 34-42 om dette

⁴⁰ Se eksempelvis Arnesen s. 31-33 om dette.

⁴¹ Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

⁴² Forholdet til EØS-avtalens regler behandles nedenfor i punkt 1.9.

⁴³ Commission notice 2004/C 101/02, Guidelines on the application of article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements og Commission notice 2000/C 291/01, Guidelines on Vertical Restraints.

Gruppefritakene danner utgangspunkt for flere av drøftelsene i denne avhandlingen. Også når disse tolkes må vi se hen til formåls- og sammenhengsbetraktninger. I avhandlingen vil det trekkes vekslers på retningslinjene i den grad de belyser og kan bidra til å fastsette det nærmere innholdet av gruppefritakene og artikkel 81 generelt. Retningslinjene er nyttige kilder å se hen til ettersom de er basert på rettspraksis fra Førsteinstansretten og EF-domstolen, samt på Kommisjonens erfaringer og praksis. De er imidlertid på ingen måte bindende og blir altså ikke lagt direkte til grunn.

Når det gjelder Kommisjonens tidligere praksis kan den være vanskelig tilgjengelig. Videre er det ikke lenger Kommisjonen som gir fritak etter artikkel 81 nr. 3, hvilket vel reduserer betydningen av denne praksisen som rettskilde. Praksisen kan likevel være illustrerende både når det gjelder hvilke problemstillinger som kan dukke opp, for hvilke avveininger som må foretas og for hvordan problemstillingene har vært løst og kan løses. Praksisen er imidlertid for en stor del sammenfattet i retningslinjene til gruppefritakene og til anvendelsen av artikkel 81 nr. 3, og jeg nøyer meg derfor stort sett med å anvende disse.

1.9 Forholdet mellom artikkel 81 og EØS-avtalens artikkel 53

Innefor EØS-området er det EØS-avtalens artikkel 53 som vil komme til anvendelse på problemstillingene som skal drøftes i denne avhandlingen. Noen kommentarer skal derfor knyttes til avhandlingens tema i forhold til denne bestemmelsen.

Det følger av homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalens artikkel 1 og fortalens pkt. 16 at en lik anvendelse og fortolkning av reglene i EØS-avtalen og EF-retten må etterstrebes. Videre følger det av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsene i avtalen så langt de i sitt materielle innhold er identiske med regler i EF-traktaten skal fortolkes i samsvar med de relevante avgjørelser fra EF-domstolen som er truffet før undertegnelsen av avtalen. Etter ODA-avtalen⁴⁵ artikkel 3 nr. 2 skal EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen videre ta tilbørlig hensyn til relevante

⁴⁴ Commission notice 2004/C 101/08, Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty, heretter "retningslinjene til artikkel 81 (3)".

⁴⁵ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA).

avgjørelser fra EF-domstolen som faller også etter undertegnelsen av avtalen. Innholdet i og anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 må altså fastsettes i samsvar med innholdet i og anvendelsen av EF-traktatens artikkel 81.

Det kan likevel reises spørsmål ved om EF-domstolens tolkning i visse tilfeller ikke kan legges direkte til grunn ved tolkningen av EØS-avtalen på grunn av den formålsoverrettede tolkningsstilen domstolen legger for dagen. EF-traktatens artikkel 2 oppstiller et mer omfattende formål enn formålsangivelsen i EØS-avtalens artikkel 1 nr. 1, hvilket kan innebære at EØS-avtalens særpreg fører til at dens konkurranseregler må tolkes på en annen måte enn EF-traktatens konkurranseregler. Som Kolstad påpeker, skal imidlertid konkurransereglene under begge regimene sikre at konkurransen ikke vris, henholdsvis i det indre marked og innenfor samarbeidsområdet.⁴⁶ Disse markedene har de samme egenskaper, og EØS-avtalens egenart tilsier ikke at artikkel 53 skal tolkes annerledes enn EF-traktatens artikkel 81.⁴⁷

Dette må gjelde til tross for EF-domstolens sterke vekt på integrasjonshensynet, og også når det gjelder anvendelsen av traktatens regler om den frie varebevegelse og reglene om konsumpsjon. I lys av homogenitetsmålsetningen vil det være vanskelig ikke å se hen til integrasjonshensynet også i relasjon til EØS-avtalen, med mindre avtalens særpreg taler for noe annet.⁴⁸ Det legges derfor til grunn at betydningen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse i forhold til EØS-avtalens artikkel 53, samt fastsettelsen av skillet, i utgangspunktet vil følge den betydning og den fastsettelse det har i relasjon til artikkel 81.

Det kan imidlertid reises en spesiell problemstilling i tilknytning til avhandlingens tema; I det følgende vil det gjøres rede for gruppefritaket for teknologioverføring og gruppefritaket for vertikale avtaler, både når det gjelder skillet betydning og skillet fastsettelse. Ettersom EØS-avtalen ikke formelt har overført lovgivningskompetanse, må nye rettsakter overtas og gjøres til del av EØS-avtalen gjennom beslutning i EØS-

⁴⁶ Se *EØS-rett*, Sejersted...[et al.], s. 470.

⁴⁷ Se *EØS-rett*, Sejersted...[et al.], s. 470.

⁴⁸ Se *EØS-rett*, Sejersted...[et al.], s. 270-271.

komiteen etter EØS-avtalens artikkel 102.⁴⁹

Gruppefritaket for vertikale avtaler ble gjort til del av avtalen gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 18/2000 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIV. Det tidligere gruppefritaket for teknologioverføring⁵⁰ ble gjort til del av EØS-avtalen gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 12/97 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIV. Det nye gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler⁵¹ er imidlertid ennå ikke gjort til del av EØS-avtalen.⁵² Etter EFTA-domstolens avgjørelse i sak E 3/97⁵³ vil gruppefritaket ikke komme til anvendelse så lenge det ikke er tatt inn i EØS-avtalen.⁵⁴ Det kan heller ikke ses hen til gruppefritaket ved tolkningen av artikkel 53 i disse tilfellene.⁵⁵

Inntil det nye gruppefritaket tas inn i avtalen er det derfor det gamle fritaket som kommer til anvendelse så lenge dette har virkning.⁵⁶ Det er til dels viktige forskjeller mellom disse gruppefritakene, både når det gjelder betydningen av skillet og når det gjelder fastsettelsen av det. Forskjellene blir ikke behandlet her, men det er viktig å være oppmerksom på dette når det gjelder overføringsverdien av drøftelsene som foretas i forbindelse med gruppefritaket for teknologioverføring.⁵⁷

1.10 Videre opplegg

I det videre, i oppgavens kapittel 2, behandler jeg de konkurranserettslige implikasjonene av skillet i relasjon til artikkel 81 i EF-traktaten. Idet behovet for å

⁴⁹ Se *EØS-rett*, Sejersted...[et al.], s. 177-178. Se nærmere om prosedyren på sidene 177-183.

⁵⁰ Commission Regulation (EC) No 240/96 on the application of article 85 (3) of the Treaty of certain categories of technology transfer agreements.

⁵¹ Commission Regulation (EC) No 772/2004, on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements.

⁵² Pr. 05.04.05.

⁵³ Sak E 3/97, anmodning til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Nedre Romerike herredsrett i saken for denne domstol mellom Jan og Kristian Jæger AS støttet av Norges Bilbransjeforbund og Opel Norge AS om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

⁵⁴ Avgjørelsens premiss 29-30.

⁵⁵ Avgjørelsens premiss 31-32.

⁵⁶ Gruppefritaket har virkning frem til 31. mars 2006, jf. fritakets artikkel 13.

⁵⁷ Altså forordning (EF) 772/2004.

fastsette et skille mellom teknologioverføring og produktoverdragelse først oppstår dersom det er ulikheter i den konkurranserettslige reguleringen av de to avtaletypene, danner dette etter min mening et naturlig utgangspunkt for avhandlingen. I oppgavens kapittel 3 vil jeg forsøke å fastsette skillet mellom avtaler om teknologioverføring og produktoverdragelse. Herunder inngår å gjøre rede for konsumpsjonsprinsippets utvikling og innhold, og å drøfte hvorvidt vi kan se hen til prinsippet ved fastsettelsen av skillet.

2 Betydningen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse

2.1 Skillet betydning - generelt

Hvorvidt vi står overfor en avtale om teknologioverføring eller produktoverdragelse kan for det første ha betydning for om avtalen overhodet rammes av artikkel 81. Ikke alle avtaleklausuler som ser ut til å inneholde konkurransebegrensende elementer gjør faktisk det. Selv om artikkel 81 etter praksis rammer meget vidt, er det klart at der hensynene bak bestemmelsen ikke slår til, rammes heller ikke avtalen av forbudet i bestemmelsen. Praksis fra EF-domstolen viser at skillet kan være av betydning for vurderingen av om en avtale rammes av forbudet i artikkel 81 eller ikke.⁵⁸

Skillet kan videre ha betydning for hvorvidt avtalen kan fritas etter artikkel 81 nr. 3. De hensyn som ligger bak fritaksreglen i bestemmelsens tredje ledd, står ikke nødvendigvis i samme stilling i forhold til de to avtaletypene. Dette kan ha betydning for muligheten for at avtalen kan unntas etter en individuell vurdering etter bestemmelsen. Videre kan skillet ha betydning for hvilket gruppefritak som kommer til anvendelse. Dette er viktig ettersom gruppefritakene er ulike når det gjelder hvilke begrensninger som godtas i den enkelte avtale. Forskjellene mellom gruppefritakene blir gjennomgått i punkt 2.5.

I det følgende behandles forskjellene i regelverket i den rekkefølgen de er tatt opp ovenfor.

2.2 Betydningen av skillet i forhold til artikkel 81 nr. 1

2.2.1 Innledning

Konkurransebegrensende klausuler kan finnes både i avtaler om produktoverdragelse og avtaler om teknologioverføring og begge avtaletypene må altså vurderes i forhold til artikkel 81 nr. 1. Når det gjelder skillet mellom avtaletypene, er det imidlertid etter min

⁵⁸ Praksis vil bli gjennomgått nedenfor, særlig i punkt 2.2.4-2.2.5.

mening særlig to aspekter ved bestemmelsen som kan medføre at avtaletypene behandles forskjellig.

Det første aspektet er vilkåret om at samarbeidet må ha en konkurransebegrensning som formål eller virkning. En avtale om markedsdeling oppfyller ikke nødvendigvis dette vilkåret, og vurderingen av innvirkningen på konkurransen vil variere fra avtale til avtale. Det andre aspektet er følgene av det domstolskapte unntaket fra artikkelens første ledd, nemlig unntaket for ”aksessoriske begrensninger”. Unntaket går ut på at restriktive klausuler som er direkte knyttet til, som er nødvendige for, og proporsjonale med, gjennomføringen av en mer betydningsfull transaksjon som ikke har som formål eller virkning å begrense konkurransen, heller ikke rammes av bestemmelsen.⁵⁹

Vurderingen av om hvorvidt en slik mindre betydningsfull restriksjon er direkte knyttet til, nødvendig for og proporsjonal med gjennomføringen av avtalens hoveddel, vil kunne slå ut forskjellig alt ettersom hva slags avtaletype vi står overfor.

Etter en gjennomgang av hensynene bak artikkel 81 nr. 1, er det nedenfor utelukkende disse aspektene ved bestemmelsen som behandles.

2.2.2 Hensynene bak artikkel 81 nr. 1

Hensynene bak EF-rettens konkurranseregler er gjort rede for under punkt 1.3. Utformingen av artikkel 81 nr. 1 er gitt for å ramme en bestemt form for svekking av konkurransen i markedet, nemlig det konkurransebegrensende samarbeidet. Dersom virksomheter samarbeider framfor å konkurrere, svekkes forutsetningene for frikonkurransemodellen, og samfunnet opplever et effektivitetstap i form av høyere priser, mindre tilbud og svekket incentiv til nyskapning.⁶⁰

Imidlertid gir hensynene bak bestemmelsen også uttrykk for dens grenser. Det er ønsket om virksom konkurranse, både statisk og dynamisk, som begrunner forbudet mot visse typer samarbeid. Dette ønsket er igjen begrunnet med ønsket om størst mulig samfunnsøkonomisk effektivitet. Det er derfor først idet samfunnet faktisk står overfor et effektivitetstap, at hensynene bak bestemmelsen slår til. Dette har da også funnet

⁵⁹ Se eksempelvis retningslinjene til 81 (3) punkt 28-31.

⁶⁰ Se for øvrig om dette i oppgavens punkt 1.3.

uttrykk i ett av kriteriene i bestemmelsen, nemlig kravet om at samarbeidet må ha et konkurransebegrensende formål eller en konkurransebegrensende effekt for å rammes av forbudet.

Blant hensynene bak forbudsbestemmelsen i artikkel 81 nr. 1 er det særlig ett som er egnet til å illustrere bestemmelsens grenser, nemlig ønsket om å stimulere til nyskapning. Som jeg har vært inne på tidligere, vil virksom konkurranse medføre at markedsaktørene på tilbudssiden stadig vil søke å tiltrekke seg nye aktører på etterspørselssiden for å kunne opprettholde sin egen eksistens. En måte å gjøre dette på er stadig å utforske nye produkter og produksjonsmetoder. En slik satsning på nye områder kan resultere i økning og variasjon i tilbudet, bedre og sikrere produkter, samt besparelser i produksjonskostnader som til syvende og sist kan komme forbrukerne til gode i form av lavere priser. I sin tur innebærer dette økt konkurranse på produktmarkedet, noe som igjen gir incitament til videre innovasjon. Å beskytte og å gi incentiv til slik nyskapning, er derfor et viktig mål med konkurransereglene.

Nyskapning kan på sin side innebære betydelige kostnader for aktørene, og vil samtidig være knyttet til atskillig usikkerhet med hensyn til introduksjon av de nye produktene på markedet. For å beskytte seg mot tapte investeringer, søker aktører som ønsker å introdusere nye produkter gjerne å knytte restriktive klausuler til avtaler om overdragelse eller overføring av rettigheter. På denne måten sikrer rettighetshaveren seg størst mulig kontroll med utnyttelsen av sitt produkt, og en økt andel av de inntekter produktet eventuelt genererer. I slike tilfeller kan det oppstå problemer i forhold til samfunnets konkurranserettslige regulering. Vurderingen etter artikkel 81 må da relatere seg til verdien av transaksjonen. Fører den restriktive klausulen alt i alt til et effektivitetstap for samfunnet? Eller vil effektivitetsgevinstene introduksjonen av det nye produktet representerer i form av for eksempel økt konkurranse, bedre kvalitet eller lavere pris, oppveie de ulempene restriktive overføringsklausuler medfører?

Svaret er ikke gitt, vurderingen etter artikkel 81 nr. 1 må foretas konkret i hver sak. Imidlertid ser vi at hensynet til å fremme og oppfordre til nyskapning er egnet til å illustrere den komplekse vurderingen som må foretas etter bestemmelsen.

Hensynet kan gjøre seg gjeldende når vi står overfor en distribusjonsavtale, for

eksempel i tilknytning til distribusjon og markedsføring av et nytt produkt eller et produkt på et nytt marked. Selve introduksjonen og distribusjonen av produktet kan medføre gevinster for forbrukerne i seg selv, både idet de kan få tilbudt et produkt med bedre kvalitet og lavere pris enn før, men også fordi selve introduksjonen og distribusjonen av produktet kan stimulere til økt konkurranse mellom aktørene på markedet. Ønsket om å fremme og å oppfordre til nyskaping står nok likevel i en særstilling i de tilfeller vi står overfor en avtale om teknologioverføring. Dette har sammenheng med at det først og fremst er selve utviklingen av nye produkter som stimulerer konkurransen, og derigjennom vedvarende innovasjon. Selve nyskapingen kan hevdes å representere et større sprang enn distribusjonen av den. Videre vil det faktum at teknologien overføres til nye produsenter, innebære en spredning av teknologi i fellesskapet. Sistnevnte moment kan medføre gunstige virkninger relatert til stadig nyskaping og økt konkurranse gjennom at ulike produsenter til sammen kan tilby økt produkt differensiering, idet de selv står for produksjon snarere enn å distribuere samme produkt.⁶¹ Uansett ser vi at dersom konkurransereglene håndheves alt for strengt, risikerer vi at incentivet til nyskaping forsvinner, og konkurransesituasjonen på markedet forverres.

På den annen side kan beskyttelsen av nyskaping ikke trekkes alt for langt. Det ville kunne skape en ubalanse mellom hensynene bak konkurransereglene, og deretter medføre redusert samfunnsøkonomisk effektivitet. Altså må en hele tiden ha for øyet at hensynet til beskyttelse av nyskaping bare kan vektlegges så lenge dette vil gi en effektivitetsgevinst. Idet beskyttelsen går lenger, vil den medføre en svekket konkurransesituasjon. Når det gjelder markedsdelingsklausuler, gjør også et annet hensyn bak konkurransereglene seg sterk gjeldende, nemlig ønsket om full markedsintegrasjon.

Et av målene med EF-traktaten er å skape ett felles marked, hvori produksjonsfaktorer og resultatet av produksjonen flyter fritt mellom medlemsstatene, uten å møte hindre av noen slag.⁶² Ønsket om å opprette et felles indre marked er begrunnet i at dette vil være et egnet middel for å oppnå de overordnede mål som er opplistet i EF-traktatens

⁶¹ Se eksempelvis retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 26 om dette.

⁶² Se eksempelvis EF-traktatens artikkel 14.

artikkel 2. Blant disse målene er å fremme en harmonisk, avbalansert og bæredyktig økonomisk utvikling, høy sysselsetting, økt levestandard og bedret livskvalitet.

Opprettelsen av fellesmarkedet er kort sagt begrunnet i at dette på sikt vil føre til bedre ressursallokering, og økt velferd alt i alt.⁶³

Mens det i hovedsak er EF-traktatens regler om de fire friheter som er gitt for å gjennomføre målsetningen om et felles indre marked, har også konkurransereglene en side til opprettelsen og opprettholdelsen av fellesmarkedet. Lite ville vært vunnet om private aktører gjennom samarbeide eller utøvelse av en dominerende stilling på markedet skulle kunne gjenopprette de handelshindre mellom medlemsstatene som statenes myndigheter og fellesskapet i seg selv søker å avskaffe. I tillegg kan konkurranseretten oppfordre til handel mellom medlemsstatene, ved at de kan føre til bedre ressursallokering mellom statene (og derigjennom økt eksport og import), og ved at de legger til rette for grenseoverskridende transaksjoner og integrasjon.⁶⁴

Konkurransereglene er derfor et viktig middel i gjennomføringen av fellesmarkedet. Integrasjonshensynet har også fått en betydelig plass i konkurranseretten, noe som vi skal se er grunnen til at særlig markedsdelingsklausuler er gjenstand for streng behandling. At integrasjonshensynet gjør seg sterkt gjeldende, kan altså også være medvirkende til at hensynet til å fremskynde og beskytte nyutvikling gis mindre vekt i en samlet vurdering etter artikkel 81 nr. 1.

Som vi ser må vurderingen etter artikkel 81 altså gå ut på en avveining av ulike hensyn. Hensynet til å gi incitament til nyutvikling er et viktig hensyn bak konkurransereglene, og avveiningen etter artikkel 81 nr. 1 vil bero på i hvilken grad dette hensynet gjør seg gjeldende, og i hvilken grad vektlegging av hensynet vil gå ut over ønsket om fri konkurranse og full markedsintegrasjon. Denne avveiningen kan medføre at vurderingen etter bestemmelsen kan stille seg annerledes for henholdsvis teknologioverføringsavtaler og avtaler om produktoverdragelse. Dette har sammenheng med at hensynet til å beskytte og oppfordre til nyskapning gjør seg særlig gjeldende i forhold til teknologioverføring. Avveiningen som må foretas i artikkel 81 kan derfor falle ulikt ut for avtaletypene. Imidlertid kan ønsket om å belønne og oppfordre til

⁶³ Se eksempelvis Keeling s. 5.

⁶⁴ Se Whish, s. 20-21, s. 21.

innovasjon etter omstendighetene gjøre seg gjeldende i større eller mindre grad, og det er derfor viktig å ha de ulike hensynene i artikkel 81 i mente når vi nå tar for oss konkurransebegrensningskriteriet i bestemmelsen.

2.2.3 Konkurransbegrensningskriteriet

2.2.3.1 Innledning

Konkurransbegrensningskriteriet har kommet til uttrykk i artikkel 81 ved at det er samarbeid som har som ”formål eller følge at konkurransen begrenses, hindres eller vris” som rammes av bestemmelsen.⁶⁵

De tre formene for innvirkning på konkurransen overlapper hverandre og har liten selvstendig betydning. Det er økonomiske vurderinger av innvirkningen på konkurransen som blir avgjørende. Undersøkelsen av om en avtale vil virke konkurransebegrensende er omfattende og komplisert. Vurderingen må imidlertid i et visst omfang vies plass i denne avhandlingen ettersom den vil kunne avdekke ulike aspekter ved vurderingen som kan føre til forskjellig resultat alt ettersom vi har å gjøre med en teknologioverføring eller en produktoverdragelse.

2.2.3.2 Distinksjonen mellom formål og virkning

Når en avtales eller en klausuls virkning på konkurransen skal vurderes, må en se hen til distinksjonen bestemmelsen gjør mellom formål og virkning.

Visse typer samarbeid kan anses som konkurransebegrensende utelukkende ut fra sitt formål.⁶⁶ Dette gjelder samarbeid som normalt har en så alvorlig negativ innvirkning på konkurransen at det er unødvendig å vurdere faktisk effekt på markedet. Partenes subjektive oppfatning er irrelevant, det er målene som forfølges ved avtalen som må undersøkes i lys av den økonomiske kontekst avtalen inngår i.⁶⁷ Om avtalen har et

⁶⁵ I tillegg må konkurransebegrensningen ha en innvirkning på samhandelen. Både innvirkningen på samhandelen og konkurransen må videre være merkbar, men disse kriteriene behandles altså ikke i denne avhandlingen.

⁶⁶ Se Whish s. 110.

⁶⁷ Jf. EF-domstolens avgjørelse i sakene 29/83 og 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH vs. Commission*, premiss 26.

konkurransbegrensende formål vurderes gjerne på bakgrunn av tidligere erfaringer, og i artikkel 81 nr. 1 bokstav a til e er det gitt eksempler på samarbeid som typisk kan anses for å ha et slikt formål. Der et slikt formål påvises, er det ikke nødvendig å vurdere virkningen av avtalen,⁶⁸ rent bortsett fra at merkbarhetskriteriet må være oppfylt også her.⁶⁹

Har avtalen ikke noe konkurransbegrensende formål, må det undersøkes om den har slike virkninger at konkurransen begrenses. Partenes frihet seg imellom, men også tredjemenns frihet på markedet, må analyseres. Der avtalen eventuelt inneholder elementer med konkurransbegrensende effekt, kan disse imidlertid i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1 veies mot andre positive virkninger for konkurransen eller markedsintegrasjonen som følger av avtalen. Det tilsvarende gjelder ikke i de tilfeller avtalen finnes å ha et konkurransbegrensende formål.⁷⁰

2.2.3.3 Avtalens innvirkning på konkurransen

Vurderingen av hvorvidt en avtale har negativ innvirkning på konkurransen i et marked må sees ut ifra hvilken konkurransemessige situasjon vi ville stått overfor hvis avtalen med dens antatt restriktive klausuler ikke hadde blitt inngått.⁷¹ En slik vurdering må ta for seg innvirkningen på både konkurransen mellom produsenter av ulike merkevarer, eller virksomheter som benytter ulik teknologi, og konkurransen mellom leverandører av de samme merkevarene, eller virksomheter som benytter samme teknologi.⁷² Både virkningen på den faktiske og potensielle⁷³ konkurransen mellom partene og fra

⁶⁸ Se eksempelvis sakene 56 og 58/64, Consten and Grundig vs. Commission, på s. 342.

⁶⁹ Se eksempelvis sak C-306/96, Javico International vs. Yves Saint Laurent Parfums, premiss 17.

⁷⁰ Se eksempelvis sakene T-374, 384 og 388/94 European Night Services vs. Commission, premiss 136.

⁷¹ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 17.

⁷² Se retningslinjene til 81 (3), punkt 17 og 18, samt retningslinjene for teknologioverføring, punkt. 11.

⁷³ Begrepet potensiell konkurranse brukes om de situasjoner der andre virksomheter ved hjelp av relativt enkle midler *kan, og antakeligvis ville* komme inn på markedet med et konkurrerende produkt som respons på en permanent prisøkning i markedet, se eksempelvis retningslinjene for vertikale avtaler, punkt 26. Potensiell konkurranse kan også forekomme i relasjon til de samme merkevarene; eksempelvis kan en avtale som pålegger distributører ikke å distribuere utenfor et gitt territorium hindre den potensielle konkurransen som eksisterte mellom disse, se eksempelvis retningslinjene til 81 (3), punkt 18 nr. 2.

tredjemenn må tas i betraktning.⁷⁴

Vi kan bruke eksempelet fra avhandlingens innledning; A selger sin fugemasse til B som ønsker å inkorporere dette i sitt landingsutstyr. Samtidig pålegges B ikke å selge sitt ferdige produkt videre til Sverige. Vi må da undersøke hvilken konkurransemessig situasjon vi hadde stått overfor dersom avtalen mellom A og B ikke hadde blitt inngått, for å bedømme avtalens innvirkning på konkurransesituasjonen. Ved avtalen kan det se ut som om den faktiske og potensielle konkurransen på markedet begrenses. Imidlertid kan ulike faktorer medføre at så ikke er tilfelle. Kanskje bidrar inngåelsen av avtalen til at B kan tre inn på et nytt marked, og derigjennom øke konkurransen, og kanskje hadde dette ikke kunnet oppnås uten den restriktive avtalen.⁷⁵ En avtale som begrenser avtalepartenes handlingsfrihet er altså ikke nødvendigvis restriktiv for konkurransen som sådan.⁷⁶ Avtalen må vurderes konkret i sin faktiske kontekst.

I hvilken grad negative virkninger av en avtale kan balanseres mot dens gunstige virkninger på konkurransen i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1, er et omdiskutert tema innenfor europeisk konkurranserett.⁷⁷ Det vil føre for langt å gå inn på denne diskusjonen i denne avhandlingen. Ulike synspunkter til tross, det synes sikkert å hevde at i alle fall en viss grad av økonomisk avveining mellom positive og negative virkninger på konkurransen må foretas i bestemmelsen.

Hevet over enhver tvil er det at EF-domstolen ved flere anledninger etter en grundig analyse har kommet til at en avtale inneholdende restriktive klausuler ikke har blitt

⁷⁴ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 18 og retningslinjer for teknologioverføringsavtaler, punkt 11.

⁷⁵ Denne siste vurderingen beror imidlertid ikke på om partene ikke ville ha inngått en mindre restriktiv avtale, men hvorvidt virksomheter i en tilsvarende situasjon ikke ville ha inngått en slik, jf. retningslinjene til 81 (3), punkt 18 nr. 2.

⁷⁶ Se nærmere om denne distinksjonen i Odudu, Okeoghene. "Interpreting article 81 (1): demonstrating restrictive effect." I: European Law review. Vol. 26 (2001), s. 261-274.

⁷⁷ Se eksempelvis Craig and de Burca s. 950-962, Jones and Sufrin s. 149-154 og Whish s. 124-127. Se også Odudu, Okeoghene i European Law Review 2001 s. 261-274 og i "A new economic approach to Article 81 (1)", I: European Law Review. Vol. 27 (2002), s. 100-105. Diskusjonen relaterer seg særlig til skjæringsflaten mellom artikkel 81 nr. 1 og nr. 3, og i hvilken grad avveiningen skal tas i en ene eller den andre av bestemmelsene.

rammet av forbudet i artikkel 81 nr. 1. Avgjørelsene er gitt ulike begrunnelser. I *STM* uttalte domstolen for eksempel at en klausul som ga distributøren territoriell eksklusivitet ikke nødvendigvis var i strid med 81 nr. 1 dersom klausulen var nødvendig for at en virksomhet skulle kunne komme inn på et nytt marked.⁷⁸ I *Nungesser* uttalte domstolen at en såkalt åpen eksklusiv lisens ikke nødvendigvis ville rammes av artikkel 81 nr. 1 ettersom lisenstaker ellers ikke ville ha påtatt seg den risiko investeringen i det nye produktet ville innebære.⁷⁹ I *Coditel* fant domstolen at en eksklusiv rett til filmfremvisning i en medlemsstat ikke nødvendigvis falt inn under artikkel 81 nr. 1 til tross for at lisenstaker da ble beskyttet mot fremvisning via kabel-tv fra andre medlemsstater, der slik eksklusivitet var nødvendig for å beskytte lisenstakers investering.⁸⁰ I *Pronuptia* fant domstolen at restriksjoner på partenes handlingsfrihet som var nødvendige for en fungerende franchiseavtale med gunstig virkning for konkurransen falt utenfor artikkel 81 nr. 1.⁸¹

Dommene representerer kun et lite utvalg av avgjørelser som er egnet til å illustrere at en avveining av ulike hensyn kan medføre at avtaler som inneholder restriktive klausuler ikke nødvendigvis rammes av artikkel 81 nr. 1. Eksempelvis vektlegges hensynet til å tilrettelegge for nysatsning og hensynet til å beskytte foretatte investeringer.

I forhold til skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse, er det selvfølgelig viktig å ha for seg at begge avtaletypene kan falle utenfor nedslagsfeltet til artikkel 81 nr. 1. Når det gjelder avtaler om produktoverdragelse, er dette særlig tilfelle når det gjelder vertikale distribusjonsavtaler. Eksempelvis fant EF-domstolen i *Metro* at en spesiell type distribusjonssystem kunne falle utenfor artikkel 81 nr. 1 til tross for at priskonkurransen derved kunne begrenses.⁸² I vurderingen vektla domstolen de økonomiske fordeler distribusjonssystemet medførte. Imidlertid er noen av de hensyn domstolen legger vekt på når de kommer til at en avtale ikke uten videre rammes av

⁷⁸ Sak 56/65, *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm*.

⁷⁹ Sak 258/78, *Nungesser KG vs. Commission*.

⁸⁰ Sak 262/81, *Coditel vs. Ciné Vog Films SA*.

⁸¹ Sak 161/84, *Pronuptia de Paris vs. Schillgalis*.

⁸² Sak 26/76, *Metro SB-Grossmärkte vs. Commission*.

artikkel 81 nr. 1 spesielt relevante i relasjon til teknologioverføringsavtaler, noe vi skal se nærmere på i neste punkt.

2.2.4 Konkurransbegrensningskriteriet og teknologioverføringsavtaler

Teknologioverføringer sprer ny teknologi, skaper nye aktører på markedet og besørger kompensasjon for og incitament til innovasjon. I det store og hele er virkningene av teknologioverføring derfor gunstige for konkurransen på markedet. I utgangspunktet kunne en derfor tenke seg at en teknologioverføringsavtale som sådan ytterst sjeldent ville være i strid med artikkel 81 nr. 1.⁸³ Imidlertid har Kommisjonen ved en rekke anledninger ansett restriktive klausuler i teknologioverføringsavtaler for å begrense konkurransen. Dette har særlig sammenheng med utviklingen av konsumpsjonsprinsippet, erkjennelsen av at flere restriktive klausuler går lenger enn nødvendig for å beskytte immaterialrettighetene, og tanken om at et forbud mot restriktive klausuler vil medføre mer liberale overføringsavtaler.⁸⁴

Hensynet til å beskytte rettighetshavers rettsposisjon på grunn av særlige aspekter forbundet med teknologiutvikling, for eksempel fordi teknologiutvikling ofte medfører betydelige investeringer som må dekkes gjennom senere adgang til utnyttelse, har likevel fått gjennomslag i EF-retten. Når det gjelder adgangen til markedsdeling, er det særlig to dommer som indikerer at særpreg ved teknologioverføringsavtaler medfører at de må vurderes på en måte som kan skille seg fra vurderingen av rene avtaler om produktoverdragelse.

