

**FORSKNINGS- OG UTVIKLINGSAVTALER
UNDER Kfo 2659/2000**

En analyse av kriteriene for fritak

Kandidatnr: 408

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 17493 ord

24.11.03

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING OG PRESENTASJON AV TEMA	1
1.2	RETTSKILDER	2
1.3	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	3
<u>2</u>	<u>F&U-SAMARBEIDS FORHOLD TIL EF-RETTENS KONKURRANSEREGLER</u>	<u>5</u>
2.1	NÆRMERE OM F&U-SAMARBEID	5
2.2	HVORFOR STÅR F&U-SAMARBEID I EN SÆRSTILLING I FELLESKAPSRETEN?	6
<u>3</u>	<u>ANVENDELSESOMRÅDET</u>	<u>9</u>
3.1	INNLEDNING	9
3.2	FORSKNING OG UTVIKLING	10
3.3	UTNYTTELSE	11
3.4	BEGREPET FELLES ARBEID	15
3.4.1	GENERELT	15
3.4.2	FELLES ARBEID I F&U-FASEN	19
3.4.3	FELLES ARBEID I UTNYTTELSESFASEN	23
3.5	AKSESSORISKE BESTEMMELSER	25
<u>4</u>	<u>VILKÅR FOR FRITAK</u>	<u>28</u>
4.1	INNLEDNING	28
4.2	POSITIVE VILKÅR FOR FRITAK	28
4.2.1	GENERELT	28
4.2.2	PARTENES GJENSIDIG ADGANG TIL RESULTATENE	28
4.2.3	RETEN TIL INDIVIDUELLE UTNYTTELSE VED KUN SAMARBEID OM F&U	31
4.2.4	SÆRLIGE KRAV NÅR SAMARBEIDET OMFATTER UTNYTTELSEN	32
4.2.5	SÆRLIGE KRAV VED SPESIALISERINGSAVTALER	33

4.3	MARKEDSANDELEN	34
4.3.1	GENERELT	34
4.3.2	NÅR STILLES DET KRAV TIL PARTENES MARKEDSANDEL?	35
4.3.3	BEREGNING AV MARKEDSANDELSTERSKELEN	37
4.4	RESTRIKSJONER SOM UTELUKKER FRITAK	38
4.4.1	GENERELT	38
4.4.2	BEGRENSNING AV ØVRIG F&U	39
4.4.3	IKKE-ANGREPSKLAUSULER	40
4.4.4	KVANTITATIVE PRODUKSJONS- OG SALGSBEGRENSNINGER	41
4.4.5	PRISFASTSETTELSE	41
4.4.6	BEGRENSNINGER I VALG AV KUNDEKRETS	42
4.4.7	AVSKJÆRING AV PASSIVT SALG	44
4.4.8	AVSKJÆRING AV MARKEDSFØRINGSADGANGEN	45
4.4.9	AVSKJÆRING AV PARTENES MEDDELELSSESADGANG TIL TREDJEMANN	45
4.4.10	SALGSRESTRIKSJONER I FORHOLD TIL PARALLELLIMPORTØRER	46
4.4.11	VANSKELIGGJØRING AV ANDRE KJØPSKANALER	46
4.4.12	RESTRIKSJONER SOM LIKEVEL IKKE HINDRER FRITAK	46
5	FRITAKETS LENGDE	48
5.1	INNLEDNING	48
5.2	FRITAKETS LENGDE VED KUN SAMARBEID OM F&U	49
5.3	FRITAKETS LENGDE VED SAMARBEID OM BÅDE F&U OG UTNYTTELSE	49
5.4	FORLENGELSE AV FRITAKET ETTER DEN ORDINÆRE FRITAKSPERIODEN	50
6	LITTERATURLISTE	53
6.1	BØKER	53
6.2	ARTIKLER I TIDSSKRIFTER, ÅRBØKER, SAMLEVERK	53
7	LOVER M.M	55
7.1	TRAKTATER	55
7.2	FORORDNINGER	55
7.3	RETNINGSLINJER, MEDDELELSER M.M	56
7.4	FORARBEIDER	56

1 Innledning

1.1 Problemstilling og presentasjon av tema

Hovedspørsmålet i denne fremstillingen er når et forsknings og utviklings samarbeid (F&U-samarbeid) omfattes av gruppefritaket i Kommissjons forordning 2659/2000 (Kfo 2659/2000).¹

Et F&U-samarbeid kan defineres som en kommersiell samarbeidsavtale mellom to eller flere virksomheter, på det samme nivå i omsetningsleddet, som tar sikte på å utvikle ny kunnskap. Et slikt samarbeid vil, særlig når samarbeidet også omfatter utnyttelsen av resultatene, medføre en regulering av partenes adferd på markedet. Poenget i forhold til EF-rettens konkurranseregler, er at horisontale avtaler som medfører en regulering av partenes adferd på markedet i stor grad vil bli ansett for å ha til ”formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen på det felles marked”, jfr ordlyden i EF-traktaten (EFT) art 81.1.² Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EFT art 81.1 er imidlertid så vidt formulert at det også rammer avtaler som totalt sett er positive for konkurransen. På bakgrunn av dette, er det i EFT art 81.3 gitt en diskresjonær adgang til å fritta avtaler fra hovedregelen i EFT art 81.1 individuelt eller gjennom gruppefritak. Kommissjonen har gjennom Kfo 2659/2000 gitt et slikt gruppefritak for F&U-samarbeid.