Den første saken er *Nungesser* fra 1978.⁸⁵ Saksforholdet var her at et fransk firma, INRA, som drev med utvikling av frøsorter inngikk en kontrakt med Eisele, en tysk leverandør av frø. Kontrakten ga Eisele, og gjennom ham Nungesser, absolutt territoriell beskyttelse mot konkurranse. Etter kontrakten skulle INRA ikke selv selge frøene i Tyskland, og heller ikke selge til andre tyske leverandører. Videre skulle INRA forhindre tredjemenn i å importere frø til Tyskland; Eisele kunne bruke planteforedlerrettighetene han hadde fått overført fra INRA til å forhindre slik

⁸³ Se Jones and Sufirin s. 579. Se også retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 17.

⁸⁴ Se Jones and Sufirin s. 581.

⁸⁵ Sak 258/78, *Nungesser vs. Commission*.

parallellimport.

EF-domstolen skilte mellom to typer lisenser, en ”åpen” eksklusiv lisens, og en eksklusiv lisens med absolutt territoriell beskyttelse.⁸⁶ En ”åpen” eksklusiv lisens er en lisens der lisensgiver påtar seg ikke å konkurrere på lisenstakers territorium selv, og til heller ikke å gi lisens til andre på territoriet. Den relaterer seg som sådan bare til kontrakten mellom lisensgiver og lisenstaker, og regulerer partenes adgang til å selge direkte inn i et gitt territorium. Domstolen tok først stilling til hvorvidt en slik eksklusiv lisens kunne sies å ha en konkurransebegrensende virkning;

I denne sammenheng var det fra den tyske stats side argumentert med at beskyttelsen av nyvinning på landbrukssektoren gjennom planteforedlerrettigheter gir incentiv til innovasjon. Å tildele eksklusive rettigheter over en viss tid vil ytterligere forsterke dette incentivet. På bakgrunn av dette ble det hevdet at et total forbud mot eksklusive lisenser ville medføre at virksomheters interesse i lisensiering ville minke, noe som ville gå utover spredningen av kunnskap og teknologi i fellesskapet.⁸⁷

Dette sa domstolen seg enig i, og påpekte at lisensen i saken gjaldt dyrking av og handel med hybride maissorter som var utviklet etter år med forskning og eksperimentering, og som på tidspunktet for avtaleinngåelsen mellom INRA og Eisele var ukjente for tyske bønder. Av denne grunn var intervenientens interesse i at ny teknologi beskyttes rettferdiggjort.⁸⁸

Domstolen gikk så videre til å påpeke at i et tilfelle som det foreliggende, ville en lisenstaker kunne bli avholdt fra å ta den risiko det innebærer å dyrke og markedsføre det nye produktet dersom han ikke var sikret mot konkurranse fra lisensgiver selv, eller fra andre lisenstakere på sitt territorium. Et slikt resultat vil være ødeleggende for spredningen av ny teknologi, og vil svekke konkurransen mellom det nye produktet og liknende allerede eksisterende produkter.⁸⁹

⁸⁶ Se avgjørelsens premiss 53.

⁸⁷ Se avgjørelsens premiss 55.

⁸⁸ Se avgjørelsens premiss 56.

⁸⁹ Se avgjørelsens premiss 57.

Etter dette konkluderte domstolen med at en åpen eksklusiv lisens under hensyntaken til produktets spesielle natur ikke i seg selv er uforenelig med artikkel 81 nr. 1. I denne forbindelse utgjør en slik åpen eksklusiv lisensavtale altså en avtale som utelukkende regulerer forholdet mellom lisenstaker og lisensgiver. Både restriksjoner på lisensgivers adgang til selv å konkurrere på markedet, og på lisensgivers adgang til å lisensiere rettigheter til andre lisenstakere på samme territorium omfattes imidlertid av begrepet.

Domstolen gikk etter dette videre til å vurdere om en eksklusiv lisens som tilrettelegger for full områdebeskyttelse rammes av artikkel 81 nr. 1. En eksklusiv lisens med absolutt territoriell beskyttelse innebærer i denne forbindelse at det i tillegg til at forholdet mellom lisensgiver og lisenstaker reguleres, sikres mot konkurranse fra tredjemenn.⁹⁰ Denne typen avtale ble funnet å være i strid med artikkel 81 nr. 1, og kunne heller ikke fritas etter artikkel 81 nr. 3.

Som i saken kan en slik absolutt områdebeskyttelse sikres ved at lisensgiver i tillegg til å gi en eksklusiv lisens, også overfører immaterialrettigheter slik at lisenstaker kan påberope seg disse for å hindre parallellimport. Lisensgiver kan også påta seg å sørge for at slik import hindres ved å pålegge for eksempel andre lisenstakere ikke å selge inn i et gitt territorium. Det kan imidlertid spørres om avgjørelsen inkluderer sistnevnte avtaler i kategorien for avtaler som sikrer absolutt territoriell beskyttelse.⁹¹ EF-domstolen uttaler at en avtale sikrer absolutt territoriell beskyttelse der partene søker å eliminere all konkurranse fra tredjemenn, *slik som parallellimportører eller lisenstakere fra andre territorier*.⁹² Tilsvarende definerer domstolen åpne eksklusive avtaler som avtaler som ikke vedrører stillingen til tredjemenn, *så som parallellimportører eller lisenstakere fra andre territorier*.⁹³ Disse uttalelsene tyder på at det ikke bare er avtaler som søker å regulere adgangen til parallellimport fra uavhengige tredjemenn som faller inn under kategorien, men at også avtaler som innebærer at lisenstakere blir pålagt

⁹⁰ Se avgjørelsens premiss 53.

⁹¹ Se Fejø s. 386-391, særlig på s. 389-391, og Korah s. 46-47.

⁹² Se avgjørelsens premiss 53.

⁹³ Se avgjørelsens premiss 58.

eksportforbud anses for å sikre absolutt territoriell beskyttelse.⁹⁴

Ved vurderingen av de avtalte begrensningene i *Nungesser*,⁹⁵ fokuserte domstolen imidlertid på at avtalen søkte å forhindre at tredjemenn som kjøpte frøene i Frankrike eksporterte frøene videre til Tyskland.⁹⁶ Hovedpoenget i dommen er at avtalen søkte å forhindre parallellimport av frø solgt av INRA på det Franske markedet. En slik avtale innebar en absolutt territoriell beskyttelse. Domstolen diskuterte imidlertid ikke spesifikt adgangen til å pålegge andre lisenstakere et forbud mot å selge direkte inn på det tyske markedet. Dette tilsier at det kan reises spørsmål ved om dommen sier noe avgjørende om adgangen til å innta direkte eksportforbud i lisensavtaler.⁹⁷

I sitt forslag til avgjørelse i *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*,⁹⁸ en sak vi skal se nærmere på straks nedenfor, skiller Generaladvokat Mischo mellom begrensninger i lisenstakers adgang til å eksportere direkte, og begrensninger også på lisenstakers adgang til å eksportere indirekte inn i et gitt territorium.⁹⁹ Etter hans syn er det ikke sikkert at det første rammes av artikkel 81 nr. 1. Han synes snarere å reservere betegnelsen ”absolutt territoriell beskyttelse” for de avtaler som i tillegg søker å forhindre indirekte eksport, som han i denne forbindelse definerer som eksport fra uavhengige tredjemenn. I *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne* kom imidlertid ikke spørsmålet på spissen, og domstolen befattet seg derfor ikke med disse drøftelsene.¹⁰⁰ Generaladvokatens syn kan imidlertid tas til inntekt for at direkte eksportforbud inntatt i lisensavtaler ikke uten videre anses for å tilrettelegge for absolutt territoriell eksklusivitet.

⁹⁴ Se eksempelvis Fejø s. 390, i note 236.

⁹⁵ Sak 258/78, *Nungesser vs. Commission*.

⁹⁶ Se særlig avgjørelsens premisser 64 og 65. Se også avgjørelsens premiss 77, i tilknytning til spørsmålet om avtalen kunne fritas etter artikkel 81 nr. 3.

⁹⁷ Se Fejø s. 389-391 og Korah s. 46-47.

⁹⁸ Opinion of Mr Advocate General Mischo, delivered on 9. December 1987.

⁹⁹ Se forslaget til avgjørelse, punkt 28 og 29.

¹⁰⁰ I avtalen som ble behandlet i saken var lisenstakerne pålagt både ikke å selge eller eksportere såkalte basisfrø, og ikke å eksportere, direkte eller indirekte, annengenerasjonsfrø. Den foreleggende domstol hadde imidlertid bare henvist førstnevnte klausul til avgjørelse for EF-domstolen.

Det må altså anses som usikkert hvorvidt en avtale som sikrer lisenstaker B mot konkurranse fra lisenstaker D gjennom at lisensgiver A pålegger D ikke å selge direkte inn et gitt territorium anses som en avtale som sikrer absolutt territoriell beskyttelse.¹⁰¹ Likeledes må det kanskje anses som uavklart hvorvidt avtaler der bare A eller B pålegges eller gis anledning til å hindre konkurranse fra C faller inn under begrepet.¹⁰² Hva som utgjør en avtale som sikrer full territoriell eksklusivitet kan altså diskuteres. Det må imidlertid være sikkert at en eksklusiv lisens der begge partene i tillegg søker å begrense parallellimport fra tredjemenn, slik saksforholdet var i *Nungesser*,¹⁰³ anses for å tilrettelegge for absolutt territoriell eksklusivitet. Avtaler mellom A og B hvor begge kan hindre konkurranse fra C som parallellimportør faller altså inn under denne kategorien.

Nungesser gjaldt planteforedlerrettigheter, men prinsippene i dommen er neppe begrenset til å gjelde slike rettigheter.¹⁰⁴ Avgjørelsen illustrerer at særegenheter for teknologioverføring, slik som beskyttelse som incentiv for innovasjon, ønsket om nyskaping og spredning av teknologi samt beskyttelse mot risiko ved investering, blir vektlagt, og kan tale mot at avtaler om markedsdeling overhodet rammes av artikkel 81 nr. 1.¹⁰⁵ Resultatet i saken ble imidlertid at kun den åpne eksklusive lisensavtalen ikke ble rammet av bestemmelsen. Klausulene som medførte absolutt territoriell beskyttelse ble rammet av artikkel 81 nr. 1, og kunne heller ikke fritas etter artikkel 81 nr. 3.¹⁰⁶

I *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne* går domstolen imidlertid ett skritt videre;¹⁰⁷

¹⁰¹ Se Korah s. 47 og også Fejø s. 390-391.

¹⁰² Se Korah s. 47.

¹⁰³ Sak 258/78, *Nungesser vs. Commission*

¹⁰⁴ *Jones and Sufrin* s. 583, *Keeling*, s. 330 og *Pagenberg/Geisseler* s. 101, punkt 95. Kfr. dog Fejø s. 390, som viser til at spesielle aspekter ved saken og rettighetene den omhandlet vektlegges i avgjørelsen. Etter mitt syn kan lignende hensyn gjøre seg gjeldende i andre saker som involverer immaterialrettigheter, og dommen må etter min mening også kunne få betydning for teknologioverføring generelt. Se også Korah, særlig s. 48-49 for en drøftelse av dommens betydning.

¹⁰⁵ Se avgjørelsens premiss 55-57.

¹⁰⁶ Se avgjørelsens premiss 60-66 og 68-78.

¹⁰⁷ Sak 27/87, *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

I denne saken var planteforedlerrettigheter lisensiert til et kooperativ. Kooperativet hadde rett til å dyrke opp og formere såkalte basisfrø, og til å selge første- og annen-generasjons frø. Kooperativet var imidlertid forhindret fra å selge eller eksportere basisfrøene. Den nasjonale domstolen rettet en forespørsel til EF-domstolen om hvorvidt avtalen var forenelig med artikkel 81 nr. 1.

Domstolen henviste til sin tidligere avgjørelse i *Nungesser*,¹⁰⁸ og minnet om at utviklingen av basislinjer kan innebære betydelige økonomiske investeringer. Domstolen uttalte videre at en person som gjennom betydelig innsats har utviklet basisfrø som kan beskyttes av planteforedlerrettigheter, må innrømmes rett til å beskytte seg selv mot manipulasjon av disse frøsortene. Av denne grunn fant domstolen at klausulen som forbød lisenstaker å selge og eksportere basisfrø falt utenfor forbudet i artikkel 81 nr. 1.¹⁰⁹

Også i denne saken ble trekk som gjerne er særegne ved teknologioverføringsavtaler vektlagt i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1. Og denne gangen kom domstolen til at også et direkte salgs- og eksportforbud gikk klar av forbudet. Ved første øyekast ser det ut som om markedsdelingsklausulene i de to sakene var av ulik art. I *Nungesser* tok EF-domstolen først og fremst stilling til de aspekter ved avtalen som gjorde det mulig for partene å forhindre parallellimport av frø brakt i omsetning på det franske markedet. I *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne* var det "bare" et direkte eksportforbud pålagt lisenstaker domstolen tok stilling til, noe som kunne tenkes å forklare forskjellen mellom avgjørelsene. Imidlertid var Erauw-Jacquérys lisenstakere forhindret ikke bare fra å eksportere frøene videre, men fra å selge frøene i det hele tatt. Slike avtaler forhindrer at parallellimportproblemet oppstår over hodet, og markedsdelingsklausulene skiller seg i liten grad fra hverandre.

Avgjørelsen synes å holde døren på gløtt for at lisensavtaler som tilrettelegger for absolutt territoriell beskyttelse i visse tilfeller ikke kommer i strid med

¹⁰⁸ Sak 258/78 *Nungesser vs. Commission*

¹⁰⁹ Avgjørelsens premiss 10.

konkurransereglene.¹¹⁰ Synspunktet kan imidlertid diskuteres. Keeling hevder for eksempel at avgjørelsen ikke kan tas til inntekt for dette.¹¹¹ Jeg forstår ham dit hen at han mener at ettersom lisensen ikke tillot salg av basisfrø overhodet, (lisenstaker hadde rett til å bruke frøene utelukkende for å produsere nye frø som skulle omsettes), ga heller ikke lisensen noen absolutt territoriell beskyttelse. Det ville eventuelt være klausuler forbundet med videre omsetning av de nye frøene som kunne sies å gi slik beskyttelse. Jeg synes ikke dette argumentet taler mot å anse lisensen for å tilrettelegge for full territoriell beskyttelse. Rettighetshaver hadde her benyttet sin teknologi til å lisensiere basisfrøene for dyrkning. Et forbud mot å omsette også disse frøene videre kan etter min mening vanskelig anses for noe annet enn en klausul som sikret både rettighetshaver og lisenstaker mot potensiell konkurranse fra nye produsenter. At restriksjoner som ville gi adgang til å forhindre parallellimport av annengenerasjonsfrø ville kunne rammes av artikkel 81 nr. 1 endrer ikke dette.

Avgjørelsen i *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*¹¹² kan etter min mening tas til inntekt for at teknologioverføringsavtaler som tilrettelegger for full områdebeskyttelse på grunn av disse avtaletypenes karaktertrekk ikke nødvendigvis rammes av forbudet i artikkel 81 nr. 1.¹¹³ En slik slutning støttes også av avgjørelsen i *Coditel*.¹¹⁴ I denne saken gikk en klausul som sikret Ciné Vog Films eksklusiv rett til visningen av filmen ”Le Boucher” i Belgia, og som herunder sikret full beskyttelse mot visning via kabel også fra aktører som hadde rettighetene til å vise filmen i utlandet, klar av forbudet i artikkel 81 nr. 1. Selv om denne saken gjaldt beskyttelse av opphavsrettigheter, og dreide seg om tjenesteyting, gjør noen av de samme hensynene seg gjeldende i forhold til teknologioverføring. Avgjørelsen viser at restriksjoner som tilrettelegger for full territoriell eksklusivitet ikke nødvendigvis kommer i konflikt med artikkel 81 nr. 1 når de er inntatt i avtaler om overføring av immaterialrettigheter, noe som vil kunne gjelde også for teknologioverføringsavtaler.

¹¹⁰ Se Jones and Sufrin s. 587, Korah og O’Sullivan s. 83 og vel Whish s. 741-742.

¹¹¹ Se Keeling s. 330.

¹¹² Sak 27/87, *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

¹¹³ Avgjørelsen er imidlertid svært konkret, og dens betydning for teknologioverføringsavtaler utover planteforedlerrettigheter kan diskuteres, se eksempelvis Korah s. 16-17 og på s. 50.

¹¹⁴ Sak 262/81, *Coditel vs. Ciné Vog Films*.

Kommisjonen har også tatt inn over seg at visse former for markedsdeling inntatt i lisensavtaler ikke vil rammes av artikkel 81 nr. 1. Det uttales i gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler at det ikke er noen presumpsjon for at avtaler mellom virksomheter hvis markedsandel overstiger gruppefritakets terskelverdier rammes av artikkel 81 nr. 1.¹¹⁵ Videre understrekes det i denne forbindelse at ”en eksklusiv lisensavtale mellom ikke-konkurrerende virksomheter [ofte ikke faller] innenfor artikkel 81 nr. 1 sitt nedslagsfelt.”¹¹⁶

En foreløpig konklusjon kan derfor være at de spesielle aspekter ved teknologioverføringsavtaler medfører at hensynet til innovasjon under visse omstendigheter veier tyngre i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1 enn ønsket om mest mulig fri mulig konkurranse. Dette kan bety at markedsdelingsklausuler inntatt i slike avtaler vil kunne anses å falle utenfor artikkel 81 nr. 1, noe som er i tråd med de ovenfor behandlede avgjørelsene. Dette kan under visse omstendigheter gjelde også for restriksjoner som gir fullstendig territoriell eksklusivitet, hvilket støttes av avgjørelsen i *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.¹¹⁷ Når dette er sagt, kan det imidlertid påpekes at også distribusjonsavtaler kan være av en slik art at de ikke rammes av forbudet i artikkel 81 nr. 1,¹¹⁸ noe vi skal se nærmere på i neste avsnitt.

2.2.5 Konkurransbegrensningskriteriet og distribusjonsavtaler

En distribusjonsavtale er som jeg har vært inne på tidligere en avtale om salg, kjøp eller videresalg av et produkt. Når A bestemmer noe om hva B kan gjøre med produktet som overdras mellom dem, står vi altså overfor en distribusjonsavtale. I selve begrepet ligger det nærmest implisitt at det er snakk om en vertikal avtale, idet aktørene i relasjon til avtalen vil befinne seg på ulikt trinn av distribusjonskjeden. Produsent A selger for eksempel til produsent B for at sistnevnte skal selge produktet videre. Selv om både A og B er produsenter, befinner de seg i relasjon til avtalen på ulike trinn i distribusjonskjeden, A er produsent, B er distributør.

Hvorvidt vertikale avtaler, herunder distribusjonsavtaler, rammes av EF-rettens

¹¹⁵ Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler, fortalens punkt 12.

¹¹⁶ Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler, fortalens punkt 12.

¹¹⁷ Sak 27/87, *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

¹¹⁸ Se eksempelvis *Whish* s. 596.

konkurranseregler har, i likhet med spørsmålet om teknologioverføringsavtaler rammes av reglene, vært gjenstand for atskillig diskusjon.¹¹⁹ Bakgrunnen for diskusjonen er også her at restriksjoner på partenes handlingsfrihet ikke nødvendigvis utgjør en restriksjon på konkurransesituasjonen i markedet.

Vertikale avtaler kan ha en rekke positive virkninger. I retningslinjene for vertikale avtaler nevnes for eksempel at slike kan føre til økt konkurranse på andre områder enn pris, samt til forbedret kvalitet på tjenester.¹²⁰ Spesielt påpekes det at vertikale avtaler kan løse det såkalte ”gratispassasjerproblemet”, som oppstår når en distributør utnytter seg av en annens salgsfremmende innsats.¹²¹ Videre kan de bidra til å sikre inntreden på nye markeder, idet avtalene kan sikre et godt rykte,¹²² eller minske risiko forbundet med nødvendige førstegangsinvesteringer knyttet til både markedsføring og håndtering av produktet.¹²³ Avtalene kan videre medføre stordriftsfordeler¹²⁴ og effektivitet i kapitalmarkedet.¹²⁵ Visse distribusjonsavtaler kan bidra til å gi et produkt godt omdømme, noe som i sin tur vil tiltrekke seg konsumenter.¹²⁶

Flere av disse positive virkningene av vertikale avtaler er egnet til å øke konkurransen på markedet, ved at det blir sikrere for partene å introdusere nye produkter. Nye produkter på markedet vil gi incitament til atter nyskaping, lavere pris og altså konkurranse innenfor for eksempel kvalitet og service. Kommisjonen har imidlertid en rekke ganger ansett også vertikale avtaler for å være i strid med artikkel 81 nr. 1. Dette har særlig sammenheng med at slike avtaler kan medføre barrierer for markedsadgang for nye aktører, reduksjon i konkurransen både mellom ulike merkevarer og mellom distributører av de samme merkevarene, samt medføre hindre for oppnåelse av full markedsintegrasjon.

¹¹⁹ Se eksempelvis Craig and de Burca s. 971-977, Jones and Sufrin s. 485-502, og Whish s. 589-594.

¹²⁰ Retningslinjene punkt 115.

¹²¹ Retningslinjene punkt 116 (1).

¹²² Retningslinjene punkt 116 (3).

¹²³ Retningslinjene punkt 116 (2) og (4).

¹²⁴ Retningslinjene punkt 116 (6).

¹²⁵ Retningslinjene punkt 116 (7).

¹²⁶ Retningslinjene punkt 116 (8).

Så lenge ikke avtalens formål er konkurransebegrensende, har EF-domstolen imidlertid gitt klart uttrykk for at en må gjennom en utførlig analyse og drøftelse for å undersøke hvorvidt den har en konkurransebegrensende effekt på markedet.¹²⁷ Adgangen til å foreta markedsdeling har vært opp til vurdering flere ganger. Særlig to saker er egnet til å illustrere domstolens vurderinger.¹²⁸ Som vi skal se, er domstolens vurderinger i disse sakene seg nokså like vurderingene i *Nungesser*¹²⁹ og *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*,¹³⁰ men domstolens resultat er forskjellig på ett vesentlig punkt.

I *STM* var saksforholdet det at STM hadde inngått en kontrakt med Maschinenbau Ulm, hvorefter STM hadde en eksklusiv rett til å selge varer produsert av Maschinenbau på det franske markedet.¹³¹ STM kunne imidlertid selge varene videre også utenfor det franske markedet, likeledes var parallellimport ikke utelukket ved kontrakten. I forbindelse med en kontraktstvist mellom selskapene, hevdet STM at den eksklusive forhandleravtalen var i strid med artikkel 81 i EF-traktaten.

EF-domstolen uttalte imidlertid at avtalen måtte vurderes konkret når det skulle undersøkes hvorvidt den hadde en konkurransebegrensende effekt. Domstolen uttalte så at det ville være tvilsomt om en avtale som synes nødvendig for å kunne komme inn på et nytt marked ville ha en negativ effekt på konkurransen på markedet. I vurderingen av innvirkningen på konkurransen måtte i så fall produktets natur og antall, selger og distributørs markedsrett, avtalen sett isolert eller i sammenheng med andre avtaler, alvorligheten av de restriktive klausulene og ikke minst andre aktørers frihet til parallell import og eksport, vurderes.

¹²⁷ Se eksempelvis sak 56/65, *Société La technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH* og sak 23/67, *Brasserie de Haecht SA vs. Wilkin*.

¹²⁸ I det følgende er det sak 56/65, *Société La technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH* og forente saker 56 og 58/64, *Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkauf-GmbH vs. Commission* som blir behandlet. Sakene ble avgjort allerede i 1966, og er således av svært gammel dato. Avgjørelsene har imidlertid fått stor betydning og er blitt stående som de viktigste dommene på dette området. Resultatene blir stadig opprettholdt, og danner viktige utgangspunkter også for Kommissjonens praksis. Se eksempelvis Fejø s. 426-431 om dommenes betydning.

¹²⁹ Sak 258/78 *Nungesser vs. Commission*.

¹³⁰ Sak 27/87, *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

¹³¹ Sak 56/65, *Société La technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*.

EF-domstolen vektla her altså hensynet til å beskytte investeringer og hjelpe frem nye aktører på markedet for ulike merkevarer, framfor å beskytte konkurransen mellom distributører av samme merkevare. Hensynene er som vi ser av samme art som de som begrunner tolkningsresultatene i *Nungesser*.¹³² Også her kommer domstolen til at en såkalt ”åpen” eksklusiv avtale ikke nødvendigvis kommer i strid med traktatens forbud mot konkurransebegrensende avtaler.

I *Consten og Grundig* tok domstolen imidlertid stilling til bruken av absolutt beskyttelse i distribusjonsavtaler.¹³³ Her var saksforholdet det at Grundig hadde gitt Consten enerett til distribusjon av Grundigs elektroniske produkter i Frankrike. Grundig påtok seg videre å ikke selge sine varer, direkte eller indirekte, på det franske marked selv, og samtidig pålegge sine andre distributører ikke å selge produktene på det franske markedet. Consten fikk også overført Grundigs varemerke GINT, til bruk som beskyttelse mot parallellimport. Til gjengjeld påtok Consten seg å kjøpe et minimumsantall av produktet, til å markedsføre produktene og tilby etterfølgende service til kundene, samt til ikke å distribuere Grundig-produkter utenfor Frankrike.

I denne saken var domstolen ikke lydhør for argumenter om at en slik beskyttelse ville være nødvendig for å beskytte Constens investeringer, ei heller lette Grundigs adgang til markedet, og derigjennom medføre økt konkurranse mellom ulike merkevarer. Domstolen gikk ikke engang inn på noen drøftelse av avtalens innvirkning på konkurransen; den absolutte beskyttelsen Consten fikk ved avtalen, og den markedsdelingen dette skapte, ble av domstolen ansett for å gi avtalen et konkurransebegrensende *formål*. Vurderingen skiller seg som vi ser fra domstolens vurdering i *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.¹³⁴ I denne saken ble selv ikke en eksklusiv lisens med absolutt territoriell beskyttelse ansett for å være i strid med traktatens artikkel 81 nr. 1. Langt mindre ble lisensen ansett for å ha dette som formål.

¹³² Sak 258/78 *Nungesser vs. Commission*.

¹³³ Forente saker 56 og 58/64, *Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkaus-GmbH vs Commission*.

¹³⁴ Sak 27/87, *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

Kommisjonen uttaler i sine retningslinjer for anvendelsen av artikkel 81 på vertikale avtaler at slike må bedømmes ut fra sin rettslige og økonomiske kontekst, og at en økonomisk tilnærming må følges når det bedømmes hvorvidt en avtale rammes av konkurransereglene eller ikke.¹³⁵ Det må altså foretas en dyperegående analyse av vertikale avtalers innvirkning på konkurransen, og døren holdes åpen for at slike avtaler ikke nødvendigvis rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, noe som er i tråd med avgjørelsen i *STM*.¹³⁶

Imidlertid påpekes det at en slik analyse ikke vil foretas dersom en står overfor avtaler hvis formål er å begrense konkurransen. I denne forbindelse vises det til restriksjonene som er omhandlet i gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 4.¹³⁷ Som vi skal se under behandlingen av gruppefritakene, er forbud mot passivt salg, som vil kunne innebære tilnærmet full territoriell beskyttelse, en restriksjon som ikke fritas etter gruppefritaket.¹³⁸ Dette faktum gjenspeiler EF-domstolens avgjørelse i *Consten og Grundig*,¹³⁹ og innebærer at adgangen til å innta slike markedsdelingsklausuler i distribusjonsavtaler vanskelig kan tenkes å falle utenfor artikkel 81. Dette har både sammenheng med at slike klausuler gjerne vil ha konkurransebegrensende effekt, men også at en full vurdering av avtalens mange virkninger i både positiv og negativ retning ikke vil foretas overhodet.

Som vi har sett kan hensynet til innovasjon, da med særlig vekt på innovasjon i form av tilgangen på nye varer på markedet, og derigjennom større valgfrihet og økt konkurranse på service, veie tyngre enn ønsket om friest mulig konkurranse på markedet i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1. Dette kan innebære at også markedsdelingsklausuler i distribusjonsavtaler vil kunne falle utenfor forbudet i bestemmelsen. Klausuler som gir fullstendig territoriell beskyttelse, vil imidlertid neppe godtas.

¹³⁵ Retningslinjene for vertikale avtaler, punkt 7.

¹³⁶ Sak 56/65, *Société La technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*.

¹³⁷ Retningslinjene for vertikale avtaler, punkt 7.

¹³⁸ Se nærmere om dette under avhandlingens punkt 2.5.3, særlig i punkt 2.5.3.3.

¹³⁹ Forente saker 56 og 58/64, *Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkaus-GmbH vs Commission*.

Drøftelsene foretatt i punkt 2.2.4 og punkt 2.2.5 over viser at skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse kan ha betydning for utfallet av en vurdering av avtalen etter artikkel 81 nr. 1. Før vi foretar en full sammenligning av avtaletypene og trekker en fullstendig konklusjon i relasjon til forskjellen i behandlingen av dem, skal vi imidlertid innom et annet aspekt ved artikkel 81 nr. 1 som også kan innebære en forskjellig behandling av avtaletypene.

2.2.6 Doktrinen om aksessoriske begrensninger

Mye av argumentasjonen i de avgjørelsene der domstolen kommer til at en avtale ikke rammes av artikkel 81 nr. 1, er forbundet med at en restriksjon anses ”nødvendig” for å komme inn på et nytt marked, eller for å beskytte foretatte investeringer og lignende. Slike resultater kan nås gjennom økonomisk analyse, og i bunn og grunn være begrunnet med at konkurransesituasjonen i det hele blir forbedret. En litt annen begrunnelse domstolen har hatt for å ”frikjenne” en restriktiv klausul, er å benytte doktrinen om aksessoriske begrensninger.¹⁴⁰ En slik frikjenning kan finne sted uten at det foretas en full økonomisk analyse av markedsforholdene.¹⁴¹

Unntaket for aksessoriske begrensninger går som tidligere nevnt ut på at restriktive klausuler som er direkte knyttet til, som er nødvendige for, og proporsjonale med, gjennomføringen av en mer betydningsfull transaksjon som ikke har som formål eller

¹⁴⁰ Det er noe diskusjon i EU-retten rundt begrepet ancillary restraints og om det virkelig er en egen fritaksgrunn, se eksempelvis Gonzáles Días i ”*The notion of ancillary restraints under EC Competition Law*”. I: Fordham international Law Journal, Vol. 19, utg. 3 (1996), s. 951-998, særlig på side 954-957. Noen bruker betegnelsen på alle restriktive klausuler i avtaler som oppfyller merkbarhetskriteriet og samhandelskriteriet, men som likevel faller utenfor 81 nr. 1. Korah synes å bruke betegnelsen i denne retning, men også hun skiller mellom restriksjoner som gjør en transaksjon økonomisk forsvarlig og restriksjoner som er absolutt nødvendige for å gjennomføre transaksjonen, se eksempelvis Korah s. 14-18, og Korah og O’Sullivan s. 83-84. Et flertall synes å forbeholde betegnelsen for det sistnevnte tilfellet, se for eksempel Jones and Sufrin, s. 185-186 og Whish s. 119, særlig note 339, samt Gonzáles Días i ovenfor nevnte artikkel. Det er begrepet i relasjon til det noe snevrere anvendelsesområdet som her behandles i det videre.

¹⁴¹ Se Gonzáles Días, for eksempel på side 957. Se også EF-domstolens avgjørelse i sak 42/84, Remia BV and others vs. Commission, hvor domstolen synes å legge til grunn at visse klausuler kan være nødvendige for å gi overføringen mellom partene effekt, uten å gå inn på en mer omfattende analyse av forholdet. Se også Førsteinstansrettens uttalelse i sak T-112/99, Métropole Télévision SA and others vs. Commission, særlig i premiss 109.

virkning å begrense konkurransen, heller ikke rammes av bestemmelsen.¹⁴² González Días definerer betegnelsen til å omfatte restriksjoner som er nødvendige for å beskytte den fulle verdien av en transaksjon.¹⁴³

Doktrinen har funnet sitt uttrykk i flere avgjørelser, både av Kommisjonen, EF-domstolen og Førsteinstansretten.¹⁴⁴ Doktrinen er særlig relevant i forhold til transaksjoner som relaterer seg til salg av virksomheter, eller klausuler i avtaler som inngås i forbindelse med fusjoner. Som vi skal se, har den imidlertid også funnet sin anvendelse på avtaler om teknologioverføring og på vertikale avtaler.

Når det gjelder overdragelse av virksomheter og fusjoner, er et viktig argument for å frita en klausul som inneholder et konkurranseforbud at transaksjonen, som gjerne også omfatter goodwill og know-how, mister sin fulle verdi, endog hele sin mening, uten en slik restriksjon. Skulle en selger tillates å tre inn på markedet som konkurrent rett etter salget av virksomheten, ville vedkommende med lette midler kunne vinne tilbake alle sine tidligere kunder. Et konkurranseforbud vil i et slikt tilfelle sikre at transaksjonen kan gjennomføres, og dette var begrunnelsen for å godta et slikt konkurranseforbud for eksempel i *Remia*.¹⁴⁵ I saker av denne typen kan altså konkurranseforbud, herunder territoriell beskyttelse, fritas som en aksessorisk begrensning.

Når det gjelder teknologioverføringsavtaler, har Kommisjonen anvendt doktrinen overfor en rekke restriksjoner på partenes handlefrihet. Den underliggende begrunnelsen for å anvende doktrinen er også her nødvendigheten av å beskytte transaksjonens fulle verdi. Kommisjonen har imidlertid ennå ikke anvendt doktrinen på klausuler om eksklusivitet eller territoriell beskyttelse av lisenstakeren i en teknologioverføringsavtale.¹⁴⁶

¹⁴² Se retningslinjene til 81 (3) punkt 28-31.

¹⁴³ Se González Días s. 955.

¹⁴⁴ Se eksempelvis kjente avgjørelser som sak 42/84, *Remia BV and others vs. Commission*, sak 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, samt sak T-112/99, *Métropole télévision vs. Commission*.

¹⁴⁵ Sak 42/84, *Remia BV and others vs. Commission*.

¹⁴⁶ Se González Días, s. 987-988.

Tilsvarende betraktninger som i saker om virksomhetsoverdragelse kan imidlertid gjøre seg gjeldende når vi står overfor teknologioverføringsavtaler. Også i disse tilfellene kan lisenstaker ha behov for beskyttelse mot konkurranse fra lisensgiver, og også andre lisenstakere som allerede opererer på markedet.¹⁴⁷ Gonzáles Días argumenterer for at slike territorielle beskyttelsesklausuler overfor lisenstaker, sett på bakgrunn av Kommisjonens og domstolens praksis i saker om virksomhetsoverdragelse og fusjoner, vil kunne fritas på samme måte som disse.

Når det gjelder beskyttelse av lisensgiver, har imidlertid Kommisjonen gjort flittig bruk av doktrinen. I motsetning til hva som gjelder for overdragelse av virksomheter og fusjoner, er det når det er snakk om teknologioverføring vanlig at rettighetene skal forbli hos rettighetshaver. Dette innebærer at lisensgiver kan ha en spesiell interesse i å kontrollere lisenstakers videre utnyttelse av teknologien også etter at avtalen mellom dem er sluttet. Dette aspektet reiser særlige spørsmål i forbindelse med anvendelsen av restriktive klausuler. Eksempelvis kan lisensgiver ønske å pålegge restriksjoner med henhold til merking, kvalitet, hemmelighold av know-how, adgangen til å overføre teknologien videre, anvendelsesområdet for teknologien, tidsrom for utnyttelse samt videreformidling av forbedring av teknologien.¹⁴⁸

Kommisjonen har ved flere anledninger ansett slike restriksjoner som aksessoriske, og utenfor nedslagsfeltet i artikkel 81 nr.1.¹⁴⁹ Begrunnelsen er stort sett at etterfølgende kontroll og beskyttelse av lisensgiver er nødvendig for at han skal kunne beskytte sine rettigheter. Dette kan igjen eksempelvis besørge videre avsetning for rettighetshaver. Adgangen til å sikre seg ved restriktive klausuler kan på denne måten beskytte rettighetshavers investeringer og videre mulighet for å høste fruktene av sitt arbeid. En kan derfor tenke seg at der rettighetshaver har behov for beskyttelse, vil territorielle restriksjoner også kunne godtas som aksessoriske i en avtale som ellers ikke er konkurransebegrensende. En slik argumentasjon kan hente støtte fra avgjørelsen i *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*,¹⁵⁰ som er nærmere omtalt under punkt 2.2.4.

¹⁴⁷ Se Gonzáles Días, s. 987-988.

¹⁴⁸ Se Gonzáles Días, s. 982-988 for en gjennomgang av typetilfellene og praksis omkring disse.

¹⁴⁹ Se Gonzáles Días, s. 982-988 for en gjennomgang av Kommisjonens praksis.

¹⁵⁰ Sak 27/87 *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

I Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av traktatens artikkel 81 nr. 3, uttales det også at kommisjonen, ved bedømmelsen av om en klausul er å betrakte som en aksessorisk begrensning, blant annet vektlegger kostbare investeringer og kommersiell risiko.¹⁵¹ Dette er som vi har sett i forbindelse med hensynene bak artikkel 81 og i forbindelse med redegjørelsen for teknologioverføringsavtaler og konkurransebegrensningskriteriet, typiske aspekter ved teknologioverføringsavtaler.

Når det gjelder teknologioverføringsavtaler, har Kommisjonen altså en rekke ganger bedømt restriktive avtaler som aksessoriske, og det kan i alle fall argumenteres med at også avtaler om markedsdeling kan falle i denne kategorien. Ser vi derimot på distribusjonsavtaler, er praksisen en ganske annen;

Når det gjelder vertikale avtaler, er *Pronuptia* et godt eksempel på at en rekke klausuler i franchiseavtaler er egnet til å betegnes som aksessoriske.¹⁵² Imidlertid kan franchiseavtalens innslag av immaterialrettigheter også forklare hvorfor flere av de restriktive klausulene i avtalen ble godtatt som nødvendige for å gjennomføre avtalen. Grunnen til at en rekke av klausulene ble godtatt var nemlig at de ble ansett nødvendige for å beskytte innslaget av varemerkerett og know-how i saken, snarere enn at klausulene var nødvendige for selve distribusjonsavtalen.

Når det gjelder andre distribusjonsavtaler, er det særlig klausuler i selektive distribusjonsavtaler som er funnet å kunne unntas etter unntaket for aksessoriske begrensninger.¹⁵³ Begrunnelsen for dette er at det for visse komplekse produkter eller tjenester er nødvendig å spesialisere distribusjonen til forbrukerne. Dette vil særlig ha sammenheng med at det er nødvendig med spesiell veiledning rundt overføringen, eller fordi det kan være behov for oppfølging og service etter avtaleslutningen. Avtalen mellom for eksempel en produsent og en distributør overfører da også ofte mer enn bare

¹⁵¹ Retningslinjene for artikkel 81 (3) punkt 31.

¹⁵² Sak 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*.

¹⁵³ Selektive distribusjonsavtaler er avtaler hvorved bare visse forhandlere på bakgrunn av objektive kriterier velges ut til å videreselge et produkt. Dette for eksempel for å sikre et visst renommé for produktet, eller fordi de krever en viss spesialisering på distributørens side.

et produkt. For eksempel overføres omdømme og image forbundet med produktet eller tjenesten. Dette kan rettferdiggjøre en rekke krav til distributøren, for eksempel krav som sikrer varenes eller tjenestenes omdømme og image.¹⁵⁴ Eksempelvis ble krav til utstilling av produktene, og krav om å holde produktene atskilt fra andre, mindre attraktive, produkter godkjent som aksessorisk i *Villeroy & Boch*.¹⁵⁵ Blant annet krav til de ansattes kunnskaper om datasystemer, samt til plass for demonstrasjoner av produktene og evne til å gi teknisk assistanse ble godkjent som aksessoriske begrensninger i *IBM*.¹⁵⁶

Når det gjelder kvantitative restriksjoner, er resultatet et helt annet. Slike restriktive klausuler, enten det er en selektiv eller en eksklusiv distribusjonsavtale vi står overfor, vil overhodet ikke kunne oppfylle vilkårene for å kunne betegnes som aksessoriske begrensninger i den forstand begrepet anvendes her. Dette til tross for at de synes nødvendige for å få i stand avtalen, for eksempel for å gi distributøren et incitament til å påta seg den risiko det ofte innebærer å skulle distribuere et nytt produkt.¹⁵⁷

Grunnene er som følger: For det første innebærer vurderingen av om en slik eksklusivitet er nødvendig eller ikke en økonomisk analyse, hvilket skiller seg fra vurderingen av for eksempel kvalitative restriksjoner.¹⁵⁸ At enkelte produkter krever enn viss kvalitet når det gjelder oppfølging og derfor fordrer et spesialisert distribusjonssystem, krever for eksempel ingen økonomisk analyse av markedet for å slå fast. Motsatt kan behovet for å innta kvantitative begrensninger i en avtale, for eksempel for å beskytte en distributørs investeringer, ikke uten videre vurderes uten å foreta en slik analyse.

For det andre er ønsket om å beskytte distributøren mot risiko muligens nødvendig for å få i stand avtalen, men ikke på samme måte som klausuler som går inn under definisjonen aksessoriske begrensninger.¹⁵⁹ Sistnevnte restriksjoner er nødvendige for å

¹⁵⁴ Se González Días s. 992-994 og på s. 995.

¹⁵⁵ Commission decision no. 85/616/EEC, O.J. L 376/15.

¹⁵⁶ Commission decision no. 84/233/EEC, O.J. L 118/24.

¹⁵⁷ Se González Días s. 994-996.

¹⁵⁸ Se González Días s. 995.

¹⁵⁹ Se González Días s. 995.

overføre den fulle verdien av avtalen, eksempelvis for å sikre overføringen av også omdømme og image. Førstnevnte restriksjoner er ikke nødvendige for en slik ”verdisikring”. Dette innebærer at begrensningene ikke kan unntas som aksessoriske begrensninger, men må gå veien om en dypere analyse etter artikkel 81 nr. 1.¹⁶⁰

Som vi ser, kan det være større mulighet for en virksomhet å kunne påberope seg at en restriksjon er å betrakte som ”fritatt” fra forbudet i artikkel 81 nr. 1 etter doktrinen om aksessoriske begrensninger dersom avtalen som er inngått er en teknologioverføringsavtale snarere enn en distribusjonsavtale. Særlig tydelig blir forskjellen mellom adgangen til å foreta markedsdeling. Selv om Kommisjonen er tilbakeholden med å anvende doktrinen på markedsdelingsklausuler i teknologioverføringsavtaler, taler praksis omkring virksomhetsoverdragelse og fusjoner for at slike klausuler som beskytter en lisenstaker kan falle inn under unntaket. Videre taler de spesielle aspekter ved teknologioverføringsavtaler for et slikt resultat også når det gjelder beskyttelse av lisensgiver. I motsetning til dette er et slikt unntak for aksessoriske begrensninger utelukket for eksklusive distribusjonsavtalers vedkommende.

En implikasjon av skillet er derfor at en markedsdelingsklausul i en teknologioverføringsavtale kan gå klar av forbudet i artikkel 81 nr. 1 som følge av unntaket for aksessoriske begrensninger. Motsatt vil en markedsdelingsklausul i en eksklusiv distribusjonsavtale, ikke kunne unntas etter doktrinen. Vi kan for eksempel tenke oss et tilfelle der A overfører hemmelig know-how til B. Bruken av know-howen kan ha stor verdi for B fordi den er hemmelig, og kan gi ham en sterk konkurransemessig posisjon i forhold til konkurrenter som ikke bruker denne. A har inngående kjennskap til know-howen. Han har videre et forsprang når det gjelder erfaring med og bruk av den. Dersom A går inn i konkurranse med B, ville den ekstra verdien ved teknologioverføringen, Bs konkurransemessige fortrinn ved bruk av den hemmelige know-howen, kunne settes i fare.¹⁶¹ Konkurransforbudet sikrer altså at hele verdien av know-howen overføres til B. I en slik situasjon kunne en tenke seg at restriksjoner på As adgang til å konkurrere med B vil kunne anses som en aksessorisk

¹⁶⁰ Se Gonzáles Días s. 995-996.

¹⁶¹ Se også Gonzáles Días s. 961 og s. 987-988.

restriksjon.

En slik situasjon vil vanskelig kunne tenkes når det gjelder inngåelsen av en eksklusiv distribusjonsavtale. En klausul som beskytter B mot konkurranse fra A vil i disse tilfellene kunne begrunnes i at B ellers ikke ville funnet det regningssvarende å starte distribusjon av varen på markedet. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at en slik klausul er nødvendig for å bevare verdien av transaksjonen mellom A og B. Klausulen er i dette tilfellet ikke knyttet direkte til overføringen av Bs adgang til å distribuere varen.

Som redegjort for under punkt 2.2.5, rammes imidlertid ikke slike klausuler i eksklusive distribusjonsavtaler nødvendigvis av forbudet i artikkel 81 nr. 1. Hva blir da implikasjonen av denne ulikheten mellom teknologioverføringsavtaler og avtaler om produktoverdragelse i relasjon til doktrinen om aksessoriske begrensninger?

González Días påpeker at den juridiske analysen av de to kategoriene restriksjoner, de som kan defineres som aksessoriske begrensninger, og de som eventuelt fritas etter en økonomisk avveining i artikkel 81, er forskjellig. Sistnevnte kategori krever en detaljert økonomisk analyse av markedet for eventuelt å bli fritatt. Begrensninger som kan kategoriseres som aksessoriske, gjennomgår ikke en slik analyse. Selv om også disse restriksjonene må være proporsjonale med formålet, er analysen i større grad skjønnsmessig. Dette medfører at slike restriksjoner i stor grad anses som lovlige per definisjon, hvilket medfører en langt større grad av forutberegnelighet for aktørene.¹⁶² Kommer en positiv avklaring hva gjelder adgangen til å innta markedsdelingsklausuler i teknologioverføringsavtaler, vil dette altså, i tillegg til å besørge en åpning for bruken av slike klausuler, i større grad være et sikkert unntak enn hva gjelder en slik åpning etter en konkret avveining i artikkel 81 nr 1.

2.2.7 Konklusjon

Artikkel 81 nr. 1 sammenholdt med praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten foreskriver en inngående analyse av en avtales virkninger på konkurransen i markedet. Vi må foreta en avveining av ulike hensyn bak forbudet mot konkurransebegrensende

¹⁶² Se González Días s. 957.

samarbeid når vi skal bedømme en restriktiv avtale i forhold til forbudet. Ønsket om innovasjon på markedet kan medføre at momenter som betydelige, og i mange tilfeller spesifikke, investeringer, stor risiko forbundet med forskning og markedstilgang, samt behovet for å sikre aktørene belønning for nyskaping, vektlegges til fortrensel for samfunnets ønske om friest mulig konkurranse.

Som vi har sett kan både avtaler om teknologioverføring og produktoverdragelse etter en konkret bedømmelse falle utenfor nedslagsfeltet til artikkel 81 nr. 1. Imidlertid gjør momentene som vektlegges i forbindelse med ønsket om å ivareta incitamentet til innovasjon seg særlig sterkt gjeldende i forhold til teknologioverføringsavtaler. Dette har sammenheng med at utvikling av ny teknologi ofte krever betydelige investeringer. Investeringene er som oftest svært spesifikke, og kan kanskje i liten grad brukes i andre relasjoner enn til akkurat denne typen teknologi. Videre vil det i mange tilfeller være behov for å dekke opp tap i forbindelse med nyskaping som ikke har gitt avkastning. Belønningsmomentet knytter seg også i særlig grad til utvikling av teknologi. I relasjon til distribusjonsavtaler vil restriksjoner ofte være nødvendig for å sikre både selger og distributør markedstilgang, men en slik beskyttelse er begrunnet i den økte konkurransen dette vil innebære på markedet. Det er ikke noe ønske om å belønne aktørene som begrunner en eventuell beskyttelse, i motsetning til hva som gjelder for utnyttelsen av teknologi.

I tillegg til dette er virkningene av teknologioverføring svært gunstige. For det første medfører de spredning av ny teknologi i fellesmarkedet, noe som ble vektlagt i *Nungesser*.¹⁶³ Videre fører det til en utvikling i markedet, som medfører at flere og bedre produkter blir tilbudt konsumentene. Denne "egenverdien" av teknologioverføring, kan også medføre at teknologioverføringsavtaler bedømmes mindre strengt enn hva gjelder distribusjonsavtaler.¹⁶⁴

Det ovenfor nevnte kan medføre at teknologioverføringsavtaler oftere enn avtaler om produktoverdragelse og distribusjon vil falle utenfor artikkel 81 nr. 1. I tillegg er

¹⁶³ Sak 258/78, *Nungesser vs. Commission*

¹⁶⁴ Disse siste momentene har også relevans i vurderingen etter artikkel 81 nr. 3, og vil tas opp nærmere nedenfor under punkt 2.4.

adgangen til å inngå avtaler som sikrer absolutt territoriell beskyttelse, om enn snever, åpen for avtaler om teknologioverføring, jf. domstolens avgjørelse i *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.¹⁶⁵ For eksklusive distribusjonsavtaler er en slik adgang neppe tenkelig, tatt i betraktning at EF-domstolen anså en slik avtale for å ha et konkurransebegrensende formål i *Consten og Grundig*.¹⁶⁶ Muligheten til å få fritak for restriktive klausuler etter doktrinen om aksessoriske begrensninger kan likeledes være til stede for eksklusive lisensavtaler, i motsetning til hva som gjelder for eksklusive distribusjonsavtaler. Dette er to konkrete eksempler på at teknologioverføringsavtaler behandles på en annen måte enn distribusjonsavtaler i den konkurranserettslige vurderingen av avtalene.

Imidlertid står vi overfor en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Jo lenger mot ytterpunktene vi kommer, jo større vil forskjellen i vurderingen bli. I relasjon til skillet mellom avtaletypene, vil den konkrete bedømmelsen medføre at vi i grensetilfeller ikke vil se de helt store forskjellene i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1, enten avtalen nå klassifiseres som en teknologioverføringsavtale eller en avtale om produktoverdragelse. Behovet for å fastsette et skille kan da synes lite.

Man bør likevel ikke undervurdere betydningen av skillet. En vurdering av hva vi egentlig står overfor vil være nødvendig for å få øye på de ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Som vi skal se i det videre, er en fastsettelse av skillet absolutt nødvendig når det gjelder vurderingen av om en avtale kan fritas etter gruppefritakene. Her står vi overfor et enten eller spørsmål, og har behov for en klar definisjon av avtalen. Før gruppefritakene behandles, skal vi imidlertid se på hjemmelsbestemmelsen, nemlig artikkel 81 nr. 3.

2.3 Generelt om betydningen av skillet i forhold til artikkel 81 nr. 3

2.3.1 Utgangspunkt

Fritaksregelen i artikkel 81 nr. 3 får i prinsippet anvendelse på alle typer konkurransebegrensende samarbeid, jf. Førsteinstansrettens avgjørelse i *Matra Hachette*

¹⁶⁵ Sak 27/87, *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*

¹⁶⁶ Forente saker 56 og 58/64, *Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkaus-GmbH vs Commission*

*vs. Commision.*¹⁶⁷ Dette innebærer at en virksomhet kan påberope seg bestemmelsen enten det er inngått en avtale om produktoverdragelse eller en avtale om teknologioverføring. Skillet mellom avtaletypene kan likevel være av betydning, ettersom avtaletypene i ulik grad vil kunne oppfylle vilkårene for fritak fra artikkel 81 nr. 1. Skillet betydning må derfor behandles også i forhold til denne bestemmelsen.

Når det gjelder den praktiske anvendelsen av artikkel 81 nr. 3, har man altså ved Forordning 1/2003, som trådte i kraft 1. mai 2004, gjort om på den tidligere håndhevelsesprosedyren. I stedet for å oppbevare et system med administrative individuelle fritak gitt av Kommisjonen,¹⁶⁸ gis håndhevelseskompetansen til nasjonale myndigheter. Selve vurderingen etter artikkel 81 nr. 3 endrer imidlertid ikke innhold. Ordningen med gruppefritak beholdes også, og vil være av stor betydning for næringsdrivende, som ved å holde seg innenfor disse sikres en større grad av forutberegnelighet i et system som ikke lenger sikrer godkjenning av avtaler fra Kommisjonen. Det er også en annen viktig grunn til at gruppefritakene er av stor betydning: Det er konkurransemyndighetene som har bevisbyrden for at en avtale rammes av artikkel 81 nr. 1, mens bevisbyrden for at avtalen kan fritas etter artikkel 81 nr. 3 påhviler de private aktører.¹⁶⁹ Der aktørene kan holde seg innenfor gruppefritaket, behøver de imidlertid bare å bevise at de faller inn under dette, de behøver altså ikke å bevise at vilkårene i artikkel 81 nr. 3 er oppfylt.¹⁷⁰

Som vi skal se, er behovet for å fastsette et skille mellom teknologioverføring og produktoverdragelse særlig tydelig når en skal ta stilling til om en avtale kan fritas etter et gruppefritak eller ikke. Betydningen av skillet påvirkes derfor i liten grad av overgangen til den nye håndhevelsesprosedyren.

2.3.2 Hensynene bak artikkel 81 nr. 3

Som vi har sett rammer artikkel 81 nr. 1 avtaler som kan påvirke samhandelen og som har som formål eller virkning en vridning av konkurransen. Dersom en slik virkning på

¹⁶⁷ *Matra Hachette vs. Commision*, sak T-17/93, premiss 85.

¹⁶⁸ Se særlig *Jones and Sufrin* s. 200-214 og *Whish* s. 164-168 for en redegjørelse for gangen i den tidligere håndhevelsesprosedyren, den såkalte notifikasjonsprosedyren.

¹⁶⁹ Se forordning 1/2003 artikkel 2.

¹⁷⁰ Se retningslinjene for artikkel 81 (3), i punkt 35.

konkurransen foreligger, er avtalen i utgangspunktet forbudt, jf. artikkel 81 nr. 2 og forordning 1/2003 artikkel 1.1. Bakgrunnen for regelen er som nevnt innledningsvis i avhandlingen et ønske om optimal samfunnsøkonomisk effektivitet.

Artikkel 81 nr. 3 tar imidlertid høyde for at en del avtaler som rammes av artikkel 81 nr. 1 samtidig kan ha en rekke positive virkninger. I de tilfeller avtalenes positive virkninger oppveier de negative virkningene, men bare i disse tilfellene,¹⁷¹ oppnås optimal samfunnsøkonomisk effektivitet. Det er derfor i tråd med konkurransereglens formål å unnta dem fra forbudsbestemmelsen i artikkel 81 nr. 1.¹⁷² Hensynet bak artikkel 81 nr. 3 er således å bidra til at avtaler som alt i alt medfører en økt samfunnsmessig effektivitet på markedet godtas, til tross for at de inneholder enkelte restriktive klausuler.

2.3.3 Vilåårene i artikkel 81 nr. 3

For at en avtale skal kunne fritas etter artikkel 81 nr. 3 må den oppfylle vilåårene i bestemmelsen.¹⁷³ Ifølge rettspraksis er vilåårene kumulative, fritak kan ikke gis dersom ikke alle er oppfylt.¹⁷⁴ Vilåårene er også uttømmende, og andre målsetninger i Fellesskapet vektlegges kun i den grad de kan subsumeres under vilåårene.¹⁷⁵ Vurderingen etter artikkel 81 nr. 3 er individuell, og avtalen eller den enkelte klausulen vurderes i den faktiske kontekst den befinner seg i. Vilåårene for fritak må være oppfylt til enhver tid, idet ett av vilåårene ikke lenger er oppfylt, rammes avtalen av artikkel 81 nr. 1.¹⁷⁶

¹⁷¹ Se retningslinjene til 81 (3) punkt 33, se også punktene 50 og 101. Se også avgjørelsen i forente saker 56/64 og 58/64, Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkaus-GmbH vs Commission på s. 348, der domstolen understreker at fordelene ved avtalen må oppveie ulempene den har for konkurransesituasjonen.

¹⁷² Se retningslinjene til 81 (3), punkt 33.

¹⁷³ Se punkt 2.4 for vilåårene i artikkel 81 nr. 3.

¹⁷⁴ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 42.

¹⁷⁵ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 42. Lugard og Hancher hevder at denne passusen i retningslinjene gir uttrykk for en mer restriktiv linje enn den Kommisjonen tidligere har fulgt når det gjelder legitimiteten av å forfølge andre fellesskapsrettslige mål i artikkel 81 nr. 3, se side 418 med note 57. Se ellers Whish s.151-156 vedrørende hvilke hensyn som er relevante i vurderingen.

¹⁷⁶ Se retningslinjene for 81(3) punkt 44.

Artikkel 81 nr. 3 gjør unntak for avtaler eller kategorier av avtaler som oppfyller alle vilkårene i bestemmelsen. Med bakgrunn i den tidligere notifikasjonsprosedyren har Kommisjonen gitt en rekke gruppefritak fra forbudet i artikkel 81 nr. 1. Som jeg har vært inne på tidligere, er gruppefritakene av stor betydning for næringsdrivende, ettersom de inneholder spesifiserte regler vedrørende lovligheten av ulike kategorier av avtaler, og derigjennom bidrar til økt forutberegnelighet. Avtaletypene som fritas etter gruppefritakene presumeres å oppfylle vilkårene i artikkel 81 nr. 3.¹⁷⁷ I denne forstand kan de by på hjelp også ved bedømmelsen av avtaler som av en eller annen grunn skulle falle utenfor gruppefritakene. Fordi det er vilkårene i artikkel 81 nr. 3 som danner bakteppet for reguleringen i gruppefritakene, er det likevel naturlig å se på den individuelle fritaksregelen først.

2.4 Betydningen av skillet i forhold til regelen om individuelt fritak

2.4.1 Utgangspunkt

Når det gjelder vilkårene for fritak etter artikkel 81 nr. 3, er det særlig de tre første som kan innebære ulikheter når det gjelder adgangen til fritak for henholdsvis avtaler om produktoverdragelse og teknologioverføring. Det siste vilkåret, at virksomhetene gjennom avtalen ikke må gis anledning til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av markedet, vil i stor grad by på de samme vurderingstemaer og konklusjoner når det gjelder begge avtaletyper. Vurderingen vil relatere seg til aktørenes størrelse og situasjonen på markedet, snarere enn til hva slags avtale det er vi står overfor. Det er derfor i det videre utelukkende de tre første vilkårene i bestemmelsen som er gjenstand for behandling. Avtalen må bidra til å forbedre produksjonen eller fordelingen av varene, eller til å fremme den tekniske utviklingen. Samtidig må forbrukerne sikres en rimelig andel av denne fordelingen. Restriksjonene må videre ikke gå lenger enn nødvendig for å oppfylle de to første vilkårene. Også i denne sammenheng er det adgangen til å foreta markedsdeling som er i fokus.

2.4.2 Vilåret om effektivisering

For å kunne fritas etter artikkel 81 nr. 3 må avtalen enten forbedre produksjonen eller fordelingen av varene, eller fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. Både teknologioverføringsavtaler og distribusjonsavtaler kan ha slike gunstige virkninger. For

¹⁷⁷ Se straks nedenfor om dette.

teknologioverføringsavtalenes del påpeker Kommisjonen at slike kan kombinere forskjellige teknologier og andre aktiva, slik at nye og forbedrete produkter kan introduseres på markedet, og slik at allerede eksisterende produkter kan produseres til lavere kostnader.¹⁷⁸ Når det gjelder vertikale avtaler, påpeker Kommisjonen at slike kan medføre bedre konkurranse på andre områder enn pris og bedre service,¹⁷⁹ noe som eksempelvis kan innebære forbedret distribusjon. Videre vektlegges at avtaler kan realisere effektivitetsgevinster og utvikle markedene.¹⁸⁰

I retningslinjene til anvendelsen av artikkel 81 nr. 3 trekker Kommisjonen frem en rekke eksempler på hva slags effektivitetsgevinster som kan vektlegges etter bestemmelsen.¹⁸¹ Både kostnadseffektivitet og kvalitative effektivitetsgevinster kommer i betraktning. Ser vi nærmere på eksemplene, kommer det klart frem at det er særlig i teknologioverføringsavtalene effektivitetsgevinstene ligger. Kommisjonen uttaler for eksempel at det ”generelt sett er når det gjøres teknologiske ”hopp” at det største potensialet for kostnadsbesparelser oppnås”.¹⁸² Det er også særlig teknologioverføringsavtaler som medfører kvalitative effektivitetsgevinster. Dette har sammenheng med at utvikling og spredning av teknologi gir nye og bedre produkter, samt større produktdifferensiering.¹⁸³

Teknologioverføringsavtaler vil altså typisk ha gunstige virkninger som kan oppveie for eventuelle negative virkninger av restriktive klausuler i avtalene. Også distribusjonsavtaler kan ha slike positive virkninger, men virkningene er ikke nødvendigvis like i øyenfallende som når det gjelder teknologioverføring. Det er særlig effektivitet og bedre spredning i distribusjonen som kan være gunstige virkninger av vertikale distribusjonsavtaler, og selvfølgelig også markedsadgang for nye produkter. Likevel er det nok slik at teknologioverføringsavtaler generelt vil føre til flere og større

¹⁷⁸ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 148.

¹⁷⁹ Retningslinjene for vertikale avtaler, punkt 115.

¹⁸⁰ Se retningslinjene for vertikale avtaler, punkt 117.

¹⁸¹ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 48-72.

¹⁸² Se retningslinjene til 81 (3), punkt 64.

¹⁸³ Dette siste har sammenheng med at lisenstakere produserer sine egne produkter, fremfor å selge andres produkter videre, slik tilfellet er med vertikale avtaler, se eksempelvis retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 26.

effektivitetsgevinster enn distribusjonsavtaler. Dette er imidlertid et viktigere moment i vurderingen etter det neste kriteriet, vilkåret om at effektivitetsgevinstene må komme forbrukerne til gode, fremfor i dette punktet, som relaterer seg til hvorvidt det overhodet foreligger effektivitetsgevinster av noe slag. Som vi skal se, får arten av og størrelsen på effektivitetsgevinstene nemlig større betydning i relasjon til det neste kriteriet.

2.4.3 Vilåret om at effektiviseringen må komme forbrukerne til gode

Vilkåret om at effektivitetsgevinstene må komme forbrukerne til gode innebærer at besparelsene som er et resultat av den restriktive avtalen må være store nok til å veie opp for de konkurransebegrensende virkningene avtalen har på markedet.¹⁸⁴

Forbrukerne er i denne forbindelse alle som direkte eller indirekte bruker produktet som er omfattet av avtalen. Det er ikke bare forbrukere i den snevre forstand dette uttrykket som oftest brukes som omfattes, men alle partenes kunder, og også senere kjøpere.¹⁸⁵

Sågar samfunnet som sådan tjener på en avtale som innebærer mindre bruk av ressurser til å produsere produktene som omsettes, eller til å produsere mer verdifulle produkter, ettersom dette innebærer en gunstigere ressursallokering.¹⁸⁶

Bestemmelsen gir uttrykk for en balansering av fordeler og ulemper, hvilket betyr at jo mer alvorlige begrensninger for konkurransen avtalen innebærer, jo større effektivitetsgevinster må til for å gi forbrukerne kompensasjon gjennom lavere pris, eller andre fordeler så som større mangfold, bedre service og høyere kvalitet. Både teknologioverføringsavtaler og distribusjonsavtaler har som vi har sett en mengde gunstige virkninger på markedet, og kan begge oppfylle det første vilkåret i artikkel 81 nr. 3. I relasjon til kravet om at de positive virkningene skal komme forbrukerne til gode, skal vi imidlertid se nærmere på et par aspekter som kan føre til at utfallet i vurderingen kan bli ulikt for de to avtaletypene;

For det første kan det hevdes at teknologioverføringsavtaler i større grad enn distribusjonsavtaler vil kunne gi kundene kompensasjon. Ikke alle avtaler vil, selv om de har gunstige virkninger, i tillegg innebære kompensasjon til forbrukerne for sine

¹⁸⁴ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 85.