For partene i et F&U-samarbeid er det av sentral betydning å kjenne til innholdet av dette regelverket, for å kunne utforme avtalen slik at den omfattes av gruppefritaket. På denne måten unngår partene at samarbeidet bli underlagt en individuell vurdering etter EFT art 81. For samarbeidspartene gir gruppefritaket således partene en mye større mulighet til å forutbegrene deres rettsstilling i forhold til EF-rettens konkurranseregler.

¹ Kfo 2659/2000 er gitt med personell kompetanse i EØF 2821/71, gitt i medhold av EFT 83 nr 1, jfr nr 2 litra b, hvor Rådet har delegert kompetanse til Kommissjonen til å fritta visse typer avtaler som vanligvis anses for å være i overensstemmelse med EFT art 81.3.

² Virkningene av at en avtale rammes av EFT art 81.1 følger av EFT art 81.2, hvor det fremgår at slike avtaler ikke har noen rettsvirkninger.

Fremstillingen tar på bakgrunn av dette sikte på å redegjøre på et generelt nivå for forordningens kriterier for fritak.³ Gjennom behandlingen av disse kriteriene, vil det bli forsøkt å trekke frem noen karakteristiske kjennetegn ved den kategorien F&U-samarbeid som vil nyte godt av gruppefritaket.

1.2 Rettskilder

Kfo 2659/2000 tilhører en del av sekundærlovgivningen i EU.⁴ Tolkningen av den må basere seg på de nedlagte tolkningsprinsipper fra EF-domstolen,⁵ og de generelle tolkningsprinsippene som følger av EFT.

EF-domstolen har en svært formålsorientert tolkningsstil. Den tolkningslæren som kan utledes av EF-domstolens rettskildebruk, relaterer seg derfor i stor grad til betraktninger med hensyn til bestemmelsenes og traktatenes formål, samt sammenhengsbetraktninger. En sentral rettskilde ved fortolkningen av forordningen, er derfor forordningen fortale som angir begrunnelsen og formålet med regelverket. I denne sammenhengen er også de grunnleggende vilkårene i EFT art 81.3 som forordningen hviler på en viktig rettskilde. Betydningen av den rent språklige forståelsen av regelverket spiller på bakgrunn av formålsbetraktningenes sentrale betydning en beskjeden rolle. Ordlydens beskjedne posisjon i EF-retten henger også direkte sammenheng med fellesskapsrettens flerspråklighet og dynamiske karakter. På selvstendig grunnlag vil ordlyden derfor ikke tillegges avgjørende vekt ved tolkningen av forordningen.

Kommisjonen meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikkel 81 på horisontale samarbeidsaftaler (retningslinjene), er en relevant rettskilde

³ Forordningen representerer en revisjon i forhold til det tidligere regelsett i EØF 418/85.

Hovedprinsippene i det eldre lovverket er videreført i den nye forordningen, men det har skjedd en tilpassing til markedsutviklingen og nye økonomiske teorier. Videre har det skjedd en nødvendig forenkling og modernisering av reglene, for å gi klarere retningslinjer med tanke på moderniseringen av håndhevelsesprosedyren gjennom Rådsforordning 1/2003 (EF 1/2003). Det sentrale ved moderniseringen, er at de nasjonale domstolene og myndighetene skal blir mer delaktig i håndhevelsen av konkurransereglene. Det er et poeng å merke seg at forordningen vil stå i den samme materielle stillingen etter gjennomførelsen av EF 1/2003 som en konsekvens av at forordningen allerede har direkte virkning gjennom EFT art 249.

⁴ Jfr EFT art 249 andre ledd.

⁵ Etter EFT art 220 er det EF-domstolen som har enekompetanse til å tolke EF-retten.

ved tolkningen av forordningen. Kilden er imidlertid ikke en rettsakt⁶ og er således av ikke bindende karakter, og kan av den grunn ikke tillegges særlig vekt ved tolkningen.⁷

I forhold til det nye gruppefritaket for F&U-samarbeid foreligger det verken dommer eller kommisjonsavgjørelser. Kommisjonsavgjørelser knyttet til den eldre forordningen på området, EØF 418/85, gir imidlertid et bidrag til tolkningen. Øvrige uttalelser fra Kommisjonen i forhold til den eldre forordningen er også en relevant rettskilde, på bakgrunn av at den nye forordningen innebærer en videreføring av de grunnleggende prinsippene i det eldre regelverket.

Det er et poeng å merke seg at juridisk teori tradisjonelt sett spiller en svært beskjeden rolle som rettskildefaktor i EF-retten. I forhold til Kfo 2659/2000 foreligger det i tillegg få teoretiske fremstillinger vedrørende den nye forordningen, samtidig som de fremstillingene som finnes er av en ganske overfladisk karakter. Juridisk litteratur i forhold til den tidligere EØF 418/85 er noe mer fremtredende, men totalt sett spiller denne rettskilden en beskjeden rolle ved fortolkningen av forordningen.