¹⁸⁵ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 84.

¹⁸⁶ Se retningslinjene til 81 (3), punkt 85.

konkurransbegrensende virkninger. Hva gjelder teknologioverføringsavtaler vil disse som vi har sett stort sett gi forbrukerne kompensasjon gjennom tilgang på nye og bedre produkter. Dette er nær sagt en nødvendig følge av teknologioverføring. Når det gjelder distribusjonsavtaler, kan også disse gi forbrukerne kompensasjon i form av tilgang på nye varer. En slik følge er imidlertid ikke selvsagt. I noen tilfeller vil distribusjonsavtalen ikke nødvendigvis innebære annet enn kostnadseffektivitet for aktørene, og en slik innsparing kommer ikke nødvendigvis forbrukerne til gode gjennom lavere priser. Videre vil en teknologioverføringsavtale ofte ha en ressursbesparende effekt for samfunnet som sådan, ettersom de gjerne medfører besparelser i produksjonsprosessen. Slike besparelser vil ha en egenverdi i tillegg til utviklingen av et nytt produkt, ved at ressursallokeringen alt i alt blir bedre. På grunn av teknologioverføringens særpreg, kan det derfor antas at teknologioverføringsavtaler oftere vil kunne besørge kompensasjon til forbrukerne enn distribusjonsavtaler.

For det andre hevdes at teknologioverføringsavtaler kan falle annerledes ut enn distribusjonsavtaler i relasjon til vektskåleeffekten i artikkel 81 nr. 3. Jo mer alvorlige restriksjonene er, desto større kompensasjon må forbrukerne få. En slik godtgjørelse kan lettere tenkes ved introduksjonen av et nytt produkt, som i mange tilfeller vil representere store fremskritt og stor verdi, framfor nedsatt pris som følge av stordriftsfordeler av en distribusjonsavtale, hvis verdi i form av godtgjørelse til forbrukerne aldri vil kunne utgjøre mer enn en del av aktørenes innsparelser. Likeledes kan det kanskje også hevdes at selve utviklingen av et helt nytt produkt vil representere en høyere effektivitetsgevinst enn introduksjonen eller distribusjonen av et produkt på et nytt marked, og at verdien av økt kvalitet, sikkerhet og valgfrihet muligens vil bli større for et helt nytt produkt enn for videresalget av et allerede eksisterende produkt.

Selv om både teknologioverføringsavtaler og distribusjonsavtaler kan medføre goder i form av økt kvalitet, sikkerhet og valgfrihet, og derfor kan nyte godt av unntaksreglen i artikkel 81 nr. 3, vil verdien av teknologioverføringsavtalene altså gjerne være større enn verdien av en distribusjonsavtale. Dette kan tilsi at strengere klausuler i teknologioverføringsavtaler lettere vil kunne oppveies med goder til forbrukerne enn strenge klausuler i distribusjonsavtaler.

2.4.4 Vilkåret om at restriksjonene ikke går lenger enn nødvendig

Det siste vilkåret for fritak etter artikkel 81 nr. 3 som vi skal se på her, er vilkåret om at avtalen ikke må gå lenger enn nødvendig for å oppfylle de to første vilkårene. Det avgjørende i denne vurderingen er hvorvidt restriksjonene i avtalen gjør det mulig å utøve aktiviteten mer effektivt enn det som hadde vært mulig uten den restriktive avtalen.¹⁸⁷

Vurderingen vil være lik for både distribusjonsavtaler og teknologioverføringsavtaler. Tenker en seg avtalen borte, er spørsmålet om partene da hadde kunnet realisere effektivitetsgevinstene på egenhånd, eller i hvert fall gjennom mindre restriktive tiltak. I relasjon til forskjellen på vurderingen av dette vilkåret i forhold til henholdsvis teknologioverføringsavtaler og distribusjonsavtaler, er det særlig effektivitetsgevinstens art som er relevant. Det kan sannsynligvis hevdes at effektivitetsgevinstene ved en lisensiering av ny teknologi vanskelig vil la seg oppnå uten et samarbeide mellom partene, samtidig som at restriktive klausuler i slike avtaler som vi har sett ofte kan være nødvendige for å få gjennomført slike. Når det gjelder effektivitetsgevinstene av distribusjonsavtaler, er det ikke like vanskelig å tenke seg at slike gevinster kunne ha blitt realisert av hver av partene på egenhånd, videre vil restriktive klausuler i større grad kunne finnes å være unødvendig restriktive for gjennomføringen av avtalen.

2.4.5 Konklusjon

Når det gjelder adgangen til å få fritak for markedsdelingsklausuler, nås en konklusjon ved å sammenstille momentene i vurderingen som er foretatt i punktene ovenfor. For det første kan det hevdes at markedsdelingsklausuler i teknologioverføringsavtaler i større grad enn distribusjonsavtaler vil kunne fritas ettersom disse avtalene ofte vil medføre effektivitetsgevinster. Samtidig gis forbrukerne nødvendig kompensasjon i form av nye og bedre produkter. Når det gjelder markedsdelingsklausuler generelt, er slike klausuler ofte regnet for å være inngripende. Siden verdien som overføres forbrukerne gjerne vil være større ved teknologioverføring enn ved distribusjon, kan vi tenke oss at klausulene vil ha større sjanse for å nyte godt av unntaket i disse tilfellene. Videre vil begrensningene i en slik avtale lettere kunne tenkes å være nødvendig for å oppnå effektivitetsgevinstene.

¹⁸⁷ Retningslinjene til 81 (3), punkt 74.

En slik løsning kan vi også finne støtte for i gruppefritakene. Som vi skal se straks nedenfor, er det ulikhet med hensyn til vurderingen av hva slags markedsdelingsklausuler som er tillatt etter gruppefritakene. Adgangen til å foreta markedsdeling er videre etter gruppefritaket for teknologioverføring enn etter gruppefritaket for vertikale distribusjonsavtaler. Klausuler som fritas etter gruppefritakene presumeres å oppfylle vilkårene i artikkel 81 nr. 3.¹⁸⁸ Når det gjelder klausuler som defineres som ”hard core”, og ikke fritas gjennom gruppefritakene, uttaler Kommisjonen at disse neppe vil oppfylle vilkårene i artikkel 81 nr. 3.¹⁸⁹ Definisjonen av visse restriksjoner som ”svartelistede” er basert på Kommisjonens erfaringer med slike klausuler. De er funnet å være av en slik art at de sjelden om aldri oppfylder vilkårene i artikkel 81 nr. 3. Bedømmelsen likner bedømmelsen av avtaler som finnes å ha et konkurransebegrensende formål. Selv om uttalelsene er Kommisjonens syn, og ikke er bindende for domstolene, gir de en viss pekepinn om hvilken adgang det er til å foreta markedsdeling i det konkrete tilfellet.

Det at visse former for markedsdeling er fritatt etter gruppefritaket for teknologioverføring, mens de er ”svartelistet” i gruppefritaket for vertikale distribusjonsavtaler, tyder på at adgangen til å foreta markedsdeling og likevel nyte godt av fritaket i artikkel 81 nr. 3 kan være større for teknologioverføringsavtaler enn for distribusjonsavtaler. Hva forskjellene i adgangen til å foreta markedsdeling etter gruppefritakene går ut på skal vi ta for oss i neste punkt.

2.5 Betydningen av skillet i forhold til gruppefritakene

2.5.1 Innledning

Dersom vi nå står overfor en avtale som inneholder elementer av både produktoverdragelse og teknologioverføring, og som inneholder restriktive klausuler med henhold til hvilket marked produktet B produserer kan omsettes på, er det to gruppefritak gitt etter artikkel 81 nr. 3 som kan komme til anvendelse. Enten

¹⁸⁸ Se gruppefritaket for vertikale avtaler, fortalens punkt 2 og retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 35.

¹⁸⁹ Se retningslinjene for vertikale avtaler punkt 46, retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 75 og retningslinjene til artikkel 81 (3) punkt 46.

gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler, eller gruppefritaket for vertikale avtaler.

Gruppefritakene er bygget opp på lignende vis. Den første delen av gruppefritakene inneholder en fortale. Her gis det en gjennomgang av bakgrunnen for og formålet med gruppefritakene, det fremheves blant annet at Kommisjonens erfaring viser at de avtaletyper som kommer inn under fritakene normalt kan regnes for å oppfylle betingelsene i artikkel 81 nr. 3.¹⁹⁰ Av begge gruppefritakene fremgår det at avtaletypene i sin alminnelighet må antas å bidra til å styrke konkurransen, og at disse gunstige virkningene oppveier eventuelle negative virkninger på konkurransen forårsaket av restriktive klausuler i slike avtaler.¹⁹¹ Etter fortalen finner vi selve unntaksforordningen. Denne består for begge gruppefritakene av fem hoveddeler;

For det første gis en rekke legaldefinisjoner.¹⁹² Dernest gis en unntaksregel, og vilkår for at denne kommer til anvendelse.¹⁹³ Etter dette listes det opp klausuler som likevel ikke vil komme inn under unntaksreglen.¹⁹⁴ Det gis så bestemmelser om adgangen til å trekke tilbake eller unnlate å benytte fritaket.¹⁹⁵ Til sist gis det bestemmelser om overgangsregler samt om gruppefritakets ikrafttredelse og varighet.¹⁹⁶

Det er flere ulikheter med henhold til hvilke avtaler som kan fritas etter de to gruppefritakene. Aller først må det undersøkes om avtalen overhodet kan komme inn under et gruppefritak, altså om vilkårene for fritak er til stede. Dernest må det undersøkes hva slags klausuler som i tilfelle kan fritas, altså om klausulen går inn under fritaket eller om den er unntatt fritakets nedslagsfelt.

¹⁹⁰ Se eksempelvis fortalen til gruppefritaket for vertikale avtaler, særlig punkt 2.

¹⁹¹ Se gruppefritaket for vertikale avtaler, fortalens punkt 6 og 7, og gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler, fortalens punkt 5 og 6.

¹⁹² Gruppefritakenes artikler 1.

¹⁹³ Gruppefritakenes artikler 2 og 3.

¹⁹⁴ Gruppefritakenes artikler 4 og 5.

¹⁹⁵ Gruppefritakenes artikkel 6 og 7, samt gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 8.

¹⁹⁶ Gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 12 og 13, og gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler artikkel 10 og 11.

2.5.2 Vilkår som må oppfylles for å komme inn under gruppefritakene

Ikke alle aktører som ønsker å knytte restriktive klausuler vedrørende distribusjon og omsetning av produkter eller teknologi gis beskyttelse gjennom noe gruppefritak.

Avhandlingen relaterer seg for enkelthets skyld til avtaler som enten kan klassifiseres som teknologioverføringsavtaler eller som distribusjonsavtaler. Slik sett befinner vi oss innenfor gruppefritakenes nedslagsfelt. Imidlertid er dette ikke nok til at en avtale nyter godt av gruppefritakene. I det følgende gjøres det rede for de forskjeller som eksisterer mellom gruppefritakene hva gjelder vilkårene som må oppfylles før en avtale kan unntas fra artikkel 81 nr. 1.

2.5.2.1 Avtaler mellom hvilke aktører kan fritas etter gruppefritakene?

Horisontale samarbeidsavtaler:

Gruppefritaket for vertikale avtaler gir fritak nettopp for vertikale avtaler. Horisontale avtaler er avtaler mellom aktører som opererer på samme trinnhøyde på produksjonskjeden, for eksempel mellom to råvareprodusenter, eller mellom to leverandører. Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler har ingen tilsvarende avgrensning. En teknologioverføringsavtale mellom aktører på samme trinnhøyde av produksjonskjeden vil altså ikke utelukke anvendelsen av gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler. Som vi skal se er imidlertid adgangen til å innta markedsdelingsklausuler i avtalen mer begrenset når det gjelder avtaler mellom konkurrenter. Også det faktum at distribusjonsavtaler implisitt utgjør vertikale avtaler, medfører at forskjellen mellom avtaletypene som behandles i denne avhandlingen er liten når det gjelder forskjellen på adgangen til å fritas horisontale avtaler. Som vi skal se straks nedenfor, er forskjellen i adgangen til å fritas avtaler mellom konkurrenter av langt større interesse.

Avtaler mellom konkurrenter:

I selve fritaksreglen i artikkel 2 i gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler skilles det ikke mellom avtaler mellom konkurrenter og ikke-konkurrenter. Det er imidlertid forskjell på hva slags klausuler det er adgang til å innta i overføringsavtalene alt ettersom aktørene er å anse som konkurrenter eller ikke.¹⁹⁷ Vurderingen av om virksomhetene er konkurrenter eller ikke beror på hvorvidt aktørene i avtalen er

¹⁹⁷ Se artikkel 4 nr. 1 og 2.

konkurrenter eller potensielle konkurrenter på samme relevante teknologi- eller produktmarked.¹⁹⁸ Den ulike behandlingen av avtaler mellom konkurrenter og ikke-konkurrenter medfører som vi skal se at det er snevrere adgang til å få fritak etter gruppefritaket når det gjelder avtaler inngått mellom konkurrenter.¹⁹⁹ Det faktum at virksomhetene er konkurrenter utelukker imidlertid på ingen måte at gruppefritaket kommer til anvendelse.

I fritaksreglen i artikkel 2.4 i gruppefritaket for vertikale avtaler er skillet mellom avtaler inngått mellom konkurrenter og ikke-konkurrenter et viktig aspekt. Fritaket gjelder i utgangspunktet bare for avtaler mellom ikke-konkurrerende virksomheter, selv om det gis et snevert unntak for ensidige avtaler mellom visse typer av konkurrenter. Dette innebærer at det faktum at virksomhetene er konkurrenter i utgangspunktet utelukker at fritaket kommer til anvendelse.

Avtaler mellom flere aktører:

Gruppefritaket for vertikale avtaler omfatter avtaler mellom to eller flere virksomheter som opererer på ulik trinnhøyde av produksjonskjeden. Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler omfatter utelukkende avtaler mellom to virksomheter.

Sammenlikning og oppsummering:

Adgangen til å inngå avtaler mellom flere aktører er kun åpen dersom det dreier seg om en distribusjonsavtale. Til gjengjeld er det når det gjelder teknologioverføringsavtaler videre adgang til å inngå avtaler med konkurrenter. Som vi skal se under punkt 2.5.3 begrenses imidlertid betydningen av denne adgangen av at hvilke klausuler som er lovlige etter gruppefritaket stiller seg forskjellig alt ettersom det er konkurrenter eller ikke-konkurrenter som ønsker å inngå avtalen. Når det gjelder hvilke aktører som kan samarbeide, synes imidlertid valgfriheten å være større for aktører som ønsker å inngå avtaler om teknologioverføring enn for de som ønsker å inngå distribusjonsavtaler.

¹⁹⁸ Gruppefritaket for teknologioverføring artikkel 1, bokstav j, punkt i og ii.

¹⁹⁹ Se nærmere i punkt 2.5.3 om dette.

2.5.2.2 Hvor store kan markedsaktørene være?

Terskelverdier:

I artikkel 3 i gruppefritaket for vertikale avtaler bestemmes det at gruppefritaket kun kommer til anvendelse der leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 %. Er det snakk om en avtale om eksklusiv leveringsplikt, er det kjøpers markedsandel som ikke må overstige 30 %. I de tilfeller det er snakk om en avtale inngått mellom en sammenslutning av virksomheter og deres medlemmer eller leverandører, er det et tilleggsvilkår at ingen av medlemmene (som for øvrig alle må være detaljister) kan ha en årlig omsetning på mer enn 50 millioner euro. I de tilfellene avtaler mellom konkurrenter kan fritas, må kjøpers årlige omsetning ikke overstige 100 millioner euro. Bestemmelsen opererer ikke med noen grense hva gjelder aktørenes felles markedsandel.

Artikkel 3 i gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler bestemmer at gruppefritaket kun kommer til anvendelse på avtaler mellom konkurrenter der deres kombinerte markedsandel ikke overstiger 20 % av det relevante marked. For avtaler mellom virksomheter som ikke er konkurrenter, kommer gruppefritaket til anvendelse i de tilfeller deres kombinerte markedsandel ikke overstiger 30 %. I motsetning til det som gjelder for gruppefritaket for vertikale avtaler, er det altså partenes felles markedsandel som legges til grunn for vurderingen av terskelverdiene etter gruppefritaket for teknologioverføring.

Markedsdefinisjon:

Gruppefritakenes bestemmelser om markedsdefinisjon er relativt like.²⁰⁰ I retningslinjene til bestemmelsene er det gjort nærmere rede for beregningen av markedsandeler og retningslinjer for fastsettelsen av det relevante marked.²⁰¹ Det vil sprengte rammene for denne avhandlingen å gjøre nærmere rede for analysen av det relevante geografiske markedet og produktmarkedet, og for hvilke ulikheter fastsettelsen av det relevante marked kan innebære når det gjelder henholdsvis

²⁰⁰ Gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 9 og gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler artikkel 8.

²⁰¹ Se retningslinjene for vertikale avtaler punkt 88-99 og retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 19-25.

teknologioverføringsavtaler og produktoverdragelser. Her skal imidlertid pekes på at fastsettelsen av det relevante marked for teknologi kan by på vanskelige vurderingstemaer. Problemene med å fastsette det relevante marked er særlig knyttet til at det ikke nødvendigvis vil være noe allerede eksisterende marked for ny teknologi.²⁰²

Et resultat av dette kan være at virksomheter som ønsker å inngå en avtale om teknologioverføring risikerer å ikke kunne nyte godt av gruppefritaket, ettersom deres felles markedsandel vil overstige terskelverdiene. Dette vil særlig kunne være tilfelle der teknologien som overføres fra A til B er ny og revolusjonerende. Ettersom teknologien i disse tilfellene kan representere et "hopp" i utviklingen, kan markedet for teknologien måtte defineres isolert fra markedene for allerede eksisterende teknologi. Det er kanskje nettopp i disse tilfellene behovet for å inngå teknologioverføringsavtaler er størst. A kan ha behov for å lisensiere rettighetene til produksjon for å tjene på sin nyskapning, også før han har anledning til eventuelt å starte produksjon selv. Likeledes vil det kunne oppstå behov for å innta markedsdelingsklausuler i avtalen, både for å beskytte As investeringer, men også fordi B må beskyttes skal han ha incentiv for å entre et nytt marked. Dersom det relevante markedet i disse tilfeller defineres på en slik måte at A og B er de eneste, eller to av få aktører på markedet, kan dette medføre at avtalen mellom dem ikke kan fritas etter gruppefritaket for teknologioverføring.

Sammenlikning og oppsummering:

De spesielle aspektene forbundet med fastsettelsen av det relevante marked for teknologi kan medføre at det er vanskelig for virksomheter å holde seg inn under terskelverdiene, spesielt i de tilfeller det er snakk om ny og revolusjonerende teknologi. Samtidig er terskelverdiene i gruppefritaket for teknologioverføring lavere enn terskelverdiene som må iakttas etter gruppefritaket for vertikale avtaler, idet det er aktørenes sammenlagte markedsandel som danner grunnlaget for beregningen av terskelverdiene i gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler. Gruppefritaket for vertikale avtaler opererer ikke med noen slik samlet markedsandel.

Samlet sett kan det synes å være snevrere adgang til å nyte godt av gruppefritaket for

²⁰² Se eksempelvis Korah i "Draft block exemption for technology transfer". I: European Competition Law Review. Vol. 25, utg. 7 (2004), s. 247-262, på s. 254.

teknologioverføringsavtaler enn til å komme inn under gruppefritaket for vertikale avtaler. Som vi skal se snart nedenfor oppveies imidlertid dette av det faktum at når en avtale først nyter godt av fritaket for teknologioverføringsavtaler, er adgangen til å foreta markedsdeling i noen grad videre enn adgangen er etter gruppefritaket for vertikale avtaler.

2.5.3 Adgangen til markedsdeling etter gruppefritakene

2.5.3.1 Generelt

Adgangen til å foreta markedsdeling ved å avtale territoriell eksklusivitet er direkte regulert i gruppefritakene.²⁰³ Det finnes imidlertid også andre måter å foreta slik markedsdeling på. Eksempelvis kan klausuler om eksportforbud og kvantumsbegrensninger virke markedsdelende.²⁰⁴ Ordlyden i begge gruppefritakenes bestemmelser om markedsdeling rammer avtaler som direkte eller indirekte, alene eller i kombinasjon med andre faktorer partene har kontroll over, har et markedsdelende formål. Det er derfor viktig å ha for øyet at det ikke bare er eksplisitt regulering av hvilke territorier partene kan selge produktene i, men også andre måter rent faktisk å foreta markedsdeling på, som rammes av bestemmelsene.

Når det gjelder adgangen til å foreta markedsdeling, skiller begge gruppefritakene mellom restriksjoner på aktivt og passivt salg. Aktivt salg er betegnelsen på salgsformen der en selger aktivt går inn for å henvende seg til spesielle kundegrupper, for eksempel ved å etablere et salgssted i et gitt territorium, ved å besøke kundene eller ved å drive markedsføring spesielt rettet mot dem.²⁰⁵ Passivt salg betegner den salgsformen der selgeren ikke oppsøker kunden aktivt, men svarer på uoppfordrede henvendelser ved for eksempel å selge og levere varer. Også generell markedsføring som er egnet til å nå selgers egen kundegruppe og kundegrupper i ikke-eksklusive territorier faller inn under definisjonen av passivt salg.²⁰⁶

²⁰³ Se gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 4 b og gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler artikkel 4 nr. 1 bokstav c og 4 nr. 2 bokstav b.

²⁰⁴ Se retningslinjene for teknologioverføringsavtaler punkt 98 og retningslinjene for vertikale avtaler punkt 49.

²⁰⁵ Se gruppefritaket for vertikale avtaler punkt 50.

²⁰⁶ Se gruppefritaket for vertikale avtaler punkt 50.

Begrensninger i adgangen til å benytte begge formene for salg vil kunne virke konkurransebegrensende. Restriksjoner på passivt salg vil imidlertid virke mer begrensende på konkurransen enn restriksjoner på aktivt salg. Dette har sammenheng med at forbud mot å foreta passivt salg vil sikre tilnærmet full territoriell beskyttelse. Dersom B ikke en gang kan svare på uoppfordrede henvendelser, begrenses hans salg til tredjemenn. På denne måten beskyttes både A og andre aktører fra konkurranse fra B, og også i stor grad fra konkurranse fra parallellimportører som opplever at det er vanskeligere å kjøpe varer fra B enn det det ville vært uten restriksjonen som er pålagt ham. Adgangen til å innta forbud mot passivt salg er derfor gjennomgående snevrere enn adgangen til å forby aktivt salg i gruppefritakene. Som vi skal se, er det imidlertid ulikheter både når det gjelder adgangen til å innta forbud mot aktivt og passivt salg i de to gruppefritakene. Forskjellene skal vi se nærmere på i det følgende.

2.5.3.2 Adgangen til å innta forbud mot aktivt salg

Gruppefritaket for vertikale avtaler regulerer adgangen til markedsdeling i artikkel 4 b. Her heter det at gruppefritaket ikke kommer til anvendelse på avtaler som har som formål å begrense til hvilke territorier eller kunder kjøperen kan videreselge produktene.

Bestemmelsen gir imidlertid en rekke unntak fra denne hovedregelen. Ett av unntakene i artikkel 4 b åpner for at restriksjoner på kjøpers markedsadgang godtas når det gjelder aktivt salg til territorier eller kunder som er forbeholdt selger, eller reservert av selger til andre kjøpere. Dette unntaket gjelder så lenge det ikke legges tilsvarende restriksjoner på kjøpers kjøpere. En viss form for markedsdeling fritas altså etter gruppefritaket for vertikale avtaler.

Restriksjoner på aktivt salg til visse territorier eller kundegrupper unntas imidlertid utelukkende dersom disse er *forbeholdt* selger eller andre kjøpere. Ifølge Subiotti og Amato innebærer dette at territoriet eller kundegruppen må være eksklusivt forbeholdt enten selger eller en annen av selgerens kunder.²⁰⁷ Et generelt forbud mot salg utenfor et gitt territorium vil altså ikke bli godtatt. Ei heller vil restriksjoner godtas dersom

²⁰⁷ Subiotti og Amato; "The reform of the European competition policy concerning vertical restraints". I: Antitrust Law Journal. Vol. 69, nr. 1 (2001), s. 147-193, på s. 173-175.

territoriet eller kundegruppen ikke er *eksklusivt* reservert en annen, altså må for eksempel en distributør være beskyttet mot alt aktivt salg inn i sitt territorium, for at selger kan pålegge en annen distributør ikke å selge aktivt inn i territoriet.²⁰⁸

Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler regulerer adgangen til å innta markedsdelingsklausuler i avtaler mellom konkurrenter i artikkel 4 nr. 1 c. Etter bestemmelsen kommer gruppefritaket i utgangspunktet ikke til anvendelse på slike avtaler som har som formål å fordele marked og kundegrupper. Imidlertid åpner unntaksbestemmelsene i artikkel 4 nr. 1 c (iv) og (v) for unntak fra hovedregelen.

Etter 4 nr. 1 c (iv) godtas restriksjoner på aktivt salg fra lisensgiver eller lisenstaker inn i territorier eller til kunder som er reservert for en av avtalepartene. Etter artikkel 4 nr. 1 c (v) godtas restriksjoner på lisenstakers markedstilgang når det gjelder aktivt salg til territorier eller kunder som er forbeholdt en annen lisenstaker, så lenge denne ikke var en konkurrent av lisensgiveren på det tidspunkt vedkommendes lisensavtale ble inngått.

En viktig forutsetning for at både artikkel 4 nr. 1 c (iv) og (v) blir godtatt er imidlertid at det dreier seg om en avtale mellom partene som ikke er gjensidig.²⁰⁹ Videre gjelder også her betingelsen om at et territorium eller en kundegruppe må være eksklusivt forbeholdt en av partene, eventuelt en annen av lisensgivers lisenstakere for at et forbud mot aktivt salg skal kunne fritas etter bestemmelsen.

Når det gjelder avtaler mellom ikke-konkurrenter, er adgangen til å innta forbud mot aktivt salg en ganske annen. Etter artikkel 4 nr. 2 b kommer gruppefritaket ikke til anvendelse på avtaler som begrenser territoriet lisenstaker kan selge passivt inn i.

²⁰⁸ Se Subiotto og Amato s. 173-175 for nærmere redegjørelse for hva som ligger i vilkåret i gruppefritaket for vertikale avtaler om at område eller kundegruppe må være "forbeholdt" selger eller en annen av selgers kjøpere. Se også Whish s. 633 om implikasjonen av kravet.

²⁰⁹ En ikke-gjensidig avtale er definert på følgende måte i gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler artikkel 1 d.; "[a] non-reciprocal agreement [] means a technology transfer agreement where one undertaking grants another undertaking a patent licence, a know-how licence, a software copyright licence or a mixed patent, know-how or software copyright licence, or where two undertakings grant each other such a licence but where these licences do not concern competing technologies and cannot be used for the production of competing products".

Motsetningsvis betyr dette at avtaler som inneholder restriksjoner på aktivt salg, enten fra lisensgiver eller lisenstaker, ikke utelukkes fra gruppefritaket, men gis automatisk fritak.²¹⁰ Vilkåret om at et marked eller en kundegruppe må være forbeholdt selger eller lisensgiver gjelder altså ikke tilsvarende i disse tilfellene, hvilket innebærer at en lisensgiver for eksempel vil kunne sette et generelt forbud mot aktivt salg utenfor et gitt territorium.

Som vi ser åpner altså begge gruppefritakene for at det kan inntas forbud mot aktivt salg i overføringsavtalene mellom A og B. Adgangen til å innta markedsdelingsklausuler knyttet til aktivt salg er imidlertid større når det gjelder teknologioverføringsavtaler mellom ikke-konkurrenter enn den er for avtaler om teknologioverføringsavtaler mellom konkurrenter og for vertikale avtaler, idet det ikke stilles krav til reservering av marked eller kundegruppe for å innta slike klausuler i denne avtaletypen.

2.5.3.3 Adgangen til å innta forbud mot passivt salg

Unntaket fra forbudet mot markedsdeling i gruppefritaket for vertikale distribusjonsavtaler gjelder utelukkende for aktivt salg.²¹¹ Det betyr at restriksjoner på passivt salg over hodet ikke kan fritas etter gruppefritaket. Dette til forskjell fra reguleringen i gruppefritaket for teknologioverføring. Her holdes mulighetene for å innta slike klausuler åpen både når det gjelder avtaler mellom konkurrenter og når det gjelder avtaler mellom ikke-konkurrenter;

Når det gjelder avtaler mellom konkurrenter, åpner gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler i artikkel 4 nr. 1 c (iv) for at restriksjoner på passivt salg fra lisensgiver eller lisenstaker inn i territorier eller til kunder som er reservert for en av avtalepartene godtas. Forutsetningen om at det dreier seg om en avtale som er ikke gjensidig gjelder også her. Etter artikkel 4 nr. 1 c (v) godtas restriksjoner på lisenstakers markedstilgang til territorier eller kunder som er forbeholdt en annen lisenstaker utelukkende når det gjelder aktivt salg. Muligheten for å pålegge lisenstaker forbud mot passivt salg inn i slike territorier er altså ikke åpen.

²¹⁰ Se også retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 99.

²¹¹ Gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 4 b.

Når det gjelder restriksjoner på passivt salg i avtaler mellom ikke-konkurrenter, medfører gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler artikkel 4 nr. 2 b at avtaler som forbyr passivt salg fra lisensgiver gis automatisk fritak. Det er utelukkende avtaler som begrenser lisenstakers adgang til passivt salg som kan rammes av forbudet i artikkel 4 nr. 2 b. Unntaksbestemmelsene i artikkel 4 nr. 2 b, punkt (i) og (ii) innebærer at også restriksjoner på lisenstakers adgang til passivt salg godtas i visse tilfeller.

Begrensningene kan aksepteres hvis de er gitt for å beskytte markeder eller kunder reservert for lisenstaker selv eller er gitt en annen lisenstaker. I sistnevnte situasjon får fritaket imidlertid bare virkning de to første årene den andre lisenstakeren selger sine produkter på det aktuelle markedet eller til de aktuelle kundene.

Forskjellene mellom gruppefritakene når det gjelder adgangen til å innta forbud mot passivt salg i overføringsavtalen mellom A og B er tydelig. Det er bare gruppefritaket for teknologioverføring som åpner for bruken av slike klausuler. Adgangen til å innta forbud mot passivt salg er imidlertid, i likhet med adgangen til å innta forbud mot aktivt salg, videre når det gjelder avtaler mellom ikke-konkurrenter enn avtaler mellom konkurrenter.

2.5.4 Konklusjon

Som vi ser, er det forskjeller både med henhold til avtaler mellom hvilke aktører som kan fritas etter henholdsvis gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler og vertikale avtaler, og det er forskjeller med henhold til hvilke klausuler som kan unntas etter gruppefritakene.

En viktig forskjell er at avtaler mellom konkurrenter kan fritas etter gruppefritaket for teknologioverføring, mens det er svært snever adgang til å frita slike avtaler etter gruppefritaket for vertikale avtaler. En annen påfallende forskjell er adgangen til å innta restriktive klausuler på passivt salg. Denne adgangen er utelukkende åpen for teknologioverføringsavtaler. Adgangen til å forby passivt salg er i retningslinjene begrunnet blant annet med ønsket om spredning av teknologien, samt i hensynet til å beskytte lisenstakers ofte store og bundne investeringer.²¹² Etter min mening gjenspeiler forskjellen den noe mer liberale holdningen til absolutt områdebeskyttelse som vel kan

²¹² Se eksempelvis retningslinjene til gruppefritaket for teknologioverføring, punkt 100 og 101.

spores i EF-domstolens praksis når det gjelder teknologioverføring sammenliknet med distribusjon.²¹³ Også når det gjelder kravene som må oppfylles for å frita restriksjoner på aktivt salg, er det forskjeller mellom reguleringen i gruppefritakene. Skal en slik klausul godtas for vertikale avtaler, eller mellom konkurrerende parter i teknologioverføringsavtaler, må territoriet være ”reservert” for en av partene eller dennes kunder. Noe tilsvarende krav stilles ikke opp for teknologioverføringsavtaler mellom ikke-konkurrerende parter.