1.3 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 tar fremstillingen sikte på å belyse F&U-samarbeidets posisjon i forhold til EF-rettens konkurranseregler. Det vil nærmere bli redegjort for hva som karakteriserer et F&U-samarbeid, og deretter belyst hvorfor denne typen samarbeid står i en særstilling i forhold til konkurransereglene.

Fremstillingen går så over på en behandling av det sentrale tema for oppgaven, kriteriene for at et F&U-samarbeid skal faller inn under Kfo 2659/2000. Kapittel 3 er viet forordningen anvendelsesområde. Det sentrale her vil være å belyse hvilke avtaletyper som eventuelt vil kunne nyte godt av et fritak. I Kapittel 4 vil de øvrige vilkårene for fritak bli behandlet. Her vil først de positive vilkårene som stilles til partenes innbyrdes avtale bli behandlet i pkt 4.2. Videre vil kravene til markedsandel blir redegjort for i pkt 4.3. Sentralt her blir å belyse når det gjelder særlige krav til partenes markedsandel, og hvordan beregningen av markedsandelen skal gjennomføres. Til slutt vil det i pkt. 4.2 bli foretatt en behandling av hvilke restriksjoner som ikke

⁶ Jfr EFT art 249 hvor rettsaktene er oppregnet.

⁷ Jfr retningslinjene pkt 16, som uttrykkelig påpeker at retningslinjene ikke griper inn i den tolkningen av regelsettet som Retten i første Instans og EF-domstolen har lagt til grunn.

under noen omstendigheter må foreligge, hvis et samarbeid skal kunne nyte godt av gruppefritaket.

I kapittel 5 vil det bli redegjort for fritakets lengde. Det sentrale her er å skille mellom fritakets lengde alt etter om samarbeid omfatter kun F&U-fasen, eller også utnyttelsesfasen.

2 F&U-samarbeids forhold til EF-rettens konkurranseregler

2.1 Nærmere om F&U-samarbeid

Et F&U-samarbeid kan som nevnt innledningsvis,⁸ defineres som en kommersiell samarbeidsavtale mellom to eller flere virksomheter, på det samme nivå i omsetningsleddet, som tar sikte på å utvikle ny kunnskap. Med kommersiell forstår man at samarbeidet har et forretningsmessig preg, hvor partene har som mål å tjene penger på F&U. Denne typen samarbeid kan bestå innen for alle sektorer i næringslivet.

Et F&U-samarbeid vil naturlig bestå av tre ulike faser, forskningsfasen, utviklingsfasen og utnyttelsesfasen. Forskning vil utgjøre den innledende fasen av samarbeidet. Denne fasen relaterer seg til ren kunnskapssøking, slik at formålet med denne fasen er å oppnå ny viten. Typiske aktiviteter under et forskningsarbeid, vil være innhenting av de nødvendige materialer og ulike eksperimenter.

Den neste fasen i et F&U-samarbeid er utvikling. Denne fasen vil naturlig medføre en videreføring av de oppnådde resultatene i forskningsprosessen, eller eventuelt en videreføring av den kunnskap som allerede foreligger. Formålet med denne fasen vil være å komme frem til et resultat som kan presenteres på et marked. Typiske utviklingsaktiviteter vil være prøveproduksjon og markedstilpassing av produktet gjennom ulike tester og undersøkelser. Av dette kan det utledes at utviklingsfasen ligger på et mer konkret nivå enn forskningsfasen, med klarere definerte kommersielle mål.

Den siste fasen av F&U-samarbeidet er utnyttelsen av resultatene. Det er på dette stadium at partene hovedsakelig oppnår sine kommersielle mål, ved at de kan starte inntjeningen av resultatene. I utgangspunktet vil utnyttelsen av resultatene kunne foregå på to ulike måter, direkte eller indirekte utnyttelse. Det avgjørende for skillet mellom disse to kategoriene er om partene selv deltar i utnyttelsen, eller om de setter utnyttelsen bort til tredjemenn og selv inntar en passiv rolle.

⁸ Jfr pkt 1.1.

2.2 Hvorfor står F&U-samarbeid i en særstilling i fellesskapsretten?

For belyse hvorfor F&U-samarbeid står i en særstilling i fellesskapsretten, er det nødvendig å se nærmere på tre ulike fenomener på et markedet, fri konkurranse, innovasjon og F&U. Nøkkelen til å forstå F&U-samarbeidets spesielle posisjon ligger i måten disse tre fenomenene er budet sammen på.

Det er en sentral målsetning i EF-retten å ivareta et indre markedet med en åpen markedsøkonomi med fri konkurranse, jfr EFT art 4.1.⁹ EF-rettens konkurranseregler, herunder EFT art 81.1, har som formål å bidra til å gjennomføre denne målsetningen. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at veien om konkurransereguleringer ikke er den eneste veien å gå, for å oppnå denne målsetningen.

Fellesskapets kanskje viktigste virkemiddel for å øke konkurransen har nemlig tradisjonelt vært skapelsen av innovasjon. Med innovasjon menes fornyelse. I ”Green paper on innovation” definerer Kommisjonen innovasjon som, ”the renewal and enlargement of the range of products and services and the associated markets, the establishment of new methods of production, supply and distribution, the introduction of changes in management, work organisation, and the working conditions and skills of the workforce”¹⁰

I den fjortende rapporten om konkurransepolitikken uttaler Kommisjonen om begrepet innovasjon:

”The introduction of new processes and products on the market stimulates competition within the common market, and helps to strengthen the ability of European industry to compete internationally. In both contexts, research and development (R&D) plays an essential role. In fact, R&D promotes and maintains dynamic competition, characterized by initiation and imitation and in doing so assures economic growth.”¹¹

For det første kan det slutes fra denne uttalelsen at fri konkurranse stimuleres gjennom innovasjon. Innovasjon fører konkret til at konkurransen økes ved at ny teknologi konkurrerer mot gammel teknologi. Men det er sentralt å merke seg at nettopp denne konkurransen om teknologi igjen fører til økt innovasjon. Det foreligger således en gjensidig avhengighet mellom innovasjon og målsettingen om fri konkurranse. På

⁹ jfr også EFT art 3.1.g.

¹⁰ Jfr COM (1995) 688.

¹¹ Jfr The Fourteenth Report on Competition Policy (1984) kapittel 1 § 1 pkt 28.

denne måten fremgår det hvilken viktig rolle skapelsen av innovasjon spiller i for fellesskapet. For det andre kan det også utledes av denne kilden hvor sentral nettopp F&U er for skapelsen av innovasjon. F&U er nemlig den faktor som har gitt det største bidrag til økt innovasjon innenfor fellesskapet, og som det også tradisjonelt har blitt satset mest på.¹²

Kommisjonen uttaler i retningslinjene pkt. 40 om denne avtaletypen:

”F&U samarbejde kan redusere unødvendige dobbeltomkostninger, føre til en betydelig og gavnlig udveksling af ideer og erfaringer og dermed betyde, at *produkter og teknologier udvikles hurtigere, end det ellers ville være tilfældet, F&U-samarbejde har normalt en tendens til at forøge F&U-aktiviteterne generelt.*”¹³

Gjennom disse uttalelsene kommer det frem hvilken sentral betydning F&U har for den frie konkurransen gjennom dens viktige bidrag til innovasjon. Det er på bakgrunn av disse grunnleggende hensynene, at stimuleringen av forskning og utvikling er en nedfelt målsetting i EFT art 3.1 n, sammen med EFT art 4.1, for å oppnå den overordnede målsettingen i EFT art 2 om å ”..fremme en harmonisk, likevektig og bærekraftig utvikling av økonomisk vekst i Fellesskapet som helhet...”¹⁴

Et problem er imidlertid at skapelsen av innovasjon er kostnadskreven og beheftet med en stor grad av usikkerhet. Særlig for små virksomheter kan det derfor være tilnærmet umulig å drive denne type utvikling på egenhånd.¹⁵ Nettopp samarbeidsformen vil derfor i mange tilfeller være avgjørende for oppnåelse av innovasjon, ved at partene på egen hånd ikke har de nødvendige ressursene til å foreta en individuell F&U. Men selv om partene har mulighet til å drive individuell F&U, vil et samarbeid uansett fremskynde innovasjon, slik at samarbeidsformen også i slike situasjoner kan være ønskelig fra fellesskapets side.

¹² Jfr COM/2003/0112. ”R&D is an essential factor for long-term growth and European prosperity. The Union`s relatively low expenditure on R&D explains part for Europe`s innovation weakness...”. Dette dokumentet fra Kommisjonen fremhever også viktigheten av å finne andre veier til innovasjon bortsett fra F&U, jfr kapittel 2.

¹³ Min utheving.

¹⁴ Jfr også EFT art 163.

¹⁵ Dette fremheves i retningslinjene pkt 41 og i The Fourteenth Report on Competition Policy (1984) kapittel 1 § 1 pkt 28.

Samlet viser disse fenomenene på et marked hvorfor F&U-samarbeid står i en slik spesiell posisjon i forhold til konkurransereglene. Som nevnt innledningsvis, vil et F&U-samarbeid som omfatter utnyttelsesfasen i utgangspunktet medføre en regulering av partenes adferd på markedet, og dermed generelt rammes av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EFT art 81.1. På den andre siden viser fremstillingen i dette punktet at akkurat denne formen for samarbeid gir et stor bidrag til det kanskje viktigste virkemiddel for å oppnå fri konkurranse, skapelsen av innovasjon. På bakgrunn av denne nære relasjonen til innovasjon, vil F&U-samarbeid, i større grad enn andre typer horisontale avtaler, totalt sett anses for å være positiv for konkurransen på fellesmarkedet.

Det er disse grunnleggende særtrekkene ved F&U-samarbeid som har resultert i at Kfo 2659/2000 gir fritak for F&U-samarbeid, som med tilstrekkelig sikkerhet kan antas å være i overensstemmelse med vilkårene for fritak i EFT art 81.3.¹⁶

¹⁶ Jfr fortalen pkt 9.