Behovet for å klassifisere avtalen som enten en teknologioverføringsavtale eller en distribusjonsavtale springer oss i øynene. En avtale faller inn under det ene eller det andre fritaket, og definisjonen av hva slags avtale vi står overfor kan være avgjørende for dens lovlighet, ettersom gruppefritakenes regulering skiller seg fra hverandre.

Behovet for å trekke et skille kan også strekkes lenger. Som jeg var inne på i punkt 2.4.5, antas de avtaler som er fritatt etter gruppefritakene å være i tråd med hensynene i denne bestemmelsen, mens klausuler som ikke fritas vil ha vanskeligere for å nyte godt av den individuelle fritaksregelen. Skillet kan derfor få en avgjørende betydning også for adgangen til å få fritak etter artikkel 81 nr. 3. Eksempelvis vil et forbud mot passivt salg i en teknologioverføringsavtale mellom aktører hvis felles markedsandel overstiger terskelverdiene i gruppefritaket, likevel ha mulighet til å bli fritatt etter artikkel 81 nr. 3. Det er ingen presumpsjon for at en avtale ikke kan fritas etter bestemmelsen selv om terskelverdiene er overtrådt. Motsatt vil et forbud mot passivt salg i en distribusjonsavtale neppe bli fritatt etter artikkel 81 nr. 3, ettersom et slikt forbud ikke er tillatt etter gruppefritaket for vertikale avtaler. Definisjonen av avtalen, og den ulike reguleringen av adgangen til markedsdeling etter de to gruppefritakene, vil således kunne få betydning også for vurderingen av om en avtale kan gis fritak på individuelt grunnlag etter artikkel 81 nr. 3.

2.6 Skillet betydning – oppsummering

Det kan etter de forutgående drøftelsene slås fast at det er forskjeller på den konkurranserettslige reguleringen av avtaler om henholdsvis produktoverdragelse og teknologioverføring. Hensynene bak EF-traktatens artikkel 81 og de spesielle aspekter

²¹³ Se ovenfor i punkt 2.2.4-2.2.6.

ved teknologioverføring medfører at det skal mer til før en markedsdelingsklausul i en avtale om teknologioverføring rammes av bestemmelsen enn at en markedsdelingsklausul i en avtale om produktoverdragelse gjør det. Videre synes adgangen til å få fritak etter et gruppefritak eller etter artikkel 81 nr. 3 dersom avtalen rammes av artikkel 81 nr. 1 større for teknologioverføringsavtaler enn hva gjelder for distribusjonsavtaler.

Forutsetningen for at det er interessant å fastsette et skille mellom teknologioverføring og produktoverdragelse, nemlig at skillet kan ha implikasjoner for den konkurranserettslige reguleringen av en avtale, er altså til stede. I det videre skal det derfor fokuseres på fastsettelsen av skillet mellom avtaletypene. Avhandlingens kapittel 3 omhandler hvordan vi fastsetter skillet når vi skal avgjøre hvilket regelsett som kommer til anvendelse. Når vi skal ta stilling til dette, er det imidlertid nyttig å ta med seg funnene fra denne delen av avhandlingen. Momentene i vurderingen etter artikkel 81 kan være til hjelp når vi skal fastsette skillet. Likeledes vil forskjellene i den konkurranserettslige behandlingen av de to avtaletypene kunne forklare hvor skillet går, og hvorfor det eventuelt må gå akkurat der. Det er derfor viktig å ha vurderingstemaene fra denne delen av avhandlingen i mente når vi nå vender interessen mot fastsettelsen av skillet.

3 Fastsettelsen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse

3.1 Innledning

Foran er det fastslått at det er forskjeller mellom konkurransereglens anvendelse på avtaler om henholdsvis teknologioverføring og produktoverdragelse. Det er for eksempel større adgang til å innta markedsdelingsklausuler i en avtale om teknologioverføring enn i en avtale om produktoverdragelse.

Dette innebærer at vi er nødt til å analysere hvorvidt en avtale eller en klausul gjelder overdragelsen av et produkt eller overføringen av teknologi før vi bedømmer hvilke konkurranseregler som kommer til anvendelse, eller snarere hvilken anvendelse konkurransereglene skal gis på avtalen. Fastsettelsen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse vil altså bero på en tolkning av avtalen vi står overfor, og det er realiteten i overføringen som er avgjørende.

Et naturlig startsted ved fastsettelsen av skillet er å se hen til definisjonene av henholdsvis teknologioverføringsavtaler og avtaler om produktoverdragelse som ble gitt i avhandlingens innledning: En teknologioverføringsavtale innebærer at teknologi blir overført mellom to virksomheter, og teknologien som overføres skal sette lisenstaker i stand til å produsere kontraktsproduktet.²¹⁴ En produktoverdragelse relaterer seg til en tinglig overføring mellom kjøper og selger. Som vi ser illustrerer definisjonene således ytterpunktene, men gir oss ikke mer hjelp enn dette utgangspunktet. For å kunne gi en mer presis fastsettelse av skillet mellom avtaletypene, må vi se hen til ytterligere materiale.

For det første kan den konkurranserettslige behandlingen av de forskjellige avtaletypene bidra til å fastsette skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse. Dette

²¹⁴ Kontraktsproduktet er det produkt som produseres ved hjelp av teknologien, eller hvori denne inkorporeres. Se nærmere retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 43.

gjelder både for praksis og teori relatert til anvendelsen av artikkel 81 generelt, men også for reguleringen i gruppefritakene for henholdsvis teknologioverføring og vertikale distribusjonsavtaler. Som vi skal se nedenfor under punkt 3.3 og punkt 3.4 regulerer nemlig begge gruppefritakene til en viss grad hvordan skillet mellom avtaletypene må fastsettes. Fastsettelsen av skillet slik den reguleres i gruppefritakene utdypes også noe i Kommisjonens retningslinjer til gruppefritakene.

I denne forbindelse kan det oppstå spørsmål ved om det har noen betydning for fastsettelsen av skillet hvorvidt vi vurderer en avtale etter artikkel 81 nr. 1 eller 3, eller om vi vurderer avtalen opp mot et gruppefritak. Som vi skal se nedenfor, er fastsettelsen av skillet mellom avtaletypene imidlertid ikke i alle henseender regulert i gruppefritakene. Særlig når vi skal fastsette utgangspunktet for skillet, samt når vi skal definere hva slags avtale det er vi egentlig står overfor, er vi henvist til å se lenger enn til gruppefritakenes regulering. Fastsettelsen av skillet utgangspunkt, og en nærmere definering av avtaletypene vil derfor gå ut på ett enten vi vurderer avtalen etter artikkel 81 nr. 1 og 3, eller etter gruppefritakene.

Når det gjelder avtaler som etter en nærmere vurdering må sies å innebære både en produktoverdragelse og en teknologioverføring, er situasjonen en noe annen. Det finnes få momenter til fastsettelse av skillet i praksis rundt artikkel 81, etter artikkel 81 nr. 1 og nr. 3 er vi henvist til å vurdere en eventuelt markedsdelende klausul konkret og i sin kontekstuelle ramme.²¹⁵ Som jeg var inne på i punkt 2.2.7 vil vi i disse tilfellene ikke se den helt store forskjellen i den konkurranserettslige behandlingen av avtaletypene i det de nærmer seg hverandre. Når vi står overfor en avtale som består av begge deler, er det heller ikke egentlig selve fastsettelsen av skillet som reiser problemer. Problemet er snarere hvilken konkurranserettslige behandling markedsdelingsklausulen skal gis.

Som vi skal se under punkt 3.4.1 og 3.4.4 inneholder imidlertid gruppefritakene egne regler for fastsettelsen av skillet i disse tilfellene. I de tilfellene vi står overfor en avtale som består av både en teknologioverføring og en produktoverdragelse er det det som utgjør hovedformålet med avtalen som er bestemmende for hva slags avtale den anses

²¹⁵ Se ovenfor i punkt 2.2.3.3 og 2.3.3.

som etter gruppefritakene.²¹⁶ En kan en derfor tenke seg at det oppstår spørsmål om fastsettelsen av skillet vil avhenge av hvilket regelsett vi bedømmer avtalen etter. Ettersom gruppefritakene er unntak fra artikkel 81 nr. 1, er det imidlertid ingen grunn til å tro at gruppefritakene går lenger i å åpne for markedsdeling for avtaletypene de fritar enn hva som er resultatet av en vurdering etter artikkel 81 nr. 1. Og fordi gruppefritakene er gitt i medhold av artikkel 81 nr. 3, vil det samme gjelde i forhold til denne bestemmelsen.

Spørsmålet er derfor om det i de tilfellene vi står overfor en avtale som består av både en produktoverdragelse og en teknologioverføring er hensiktsmessig å fastsette et skille mellom avtaletypene også når vi bedømmer avtalen etter artikkel 81 nr. 1 eller nr. 3. For alle praktiske formål vil det vel nærmest gå ut på ett om en anser den konkurranserettslige behandlingen av blandede avtaler som et resultat av en avveining etter artikkel 81, eller som et resultat av at vi fastsetter et skille mellom avtaletypene også i disse tilfellene. Det er derfor den siste løsningen som er valgt i denne avhandlingen. Løsningen er etter min mening hensiktsmessig idet den er i tråd med gruppefritakenes regulering. I de følgende drøftelsene legges det derfor til grunn at skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse vil gå likt uansett om behovet for å fastsette skillet oppstår i forbindelse med en vurdering etter artikkel 81 nr. 1 og 3, eller etter gruppefritakene. Det legges videre til grunn at det generelt sett er stor grad av samsvar mellom artikkel 81 og gruppefritakene. Drøftelsene som foretas i det videre hviler derfor både på momenter som kan utledes av praksis rundt artikkel 81 og på den spesifikke reguleringen i gruppefritakene.

Som vi skal se, kan det likevel være vanskelig å fastsette skillet utelukkende på basis av konkurransereglene. Dette har sammenheng med at praksis og teori omkring artikkel 81 er preget av å henvise grensedragningen til en avveining av ulike hensyn. Videre kan reguleringen i gruppefritakene og Kommisjonens retningslinjer til disse neppe sies å gi noe avgjørende svar på hvor skillet skal gå i tvilstilfeller, til tross for at de inneholder momenter vi kan anvende ved grensedragningen.

²¹⁶ Se gruppefritaket for teknologioverføring artikkel 1 b og gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 1 nr. 3.

Spørsmålet er derfor om vi kan støtte oss på ytterligere materiale som vi kan bruke til å utlede momenter til en mer utpenslet fastsettelse av skillet. En nærmere klargjøring av grensedragningen kan vi etter min mening få dersom vi ser hen til konsumpsjonsprinsippet, slik det er utviklet gjennom EF-domstolens praksis knyttet til reglene om fri bevegelighet av varer. Som nevnt innledningsvis relaterer konsumpsjonsreglene seg til når rettighetshaver ikke lenger kan påberope seg sine immaterialrettigheter for å forhindre videre omsetning av et produkt som er brakt i omsetning innenfor fellesmarkedet av ham selv eller med hans samtykke. Slik sett markerer altså prinsippet skillet mellom omsetningen av et produkt og overføring av teknologi i relasjon til de frie varebevegelser.

Skillet kan ha mye å si også for vårt tema; vi står jo overfor en situasjon der vi skal bedømme hvorvidt det er en teknologioverføring eller en produktoverdragelse vi står overfor. Som vi skal se, gjelder prinsippet avveiningen mellom hensynet til ønsket om å belønne og oppfordre til nyskapning og hensynet til ønsket om fri bevegelse av varer. Vurderingen er i hvert fall liknende den vi står overfor når vi skal løse vår problemstilling. Av punkt 3.2.2 og 3.2.4 nedenfor fremgår det at det er sterk sammenheng mellom konsumpsjonsprinsippet og konkurransereglene, og også mellom konkurransereglene og EF-rettens regler om de frie varebevegelser. På grunn av denne indre sammenhengen mellom reglene, kan vi etter min mening via reglene om konsumpsjon utlede et nyttig verktøy til å fastsette skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse også i relasjon til rettsreglene som ble gjennomgått i avhandlingens kapittel 2.

Verdien av å se hen til konsumpsjonsprinsippet ved grensedragningen mellom avtaletypene er at vi kan få et mer eksakt svar enn ved å henvise til en interesseavveining i det enkelte tilfelle. At konsumpsjonsregelen er utviklet gjennom praksis fra EF-domstolen, gir også grensedragninger basert på prinsippet materielle innhold økt tyngde sammenliknet med vurderinger basert utelukkende på reelle hensyn. Det synes derfor trygt å hevde at konklusjoner trukket ved hjelp av konsumpsjonsprinsippet gir oss et mer konsist verktøy ved fastsettelsen av skillet, og at vi derfor har mye å vinne på å anvende regelen ved grensedragningen.

3.2 Konsumpsjonsprinsippet

3.2.1 Innledning

I avhandlingens punkt 3.2.3 gis en nærmere beskrivelse av konsumpsjonsprinsippet materielle innhold. Før vi behandler det materielle innholdet skal vi imidlertid se nærmere på rammene for utviklingen av prinsippet. Dette vil bidra til å danne en kontekstuell ramme for reglene, og også til å illustrere noen av de bakenforliggende hensyn som begrunner prinsippet. Bakgrunnen for regelsettet vil videre kunne bidra til å fastsette dets nærmere innhold.

En forutsetning for at vi skal kunne anvende konsumpsjonsprinsippet ved fastsettelsen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse, er imidlertid at prinsippet kan anses relevant også i forhold til konkurranserettslige problemstillinger. Før vi kan anvende momenter utledet fra konsumpsjonsprinsippet ved fastsettelsen av skillet, er det derfor også nødvendig å se på prinsippet relevans i relasjon til vår problemstilling. En slik drøftelse foretas i avhandlingens punkt 3.2.4.

3.2.2 Bakgrunnen for utviklingen av konsumpsjonsreglene

Som det fremgår av avhandlingens innledning vil et ønske om å foreta markedsdeling oppstå fordi A som selger eller rettighetshaver eller B som As lisenstaker eller distributør i importstaten gjerne søker å motsette seg konkurranse fra både hverandre, fra andre lisenstakere/distributører eller fra uavhengige tredjemenn i form av parallellimportører. Det er som vi har sett særlig parallellimportproblemet som står i fokus når vi tar for oss adgangen til å foreta markedsdeling. En av måtene partene kan sikre seg ved er som vi har sett å innta territorielle restriksjoner i avtaler seg imellom, og på den måten søke å unngå at problemstillingen overhodet oppstår.

Som vi så i kapittel 2, kan behovet for å beskytte nyskapning og spredning av teknologi i fellesskapet påberopes som begrunnelse for å foreta slik markedsdeling.

Problemstillinger knyttet til dette har vært oppe til vurdering innenfor rammene av EF-rettens konkurranserettsregler ved flere anledninger. Videre så vi at hensynet til ønsket om markedsintegrasjon med styrke gjør seg gjeldende i disse sakene, og at EF-domstolen er tilbakeholdne med å godta slik markedsdeling. Særlig ved skillet mellom såkalte åpne eksklusive avtaler og avtaler som gir absolutt territoriell beskyttelse

kommer dette klart til uttrykk.

En annen måte partene kan søke å beskytte seg mot uønsket konkurranse på, er imidlertid å påberope seg sine immaterialrettigheter for å forhindre slik import. Særlig de første sakene om parallellimport som kom opp for EF-domstolen ble behandlet under den vinklingen at selve utøvelsen av immaterialrettigheter kunne utgjøre et brudd på konkurransereglene.²¹⁷ I forhold til artikkel 81 nr. 1 innebar dette at utøvelsen av immaterialrettighetene måtte finnes å være del av et konkurransebegrensende samarbeid. Eksistensen av og påberopelsen av immaterialrettigheter er nemlig ikke i seg selv et brudd på konkurransereglene.²¹⁸ EF-domstolen måtte ofte ”strekke” på artikkel 81 og 82 for å betegne utøvelsen av immaterialrettigheter som konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominerende stilling.²¹⁹

Utviklingen gikk imidlertid snart mot å vurdere påberopelsen av immaterialrettigheter opp mot EF-traktatens artikler 28-30 om fri bevegelse av varer og tjenester i stedet.²²⁰ Vurderingstemaet knyttet seg da ikke lenger til hvorvidt utøvelsen av immaterialrettigheter kunne anses å være ledd i et konkurransebegrensende samarbeid eller i utnyttelsen av en dominerende stilling. I stedet dreide det seg om hvorvidt påberopelsen av immaterialrettigheter kunne sies å være et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative eksport- og importrestriksjoner etter EF-traktatens artikler 28 og 29. Sentralt i problemkomplekset ble også spørsmålet om slike tiltak kunne anses begrunnet i hensynet til beskyttelsen av industriell og kommersiell eiendomsrett etter EF-traktatens artikkel 30. Restriksjonene må i tilfelle ikke utgjøre et middel til vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult begrensning av samhandelen mellom medlemsstatene.

²¹⁷ Se Rognstad s. 431-433, Tritton, side 462 og 551-554, og Ulloa, Gonzalo de. i ”*Licensing Contracts and Territoriality Clauses. Parallell Imports*”. I: *European Competition Law review*. Vol 12 (1991), s. 220-230, på s. 221. Se også avgjørelsen i de forente sakene 56/64 og 58/64, *Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkauf-GmbH vs Commission*, sak 24/67 *Parke, Davies & Co v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, samt sak 40/70 *Sirena S.r.l v. Eda S.r.l a.o.*

²¹⁸ Se eksempelvis sak 24/67 *Parke Davies and Co. vs. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*.

²¹⁹ Se Rognstad s. 431-433 og Tritton s. 462.

²²⁰ Se Rognstad s. 431-433, Tritton s. 462 og Ulloa, særlig s. 221-222.

Parallellimportproblemet har altså ikke bare som sin kjerne skjæringsfeltet mellom EF-rettens konkurranseregler og beskyttelsen av immaterielle rettigheter, men også skjæringsfeltet mellom EF-rettens regler om fri flyt av varer og tjenester og beskyttelsen av disse rettighetene. På samme måte som skjæringsfeltet mellom EF-rettens konkurranserett og beskyttelsen av immaterialrettigheter, er problemet knyttet til balanseringen av motstridende hensyn. På den ene siden står ønsket om å opprette og opprettholde ett felles marked, uten handelshindre mellom de ulike medlemsstatene. På den andre siden står hensynet til å beskytte immaterialrettigheter for å gi incitament til vedvarende teknisk utvikling.

Ved behandlingen av parallellimportproblemet har EF-domstolen ved flere anledninger måttet ta stilling til hvor langt immaterialrettighetene, og de hensyn som ligger til grunn for denne beskyttelsen, rekker når de tilsynelatende kommer i strid med reglene om de frie varebevegelser, og de hensyn som ligger til grunn for disse reglene. Løsningen på problemstillingen har blitt utviklingen av konsumpsjonsprinsippet, som oppstiller et rettslig kriterium for når nasjonale immaterialrettsregler kommer i konflikt med reglene om de frie varebevegelser.²²¹ Kriteriet går ut på at når et beskyttet produkt med rettighetshavers samtykke er omsatt i EF/EØS-området, kan rettighetshaver ikke lenger påberope seg immaterialrettigheter for å forhindre videre omsetning av produktet.²²²

Regelen er utslag av EF-domstolens avveininger knyttet til spørsmålet om når påberopelsen av immaterialrettigheter kan anses begrunnet i hensynet til den industrielle eller kommersielle eiendomsrett slik den er beskyttet i artikkel 30. Domstolen har tilsynelatende funnet en balanse mellom hensynene bak de frie varebevegelser og hensynene bak beskyttelse av immaterialrettigheter. Herunder har domstolen foretatt en avveining mellom ønsket om full markedsintegrasjon og ønsket om å besørge incitament til nyskaping. Når det gjelder denne "kompromissløsningen", har EF-domstolen kommet til at hensynet til å besørge nyskaping i forhold til reglene om frie varebevegelser ikke strekker lenger enn til å beskytte rettighetshavers førstegangsutnyttelse av produktet. Teorien er basert på at målet med beskyttelsen

²²¹ Se Rognstad s. 420.

²²² Se eksempelvis Tritton s. 470.

gjennom immaterialrettigheter, å gi godtgjørelse til rettighetshaveren som incentiv til nyskaping, kan oppnås alene ved å tilstå en slik rett til førstegangsutnyttelse.²²³

3.2.3 Nærmere om konsumpsjonsprinsippets materielle innhold

Det viktige utgangspunktet å ha for øyet er at det først er når vi har med et produkt å gjøre at konsumpsjonsprinsippet kan gjøre seg gjeldende. Keeling uttaler at "It is important to stress that the exhaustion principle only applies to specific products marketed by, or with the consent of, the right-owner."²²⁴ Stenvik og Rognstad benytter uttrykket "fysisk eksemplar" om det som er gjenstand for konsumpsjon.²²⁵

Hovedpoenget er at når et produkt er brakt i omsetning på fellesmarkedet, så mister rettighetshaver på nærmere vilkår retten til å påberope seg immaterialrettigheter for å kontrollere produktets videre skjebne. Dette gjelder i motsetning til hva som gjelder for videre kontroll av teknologien for seg. Kjøperen kan for eksempel ikke ta fra hverandre produktet, finne ut hvordan det er satt sammen, og så starte tilsvarende produksjon selv.²²⁶ At rettighetene er konsumert "innebærer enkelt sagt bare at den rettmessige eier av ett enkelt produkt, brakt i omsetning på markedet av eller med samtykke av rettighetshaveren, kan bruke, selge eller benytte produktet på annen måte", og at videre distribusjon ikke kan kontrolleres av den opprinnelige rettighetshaveren.²²⁷ Det er videre utelukkende rettighetene knyttet til det enkelte eksemplar av produktet som er gjenstand for konsumpsjon.²²⁸

Produktbegrepet i seg selv er i liten grad gjenstand for inngående behandling i de dommer som er avsagt om konsumpsjon. Alle dommene har dreid seg om ferdig fremstilte produkter hvis form i liten grad innbød til drøftelser omkring hva som i tvilstilfeller utgjør overdragelsen av et produkt, og hva som utgjør overføringen av

²²³ Se eksempelvis Keeling s. 76.

²²⁴ Keeling s. 76.

²²⁵ Rognstad s. 46-50, imidlertid om eksemplarbegrepet i opphavsretten, og Stenvik s. 277.

²²⁶ Se Keeling s. 76.

²²⁷ Se Keeling s. 76, med videre henvisning i note 4 til F.-K. Beier i "Industrial Property and the free movement of Goods in the Internal European Market". I: International Review of Industrial Property and Copyright Law. Vol 21 (1990), s. 131.

²²⁸ Sak C-173/98, Sebago Inc. and Ancienne Maison & Flis SA vs. G-B Unic SA.

teknologi. Spørsmålet er heller ikke gjenstand for behandling i rettslitteraturen i særlig grad. At det er en viktig forutsetning for at konsumpsjon skal inntre, er imidlertid klart. Dommene som er avsagt dreier seg alle om når immaterialrettigheter ikke lenger kan påberopes til beskyttelse av eller mot omsetningen av et produkt. I *Deutsche Grammophon*,²²⁹ som relaterte seg til opphavsrett, gjaldt det plater, i *Centrafarm vs. Sterling*,²³⁰ som gjaldt patentrett, dreide det seg om medisiner og i *Sebago*,²³¹ som relaterte seg til kjennetegnsrett, gjaldt det sko. Dommene er bare et lite utvalg, men illustrerer poenget om at konsumpsjonsavgjørelsene er avsagt i relasjon til beskyttelsen av og mot omsetningen av fysiske gjenstander. De dreide seg ikke om beskyttelsen av selve den bakenforliggende teknologien, eller for Sebago-avgjørelsens vedkommende det bakenforliggende omdømme og garantien som var beskyttet gjennom varemerket.

Det er imidlertid først idet rettighetshaver har brakt produktet i omsetning at konsumpsjon inntre. Hva ligger så i dette kravet? Salg må klarligvis omfattes, dette er jo nær sagt kjernen i omsetningskriteriet. Men også andre omsetningsmetoder kan være dekket av kriteriet. Rognstad nevner eksempelvis utleie og leasing, samt omsetning gjennom pantsettelse og gave.²³² Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt import og lagring med det formål å selge varene er omfattet av begrepet, har EF-domstolen i *Peak Holding*²³³ avgjort at slike foranstaltninger ikke tilfredsstillers omsetningskriteriet. Heller ikke det å tilby varene for salg gjennom egne eller assosierte utsalg tilfredsstillers kriteriet så lenge ikke varene faktisk blir solgt.²³⁴ I avgjørelsen vektla domstolen at det ikke var skjedd noen overføring av retten til å råde over produktene, samt at rettighetshaver gjennom ene og alene det å tilby varene for salg ikke var gitt adgang til å realisere den økonomiske verdi av sin rettighet. Varemerkeretten kunne av disse grunner

²²⁹ Sak 78/70, Deutsche Grammophon GmbH vs. Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co.

²³⁰ Sakene 15 og 16/74, Centrafarm BV vs. Sterling Drug Inc. og Centrafarm vs. Winthrop.

²³¹ Sak C-173/98, Sebago Inc. and Ancienne Maison & Flis SA vs. G-B Unic SA.

²³² Rognstad s. 522-524. For opphavsrettighetenes del er det imidlertid på det rene at rettighetene ikke konsumeres ved utleie og utlån.

²³³ Sak C-16/03, Peak Holding AB vs. Axolin-Elinor AB. Dommen dreier seg om forståelsen av begrepet "brakt i omsetning" i artikkel 7 i direktiv 89/104/EØF (Varemerkedirektivet), men må vel anses for å kunne gi veiledning også når det gjelder konsumpsjon av andre immaterialrettigheter.

²³⁴ Se avgjørelsens premiss 44.

ikke være konsumert kun ved at varene var blitt tilbudt for salg.²³⁵

Avgjørelsen i *Peak Holding* viser at kompensasjonssynspunktet er viktig.²³⁶ Det er først i det rettighetshaver har kunnet oppnå kompensasjon for sin nyskapning at konsumpsjon av hans rettigheter kan komme på tale. Avgjørende i dommen er likevel at rettighetshaver må være gitt *adgang* til å realisere den økonomiske verdi av sin rett. Dette innebærer at det må være tilstrekkelig at rettighetshaver er gitt *muligheten* til å oppnå kompensasjon, altså muligheten til å ta seg betalt for produktet. Om han rent faktisk tar seg betalt, og hvilken størrelsesorden betalingen befinner seg i, kan ikke være avgjørende.

I denne forbindelse kan det reises spørsmål ved om lisensiering fører til at varen må sies å være brakt i omsetning. En kunne spørre seg om rettighetshaver har uttømt sin rett til å påberope seg immaterialrettigheter knyttet til produktet ved alene å utstede produksjonslisenser. En slik diskusjon eksisterer til en viss grad.²³⁷ Enkelte forfattere hevder med støtte i avgjørelsene i *Sterling Drug*²³⁸ og *GEMA*²³⁹ at konsumpsjon inntreffer ved selve lisensieringen av rettigheten. Domstolens uttalelser om at lisensiering tilhører rettighetenes særlige gjenstand, tas til inntekt for at rettighetshaver ved å lisensiere rettigheten har fått tilstrekkelig kompensasjon, og derfor har uttømt sin rett.

Etter min mening er et slikt synspunkt tvilsomt. Muligheten for å oppnå kompensasjon for omsetningen kunne bli beskåret dersom rettighetshavers rettigheter skulle konsumeres før produktet faktisk er omsatt i en slik forstand som beskrevet over. Vekten av hensynet til å sikre rettighetshaver belønning illustreres av avgjørelsen i *Peak Holding*.²⁴⁰

Et slikt synspunkt vil videre føre til at man ser helt bort fra at konsumpsjonsreglene

²³⁵ Se avgjørelsens premiss 42.

²³⁶ Sak C-16/03, *Peak Holding AB vs. Axolin-Elinor AB*.

²³⁷ Se Rognstad s. 720-723 for en nærmere utlegning av diskusjonen og drøftelse av spørsmålet.

²³⁸ Sak 15/74 *Centrafarm BV vs. Sterling Drug Inc.*

²³⁹ Forente saker 55/80 og 57/80, *Musikk-Vertrieb membran GmbH et K-tel International vs. GEMA – Gesellschaft für musicalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*

²⁴⁰ Sak C-16/03, *Peak Holding AB vs. Axolin-Elinor AB*.

relaterer seg til omsetning og regulering av videre distribusjon av produkter, ikke teknologi for seg.²⁴¹ Skulle lisensiering i seg selv medføre at konsumpsjon inntre, ville dette viske ut et skille som faktisk eksisterer mellom teknologioverføring og produktoverdragelse. Dette ville stemme dårlig med den praksis som er gjennomgått i avhandlingens kapittel to. Her så vi at det gjør seg gjeldende ulike hensyn når vi skal vurdere konkurransereglens anvendelse på avtaler om henholdsvis teknologioverføring og produktoverdragelse. Ulikheten gjenspeiler seg også i gruppefritakene for teknologioverføring og vertikale distribusjonsavtaler. Adgangen for lisensgiver til å forby lisenstaker å selge ferdige produkter direkte inn i andre territorier etter gruppefritaket for teknologioverføring tilsier at konsumpsjon ikke inntre ved lisensiering alene.²⁴²

Tilsvarende avveininger som i konkurranseretten ligger til grunn for utviklingen av konsumpsjonsprinsippet. Det er ikke rettighetene til teknologien i seg selv, men rettigheter tilknyttet produktet som er gjenstand for konsumpsjon. Retten til førstegangsutnyttelse av rettigheten er knyttet til omsetningen av produktet, enten gjennom rettighetshaver selv eller med hans samtykke. Skulle rettigheten beskjæres til retten til førstegangsutnyttelse kun ved lisensiering, vil rettighetshavers kontroll med den videre omsetning av teknologien og krav på kompensasjon kunne beskjæres i betydelig grad. Hensynet til beskyttelsen av den industrielle eiendomsrett, og ønsket om å oppfordre til og belønne innovasjon ville i så fall kunne få for liten vekt i avveiningen av de ulike hensynene som står mot hverandre i skjæringsfeltet mellom beskyttelsen av immaterialrettigheter og reglene om fri bevegelse av varer.

Det ovenfor nevnte taler etter min mening mot at en kan anse konsumpsjon for å inntre i og med lisensiering. Ser vi dette synspunktet i sammenheng med utgangspunktet om at det bare er rettigheter tilknyttet produkter som er gjenstand for konsumpsjon, trer et klarere innhold av konsumpsjonsprinsippet frem: Det går etter prinsippet et skille mellom teknologioverføring og produktoverdragelse. Det er utelukkende rettighetene tilknyttet det enkelte produkt, altså et fysisk eksemplar, som er gjenstand for konsumpsjon. Rettighetene til teknologien forblir på rettighetshavers hånd, og er ikke

²⁴¹ Se også Rognstad s. 722.

²⁴² Se også Keeling s. 94 og Korah s. 38, særlig note 20.

gjenstand for konsumpsjon. Begrunnelsen for at det inntreer konsumpsjon av rettighetene tilknyttet et produkt, er at behovet for å kompensere og belønne rettighetshaver i disse tilfellene er overflødig. Ved å benytte sin teknologi til selv å forestå produksjon og deretter bringe de produserte produktene i omsetning, er rettighetshaver selv gitt muligheten til å skaffe seg godtgjørelse. Ytterligere beskyttelse kan i slike tilfeller ikke anses som begrunnet i å sikre rettighetshaver belønning og å oppfordre til vedvarende innovasjon. Gjennom de andre konsumpsjonsvilkårene, kravet om at salget av produktet må ha skjedd av rettighetshaver selv eller med hans samtykke, og at det kun er salg innenfor fellesmarkedet som utløser konsumpsjon,²⁴³ sikres videre rettighetshavers mulighet til å oppnå godtgjørelse for sin innovasjon. Rettighetshaver er gjennom disse vilkårene sikret bestemmelse over hvor, når og under hvilke omstendigheter han vil bringe produktet i omsetning. Benytter derimot rettighetshaver sin teknologi til å lisensiere denne til andre for at de skal foreta egen produksjon, konsumeres ikke rettighetene. Rettighetshaver må i slike tilfeller sikres belønning gjennom tilretteleggelse for slik teknologioverføring.