3 Anvendelsesområdet

3.1 Innledning

Det materielle anvendelsesområdet for Kfo 2659/2000 er angitt i art 1, hvor det fremgår at forordningen kun kommer til anvendelse på bestemte typer avtaler. For det første angir art 1.1 a at avtaler som vedrører både felles forskning og utvikling, og felles utnyttelse av resultatene, faller inn under forordningen. For det andre følger det av art 1.1 c at avtaler som kun vedrører felles forskning og utvikling, hører inn under forordningen. For det tredje kan forordningen også komme til anvendelse på en avtale som kun vedrører felles utnyttelse av resultatene. Her er imidlertid forutsetningen i art 1.1 b at resultatene stammer fra et tidligere samarbeid om forskning og utvikling, mellom de samme partene. Dette siste innebærer at samarbeidspartene får en større kontraktsfrihet, ved at de ikke trenger å ta stilling til om de ønsker at samarbeidet også skal omfatte utnyttelsesfasen allerede på avtaletidspunktet. I tillegg følger det av art 1.2 at forordningen kan komme til anvendelse på aksessoriske klausuler etter nærmere bestemte vilkår.

Det kan således slutes fra forordningen at den kan komme til anvendelse på både felles arbeid om F&U, og felles arbeid om utnyttelsen av resultatene. Det er imidlertid et poeng å merke seg at det ikke er en kriterium for fritak at samarbeidet også omfatter utnyttelsesfasen. Vurderingen av når det foreligger et samarbeid om utnyttelsen, har således kun betydning for fritakets rekkevidde. Vilkårene for fritak er i tillegg strengere når samarbeidet også omfatter felles utnyttelse av resultatene. Det er derfor av avgjørende betydning å skille mellom henholdsvis F&U-fasen og utnyttelsesfasen.

I den videre fremstillingen vil jeg først i pkt 3.2 redegjøre for hva som regnes som *forskning og utvikling* i relasjon til forordningen. Deretter vil jeg behandle spørsmål om når man driver med *utnyttelse*, jfr fremstillingen under pkt 3.3. Videre vil jeg i pkt 3.4 redegjøre for når man etter forordningens utfører *felles arbeid* i henholdsvis

F&U-fasen, og utnyttelsesfasen. Endelig vil jeg i pkt 3.5 se nærmere på når *aksessoriske klausuler* faller innenfor forordningens anvendelsesområdet.

3.2 Forskning og utvikling

Som allerede påpekt kan et F&U-samarbeid normalt deles inn i tre ulike faser, forskning, utvikling og utnyttelsen av resultatene.¹⁷ Her er det de to første faser som skal behandles. Kfo 2659/2000 inneholder i art 2 nr 4 en definisjon av forskning og utvikling:

””forskning og utvikling””: erhvervelse af knowhow om produkter eller produktionsmetoder og gjennomførelse af teoretiske analyser, systematiske undersøgelser eller forsøg, herunder forsøgsproduksjon, teknisk afprøvning af produkter eller metoder, etablering af de fornødne faciliteter og opnåelse af intellektuelle ejendomsrettigheter på resultatene”.

Ordlyden ”forskning og utvikling” kan umiddelbart gi inntrykk av at man står overfor kumulative vilkår, jfr ordet ”og”. Definisjonen struktur forøvrig og forordningens øvrige bestemmelser, taler på den andre siden sterkt mot en slik tolkning. Definisjonen inneholder nemlig kun en samlet oppregning av hva som ligger i begrepet ”forskning og utvikling”. Det riktige må således være å betrakte dette som et begrep i forordningens betydning.¹⁸ I den videre drøftelsen er det derfor ikke nødvendig å skille mellom disse ulike fasene.

Definisjonen angir ulike aktiviteter som er naturlige elementer i et forsknings- og utviklingsprosjekt, fra start frem til det ønskede resultatet eventuelt er oppnådd. Ordlyden gir en pekepinn på at fokuset i vurderingen er rettet mot aktiviteter som faktisk kan bidra til å oppnå de ønskede resultatene. På denne bakgrunn er det lite trolig at oppregningen i definisjonen kan anses som uttømmende. Ordlyden trekker således i retning av at begrepet må forstås vidt.

¹⁷ Jfr pkt. 2.1.

¹⁸ Hjelmeng (Hjelmeng 1997) behandler spørsmålet i tilknytning til den forrige forordningen for F&U-samarbeid, EØF 418/85, hvor ordlyden på dette pkt var identisk. Hjelmeng kom også til at det ikke kunne være tale om kumulative vilkår. Jfr side 72 og 73.

Forordningen må tolkes på bakgrunn av vilkåret i EFT art 81.3 om at samarbeidet må bidra til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. På bakgrunn av dette vilkåret, er det nærliggende å trekke den slutning at enhver aktivitet som kan bidra til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen, vil falle inn under begrepet forskning og utvikling. Denne tolkning støttes også av EFT art 3.1 litra n og art 163.2 som fastslår målsetningen om å fremme teknologiutviklingen i Europa.

På bakgrunn av disse kildene må det trekkes den konklusjon at begrepet ”forskning og utvikling” må forstås vidt. Det må derfor legges til grunn at enhver aktivitet som kan bidra til forskning eller utvikling, vil falle inn under begrepet.

3.3 Utnyttelse

Begrepet utnyttelse av resultatene er definert i Kfo 2659/2000 art 2.1 nr 8: ”fremstilling eller distribution af aftaleprodukterne, anvendelse af aftalemetoderne, overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder eller meddelelse af knowhow til brug for sådan fremstilling eller anvendelse”.

Det er kun resultatene som kan utnyttes. Dette innebærer at det kun er de produkter eller metoder som er oppnådd gjennom F&U-samarbeidet, som kan være gjenstand for utnyttelse, jfr ordlyden i art 2.1 nr 8 sammenholdt med art 2.1 nr 6, 7 og 10.

Den sentrale problemstillingen her er hva som regnes som utnyttelse i forhold til forordningen. Det fremgår av definisjonen at utnyttelsen kan gjennomføres på flere ulike måter. Henvisning til ”overdragelse” i definisjonen viser at partene enten selv kan stå for utnyttelsen, eller de kan leie ut utnyttelsen av resultatet til tredjemann mot vederlag.

Videre fremgår det av ordlyden at utnyttelsen kan skje i form av produksjon, distribusjon, anvendelse av avtalemeterne, eller meddelelse av lisenser og knowhow. Ordlyden gir i utgangspunktet anvisning på et vidt utnyttelsesbegrep.

Det melder seg imidlertid noen sentrale spørsmål i forhold til avgrensningen av begrepet. For det første må det trekkes en grense mot aktiviteter som har til formål å fremskaffe ny kunnskap, og som således må anses som F&U. I relasjon til denne grensen må det bemerkes at definisjonen av F&U uttrykkelig fastslår at prøveproduksjon og oppnåelse av intellektuelle eiendomsrettigheter, er en form for

F&U. Disse aktiviteten kan derfor ikke utgjøre utnyttelse i forordningens forstand. Derimot følger det direkte av definisjonen av utnyttelse at utleie av intellektuelle eiendomsrettigheter vil være å regne som utnyttelse etter forordningen.

For det andre er det en avgjørende problemstilling, hvor langt begrepet utnyttelse strekker seg i retning av det endelige salgsleddet. På bakgrunn av at begrepet utnyttelse kun regulerer rekkevidden av fritaket, kan problemstillingen også formuleres som et spørsmål om, hvor stor del av utnyttelsen som nyter godt av gruppefritaket.

Ordlyden i art 2 nr 8 nevner ”distribution af aftaleprodukterne” som et konkret eksempel på utnyttelse av resultatene. På den andre siden uttaler fortalen pkt 11 at, ”En sådan udnyttelse kan antage forskellige former, såsom produktion, udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, som i væsentlig grad bidrager til den tekniske og økonomiske udvikling, *eller markedsføring af nye produkter.*”¹⁹. Her står man altså overfor en situasjon hvor fortalens ordlyd spriker fra ordlyden i selve forordningen.

Etter en vanlig språklig forståelse innebærer distribusjon fordeling eller utdeling av en vare eller en tjeneste. En distribusjonskjede vil naturlig omfatte omsetningsleddene næringsdrivende imellom, typisk fra produsent og grossist til detaljist. Den siste salgsprosessen til de endelige konsumentene kan ikke sies å omfattes av en naturlig forståelse av begrepet. Bestemmelsens ordlyd taler således for at forordningen ikke kommer til anvendelse på samarbeid om salg til konsumentene.

Begrepet markedsføring gir derimot henvisning på et videre anvendelsesområde. En vanlig språklig forståelse av begrepet markedsføring, taler for at begrepet omfatter de aktiviteter som tar sikte på å bringe varer og tjenester fra produksjonen, til de endelige forbrukerne. Markedsføring omfatter således den aktivitet som går mellom produsent, grossist og detaljist, men i tillegg også den aktivitet som er direkte rettet mot konsumentene, herunder salg. På bakgrunn av dette, gir fortalens ordlyd inntrykk av en videre forståelse av begrepet utnyttelse enn forordningen selv, ved at den indikerer at utnyttelsen etter forordningen også kan skje som et samarbeid om salget til konsumentene. Det sentrale spørsmål blir etter dette om det i medhold av forordningen er anledning til å inngå et samarbeid om felles salg.²⁰

¹⁹ Min utheving.