Som vi ser, er vurderingstemaet i konsumpsjonsprinsippet av samme art som det vi står overfor i den avveiningen vi må foreta etter EF-traktatens artikkel 81. Og gjennom utviklingen av konsumpsjonsprinsippet har EF-domstolen altså gitt oss en mer utpenslet avveining av de ulike momentene stilt opp mot hverandre. Det må derfor kunne hevdes at praksis rundt konsumpsjonsprinsippet kan by på momenter som kan være til hjelp ved grensedragningen mellom produktoverdragelse og teknologioverføring også i forhold til konkurransereglene. Før vi går videre til å anvende prinsippet ved fastsettelsen av skillet, må vi imidlertid se om prinsippet i tillegg til å synes egnet til å bidra med momenter til grensedragningen isolert sett, også er en relevant kilde å hente momenter fra ved løsningen av konkurranserettslige problemstillinger i det hele.

3.2.4 Konsumpsjonsreglens relevans

En nærmere drøftelse av prinsippets relevans i en konkurranserettslig kontekst reiser to problemstillinger. For det første kan det reises spørsmål ved om konsumpsjonsreglene overhodet har relevans for konkurranserettslige problemstillinger. For det andre, og

²⁴³ For en nærmere redegjørelse for hva som ligger i blant annet disse vilkårene, se eksempelvis Keeling, s. 75-129, Rognstad særlig s. 489-539 og Tritton, s.470-497.

kanskje i forlengelsen av dette, kan det reises spørsmål ved om konsumpsjonsreglene er direkte anvendelige på disse problemstillingene. Vi kan for eksempel tenke oss en situasjon der rettighetshaver etter reglene om de frie varebevegelser og konsumpsjonsprinsippet har mistet sin rett til å påberope seg immaterialrettsregler for å forhindre parallellimport. Har dette den betydning at vi i forbindelse med konkurransereglene ikke lenger står overfor en teknologioverføring i den forstand gruppefritaket for teknologioverføring bruker begrepet? Og at vi ikke lenger kan se hen til hensynet til å beskytte og oppfordre til innovasjon når vi foretar en vurdering etter artikkel 81 nr. 1 og nr. 3?

Når det gjelder relevansen av konsumpsjonsreglene, må det først påpekes at prinsippet tilsynelatende kan by på flere momenter til hjelp ved fastsettelsen av skillet mellom produktoverdragelse og teknologioverføring. Dette har sammenheng med at EF-domstolen i sine avgjørelser om konsumpsjon har tatt stilling til et avveiningsspørsmål mellom ulike hensyn som også kan gjøre seg gjeldende i konkurranserettslige problemstillinger. Som fastslått ovenfor i kap. 2, gjør hensynene til å belønne og oppfordre til nyskaping seg sterkt gjeldende i vurderingen etter artikkel 81. Mot dette står ønsket om friest mulig konkurranse og ønsket om full markedsintegrasjon. I sine konsumpsjonsavgjørelser har EF-domstolen tatt stilling til avveiningen i alle fall mellom integrasjonshensynet og ønsket om å belønne og oppfordre til nyskaping. Den interesseavveining som avgjørelsene inneholder reflekterer hensynenes vekt opp mot hverandre, og kan si noe om domstolens vurderinger av de ulike hensyn på mer eller mindre generell basis. Muligheten for å trekke veksler på konsumpsjonsreglene er derfor åpenbar. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om innholdet i avgjørelsene er relevante ikke bare for skillet isolert sett, men for konkurranserettslige problemstillinger i det hele.

3.2.4.1 Den historiske sammenhengen mellom regelsettene

Under punkt 3.2.2 i oppgaven så vi at utviklingen av konsumpsjonsprinsippet skjedde i nær interaksjon mellom konkurransereglene og reglene om de frie varebevegelser. Rognstad uttaler for eksempel at konkurransereglene opprinnelig fylte konsumpsjonsprinsippet funksjon, og at utviklingen av konsumpsjonsprinsippet i forhold til reglene om de frie varebevegelser må ses på bakgrunn av

konkurransereglens klart begrensede anvendelsesområde.²⁴⁴ Reglene om de frie varebevegelser får anvendelse på alle tiltak som er egnet til å hindre parallellimport,²⁴⁵ og egnet seg således godt som basis i utviklingen av konsumpsjonsprinsippet.²⁴⁶ Denne nære tilknytningen mellom konkurranseretten og konsumpsjonsprinsippet utvikling er en grunn til at det bør kunne trekkes veksler på konsumpsjonsreglens innhold i denne avhandlingen, og ved løsningen av konkurranserettslige problemstillinger generelt.

Det har imidlertid vært en viss debatt omkring sammenhengen mellom konsumpsjonsreglene og konkurranseretten.²⁴⁷ Denne diskusjonen har i stor grad omhandlet sammenhengen mellom reglene om de frie varebevegelser og konkurransereglene, og har oppstått på grunn av den erkjennelse at begge regelsettene kan ha betydning for samme problemstillinger. De mange ulikhetene mellom regelsettene kan imidlertid medføre at vi blir stående overfor regelkonflikter.

En del av diskusjonen rundt temaet gjelder derfor hvordan disse regelkonfliktene

²⁴⁴ Rognstad s. 431-433.

²⁴⁵ Dette gjelder til tross for at private ikke er rettssubjekter i forhold til reglene, det er ikke selve påberopelsen som rammes av bestemmelsene. Det er de nasjonale reglene som eventuelt betraktes som restriktive tiltak etter bestemmelsene. På grunn av EF-rettens forrangsprinsipp kan det imidlertid ikke bygges rett på disse reglene, og rettigheten kan heller ikke håndheves for domstolene, se Rognstad s. 386-390. Se også Koch, Norbert i ”*Article 30 and the exercise of industrial property rights to block imports*”. I: Fordham Corporate Law Institute, 1986, s. 605, på s. 609-610, og Pescatore, Pierre i ”*Public and Private Aspects of Competition Law*”. I: Fordham Corporate Law Institute, 1986 side 381, på s. 389-391, imidlertid også note 13, der Pescatore ved henvisning til EF-domstolens praksis argumenter for at reglene er uttrykk for fellesskapets ”public policy”, og således må følges av alle, ikke bare av statene.

²⁴⁶ Se Rognstad s. 431-433.

²⁴⁷ Se Rognstad s. 431-437 og s. 725-733 med videre henvisninger til blant annet Ebenroth og Hübschle, Koch, Pescatore, Schödermaier, Martin i ”*Die Ernte der ”Maissaat”: Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Art. 30 und 85 EWG-Vertrag*”. I: Gevorblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil. 1987 s. 85, samt J.D.C Turner i ”*Competition and the Common Market after Maize Seeds*”. I: European Law Review. 1983, s. 103. Se også Baquero Cruz, særlig kapittel 6, Mortelmans, Kamiel i ”*Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition?*” I: Common Market Law Review. Vol. 38 (2001), s. 613, og O’loughlin, Rosemary i ”*EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision*”. I: European Competition Law Review. Vol 24 (2003), s. 62.

eventuelt må løses.²⁴⁸ I denne forbindelse kan nevnes at Schödermeier for eksempel synes å mene at artikkel 81 og gruppefritaket gitt etter artikkel 81 nr. 3 må anses som *lex specialis* i forhold til artikkel 28 flg. Dette innebærer etter hans mening at forbudet mot tiltak med tilsvarende virkning som handelshindre må tolkes restriktivt dersom det er slik at dette forbudet rammer strengere enn forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og unntaket fra dette forbudet.²⁴⁹ Ebenroth og Hübschle på sin side synes å mene at bestemmelsene om de frie varebevegelser har en så sentral posisjon i EF-retten at artikkel 81 ikke kan gripe inn i tolkningen av disse reglene. De skal således ikke tolkes innskrenkende i relasjon til konkurranserettslige problemstillinger.²⁵⁰ Andre synes å være mer interessert i å fastsette regelsettene virkefelt, og ta stilling til hvorvidt reglene kan substituere hverandre, eller gis betydning ved anvendelsen av det respektive andre regelsett.²⁵¹ Atter andre betoner fellestrekk ved reglene, og argumenterer klarere for at regelsettene kan trekke veksler på hverandre.²⁵² Rognstad er av sistnevnte oppfatning, og argumenterer for at regelsettene bør tolkes i lys av hverandre, og at vi slik sett kan forhindre at en regelkonflikt overhodet oppstår.²⁵³

Meningene omkring spørsmålene synes altså å være delte. Når vi skal løse spørsmålet i vår kontekst, må vi ta for oss flere ulike problemstillinger.

3.2.4.2 Hensyn og målsetninger bak regelsettene

Et spørsmål er om det er tilstrekkelig samsvar mellom hensynene bak henholdsvis konkurransereglene og reglene om fritt varebytte til at vi kan trekke veksler på konsumpsjonsreglene når vi løser et konkurranserettslig spørsmål. Til grunn for reglene om de frie varebevegeligheter ligger ønsket om å oppnå full markedsintegrasjon, mens ønsket om friest mulig konkurranse ligger til grunn for konkurransereglene. Ved første øyekast ser det ut som om reglene er gitt for å gjennomføre ulike mål. Man kan derfor argumentere med at rettsutviklingen knyttet til reglene om de frie varebevegelser ikke

²⁴⁸ Se for eksempel Ebenroth og Hübschle, Schödermeier samt til en viss grad Turner.

²⁴⁹ Se Schödermeier, særlig på side 87-89.

²⁵⁰ Se Ebenroth og Hübschle, særlig på s. 138-148.

²⁵¹ Se for eksempel Koch, Pescatore og Turner.

²⁵² Se for eksempel Mortelmans, O'Loughlin og Rognstad.

²⁵³ Se Rognstad, særlig s. 435-437 og 725-732.

har relevans for problemstillinger i konkurranseretten.²⁵⁴

Tar vi regelsettene nærmere i øyesyn, ser vi imidlertid at så ikke nødvendigvis er tilfelle. Som det ble redegjort for i avhandlingens kapittel to, er integrasjonshensynet et viktig aspekt også i praktiseringen av konkurransereglene. Disse reglene er i stor grad gitt for å hindre private aktører i å reise de samme handelshindre som statene er pålagt å fjerne.²⁵⁵ Rettspraksis fra EF-domstolen viser at en vanskelig kan tenke seg at markedsdelingsklausuler vil bli godkjent etter artikkel 81 nr. 1 uten at det foreligger spesielle omstendigheter. At markedsdelingsavtaler i visse tilfeller blir ansett for å ha et konkurransebegrensende formål, hvilket utelukker en vurdering av hvorvidt avtalen rent faktisk begrenser konkurransen, er blant de aspekter som illustrerer denne siden av konkurransereglene.²⁵⁶ At det som vi har sett i noen grad åpnes for bruk av markedsdelingsklausuler særlig når det gjelder teknologioverføring, har å gjøre med at hensynet til ønsket om vedvarende innovasjon eventuelt gjør seg sterkt gjeldende. Når det gjelder reglene om de frie varebevegelser, kan også disse reglene, gjennom unntaksreglen i artikkel 30, åpne for at restriksjoner likevel anses rettferdiggjort. Enkelte hevder også at økonomiske argumenter hentet fra konkurranseretten kan ha relevans i vurderingen etter artikkel 30.²⁵⁷ Begge regelsettene har uansett det til felles at ønsket om å oppnå ett felles indre marked gjør seg sterkt gjeldende, men også det at unntak fra dette kan gjøres der tungtveiende grunner taler for det.

I denne forbindelse kan det videre påpekes at også reglene om de frie varebevegelser dels finner sin begrunnelse i ønsket om samfunnsøkonomisk effektivitet. Dette ønsket må sies å utgjøre en stor del av de målsetninger som er oppført i EF-traktatens artikkel 2, som disse reglene er gitt for å oppnå. Dette er vel selve hovedmålsetningen med konkurransereglene. Regelsettene har som sådan ikke bare visse felles bakenforliggende

²⁵⁴ Se eksempelvis Koch s. 627-632.

²⁵⁵ Se Baquero Cruz s. 86, med videre henvisninger til Spaakrapporten, som la grunnlaget for Romatraktaten. Se også Pescatore s. 392 og Rognstad, s. 435.

²⁵⁶ Se Rognstad s. 727-728.

²⁵⁷ Se eksempelvis Cornish & Llewelyn s. 47. I denne retning også Rognstad s. 726 og 728, med videre henvisning til Hefermehl, Wolfgang og Fezer, Heinz i "der Schutz der Marke im Gemeinsamen Markt", inntatt i Hefermehl mfl. "Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, s. 104-105, som imidlertid igjen kritiseres av Ebenroth og Hübschle på s. 144-148.

hensyn, men er begge gitt for å nå hovedformålet med hele EF-samarbeidet, de har således sammenfallende målsetning.²⁵⁸ Dette taler for at det ikke ville føre galt av sted om regelsettene praktiseres under hensyntaken til hverandre.

Og vel er det slik at konkurranseretten i tillegg ivaretar andre hensyn enn ønsket om integrasjon. En kan tenke seg situasjoner der avtaler som ikke rammes av reglene om de frie varebevegelser likevel rammes av konkurransereglene. Et annet spørsmål er om en kunne tenke seg at ønsket om å oppnå maksimal samfunnsøkonomisk effektivitet kunne komme inn og ”overstyre” integrasjonshensynet i visse tilfeller.

Når det gjelder vekten av ønsket om å oppnå optimal samfunnsøkonomisk effektivitet opp mot vekten av integrasjonshensynet, har domstolen gjennom sine avgjørelser vist at hensynet til markedsintegrasjon veier tungt i den konkurranserettslige vurderingen etter artikkel 81 nr. 1. Nok en gang kan det henvises til at domstolen oppfatter enkelte markedsdelingsklausuler for å ha et konkurransebegrensende formål. Av avgjørelsene fremgår det at det særlig er i de tilfeller en markedsdelende klausul også letter introduksjonen av en vare eller tjeneste på et nytt marked, at restriksjonene kan godtas til tross for sin tilsynelatende markedsdelende effekt.²⁵⁹ Altså er det helst der hensynet til integrasjon også kan tas til inntekt for å godta en avtale inneholdende markedsdelingsklausuler, at slike vil bli godtatt. Det kan derfor synes som om EF-domstolen neppe vil nå et resultat der en avtales økonomiske effektivitet vektlegges til tross for dens negative virkninger på markedsintegrasjonen. Så vidt meg bekjent har EF-domstolen per i dag ikke avsagt dommer som kan tas til inntekt for det motsatte.

Imidlertid kan resultatet bli et annet i vurderingen etter artikkel 81 nr. 3. Som en rekke forfattere påpeker, gjør denne bestemmelsen unntak fra artikkel 81 nr. 1 uten eksplisitt å ta hensyn til ønsket om integrasjon.²⁶⁰ Anledningen til å ta hensyn til

²⁵⁸ Se Rognstad s. 435-437. Se også kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikkel 81 (3) i punkt 13, der denne sammenhengen mellom konkurranse og integrasjon som midler til å maksimere velferden i fellesskapet kommer frem.

²⁵⁹ Se eksempelvis domstolens avgjørelser i sak 56/65, *Société La technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH*, sak 258/78 *Nungesser vs. Commission*, samt sak 27/87 *Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne*.

²⁶⁰ Se eksempelvis *Turner*, særlig s. 116 og *Ebenroth og Hübschle*, særlig s. 146. Til en viss grad også *Mortelmans*, sidene 635 flg.,

integrasjonsmålsetningen kan hevdes å bli enda snevrere ved at artikkel 81 nr. 3 i alle fall fra og med mai 2004²⁶¹ gir et ubetinget krav på fritak dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.²⁶² Det kan altså hevdes at det er særlig i forhold til denne bestemmelsen ”flaskehalsen for konvergeringsprosessen ligger”,²⁶³ idet det synes vanskelig å overføre vurderingstema fra reglene om fri bevegelighet direkte til vurderingen etter artikkel 81 nr. 3.

Det er altså nettopp her sjansen for at vi støter på normkonflikter er størst. Hvordan de i tilfelle skal løses, er det vanskelig å si noe om. Schödermeier mener som tidligere nevnt at artikkel 28 i slike tilfeller må tolkes innskrenkende. Ebenroth og Hübschle tilbakeviser dette med begrunnelse i at en slik oppfatning må hvile på en forutsetning om at artikkel 81 nr. 3 ivaretar samme hensyn som artikkel 28, hvilket i dette tilfellet altså ikke er oppfylt. Videre kan artikkel 81 nr. 3 ikke anses for å være av en slik art at den kan gjøre unntak fra reglene om de frie varebevegelser.²⁶⁴ Flertallet av dem som er inne på problemstillingen, synes å forutsette at begge regelsettene kommer til anvendelse i slike tilfeller, og at en dermed kan ende opp med å ”gi med den ene hånden og ta med den andre”.²⁶⁵

Etter mitt syn representerer ikke artikkel 81 nr. 3 noe absolutt hinder for å foreta en sammenhengstolkning mellom regelsettene. For det første kan det innvendes at noen av vilkårene i artikkel 81 nr. 3 vanskeligere vil la seg oppfylle dersom gjennomføringen av en avtale medfører en total og lite avveid tilsidesettelse av integrasjonshensynet. For eksempel kan en tenke seg at restriksjoner som innebærer absolutt områdebeskyttelse vanskeligere vil finnes å være ”nødvendige” for å oppnå en forbedring av produksjonen eller fordelingen av det aktuelle produktet. En slik innvending mot at artikkel 81 nr. 3

²⁶¹ Artikkel 81 nr. 3 er nå et legalt unntak fra artikkel 81 nr. 1. Imidlertid var det vel også tidligere slik at en avtale som oppfylte vilkårene i artikkel 81 nr. 3 ikke bare kunne få fritak, men faktisk hadde krav på slikt, jf. retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 nr. 3, i punkt 42. Se også Turner s. 116.

²⁶² Se retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 nr. 3, punkt 42.

²⁶³ Se Mortelmans, s. 636-637.

²⁶⁴ Jf. EF-domstolens uttalelse i sak 167/73, *Commission vs. France*, i premiss 20-21 om at traktatens regler om den frie bevegelighet ”can be rendered inapplicable only as a result of express provision in the treaty.” Se Ebenroth og Hübschle, s. 144 -146.

²⁶⁵ I denne retning altså Ebenroth og Hübschle, Mortelmans og Turner.

ikke tillater vurderinger av, og avveininger mot, integrasjonshensynet støttes av EF-domstolens avgjørelse i *Nungesser*.²⁶⁶ Der uttaler domstolen, uten dyptgående drøftelse, at ”absolute territorial protection manifestly goes beyond what is indispensable for the improvement of production or distribution or the production of the technical progress”, når den opprettholder kommisjonens nektelse av å frita avtalen etter artikkel 81 nr. 3.²⁶⁷

Videre er det vanskelig å uten videre se bort fra den utviklingen EF-rettens domstoler har hatt når det gjelder vektleggingen av ønsket om integrasjon. EF-domstolen har for sitt vedkommende fulgt en klar linje der hensynet vektlegges i stor grad. Utviklingen både i domstolen og Kommisjonen tyder på at integrasjonsmålsetningen er opphøyet til et fellesskapsrettslig prinsipp som skal ihensyntas ved anvendelsen av alle EF-traktatens regler. Det ville i dag fremstå som ekstraordinært om domstolen skulle opprettholde et fritak etter 81 nr. 3 uten å foreta en slags avveining mot integrasjonshensynet. En slik forståelse gir også Cornish uttrykk for når han, etter å ha påpekt at konkurransereglene også har en viktig funksjon i relasjon til reglene om fri bevegelse, uttaler: ”The two policies lock together over the matter of parallel imports: it is not possible, through the use of the exemption powers in Art. 81 (3), for the Commission to approve contractual terms aimed at keeping out the independent transporter of goods around the Community: Arts 28 to 30 settle the overriding importance of such activity and Art. 81 is similarly interpreted.”²⁶⁸ Også Keeling synes å mene at fritak ikke kan gis etter artikkel 81 nr. 3 dersom det ville stride mot de fundamentale prinsippene i artikkel 28.²⁶⁹

At det ikke er adgang til å ta hensyn til ønsket om integrasjon ved vurderingen etter artikkel 81 nr. 3, er derfor etter mitt syn en noe overilt og teoretisk slutning. At integrasjonshensynet i visse tilfeller etter en avveining finnes å måtte vike for andre hensyn er en annen sak, men dette er ikke noe ukjent fenomen. Også etter reglene om de frie varebevegelser kan andre hensyn medføre at integrasjonshensynet tillegges mindre

²⁶⁶ Sak 258/78, *Nungesser KG vs. Commission*.

²⁶⁷ I denne retning også Keeling når han på s. 329 uttaler at ”[] an agreement to obstruct parallel imports is [] unenforceable as a result of the Court’s case law on Article 28. A contractual provision which is legally unenforceable can hardly be indispensable for the attainment of any objective.”

²⁶⁸ Cornish & Llewelyn, s. 753.

²⁶⁹ Keeling s. 329.

vekt enn ellers, noe for eksempel unntaksregelen i EF-traktatens artikkel 30 illustrerer. Dersom økonomiske resonnementer hentet fra konkurranserettens område i økende grad anses relevante i vurderingen etter artikkel 30, blir avveiningsprosessen mot integrasjonshensynet også på området for de frie varebevegelser bare tydelig i enda større grad.²⁷⁰

Det faktum at problemet med regelkonflikter er svært praktiske når det gjelder anvendelsen av artikkel 81 nr. 3 på områder der reglene om de frie varebevegelser også kan gjøre seg gjeldende, taler etter min mening for at det særlig er i disse tilfellene vi bør tolke reglene i lys av hverandre. Et slikt synspunkt støttes av at EF-regelverket som et hele bør tolkes konsistent, noe vi for øvrig skal se nærmere på i punkt 3.2.4.3.

Og om en nå velger å se det slik at integrasjonshensynet ikke kan anvendes direkte som et moment i vurderingen etter bestemmelsen behøver dette heller ikke å innebære at bestemmelsen ikke kan *tolkes* i lys av integrasjonshensynet. Etter mitt syn endrer det heller ikke erkjennelsen av at vi i en rekke andre tilfeller kan få mye igjen for en sammenhengstolking av regelsettene. Dersom vi har en mulighet for å unngå at normkollisjoner over hodet oppstår, vil jo dette være det mest hensiktsmessige.

Konklusjonen om at hensynene bak reglene om det frie varebyttet og konkurransereglene er tilstrekkelig sammenfallende til at de respektive regelsettene kan få betydning for tolkingen av hverandre, blir enda mer fremtredende i relasjon til avhandlingens konkrete problemstilling. Ser vi på de avveininger som ligger til grunn for konsumpsjonsprinsippet, ser vi at disse er sammenfallende med de avveininger som ligger til grunn for den konkurranserettslige forskjellen i behandlingen av avtaler om henholdsvis teknologioverføring og produktoverdragelse. Behovet for å kompensere rettighetshaver for de ressurser han har anvendt til nyskapning, og belønne ham for å gi incitament til ny innovasjon, opphører etter konsumpsjonsprinsippet der han har fått rettigheten til førstegangsutnyttelse. På den annen side er den beskyttet inntil dette tidspunktet. Hensynet til å gi belønning for og oppfordre til nyskapning etter konkurransereglene kan etter vurderingen i artikkel 81 heller ikke strekkes lenger enn nødvendig; da oppstår det ubalanse mellom ønsket om dynamisk konkurranse og ønsket

²⁷⁰ Jf. det som er sagt ovenfor på s. 83.

om friest mulig konkurranse og integrasjon. Hensynet må få stor vekt der rettighetshaver ennå ikke har fått anledning til å høste fruktene av sitt arbeid, men får mindre vekt i forhold til de andre hensynene som gjør seg gjeldende i vurderingen etter artikkel 81 når han har oppnådd slik kompensasjon.

Etter min mening taler derfor hensynene bak begge regelsettene for at vi kan se hen til det ene når vi anvender det andre, og at den praksis som foreligger omkring reglene om immaterialrettslig konsumpsjon med fordel kan anvendes som en kilde til fastsettelsen av skillet som er gjenstand for drøftelse i denne avhandlingen.

3.2.4.3 Hensynet til konsistens i regelverket

Et siste moment som taler for at vi bør se hen til konsumpsjonsreglene ved anvendelsen av konkurransereglene, er at vi på den måten unngår at det oppstår inkonsistens i regelverket. Det vil det kunne gjøre dersom en ikke skulle kunne trekke veksler på konsumpsjonsprinsippet når en står overfor en svært tilsvarende problemstilling i konkurranseretten. Det ville føre til en lite hensiktsmessig situasjon dersom en form for markedsdeling skulle godtas under konkurranseretten, men ikke etter konsumpsjonsprinsippet, eller omvendt. Momentet taler i seg selv for at vi bør anvende hvert av regelsettene i lys av det andre.²⁷¹ Hensynet til å unngå inkonsistens i regelverket støttes også av de felles hensyn og målsetninger som ligger bak de to regelsettene.

3.2.4.4 Direkte anvendelse av konsumpsjonsprinsippet

Om konsumpsjonsprinsippet er direkte anvendelig på problemstillinger som oppstår i konkurranserettslig kontekst, er et annet spørsmål. Ettersom regelsettene kan tenkes å

²⁷¹ Se Rognstad s. 725-732, særlig på s. 725-727. Se også Keeling som på s. 83 uttaler om regelsettene forhold til hverandre: "These two sets of provisions complement each other and must be interpreted coherently. Here, as elsewhere, a holistic approach to the Treaty is required", og på s. 89-93, der han argumenterer for en sammenhengstolkning mellom regelsettene. Se videre Schödermeier som vektlegger inkonsistensen ved å anvende begge regelsettene fullt ut som støtte for en innskrenkende tolkning av artikkel 28, og det derav utledete konsumpsjonsprinsippet, i relasjon til konkurranserettslige spørsmål som oppsto etter det tidligere gruppefritaket for patentlisensavtaler (Commission Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements).

ramme ulike situasjoner, er de neppe substituerbare.²⁷²

En annen sak er at konkurransereglene skal forhindre at det legges konkurransbegrensende restriksjoner på partenes handlingsfrihet seg i mellom. La oss tenke oss at A inntar en bestemmelse om produktets videre skjebne under henvisning til behovet for å beskytte sine investeringer og besørge incitament til nyskapning. Dersom immaterialrettighetene faktisk er konsumert i relasjon til reglene om de frie varebevegelser, kan en slik regulering etter min mening vanskelig ses på som annet enn en innskrenkning i partenes handlingsfrihet seg i mellom. Tenker en seg denne bestemmelsen borte, ville jo kjøperen av produktene fritt kunnet distribuert dem under hensyn til traktatens bestemmelser om fri bevegelse av varer og tjenester. Så lenge de andre vilkårene i artikkel 81 er til stede, vil en slik avtale neppe anses som lovlig etter konkurransereglene. Dette faktum taler etter min mening for at reglene om konsumpsjon bør kunne anvendes i mer eller mindre direkte grad på tilsvarende spørsmålsstillinger i konkurranseretten.

Imidlertid støter vi også her på problemer i forhold til direkte anvendelse av prinsippet i relasjon til vurderingen etter artikkel 81 nr. 3, som altså foreskriver at individuelt fritak *skal* gis så lenge vilkårene etter bestemmelsen er oppfylt, og som etter enkeltes mening ikke levner integrasjonshensynet noen egen plass i vurderingen. Det henvises imidlertid til drøftelsen av dette aspektet i punkt 3.2.4.2, og konkluderes med at heller ikke artikkel 81 nr. 3 kan anses som en absolutt skranke for en slik anvendelse av prinsippet.

Det er for så vidt heller ikke avgjørende å fastslå at reglene kan anvendes direkte. Viktigere er det at i alle fall så lenge vi anvender momentene i konsumpsjonsprinsippet under hensyn til spesielle omstendigheter som kan gjøre seg gjeldende i relasjon til konkurranserettslige problemstillinger, synes vi å være på trygg grunn.²⁷³ Når det gjelder fastsettelsen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse i relasjon til EF-rettens konkurranseregler, kan dette endog kanskje hevdes med enda større styrke.

²⁷² Se Pescatore s. 394-395.

²⁷³ Se Rogstad s. 436, som altså argumenterer med en slik "sammenhengstolkning".

3.2.4.5 Konklusjon

Spørsmålet om forholdet mellom reglene om det frie varebyttet, herunder konsumpsjonsprinsippet, og konkurransereglene, og i hvilken grad reglene bør anvendes i lys av hverandre, eller endog gis direkte og parallell anvendelse på de samme spørsmål, må vel i noen grad anses som uavklart. Det synes imidlertid rimelig å hevde at selv om regelsettene har ulike nedslagsfelt i den forstand at det ene regelsettet kan ramme en avtale som ikke rammes av det andre, så har reglene også en rekke felles anvendelsesområder.²⁷⁴ Direkte motstridende kan de også vanskelig sies å være. Nyere juridisk teori basert på utviklingen i EF-domstolens rettspraksis peker også på at utviklingen går i retning av en større grad av samtolkning mellom regelsettene. EF-domstolen synes i økende grad å åpne for at vurderinger hentet fra reglene om de frie varebevegelser kan gis anvendelse på problemstillinger innenfor konkurranseretten og omvendt.²⁷⁵

Konklusjonen etter forrige avsnitt må derfor bli at konsumpsjonsprinsippet kan være av relevans for fastsettelsen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse, og for løsningen av konkurranserettslige problemstillinger generelt sett. Gode grunner taler for å anvende konkurransereglene i lys av prinsippet. Vi har imidlertid også sett at spørsmålet om konsumpsjonsprinsippets relevans og vekt i konkurranserettslige vurderinger i noen grad er omstridt, og til en viss grad vel må sies å være uavklart.

For temaet i denne avhandlingen er det imidlertid for så vidt ikke maktpåliggende å fastsette forholdet eller et eventuelt rangsystem mellom reglene om det frie varebytte og konkurransereglene. Som vi har sett er det jo en mulig regelkollisjon mellom konkurransereglene innad vi har for oss; kommer gruppefritaket for vertikale avtaler, eller gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler til anvendelse på avtalen? Og hvilke vurderinger må vi gjøre når vi anvender artikkel 81 nr. 1 eller 3 på avtalen?

For å kunne fastslå dette må vi fastsette et skille mellom avtaletypene, og vi kan etter min mening trygt anvende praksis omkring konsumpsjonsprinsippet som en nyttig kilde til momenter av betydning for fastsettelsen av dette. Dette gjelder særlig tatt i

²⁷⁴ Se Rognstad s. 431-437 og s. 725-733 med videre henvisninger. Se også Pescatore, s. 394.

²⁷⁵ Se Mortelmans og O'Loughlin.

betraktning av at det finnes få slike momenter i skriftlig nedfelt EF-rett. Hensynet til å oppnå konsistens i regelverket kan særlig komme på spissen i relasjon til adgangen til å innta markedsdelingsklausuler etter artikkel 81, sett i sammenheng med adgangen til slik markedsdeling etter reglene om de frie varebevegelser. Dette taler med styrke for at vi bør komme frem til en enhetlig løsning. Den beste måten å oppnå en slik løsning på er etter min mening å la skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse, og dermed forskjellen i adgangen til markedsdeling etter konkurransereglene, følge konsumpsjonsprinsippet skille mellom når et produkt er beskyttet av immaterialrettigheter, og når slike ikke lenger kan påberopes som beskyttelse mot parallellimport.

I det videre skal vi forsøke å fastsette skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse. Herunder skal vi se på hvilken betydning det faktum at konsumpsjon har inntrådt i relasjon til reglene om de frie varebevegelser får i situasjoner som krever en fastsettelse av skillet. Før vi foretar de mer inngående drøftelser av skillet i mer spesielle typetilfeller, skal vi ta for oss fastsettelsen av skillet utgangspunkt.