²⁰ Det var opprinnelig klart at EØF 418/85 ikke kom til anvendelse på felles salg. Jfr Korah (Korah 1986), Venit (Venit 1985), Whish (Whish 1989) og White (White 1985). Det eldre gruppefritaket for F&U

Forordningens øvrige bestemmelser ser ut til å støtte opp om den tolkning som kan utledes av ordlyden. I likhet med definisjonen av begrepet ”utnyttelse av resultatene” inneholder også definisjonen av felles arbeid i art 2.1 nr 11 kun begrepet distribusjon, jfr ordlyden i litra c. Videre fastslår forordningens art 5.2 b at en klausul som fastsetter ”salgsmaal og priser overfor direkte kunder, når utnyttelsen af resultaterne omfatter fælles distribution af aftaleprodukterne”, ikke er til hinder for fritak etter forordningen. Begrepet ”direkte kunder” må etter en naturlig språklig forståelse omfatte salg til kunder uten noe mellomledd, det vil si til grossister og detaljister, og ikke de endelige konsumentene. Bestemmelsen støtter således den tolkning av begrepet distribusjon som er lagt til grunn ovenfor, og anerkjenner samtidig samarbeid om distribusjon. Det faktum at det i denne bestemmelsen er direkte regulert at distribusjon er forenlig med forordningen, og at det ikke finnes en tilsvarende hjemmel for at felles salg er godtatt, taler for at Kommisjonen ikke har ment at salg skal faller inn under forordningens forståelse av begrepet ”utnyttelse av resultatene”. Det ville vært naturlig å forvente at det likeledes ble presisert at et samarbeid om salg er forenlig med forordningen.

Videre har det ut fra målsetningen om fri konkurranse og kravet i EFT art 81.3 om at forbrukerne skal sikres en rimelig andel av de oppnådde fordeler, generelt vært mer betenkelig å godta et samarbeid jo nærmere det relaterer seg til det endelige omsetningsleddet. Disse grunnleggende hensynene støtter også den tolkning som ordlyden gir anvisning på, nemlig at begrepet utnyttelse ikke omfatter felles salg.

På den andre siden legger retningslinjene i pkt 72 og 73 til grunn at forordningen kommer til anvendelse på felles markedsføring, uten at problemet i forhold til ordlyden

avtaler, hadde imidlertid opprinnelig ikke med begrepet distribusjon i sin definisjon av begrepet utnyttelse av resultatene. Ved endringsforordningen 151/93, ble imidlertid anvendelsesområdet for gruppefritaket utvidet. Det fremgikk uttrykkelig av fortalen pkt 6 i den danske versjonen at forordningen ”ogsaa kan finde anvendelse paa faelles salg af de produkter...”. Problemet var imidlertid at de øvrige språkversjonene opererte med begrepet distribusjon. Man stod således overfor den samme problemstillingen i forhold til den eldre forordningen, hvor det var uklart om felles salg falt inn under anvendelsesområdet. Hjelmeng (Hjelmeng 1997) behandlet problemstillingen, og konkluderte på bakgrunn av endringsforordningen med at felles salg falt inn under forordningens forståelse av begrepet utnyttelse av resultatene, jfr s. 74 – 76.

i art 2.1 nr 8 blir behandlet. Disse retningslinjene er ikke rettslig bindende. I forhold til vekten av denne uttalelsen er det et poeng å merke seg at EF-domstolene har enekompetanse til å tolke EF-retten gjennom EFT art 220. Kommisjonens mening om tolkningen av en bestemt bestemmelse i en forordningen skal således i utgangspunktet ikke tillegges noe betydning. Imidlertid står man her overfor en situasjon hvor forordningen etterlater seg motstridene signaler på hva Kommisjonen har ment å regulere. Kommisjonens uttalelse må i en slik situasjon tillegges vekt ved tolkningen.

Griffiths (Griffiths 2000) støtter opp om den tolkningen som kan utledes av retningslinjene. Her legges det uten videre til grunn at forordningen også kommer til anvendelse på felles salg.

Det kan også hevdes at forordningens art 5 i stor grad vil forhindre at et samarbeid om salg får uheldige virkninger for den frie konkurransen på markedet. Art 5 regulerer hvilke typer restriksjoner som under ingen omstendighet må foreligge, hvis et samarbeid skal kunne oppnå fritak etter forordningen. Det er sentralt å merke seg at ni av bestemmelsens ti restriksjoner retter seg nettopp til restriksjoner som har sin naturlige plass i en utnyttelsesfase.²¹ Foruten fastsettelsen av felles priser og felles salgsmål,²² vil således de mest negative virkninger som felles salg potensielt vil kunne påføre det indre marked, i stor grad rammes av forordningens art 5, og dermed allerede av den grunn utelukke fritak. På bakgrunn av denne bestemmelsen, kan det hevdes at man vil stå igjen med å fritta de avtaler om felles salg som i hovedsak gir et positivt bidrag til fellesskapet.

Videre er det et poeng at forordningen har en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor forordningens kriterier "slipper igjennom" avtaler som viser seg å totalt sett være negativ for konkurransen. I den grad et samarbeid om felles salg oppfyller kriteriene for fritak etter forordningen, og likevel viser seg å ha negative virkninger for den frie konkurransen på fellesmarkedet, vil Kommisjonen ha mulighet til å tilbakekalle fritaket etter forordningens art 7.

Her står man overfor en situasjon hvor det foreligger motstrid mellom forordningens fortale og forordningens ordlyd. Retningslinjene og de grunnleggende hensynene bak forordningen, taler imidlertid klart for at salg til de endelige

²¹ Kun art 5.1 litra a retter seg mot en restriksjon som kan forekomme i F&U fasen.