3.3 Fastsettelsen av skillet utgangspunkt

I avhandlingens innledning og i punkt 3.1 ble det gitt definisjoner av henholdsvis teknologioverføringsavtaler og avtaler om produktoverdragelse. Som signalisert der må vi imidlertid se nærmere på ulike kilder når vi skal fastsette utgangspunktet for skillet mellom avtaletypene. Drøftelsen ble utskutt til dette punktet i avhandlingen, ettersom det var hensiktsmessig å gi en redegjørelse for konsumpsjonsprinsippet før skillet fastsettes. Når vi nå skal vende blikket mot skillet mellom avtaletypene, skal vi ta utgangspunkt i den konkurranserettslige reguleringen:

Gjennomgangen av rettspraksis i avhandlingens kapittel 2 illustrerer at det gjennom den konkurranserettslige reguleringen går et mer eller mindre klart skille mellom produktoverdragelse og teknologioverføring. I de tilfellene vi står overfor overdragelse av fysiske produkter, kommer den noe strengere behandlingen av restriktive territorialklausuler til anvendelse. Dette i motsetning til tilfeller der vi står overfor en ren lisensiering av teknologi.

Også gruppefritakene inneholder gjensidige avgrensninger mot hverandre, der skillet mellom fysiske gjenstander og ren overføring av teknologi tydeliggjøres:

Artikkel 1 nr. 1 litra b i gruppefritaket for teknologioverføring, som inneholder definisjonen av teknologioverføringsavtaler, sier følgende om avgrensningen;

”‘technology transfer agreement’ means a patent licensing agreement, a know-how licensing agreement, a software copyright licensing agreement or a mixed patent, knowhow or software copyright licensing agreement *including any such agreement containing provisions which relate to the sale and purchase of products* [], provided that those provisions do not constitute the primary object of the agreement and are directly related to the production of the contract products”. (Min kursivering).

Avgrensningen gjentas i retningslinjene til gruppefritaket. Det går klart frem at det er et tydelig skille mellom teknologioverføring og overdragelse av fysiske produkter;

”The TTBER only applies to agreements that have as their primary object the transfer of technology as defined in that regulation *as opposed to the purchase of goods and services* [].”²⁷⁶(Min kursivering).

Ordlyden i retningslinjene utelukker fritakets anvendelse på avtaler som relaterer seg til produktoverdragelse, og markerer at teknologioverføring er noe annet enn dette.

Motsetningsvis heter det i artikkel 2 nr. 1 i gruppefritaket for vertikale avtaler at dette fritaket omfatter

”agreements or concerted practices [] relating to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services.”

I artikkel 2 nr. 3 heter det videre at fritaket på visse betingelser kommer til anvendelse også på vertikale avtaler som inneholder teknologioverføring, under forutsetning av at teknologioverføringene

²⁷⁶ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 49.

”do not constitute the primary object of such agreements, and are directly related to the use, sale or resale of goods or services by the buyer or its customers.”

Gruppefritakene inneholder altså gjensidige avgrensninger mot hverandre, og forutsetter et skille mellom avtaler om henholdsvis overdragelse av produkter og overføring av teknologi.

Gjennom konkurranseretten går det altså et skille mellom overføring av teknologi og overdragelsen av fysiske produkter. Skillet er som vi har sett begrunnet med at det når det gjelder ren overføring av teknologi, gjør det seg gjeldende særskilte hensyn som kan begrunne en mer liberal adgang til å innta territorielle begrensninger i overføringsavtalen. Eksempelvis medfører behovet for å kompensere og belønne rettighetshaver, samt å oppfordre til spredning av teknologi i Fellesskapet at den restriktive klausulen ikke nødvendigvis kommer i strid med artikkel 81 nr. 1, eller at den i tilfelle kan unntas etter gruppefritaket for teknologioverføring, eller artikkel 81 nr. 3. Som vi så i avhandlingens kapittel to, gjør de samme hensyn og vurderinger seg ikke gjeldende i samme grad når det gjelder distribusjon av fysiske produkter.

Et tilsvarende skille følger av konsumpsjonsprinsippet. Det er rettighetene tilknyttet de fysiske gjenstandene som konsumeres, ikke rettighetene til teknologien for seg. Og rettighetene konsumeres først i det fysiske produkter bringes i omsetning, helst ved salg. Selve lisensieringen utløser ikke i seg selv konsumpsjon.

Med andre ord kan utgangspunktet for skillet fastsettes ved relativt enkle grep: I utgangspunktet går skillet mellom fysiske gjenstander og teknologi. Der A ønsker å innta restriktive klausuler for videre bruk eller omsetning, utgjør disse elementer av en teknologioverføringsavtale der de er tilknyttet overføringen av teknologi for videre produksjon. Adgangen til å innta klausulene vurderes i tråd med den konkurranserettslige reguleringen av teknologioverføringsavtaler. Der klausulene som regulerer videre bruk og omsetning er tilknyttet overdragelsen av en fysisk gjenstand, utgjør de del av en distribusjonsavtale. Adgangen til å innta restriktive klausuler vil således følge den noe strengere reguleringen som gjelder for slike.

3.4 Fastsettelsen av skillet for spesielle typetilfeller

Ovenfor har vi fastsatt utgangspunktet for skillet mellom teknologioverføringsavtaler og avtaler om produktoverdragelse, og med dette også hva slags avtale markedsdelingsklausulen inngår i. Utgangspunktet for skillet blir imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Vi kan tenke oss situasjoner der vi ikke står overfor en enten/eller situasjon, og der det kan være vanskeligere å definere hva vi egentlig står overfor. Hvordan setter vi for eksempel et skille mellom avtalekategoriene der vi står overfor en avtale som tilsynelatende består av begge deler? Eller der vi står overfor en avtale hvis gjenstand for overføring er vanskelig å definere?

Eksempelet fra avhandlingens innledning er igjen illustrerende: A ønsker å selge sin unike fugemasse til B, som skal inkorporere det i sine egne produkter. I A og Bs transaksjoner inngår tilsynelatende elementer av både en produktoverdragelse, og en teknologioverføring, det er vanskelig å definere akkurat hva det er som overføres mellom partene. Hvilket regelsett skal vi anvende på As ønskede markedsdelingsklausuler?

Fastsettelsen av skillet er ikke gitt, og vi får liten hjelp av definisjonene som er gitt i innledningen og ovenfor i punkt 3.1. Heller ikke skillet utgangspunkt gir oss særlig hjelp, selv om vi nå har et mer utpenslet startsted for drøftelsen. Vi ser altså at i de tilfeller vi står overfor en avtale som inneholder begge elementer, oppstår det likevel problemer knyttet til fastsettelsen av skillet.

Etter min mening er det først og fremst tre typetilfeller som reiser særlige problemstillinger. For det første kan det være nødvendig å foreta en dypere analyse av hva vi har å gjøre med når teknologien som overføres fra A er inkorporert i et produkt, og der Bs videre anvendelse av teknologien utelukkende består i å anvende produktet og dets iboende teknologi slik det er overført fra A. I dette tilfellet står vi overfor et tilfelle der det kan være vanskelig å fastsette akkurat hva som overføres mellom partene, et produkt, eller en teknologi? I denne situasjonen oppstår det derfor et behov for å identifisere hva det er vi står overfor, og dermed foreta en nærmere utpensling av skillet mellom avtaletypene.

En litt annen situasjon oppstår der A har inkorporert teknologi i et produkt som

overføres til B, men der Bs videre anvendelse av teknologien er avhengig av at han får overført ytterligere teknologi fra A. Eksempelvis er B avhengig av også å få overført rettighetene til å anvende produktet på en bestemt måte i sin produksjon. Også i disse tilfellene kan det oppstå vanskeligheter med å fastslå hva som er gjenstand for overføring.

Når vi har identifisert hva som er gjenstand for overføring, kan vi imidlertid finne at vi står overfor en situasjon der det både har skjedd en produktoverdragelse og en teknologioverføring. Også i disse tilfellene kan det oppstå vanskelige grensedragnings spørsmål. En slik situasjon kan oppstå når vi står overfor et tilfelle der avtalene har sterk tilknytning til hverandre, men i og for seg er separate. I denne forbindelse oppstår det spørsmål om hvordan vi skal bedømme blandede avtaler.

3.4.1 Reguleringen av skillet i blandingstilfeller

Når vi skal fastsette skillet i spesielle typetilfeller, kan vi begynne med å spørre oss om praksis rundt artikkel 81 nr. 1 kan være til hjelp. Som fastslått ovenfor i kapittel 2, er vi imidlertid henvist til en avveining av ulike hensyn når vi anvender denne regelen. Så vidt meg bekjent, er det ingen avgjørelser fra domstolen som kan være til hjelp når vi skal fastsette skillet mellom avtaletypene. Dette kan ha sammenheng med at domstolen ikke behøver å fastsette et skille når den anvender bestemmelsen, men snarere kan vurdere hver enkelt klausul opp mot konkurransebegrensningsforbudet, og foreta en avveining av de underliggende hensynene bak artikkel 81 nr. 1 i det enkelte tilfellet. Utover å by på momenter til fastsettelse av skilleets utgangspunkt, er artikkel 81 nr. 1 derfor til liten hjelp ved fastsettelsen av skillet i spesielle blandingstilfeller. Imidlertid kan vi kanskje se hen til de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen etter bestemmelsen når vi foretar avgrensningen.

Vender vi blikket mot gruppefritakene og Kommisjonens retningslinjer til disse, finner vi imidlertid noen flere momenter til hjelp. Som nevnt under punkt 3.3 i oppgaven fremgår det av både gruppefritakene og retningslinjene for anvendelsen av disse at det går et skille mellom fysiske gjenstander og ren overføring av teknologi. Spørsmålet er så om reguleringen sier noe mer om grensedragningen i blandingstilfellene.

Som vi så under avhandlingens punkt 3.4.1, inneholder både gruppefritaket for

teknologioverføring og gruppefritaket for vertikale distribusjonsavtaler avgrensninger mot hverandre. Samtidig inkluderer de også under visse omstendigheter andre elementer.²⁷⁷

Avgrensningene regulerer i og for seg skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse i blandingstilfellene, ved å bestemme at det er det som anses å være *hovedformålet* med avtalen som er det avgjørende når vi står overfor en avtale som består av begge deler, og ved å bestemme at andre elementer kun fritas i den grad de er *direkte knyttet til* hovedformålet med avtalen. Når det gjelder teknologioverføringsavtaler, innebærer dette at produktoverdragelsen må være direkte knyttet til produksjonen av kontraktsproduktene. For distribusjonsavtaler, innebærer det at teknologioverføringen må være direkte tilknyttet bruken, salget eller videresalget av produktet.²⁷⁸

Om adgangen til å innta bestemmelser som relaterer seg til produktoverdragelse mellom partene, heter det følgende i retningslinjene til anvendelsen av gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler;

”Agreements containing provisions relating to the purchase and sale of products are only covered by the TTBER to the extent that those provisions do not constitute the primary object of the agreement and are directly related to the application of the licensed technology. This is likely to be the case where the tied products take the form of equipment or process input which is specifically tailored to efficiently exploit the licensed technology. If, on the other hand, the product is simply another input into the final product, it must be carefully examined whether the licensed technology constitutes the primary object of the agreement.”²⁷⁹

Videre foreskriver retningslinjene at det, når det gjelder tilfeller der lisenstaker allerede produserer et produkt på basis av en annen teknologi, må undersøkes nøye hvorvidt den

²⁷⁷ Gruppefritaket for teknologioverføring artikkel 1 b, og gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 2 nr. 3.

²⁷⁸ Gruppefritaket for vertikale distribusjonsavtaler, artikkel 2 nr. 3.

²⁷⁹ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 49.

nye teknologien innebærer en betydelig forbedring av lisenstakers produksjonsprosess, som overstiger verdien av produktet som kjøpes av lisensgiver.²⁸⁰ Verdien av transaksjonen er altså av betydning når vi skal fastsette avtalens hovedformål.

Også retningslinjene til gruppefritaket for vertikale distribusjonsavtaler inneholder en nærmere beskrivelse av behandlingen av avtaler som inneholder bestemmelser knyttet til for eksempel teknologioverføring.²⁸¹ Den nærmere drøftelsen viser at vurderingen er av samme art som etter gruppefritaket for teknologioverføring når det gjelder avtalens hovedformål og hvorvidt elementene av teknologioverføring er direkte knyttet til bruk, salg eller videresalg av produktet.²⁸²

Grensedragningen mellom avtalens hovedformål og andre elementer i avtalekomplekset som foretas i begge gruppefritakene, sier oss noe om betydningen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse. Det gir oss også noen momenter til fastsettelse av det når vi står overfor avtaler som innebærer både en teknologioverføring og en produktoverdragelse. Utover dette fastsettes imidlertid ingen ytterligere kriterier med hensyn til fastsettelsen av avtalens hovedformål i noen av gruppefritakene. Hva som til enhver tid utgjør hovedformålet, må altså undersøkes og fastsettes i det konkrete tilfellet. Vurderingen av hva som i det enkelte tilfellet utgjør overdragelse av et produkt og hva som utgjør en overføring av teknologi, sier gruppefritakene imidlertid lite om. Det gruppefritakene sier noe om, er i hvilke tilfeller elementer av det ene eller andre *også* kan fritas. Der vi står overfor en transaksjon hvis gjenstand for overføring kan synes vanskelig å definere, er gruppefritakene derfor av liten hjelp. Det er jo først når vi kan identifisere hva vi står overfor at vi kan bedømme hva som kan anses som avtalens hovedformål.

I det videre vil derfor det første typetilfellet av blandingstilfeller behandles, nemlig tilfellet der teknologien som overføres fra A er inkorporert i et produkt, men der Bs videre anvendelse av teknologien utelukkende består i å gjøre bruk av teknologien slik den følger gjenstanden. Etter dette skal vi se på hvordan tilfeller der anvendelsen av

²⁸⁰ Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler, punkt 49.

²⁸¹ Retningslinjene for vertikale avtaler, punkt 30-44.

²⁸² Retningslinjene for vertikale avtaler, særlig punkt 34 og 35.

gjenstanden krever en overføring av ytterligere teknologi må løses. Når vi har fastsatt skillet i slike tilfeller, kan det være enklere å benytte gruppefritakenes regler ved fastsettelsen av skillet slik det må gå når vi står overfor transaksjoner som etter en nærmere vurdering består av både en teknologioverføring og en produktoverdragelse.

3.4.2 Teknologien som overføres er inkorporert i et produkt

Selv med skilletts utgangspunkt for øyet kan det være vanskelig å fastsette skillet etter den konkurranserettslige reguleringen der vi står overfor overføringen av en gjenstand som inneholder teknologi. Teknologien som overføres mellom A og B inngår i disse tilfellene som del av et større hele. I slike tilfeller kan det by på vanskeligheter å fastsette hva slags overføring vi faktisk står overfor, er det teknologi eller et produkt som er den virkelige gjenstanden for overføring? En viktig forutsetning i det videre er imidlertid at Bs videre bruk av teknologien utelukkende består i å anvende produktet og dets iboende teknologi slik det er overført fra A. Tilfeller der Bs anvendelse av det som overføres fra A krever overføring av ytterligere teknologi blir behandlet i avhandlingens punkt 3.4.3.

Når vi skal definere hva det egentlig er vi står overfor i den type blandingstilfelle vi skal vurdere under dette punktet, kan det som jeg har vært inne på hentes få momenter fra praksis og teori rundt artikkel 81. Heller ikke gruppefritakene gir oss særlig hjelp når vi skal gi en nærmere definisjon av hva det er vi står overfor. I dette tilfellet kan det derfor være hensiktsmessig å se nærmere på om vi kan benytte konsumpsjonsprinsippets innhold til å si noe om hvor skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse går. I konsumpsjonsprinsippet har vi jo en mer utpenslet praksis å støtte oss på, og vi kan som tidligere nevnt antakeligvis oppnå et mer eksakt svar enn gjennom en interesseavveining i det enkelte tilfellet. Som vi så i redegjørelsen under punkt 3.2.3 oppstår det imidlertid også i relasjon til konsumpsjonsprinsippet et problem når vi skal definere hva som utgjør overdragelsen av et produkt og hva som utgjør en teknologioverføring, ettersom EF-domstolen ikke eksplisitt har gått inn på en drøftelse av dette. Ved denne problemstillingen har vi imidlertid noe mer materiale å forholde oss til enn hva gjelder i forhold til den tilsvarende problemstillingen i konkurranseretten.

I punkt 3.2.2 om bakgrunnen for utviklingen av konsumpsjonsprinsippet, så vi at rettighetshavers rett til først å bringe et produkt på markedet, enten gjennom egen

produksjon, eller gjennom for eksempel en lisensgivers produksjon, er beskyttet i forholdt til reglene om det frie varebyttet. Retten er beskyttet for å sikre rettighetshaver godtgjørelse for sitt arbeid og sine investeringer, men etter konsumpsjonsprinsippet strekker altså godtgjørelsen seg utelukkende til førstegangsutnyttelsen. Når denne retten til førstegangsutnyttelse er benyttet, inntretr det konsumpsjon av rettighetene tilknyttet produktet, og rettighetshaver kan ikke lenger påberope seg disse for å forhindre produktets videre distribusjon.

Retten til første gang å bringe produktet på markedet, og styrking av muligheten til å oppnå kompensasjon sikres av de andre vilkårene for konsumpsjon.²⁸³ Rettighetshaver er gjennom konsumpsjonsprinsippets utforming sikret valget med henhold til under hvilke omstendigheter han ønsker å nyttiggjøre seg sin beskyttede teknologi. Dette illustreres ved at han selv kan bestemme om teknologien skal benyttes i produksjon, og både hvor og når det eventuelle produktet først skal bringes på markedet, samt om dette skal skje gjennom ham selv eller gjennom andre. Ved at rettighetshaver kan bestemme dette, kan han selv sikre seg størst mulig kompensasjon. Er han ikke fornøyd med den godtgjørelse han vil kunne oppnå for sin teknologiske utvikling ved å produsere produktet selv og selge det på markedet, kan han i stedet lisensiere teknologien og skaffe seg kompensasjon gjennom lisensen og eventuelle fordeler ved lisenstakers salg av produktet.

Vi ser derfor at det ikke er selve definisjonen av hva som er et produkt som er så viktig, men snarere om rettighetshaver har fått benyttet seg av den fordelen retten til førstegangsutnyttelse utgjør. Den avgjørende vekten EF-domstolen la på spørsmålet om hvorvidt rettighetshaver hadde fått benyttet seg av denne retten i avgjørelsen i *Peak Holding* støtter et slikt synspunkt, selv om dommen konkret gjaldt varemerkerett.²⁸⁴ Vi kan derfor anta at vi har å gjøre med overdragelsen av et produkt, hvis tilknyttede rettigheter er gjenstand for konsumpsjon, der rettighetshaver har brukt retten til førstegangsutnyttelse til å benytte sin teknologi til å foreta en produksjon og til å selge utkommet av denne produksjonen videre. Produktets form, anvendelsesområde eller verdi blir da av liten betydning. Rettighetshaver har benyttet seg av sin rett til å velge

²⁸³ Jf. det som er sagt over, i punkt 3.2.3, på s. 79.

²⁸⁴ Sak C-16/03, *Peak Holding AB vs. Axolin-Elinor AB*.

hvordan han skal nyttiggjøre seg sin rett økonomisk, og videre hvor han skal gjøre dette. Om produktet for eksempel er et halvfabrikat, eller en selvstendig enhet får liten betydning, det er likevel et produkt fremstilt ved hjelp av teknologien, og plassert på markedet for å tilveiebringe økonomisk kompensasjon.

Dersom vi legger en slik forståelse av produktbegrepet til grunn, skulle dette bety at rettighetshaver i eksemplet vi har brukt gjennom oppgaven har brakt et produkt i omsetning på markedet ved å selge fugemassen til produsenten B. I stedet for å lisensiere teknologien slik at B kan produsere produktet, har A selv foretatt produksjon av fugemassen. Han har videre selv valgt å bringe produktet på markedet, og har valgt både tid og sted for omsetningen. Den godtgjørelse han kan beregne seg for salget av fugemassen, er tilstrekkelig for å kompensere As arbeid og investeringer i forbindelse med utvikling av teknologien. Hans rettigheter tilknyttet produktet må da sies å være konsumert, slik at han ikke kan regulere produktenes videre skjebne.

Overføres innholdet av produktbegrepet på det konkurranserettslige området, innebærer dette at vi står overfor overdragelsen av et produkt der rettighetshaver overfører resultatet av sin egen produksjon til en tredjeperson. Dette må gjelde uansett hva slags form utkommet har, og om det inneholder en ikke ubetydelig del teknologi. Etter den konkurranserettslige vurderingen skulle det bety at A i disse tilfellene selv er gitt muligheten til å skaffe seg belønning gjennom å omsette sitt produkt. Dette innebærer i konkurranserettslig forstand at det ikke lenger er grunn til å vektlegge hensynet til ønsket om å sikre rettighetshaver belønning som incitament til innovasjon. Rettighetene tilknyttet produktet vil jo være gjenstand for konsumpsjon. Det er ingen grunn til at vi i den konkurranserettslige vurderingen skal se hen til behovet for å beskytte rettighetshavers rettigheter knyttet til teknologien i disse tilfellene, verken for å sørge for godtgjørelse eller incitament til ytterligere innovasjon. A må i eksempelet vårt da sies å ha omsatt et produkt, i motsetning til å ha overført teknologi.

Standpunktet om at produktbegrepet, slik det kan utledes fra konsumpsjonsprinsippet, kan overføres på vår konkurranserettslige problemstilling, og den løsning denne overføringen medfører, støttes av at resultatene på denne måten ikke blir motstridende enten vi løser problemet etter reglene om de frie varebevegelser eller konkurransereglene;

I forhold til reglene om de frie varebevegelser er rettighetshaver forhindret fra å hindre videre distribusjon ved hjelp av å påberope seg sine rettigheter knyttet til produktet dersom han selv har brakt dette i omsetning. Dersom avtalen mellom A og B inneholder en restriktiv klausul vedrørende produktets videre omsetning, må klausulens lovlighet vurderes i tråd med den konkurranserettslige reguleringen av distribusjonsavtaler. Vekten av hensynet til å beskytte og oppfordre til nyskapning kan veie mindre i vurderingen etter konkurransereglene idet rettighetshaver i disse tilfellene er gitt muligheten til å oppnå kompensasjon gjennom salget av produktet. Avtalen vil derfor lettere enn i tilfellet ved teknologioverføring rammes av konkurransereglene. Selger gis imidlertid til en viss grad anledning til innta territorielle begrensninger i overdragelsesavtalen, men er forhindret i å regulere tredjemenns kjøp og videre distribusjon av varen. Forsøk på å begrense parallellimport gjennom å innta begrensninger på for eksempel passivt salg, er neppe tillatt etter konkurranseretten.

Konklusjonene står i motsetning til resultatene vi får dersom vi står overfor en teknologioverføring. Er rettigheten ikke konsumert fordi rettighetshaver ikke selv har forestått produksjon og brakt produktet i omsetning, eller samtykket til dette, er hans rettigheter i behold. Rettighetshaver har i disse tilfellene ennå ikke oppnådd kompensasjon for sin nyvinning. Det er den konkurranserettslige reguleringen av teknologioverføringsavtaler som er bestemmende for adgangen til å innta markedsdelingsklausuler i avtalen. Til forskjell fra tilfellet ved produktoverdragelse, vil en markedsdelende avtale kunne falle utenfor det konkurranserettslige forbudet. Til og med begrensninger på parallellimport ved for eksempel å innta forbud mot passivt salg vil kunne anerkjennes etter konkurranseretten.

Den grensdragningen mellom avtaletypene vi kan foreta etter å ha utledet momenter fra konsumpsjonsprinsippet, stemmer også godt overens med avveiningen av de konkurranserettslige hensyn som ligger til grunn for at det foreligger et skille mellom produktoverdragelse og teknologioverføring;

Som vi så i kapittel 2, er den mest fremtredende grunnen til at teknologioverføring behandles ”mildere” enn produktoverdragelse, at det søkes oppnådd en riktig balanse mellom hensynet til å oppfordre og belønne utvikling av teknologi og ønsket om å

oppnå størst mulig grad av fri konkurranse. Sammenlikner vi denne avveiningen med den som foretas etter konsumpsjonsprinsippet, ser vi at en slik belønning i tilfellet kan oppnås av rettighetshaver selv i de tilfellene han benytter teknologien i en produksjonsprosess, og siden selger det han har produsert. Etter dette tidspunkt veier ikke lenger hensynet til å belønne innovasjon like sterkt i avveiningen av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av EF-traktatens artikkel 81.

Videre er en viktig grunn til at rettighetshaver innrømmes et noe større spillerom ved teknologioverføring enn ved produktoverdragelse, at teknologi og nyskapning i større grad "spres" i fellesskapet i førstnevnte tilfelle. En slik spredning kan hevdes å foreligge i større grad når selger/lisenshaver ikke selv har benyttet teknologien i produksjon, men overlater til andre å foreta denne.

I tilfeller der overføringen av teknologien fra A til B er inkorporert i et produkt må altså skillet mellom produktoverdragelse og teknologioverføring følge utgangspunktet for skillet, og skillet slik det følger av konsumpsjonsprinsippet. Idet rettighetshaver har anvendt sin teknologi til produksjonen av et produkt, og bringer dette i omsetning, står vi overfor en produktoverdragelse snarere enn en teknologioverføring, uansett hvor mye teknologi produktet inneholder, og uansett om B anvender produktet i videre produksjon. Fastsettelsen av et slikt skille er imidlertid avhengig av at B ikke er avhengig av å anvende teknologi i sin videre anvendelse av produktet. Slike tilfeller behandles i neste punkt.

3.4.3 Anvendelsen av produktet krever en teknologioverføring

Vi kan tenke oss situasjoner der A inkorporerer en del av sin teknologi i et produkt, som han så overfører til B. For at B skal kunne anvende produktet og dets iboende teknologi i videre produksjon, er B imidlertid avhengig av å få overført rettighetene til dette. Selve utnyttelsen av produktet er altså avhengig av en teknologioverføring. Eksempler på disse tilfellene kan være at B sammen med produktoverdragelsen får overført rettighetene knyttet til en beskyttet fremgangsmåte eller anvendelsesmåte. Vi kan for eksempel tenke oss at B skal anvende As fugemasse som isolasjonsmateriale, og at han da er avhengig av å få overført rettighetene til å anvende stoffet på denne måten fra A. Eller han er avhengig av å få lisensiert rettighetene til en spesiell metode for påføring av massen for at han skal få utnyttet dens spesielle egenskaper. Et liknende tilfelle står vi

overfor dersom A overdrar et produkt i form av en produksjonsmaskin og samtidig overfører en lisens til rettighetene til produksjonens fremgangsmåte.²⁸⁵ Vi står i slike tilfeller ikke kun overfor overdragelsen av et produkt som inneholder teknologi. I dette siste typetilfellet skal B i tillegg anvende eller bygge videre på teknologi i sin videre produksjon.

Ettersom konsumpsjon i utgangspunktet bare inntreffer for rettighetene tilknyttet et produkt, og ikke for teknologien for seg, kan vi ikke uten videre slå fast at B er fri til å anvende As teknologi i sin videre foredling av produktet. Imidlertid er teknologioverføringen og produktoverdragelsen i disse tilfellene så sterkt sammenbundet at vi ikke uten videre kan anse transaksjonen mellom A og B som overføringen av to separate elementer.

Ved fastsettelsen av skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse i disse tilfellene, kan det etter min mening oppstå spørsmål om hvorvidt det kan inntre konsumpsjon av rettighetene tilknyttet teknologien som overføres mellom partene i forbindelse med produktoverdragelsen. Særlig kunne en tenke seg en slik innfallsvinkel ettersom avtalene er sterkt sammenbundet og dersom produktoverdragelsen utgjør en ikke uvesentlig del av overføringen.

Vi kunne i disse tilfellene stille spørsmål ved om også rettighetene til fremgangsmåten eller anvendelsesmåten konsumeres ved overdragelsen av produktet. Dersom rettighetene til hele eller noe av teknologien i slike tilfeller er gjenstand for konsumpsjon, vil dette kunne ha den betydning at vi står overfor et slikt tilfelle som er drøftet under punkt 3.4.2, skillet vil følge utgangspunktet, og vi står utelukkende overfor en produktoverdragelse.²⁸⁶

²⁸⁵ Forutsetningen for at denne situasjonen skal ha relevans for vår problemstilling vil imidlertid være at B akter å selge hele produksjonssystemet videre etter egen bearbeidelse. Vår problemstilling relaterer seg utelukkende til situasjoner der A bestemmer noe om hvor B kan omsette produktet B har produsert ved hjelp av produktoverdragelsen eller teknologioverføringen fra A.

²⁸⁶ En kunne velge å se problemstillingen i lys av at verdien av teknologioverføringen i disse tilfellene reduseres, hvilket vil ha betydning for verdifastsettelsen av de ulike momentene i avtalen, og derigjennom hva som må anses som avtalens hovedformål. Som det fremgår av drøftelsene i punkt 3.4.4 vil dette være av avgjørende betydning ved fastsettelsen av skillet i de tilfeller vi står overfor blandete avtaler. Jeg

Som fastslått over i punkt 3.2.3, inntre konsumpsjon imidlertid ikke ved lisensiering, og det er bare rettighetene tilknyttet et spesielt produkt som er gjenstand for konsumpsjon. I utgangspunktet vil overføringen av rettighetene knyttet til teknologien derfor neppe konsumeres. Synspunktet om at rettighetene kan være gjenstand for konsumpsjon i slike tilfeller må derfor i tilfellet hvile på at teknologien er så sterkt sammenbundet med produktet, at det gir liten mening å anse overføringen av teknologi og overføringen av produktet som to mer separate elementer i avtalekomplekset. Videre må synspunktet, i tråd med konsumpsjonsprinsippets begrunnelse, være betinget av at hensynet til å belønne rettighetshaver for hans nyskapning i disse tilfellene må være ivarettatt gjennom overdragelsen av produktet.

Jeg kjenner bare til at ett slikt tilfelle er diskutert i litteraturen. Spørsmålet gjelder hvorvidt rettighetene tilknyttet et fremgangsmåtepatent konsumeres idet A overdrar en maskin som benyttes i produksjon som er beskyttet gjennom As fremgangsmåtepatent. Schatz løser dette spørsmålet, gjennom videre henvisning til Reimer,²⁸⁷ på følgende måte:²⁸⁸

Der A har forsynt B med en beskyttet maskin som utelukkende kan anvendes til den beskyttede fremgangsmåten, og som ikke har noe annet anvendelsesområde, konsumeres også fremgangsmåtepatentet. Om man kan anvende maskinen til fremgangsmåten, men også til andre ting, kommer det imidlertid an på patenthavers vilje om B har fått rett til å benytte også fremgangsmåten.²⁸⁹ Løsningen på det førstnevnte eksempelet beror på at en her står overfor et tilfelle der nyskapningen som ligger bak den beskyttede fremgangsmåten er inkorporert i produktet, slik at anvendelsen av nyskapningen bak det beskyttede produktet og anvendelsen av

mener imidlertid, i tråd med drøftelsene over i punkt 3.4.2, at det vil være hensiktsmessig å behandle slike tilfeller under synsvinkelen at vi her utelukkende har å gjøre med en produktoverdragelse, idet teknologioverføringen i slike tilfeller etter min mening mister sin fulle realitet.

²⁸⁷ Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz Systematischer Kommentar, 1958, s. 284. (På s. 375-377 i 3. utgaven.)

²⁸⁸ Schatz, Ulirch. *Die Erschöpfung des Patentrechts*. I: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil. 1970, s. 207-215.

²⁸⁹ Schatz, s. 212.

nyskapningen bak den beskyttede fremgangsmåten slik sett utgjør en ugjennomtrengelig enhet.²⁹⁰

I tråd med Schatz' løsning over, må teknologioverføringen ikke kunne by på ytterligere bidrag til anvendelsen av produktet enn det produktet selv gjør dersom rettighetene tilknyttet teknologien skal kunne være gjenstand for konsumpsjon. Nyskapningen som er beskyttet i produktet og teknologien må altså være helt sammenfallende. I disse tilfellene vil behovet for å belønne rettighetshaver, også for å oppfordre til vedvarende innovasjon, ivaretas gjennom rettighetshavers salg av produktet alene.

Dersom denne betingelsen ikke er oppfylt, vil ikke anvendelsen av produktet og bruken av teknologien gå ut på ett, og nyskapningen bak anvendelsesmåten kan ikke anses belønnet gjennom produktoverdragelsen i seg selv.

For de tilfellene som her behandles trer sammenhengen mellom avtalene klart frem; vi har her å gjøre med lisensiering av rettigheter knyttet til anvendelsen av produktet og dets iboende teknologi. Spørsmålet om rettighetene tilknyttet teknologien konsumeres i disse tilfellene, må eventuelt bero på hvorvidt teknologioverføringen mellom A og B tilfører B "noe mer" enn produktoverdragelsen gjør. Dette vil sannsynligvis være avhengig av om produktet har andre anvendelser enn den som er beskyttet gjennom teknologioverføringen fra A til B. Dersom det har det, vil det foreligge beskyttelsesverdig innovasjon bak både produktet og den beskyttede teknologien, og rettighetshaver kan ikke uten videre anses for å ha fått belønning for sin fulle innovasjon utelukkende ved overdragelsen av produktet. Går utnyttelsen av produktet og den beskyttede fremgangsmåten eller anvendelsesmåten ut på ett, vil det imidlertid kunne stilles spørsmålstegn ved om rettighetene tilknyttet teknologien også må anses konsumert i disse tilfellene.

Dersom produktet utelukkende har ett anvendelsesområde, kan det være slik at rettighetene knyttet til denne anvendelsen eller fremgangsmåten er konsumert. Etter min mening vil vi da stå ovenfor en produktoverdragelse snarere enn blandet avtale. Det er imidlertid vanskelig å gi noe sikkert svar på problemstillingen. Vi ser imidlertid at en

²⁹⁰ Schatz s. 212. Schatz og Reimer bruker uttrykket "oppfinnelsestanke" for den nyskapningen som i disse tilfellene eventuelt går ut på ett.

løsning som skissert over stemmer godt overens med konsumpsjonsprinsippets begrunnelse. Likeledes er den i tråd med avveiningen av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende for forskjellen i den konkurranserettslige behandlingen av avtaler om henholdsvis produktoverdragelse og teknologioverføring. Dersom godtgjørelse og belønning som incitament til innovasjon kan sikres av A selv gjennom overdragelsen av et produkt, er det ikke lenger nødvendig å tildele hensynet til innovasjon sterk vekt i vurderingen verken etter reglene om de frie varebevegelser eller artikkel 81. Dette taler etter min mening for at det inntreffer konsumpsjon i disse tilfellene.

Dersom produktet har flere forskjellige anvendelsesmåter, kan rettighetene imidlertid under ingen omstendighet anses konsumert. Hvordan skal vi da fastsette skillet mellom avtaletypene? I disse tilfellene må vi etter min mening anse avtalen mellom A og B for å bestå av både en produktoverdragelse og en teknologioverføring. Sammenhengen mellom elementene i avtalen er her svært sterk, hvilket kan innebære at spesielle hensyn kan gjøre seg gjeldende ved vurderingen av avtalen. Selve vurderingen vil imidlertid måtte følge skillet slik det går når vi vurderer blandete avtaler, og behandles i neste punkt.

3.4.4 Avtalen består av både produktoverdragelse og teknologioverføring

Selv om vi nå har fastsatt skillet utgangspunkt, og gitt en mer utpenslet redegjørelse for skillet slik det må gå når vi står overfor en overføring hvis innhold er vanskeligere å definere, har vi ikke med dette satt noe definitivt skille mellom teknologioverføring og produktoverdragelse. Som allerede signalisert kan vi, etter å ha fastsatt skillet i disse tilfellene, likevel finne at vi står overfor en blandet avtale. Fordelen med å ha fastsatt disse utgangspunktene først, er imidlertid at vi nå i større grad har et verktøy vi kan bruke til å si noe om hva som utgjør en overføring av teknologi og hva som utgjør omsetningen av et produkt.

Spørsmålet blir så hvordan vi skal bedømme avtaler der vi står overfor en overføring av begge deler: Eksempelvis overfører A rettighetene til å anvende en produksjonsmetode til B, samtidig som han overfører et produkt som kan brukes i denne produksjonen. I et slikt tilfelle står vi overfor en blandet avtale. Til tross for at de enkelte delene i avtalen kan ha sterk tilknytning til hverandre, kan det være enkelt, i alle fall etter at vi nå i større grad har definert hva som utgjør en teknologioverføring og hva som utgjør en

produktoverdragelse, å separere de to.

Står vi overfor slike tilfeller, må vi først ta stilling til hvorvidt vi faktisk står overfor to separate avtaler, eller om vi står overfor enten en teknologioverføringsavtale eller en avtale om produktoverdragelse som inneholder elementer av det andre. Spørsmålet om vi står overfor to selvstendige avtaler vil etter min mening bero på tilknytningen mellom delene i avtalen, og hvorvidt de lar seg separere. Ser vi på gruppefritakenes regulering, fritar de bare andre elementer enn avtalens hovedformål der disse er *direkte forbundet* med hovedformålet.²⁹¹ Dette skulle tilsi at dersom vi for eksempel står overfor en avtale der A overfører rettighetene til å bruke en bestemt produksjonsmetode til B, og samtidig overdrar et produkt som skal inngå i produksjonen, men som ikke har noen som helst forbindelse med produksjonsmetoden, så står vi overfor to separate avtaler. En eventuell restriktiv klausul om videresalg av produktet kan ikke fritas etter gruppefritaket for teknologioverføring. Der de to ulike elementene i overføringen mellom A og B etter en vurdering fremstår som separate transaksjoner uten nærmere tilknytning til hverandre, må vi altså anse overføringen som to avtaler, en teknologioverføring og en produktoverdragelse. Denne vurderingen må selvfølgelig foretas konkret i hvert enkelt tilfelle.

Dersom vi i realiteten står overfor to avtaler, vil skillet mellom avtaletypene i relasjon til artikkel 81 gi seg selv. Den ene avtalen behandles etter den konkurranserettslige reguleringen for teknologioverføring, den andre etter reguleringen for distribusjonsavtaler.

Vi kan imidlertid stå overfor blandede avtaler der de ulike elementene ikke lar seg separere, men til sammen utgjør integrerte deler av en og samme overføring mellom A og B. Eksempelvis kan vi tenke oss et tilfelle der A overfører rettighetene til en produksjonsmetode, og samtidig overfører et produkt som inngår i produksjonen og som er spesialtilpasset As metode. Særlig i tilfeller der det ene må anses ubrukelig uten det andre, trer sammenhengen mellom delene av avtalen klart frem, produktoverdragelsen og teknologioverføringen er her direkte forbundet. Et typisk

²⁹¹ Gruppefritaket for teknologioverføring artikkel 1 bokstav b, og gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 2 nr. 3

eksempel på det siste vil være et typetilfelle som beskrevet ovenfor i punkt 3.4.3 om tilfeller der videre anvendelse av produktet er avhengig av en overføring av teknologi. Vi kan for eksempel tenke oss at A selger sin fugemasse til B. For at B skal få utnyttet fugemassens spesielle egenskaper, må imidlertid massen påføres under spesielle forhold, og etter en egen metode som A har patentert. I slike tilfeller kan en oppdeling av elementene være uten mening, og produktoverdragelsen og teknologioverføringen må kanskje anses som del av en og samme avtale.

Utgangspunktet om at rettigheter knyttet til teknologi ikke er gjenstand for konsumpsjon, må være klart. En absolutt betingelse for at konsumpsjon knyttet til teknologien skal kunne inntre i forbindelse med overdragelsen av et produkt er at teknologien ikke tilfører noe ytterligere av verdi enn produktet i seg selv. Der vi, også etter en vurdering av konsumpsjonsspørsmålet knyttet til inkorporasjonstilfellene over i punkt 3.4.2 og 3.4.3, finner at vi står overfor en produktoverdragelse og en teknologioverføring, er et slikt resultat neppe tenkelig. Spørsmålet er likevel hvorvidt skillet i tilfeller der det er sterk sammenheng mellom elementene av teknologioverføring og produktoverdragelse må fastsettes på en egen måte, snarere enn å dele opp overføringen mellom A og B og behandle hver del som en separat avtale.

Etter artikkel 81 er vi i disse tilfellene henvist til å vurdere en eventuelt markedsdelende klausul konkret og i sin kontekstuelle ramme.²⁹² I denne forbindelse vil adgangen til å innta klausulen avhenge av en avveining etter artikkel 81 nr. 1, eller av hvorvidt den oppfyller vilkårene i artikkel 81 nr. 3. Når vi først har definert at vi står overfor en avtale som relaterer seg til både en produktoverdragelse og en overføring av teknologi, kan vi ikke egentlig sette noe definitivt skille mellom avtaletypene. Vurderingen etter artikkel 81 nr. 1 og 3 vil i større grad dreie seg om hvilket behov det er for å innta den markedsdelende klausulen, og hvilke konsekvenser den har. Som påpekt i punkt 2.2.7 i avhandlingens kapittel to, vil ulikhetene i vurderingen av avtalen etter artikkel 81 reduseres jo mer avtaletypene nærmer seg hverandre. Dersom vi står overfor en blandet avtale, vil skillet mellom avtaletypene og vurderingen av dem i noen grad utviskes.

²⁹² Se ovenfor i punkt 2.2.3.3.

Imidlertid vil en nærmere vurdering av hva som er avtalens hovedformål kunne være hensiktsmessig å foreta idet det kan oppstå behov for å fastsette hva slags element i en avtale klausulen hovedsakelig relaterer seg til, og hvor viktig dette elementet er i avtalen. Studeres dette nærmere, vil hvilke momenter det er relevant å vektlegge i vurderingen etter artikkel 81 nr. 1 og 3 tre klarere frem, og det blir enklere å foreta en avveining mellom disse. Også gruppefritakene foreskriver at vi i de tilfellene vi står overfor blandede avtaler må søke å fastsette hva som må anses som hovedformålet med avtalen, når vi skal bedømme hva vi står overfor.²⁹³ Spørsmålet blir om produktoverdragelsen har skjedd for å gjøre B i stand til å foreta produksjon, eller eventuelt for å lette denne, eller om det snarere er teknologioverføringen som er foretatt for å gjøre B i stand til å anvende produktet.

Dersom hovedformålet med avtalen mellom A og B er å overføre teknologi, vil en kunne tenke seg at markedsdelingsklausuler lettere vil kunne godtas enn dersom klausulene inngår i en avtale som først og fremst dreier seg om overdragelsen av et produkt. Hensynet til å belønne og oppfordre til innovasjon, samt til å sørge for spredning av teknologi i fellesskapet kan i disse tilfellene kunne tale for at vi bedømmer hele avtalen som en teknologioverføringsavtale. Motsatt kan hensynet til ønsket om friest mulig konkurranse og størst mulig markedsintegrasjon kunne tale for at vi bedømmer en avtale som hovedsakelig består av en produktoverdragelse nettopp som dette. Desto mer dominerende innslaget av henholdsvis teknologioverføring eller produktoverdragelse er, desto sterkere gjør de forskjellige hensynene bak ulikheten i den konkurranserettslige bedømmelsen av avtaletypene seg gjeldende, og desto større er antakeligvis sjansen for at elementene i avtalen vurderes under ett. Et slikt synspunkt om at avtalen kan vurderes under ett må særlig gjelde dersom avtalene er så og si uløselig knyttet til hverandre, hvilket kan være særlig aktuelt for typetilfellene diskutert over under punkt 3.4.3.

En fastsettelse av hovedformålet kan være vanskelig å foreta. I enkelte tilfeller vil hovedformålet tre klart frem. I andre tilfeller kan både produktoverdragelsen og teknologien være viktige og verdifulle elementer i avtalen. Som vi så i punkt 3.4.1, er

²⁹³ Se gruppefritaket for teknologioverføring artikkel 1 bokstav b, og gruppefritaket for vertikale avtaler artikkel 2 nr. 3.

verdien av overføringen av avgjørende betydning når vi skal fastsette avtalens hovedformål etter gruppefritaket for teknologioverføring. Hvilken del av overføringen mellom partene er av størst verdi? Det er denne delen av avtalen som etter gruppefritaket anses som avtalens hovedformål. En verdivurdering må være et ytterst relevant kriterium for bedømmelsen av hva som må anses å være hovedformålet med avtalen mellom A og B, og må kunne benyttes som kriterium for avgrensning også for situasjoner som ikke bedømmes etter dette gruppefrikaket.

Hvordan foretar vi så en slik verdivurdering? Vurderingen av verdien vil vel først og fremst relatere seg til den verdi de ulike elementer i avtalen utgjør mellom partene, og svaret vil avhenge av en konkret vurdering. Vi er henvist til å foreta en oppdeling av elementene og en verdifastsettelse av hver enkelt del, imidlertid må vi også se dem i lys av hverandre.

Dersom det er teknologien som utgjør selve kjernen, den bakenforliggende ideen bak overføringen mellom partene, kan det være denne som utgjør den største verdien, til tross for at produktet i seg selv må betraktes som et verdifullt og viktig element i overføringen. Er det derimot først og fremst produktet som utgjør kjernen og hovedelementet i den bakenforliggende ideen, mens teknologioverføringen fremstår som et verktøy til å gjennomføre anvendelsen av produktet, kan teknologien anses for å ha mindre verdi. I de tilfeller en del av teknologien er inkorporert i produktet, og teknologioverføringen fra A til B tilfører lite "nytt" i tillegg til produktet som overdras, kunne en muligens se det slik at det først og fremst er produktet som utgjør verdien i transaksjonen. Et slikt synspunkt er i tråd med begrunnelsen for konsumpsjonsprinsippet. Rettighetshaver har i disse tilfellene benyttet mesteparten av sin teknologi til selv å produsere et produkt, og det må snarere være gjennom overdragelsen av dette han kan sikres kompensasjon, fremfor gjennom overføringen av ytterligere teknologi til anvendelsen av produktet. Vi er i alle tilfelle henvist til å foreta en konkret vurdering av transaksjonen mellom A og B når vi skal fastsette verdien, og vurderingen vil derfor variere fra avtale til avtale.

Spørsmålet er så om man kan se hen til ytterligere momenter ved verdifastsettelsen av de ulike bestanddelene i avtalen. Etter min mening kan man, særlig når man står overfor tilfeller der begge elementene i avtalen fremstår som viktige og verdifulle, også se hen

til hensynene som begrunner den ulike behandlingen av avtaletypene etter konkurranseretten. Eller man kan se det slik at disse hensynene kan bidra til å fastsette verdien av de enkelte elementer. En kan for eksempel spørre i hvilken grad ønsket om å oppfordre til innovasjon gjør seg gjeldende ved bedømmelsen av avtalen. Er det viktig å sørge for å belønne A for hans nyskapning? Og i hvilken grad besørges slik belønning gjennom avtalen mellom A og B? I hvilken grad er det ønskelig å sørge for at teknologien A overføres spres i fellesmarkedet, og i hvilken grad sikres slik spredning ved avtalen?

Tar en stilling til disse spørsmålene ved vurderingen av verdien av de enkelte elementene i avtalen, vil en kunne finne at overføringen av teknologien mellom A og B i det store utgjør en større verdi, ikke bare mellom partene, men også for fellesskapet som sådan. Som vi så i oppgavens kapittel to, er slike vurderinger av fordeler for forbrukerne, men også fellesskapet som sådan relevante å se hen til ved løsningen av konkurranserettslige spørsmål. Etter min mening kan disse vurderingene også anvendes til å si noe om verdien av overføringen av henholdsvis teknologi og produktoverdragelse. Spørsmålet om hva som utgjør avtalens hovedformål må imidlertid uansett avgjøres konkret.

I tilknytning til løsningen av spørsmålet om hva vi står overfor i blandingstilfeller, kan vi ved vurderingen etter gruppefritakene oppstille et siste spørsmål. Kan det tenkes tilfeller der vi står overfor en blandet avtale som etter en konkret vurdering består av akkurat like deler teknologioverføring og produktoverdragelse? Resultatet av et slikt funn kunne være at enten begge eller ingen av gruppefritakene kommer til anvendelse på avtalen. Jeg tror ikke en slik situasjon er særlig praktisk. Avgjørende for at gruppefritakene kommer til anvendelse er avtalens hovedformål. Fritakene inneholder ingen bestemmelser om hvor stor andel av avtalen andre elementer enn hovedformålet kan utgjøre. Etter min mening vil det avgjørende trolig være at det ene eller andre kan sies å utgjøre hovedformålet, og det vil være lite praktisk at et slikt ikke kan fastsettes.

Svaret på hvordan vi fastsetter skillet mellom teknologioverføringsavtaler og avtaler om produktoverdragelse når vi står overfor en avtale som inneholder begge deler, vil nok avhenge både av hvor nært tilknyttet elementene av produktoverdragelse og teknologioverføring er, og hvor store deler av avtalen de respektive elementene utgjør.

Det kan være hensiktsmessig å fastslå hva som må anses som avtalens hovedformål. Et slikt synspunkt støttes av at de hensyn som gjør seg gjeldende bak forskjellen i den konkurranserettslige vurderingen av avtaletypene på denne måten synliggjøres. Hensynene kan også tale for at vi i visse tilfeller behandler elementene under ett. En slik løsning følger også av gruppefritakene.

Den nærmere vurderingen av hva som må sies å være avtalens hovedformål, må sannsynligvis bero på en fastsettelse av verdien av henholdsvis den teknologien som overføres og produktet som overdras ved avtalen. Verdivurderingen vil mest sannsynlig måtte relatere seg til verdien av elementene slik den fremstår mellom partene. Dersom verdifastsettelsen av de ulike elementene er vanskelig å foreta, kan man etter min mening videre finne støtte i de hensyn som ligger bak forskjellen i den konkurranserettslige behandlingen av avtaletypene når man fastsetter verdien.

3.5 Fastsettelsen av skillet - oppsummering

Skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse må fastsettes etter noe ulike kriterier alt ettersom hva slags transaksjon vi står overfor. Et utgangspunkt bør tas i avtaler hvis gjenstand for overføring er vanskelig å definere. Slik sett blir det enklere å fastsette hva som utgjør overføringen av teknologi og hva som utgjør overdragelsen av et produkt.

Når vi står overfor tilfeller der teknologien som overføres mellom partene er inkorporert i et produkt, og hvor Bs videre anvendelse av teknologien utelukkende består i å anvende produktet i sin videre produksjon, kan konsumpsjonsprinsippet bidra med kriterier for den nærmere avgrensningen mellom avtaletypene. Dersom A ved transaksjonen har brakt et produkt på markedet, er hans rettigheter knyttet til produktet konsumert. I relasjon til avgrensningen mellom avtaletypene, har dette den betydning at vi står overfor en produktoverdragelse i motsetning til en teknologioverføring. Skillet mellom avtaletypene går etter dette mellom tilfeller der A selv oppbeholder produksjon, og skaffer seg godtgjørelse gjennom salg av utkommet av produksjonen, og der A lisensierer sine rettigheter slik at B kan benytte teknologien til produksjon.

Fastsetter vi skillet på denne måten, følger det samme grensdragning både i relasjon til reglene om de frie varebevegelser og konkurransereglene. Hensynene bak begge

regelsettene støtter et slikt syn, og plasseringen av skillet medfører også størst mulig sammenheng i regelverket.

Står vi overfor overdragelsen av et produkt hvis videre anvendelse er avhengig av en ytterligere teknologioverføring, kan det tenkes særlige tilfeller der teknologien må anses konsumert, og overføringen mellom A og B utelukkende må anses som en produktoverdragelse. Dersom rettighetene til teknologien ikke er konsumert, må slike transaksjoner imidlertid anses som en blandet avtale, som består i både overdragelsen av et produkt og en overføring av teknologi.

I tilfeller der vi står overfor avtaler som både relaterer seg til overdragelsen av et produkt og overføringen av teknologi, må det tas stilling til om vi i realiteten står overfor to separate overføringer. Skillet mellom teknologioverføring og produktoverdragelse gir seg i tilfelle av seg selv. Står elementene av henholdsvis produktoverdragelse og teknologioverføring i så nær tilknytning til hverandre at det gir liten mening å vurdere transaksjonen mellom A og B som to separate avtaleforhold, oppstår det spørsmål om hvorvidt vi kan bedømme avtalen under ett, som enten en teknologioverføringsavtale eller en avtale om produktoverdragelse.

De hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen etter artikkel 81 kan tale for at vi i visse tilfeller behandler transaksjonen mellom A og B under ett. En slik løsning følger også av gruppefritakene. I disse tilfellene kan vi måtte se hen til hva som etter en nærmere vurdering fremstår som hovedformålet med avtalen. En slik fastsettelse av hovedformålet synliggjør hvilke hensyn som i det konkrete tilfellet gjør seg særlig gjeldende i den vurderingen som må foretas.

Avtalens hovedformål må fastsettes i det enkelte tilfellet, og må sannsynligvis fastsettes etter verdien av avtalens innslag av henholdsvis teknologioverføring og produktoverdragelse. Verdivurderingen må foretas konkret, og vil antakeligvis relateres til verdien av elementene slik den fremstår mellom avtalepartene. Dersom det er vanskelig å vurdere verdien av de enkelte elementer, kan man etter min mening også kunne se hen til de bakenforliggende hensyn som begrunner ulikheten i den konkurranserettslige behandlingen av henholdsvis teknologioverføringsavtaler og

avtaler om overdragelsen av et produkt.

4 Litteraturliste

Bøker:

Arnesen, Finn. *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. IUSEF nummer 2, 3. utg. Oslo, 1995.

Baquero Cruz, Julio. *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*. Oxford and Portland, Oregon, 2002.

Blok, Peter. *Patentrettens konsumtionsprincipp*. København 1974.

Cornish, William. *Intellectual Property: Patents Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. William Cornish og Davis Llewelyn. 5. utg., London 2003.

Craig, Paul. *EU law: text, cases and materials*. Paul Craig og Gráinne de Burca. 3. utg., Oxford 2003

Ebenroth, Carsten Thomas. *Gewerbliche Schutzrechte und Marktaufteilung im Binnenmarkt der Europäischen Union*. Carsten Thomas Ebenroth og Wolfgang Hübschle. Heidelberg, 1994.

Eide, Erling. *Rettsøkonomi for offentlig rett*. 3. utg., Oslo 1999.

EØS-rett. Fredrik Sejersted...[et al.]. 2. utg, Oslo 2004.

Fejø, Jens. *EU-Konkurrenceret, almindelig del*. 3. utg., København 2003.

Hays, Thomas. *Parallel Importation under European Union Law*. London, 2004.

Jones, Alison; *EC Competition Law*. Alison Jones og Brenda Sufrin. Oxford, 2001.

Keeling, David T.. *Intellectual property Rights in EU Law: vol. 1*. Oxford 2003.

Koktvedgaard, Mogens. *Lærebog i Immaterialret*. 6. utg., København 2002.

Korah, Valentine. *Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules*. Oxford, 1996.

Korah, Valentine. *Distribution agreements under the EC competition rules*. Valentine Korah og Denis O'Sullivan. Oxford and Portland, Oregon, 2002.

Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft. Wolfgang Hefermehl...[et al.]. München, 1979.

Pagenberg, Jochen. *Lizenzverträge: Patente, Gebrauchsmuster, Know-how, Computer Software*. Jochen Pagenberg og Bernard Geisseler. 4. utg., Köln, Berlin, Bonn, München 1997.

Reimer, Eduard. *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz: Systematischer Kommentar*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1. utg., 1958. (Kun tredjeutgaven fra 1968 er tilgjengelig på Juridisk Fakultetsbibliotek).

Rognstad, Ole Andreas. *Spredning av verkseksemplar*. Oslo 1999.

Stenvik, Are. *Patentrett*. Oslo 1999.

Lassen, Birger Stuevold. *Åndsretten*. I: Knophs oversikt over norsk rett, 12. utg., Oslo 2004, s. 268-505.

Tritton, Guy. *Intellectual Property in Europe*. 2. utg., London 2002.

Whish, Richard. *Competition Law*. 5. utg., London 2003

Artikler:

Amato, Filippo og Subiotto, Romano. *The reform of the European competition policy concerning vertical restraints*. I: Antitrust Law journal. Vol. 69, utg.1 (2001), s.147 -193.

Beier, Friedrich-Karl. *Industrial Property and the free movement of Goods in the Internal European Market*". I: International Review of Industrial Property and Copyright Law. Vol 21 (1990), s. 131-160.

González Díaz, Enrique. *The notion of ancillary restraints in EC Competition Law*. I: Fordham International Law Journal. Vol.19, utg. 3 (1996), s. 951-998.

Koch, Norbert. *Article 30 and the exercise of industrial property rights to block imports*. I: Fordham Corporate Law Institute, 1986, s. 605-632.

Korah, Valentine. *Draft block exemption for technology transfer*. I: European Competition Law Review. Vol. 25, utg. 5 (2004), s. 247-262.

Lugard, Paul and Hancher, Leigh. *Honey, I shrunk the article!: a critical assessment of the commission's notice on article 81(3) of the EC Treaty*. I: European Competition Law Review. Vol. 25, utg. 7 (2004), s. 410- 420.

Mortelmans, Kamiel. *Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition?*. I: Common Market Law Review. Vol 38, nr. 3 (2001), s. 613-649.

Odudu, Okeoghene. *Interpreting article 81 (1): demonstrating restrictive effect*.

I: European Law Review. Vol. 26 (2001), s. 261-274.

Odudu, Okeoghene. *A new economic approach to Article 81 (1)?* I: European Law Review. Vol. 27 (2002), s. 100-105.

O'loughlin, Rosemary. *EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision.* I: European Competition Law Review. Vol. 24 (2003), s. 62-69.

Pescatore, Pierre. *Public and Private Aspects of Competition Law.* I: Fordham Corporate Law Institute. 1986, s. 381-430.

Schatz, Ulrich. *Die Erschöpfung des Patentrechts.* I: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil. 1970, s. 207-215.

Schödermeier, Martin. *Die Ernte der "Maissaat": Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Art. 30 und 85 EWG-Vertrag.* I: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil. 1987, s. 85-89.

Turner, J.D.C. *Competition and the Common Market after Maize Seeds.* I: European Law Review 1983, s. 103-117.

Ulloa, Gonzalo de.. *Licensing Contracts and Territoriality Clauses. Parallel Imports.* I: European Competition Law review. Vol. 12 (1991), s. 220-230.

Rettsakter:

Forordning 1/2003:

Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

Gruppefritaket for vertikale avtaler:

Commission Regulation (EC) No 2790/1999, on the application of Article 81 (3) of the treaty to categories of vertical agreements and concerted practices.

Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler:

Commission Regulation (EC) No 772/2004, on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements.

Det tidligere gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler:

Commission Regulation (EC) No 240/96 on the application of article 85 (3) of the Treaty of certain categories of technology transfer agreements.

Det tidligere gruppefritaket for patentlisensavtaler:

Commission Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements.

Direktiv 89/104/EØF (Varemerkedirektivet):

First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

Avgjørelser fra EF-domstolen:

Sak 56/65

Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm GmbH.

Inntatt i European Court Reports (ECR) 1966, side 235 i engelsk spesialutgave.

Sakene 56 og 58/64,

Etablissements Consten SARL and Grundig-Verkauf-GmbH vs Commission

Inntatt i ECR 1966 på side 299 i engelsk spesialutgave.

Sak 23/67,

Brasserie de Haecht SA vs. Consorts Wilkin-Janssen.

Inntatt i ECR 1967 på side 407 i engelsk spesialutgave.

Sak 24/67

Parke, Davies & Co v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm
Inntatt i ECR 1968 på side 55 i engelsk spesialutgave.

Sak 40/70

Sirena S.r.l v. Eda S.r.l and others
Inntatt i ECR 1971, s. 69.

Sak 78/70,

Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH vs. Metro-SB- Grössmarkte GmbH & Co.
KG.
Inntatt i ECR 1971, s. 487.

Sakene 15/74 og 16/74,

Centrafarm BV et Adriaan de Peijper vs. Sterling Drug Inc. og Centrafarm BV et
Adriaan de Peijper vs. Winthrop BV
Inntatt i ECR 1974, s. 1147 og ECR 1974 s. 1183

Sak 26/76,

Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG vs. Commission
Inntatt i ECR 1977, s. 1875

Sak 102/77,

Hoffman La Roche & Co. AG vs Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer
Erzeugnisse mbH.
Inntatt i ECR 1978, s. 1139.

Sak 258/78,

L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele vs. Commission.
Inntatt i ECR 1982, s. 2015.

Sakene 55/80 og 57/80,

Musikk-Vertrieb membran GmbH et K-tel International vs. GEMA – Gesellschaft für musicalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte

Inntatt i ECR 1981, s. 147.

Sak 262/81,

Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others vs. Ciné Vog Films SA and others.

Inntatt i ECR 1982, s. 3381

Sakene 29/83 og 30/83,

Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH vs. Commission of the European Communities

Inntatt i ECR 1984, s. 1679.

Sak 18/84,

Pharmon BV vs. Hoechst AG

Inntatt i ECR 1985, s. 807.

Sak 42/84,

Remia and others vs. Commission

Inntatt i ECR 1985 s. 2545.

Sak 161/84,

Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis

Inntatt i ECR 1986 s. 353.

Sak 402/85,

Basset v. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Inntatt i ECR 1987, s. 1747.

Sak 27/87,
SPRL Louis Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne SC
Inntatt i ECR 1988, s. 1919.

Sak C-306/96,
Javico International and Javico AG vs. Yves Saint Laurent Parfums SA.
Inntatt i ECR 1998, s. I-1983

Sak C-173/98,
Sebago Inc. and Ancienne Maison & Flis SA vs. G-B Unic SA
Inntatt i ECR 1999, s. I-4103.

Sak C-16/03,
Peak Holding AB vs. Axolin-Elinor AB
Ennå ikke inntatt i ECR.

Avgjørelser fra førsteinstansretten:

Sak T-17/93,
Matra Hachette vs. Commission
Inntatt i ECR 1994, s. II-595.

Sakene T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94,
European Night Services Ltd., Eurostar Ltd., Union internationale des chemins de fer,
Nv Nederlandse Spoorwegen and Société nationale des chemins de fer français vs.
Commission
Inntatt i ECR 1998, s. II-3141.

Sak T-112/99,
Métropole télévision, Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom and Télévision
française 1 SA vs. Commission
Inntatt i ECR 2001, s. II-2459.

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten:

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i Sak 27/87, SPRL Louis Erauw-Jacquéry vs. La Hesbignonne SC: Opinion of Mr Advocate General Mischo, delivered on 9. December 1987. Inntatt i ECR 1988, s. 1919, på s. 1927-1934.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen :

Sak E 3/97,

Anmodning til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Nedre Romerike herredsrett i saken for denne domstol mellom Jan og Kristian Jæger AS støttet av Norges Bilbransjeforbund og Opel Norge AS om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

Avgjørelser fra Kommisjonen:

Commission Decision 84/233/EEC, IBM,
Inntatt i Official Journal L 118 s. 24.

Commission Decision 85/616/EEC, Villeroy & Boch,
Inntatt i Official Journal L 376 s. 15.

Meddelelser fra Kommisjonen:

Retningslinjene for vertikale avtaler:

Commission notice 2000/C 291/01, Guidelines on Vertical Restraints

Retningslinjene for teknologioverføringsavtaler:

Commission notice 2004/C 101/02, Guidelines on the application of article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements.

Retningslinjene for anvendelsen av artikkel 81 (3):

Commission notice 2004/C 101/08, Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty.

EØS-komiteens beslutninger:

Om innlemming av gruppefritaket for vertikale avtaler i EØS-avtalen:

EØS-komiteens beslutning nr. 18/2000 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIV.

Om innlemming av det tidligere gruppefritaket for teknologioverføring i avtalen:

EØS-komiteens beslutning nr. 12/97 om endring av EØS-avtalens vedlegg XIV.