²² Jfr art 5.2 b.

konsumentene også bør falle inn under begrepet utnyttelse. Det er videre vanskelig å finne gode grunner som støtter den tolkning som ordlyden gir anvisning på. Konklusjonen blir etter dette at felles salg faller inn under forordningens forståelse av begrepet utnyttelse, og dermed inn under forordningens anvendelsesområde.

3.4 Begrepet felles arbeid

3.4.1 Generelt

Et annet sentralt vilkår for at et samarbeid skal falle inn under anvendelsesområdet, er kravet til felles arbeid. Særlig gjelder dette når man skal kartlegge om det foreligger *felles arbeid om forskning og utviklin*, jfr pkt 3.4.2. Som det allerede har vært inne på i pkt 3.1, er det ikke avgjørende for om forordningen kommer til anvendelse at samarbeidet også omfatter *felles utnyttelse* av resultatene, selv det er på det rene at forordningen får anvendelse på samarbeid som også omfatter denne fasen, jfr art 1.1.b. Videre må det presumeres at individuell utnyttelse ikke representerer en konkurransebegrensning i strid med EFT art 81.1.²³ For de enkelte virksomheter som driver F&U, er det således ikke av så stor betydning om deres samarbeid oppfyller kravene i forordningen til felles arbeid om utnyttelsen. På bakgrunn av at en felles utnyttelse, som står i sammenheng med en felles F&U, vil falle inn under forordningens anvendelsesområde, er imidlertid det nærmere innholdet av begrepet av avgjørende betydning for *rekkevidden* av gruppefritaket. Det vil derfor i pkt 3.4.3 bli nærmere redegjort for forordningens krav til felles arbeid i utnyttelsesfasen.

Det følger av art 1.1 a-c at det er et absolutt krav for forordningens anvendelse at det foreligger F&U. Det kan spørres om dette innebærer et absolutt krav om at F&U må skje i fellesskap, eller om en individuelt utført F&U, med et etterfølgende samarbeid om utnyttelsen, kan falle inn under anvendelsesområdet.

Ordlyden i art 1.1 nevner ikke eksplisitt denne situasjonen. Litra c tillater den motsatte situasjon hvor F&U-fasen skjer i fellesskap, med en etterfølgende individuell utnyttelse. Litra b tillater derimot kun felles utnyttelse av resultatene, men da under forutsetning av at objektet for utnyttelse er et resultat av et tidligere felles F&U-samarbeid. Ordlyden følger en systematikk hvor den positivt angir de tilfeller som

²³ En annen sak er at individuell utnyttelse kan rammes av EFT art 82.

rammes av forordningens anvendelsesområde. Når vår problemstilling ikke er nevnt i bestemmelsen, taler således ordlyden for at det er et absolutt vilkår at felles arbeid må foreligge i F&U-fasen.

Man bør videre være forsiktig med å tolke et unntak fra hovedreglen utvidende. En slik utvidende tolkning vil heller ikke være i overensstemmelse med det grunnleggende utgangspunkt bak gruppefritaket for F&U-samarbeid. Det er selve samarbeidsformens muliggjøring og effektivisering av forskningen og utviklingen som har resultert i at F&U-samarbeid har fått et gruppefritak fra forbudet i EFT art 81.1. Når F&U da skjer individuelt, har ikke utviklingen vært avhengig av et samarbeid, og en felles utnyttelse kan ikke sies å være legitimert slik at samarbeid må faller utenfor forordningens anvendelsesområde. Fortalen pkt 11 støtter denne tolkningen:

”udnyttelsen av resultatene kan betragtes som en naturlig konsekvens av det i fællesskab udførte forsknings- og udviklingsarbejde.”

Denne passus gir indikasjoner på at felles utnyttelse kun er en legitimert sideeffekt av det primære formål, fremme av teknisk og økonomisk utvikling.

På bakgrunn av disse kilder må derfor konkluderes med at det gjelder et absolutt vilkår om at F&U har skjedd i fellesskap.

Et annet spørsmål relaterer seg til hva som i art 1.1.b regnes som ”samme parter”. Bestemmelsen stiller opp som krav der samarbeidet kun relaterer seg til utnyttelsen av resultatene at resultatene stammer fra et tidligere F&U-samarbeid mellom ”samme parter”. Et tilsvarende krav kan ikke utledes av ordlyden i litra a. Imidlertid viser konteksten at denne bestemmelsen relaterer seg til den situasjon hvor partene på forhånd avtaler at samarbeidet skal strekke seg både til F&U-fasen og utnyttelsesfasen. Det vil derfor ligge i denne avtaletypens natur at partene vil være de samme. Spørsmålet om det foreligger samme parter vil derfor ikke være en praktisk problemstilling. Skulle problemet imidlertid komme på spissen må det innfortolkes et krav til samme parter også i litra a. Tilsvarende må også gjeld i forhold til de aksessoriske klausulene som er hjemlet i art 1.2, i den grad disse er regulert i en egen avtale.²⁴

Med begrepet ”samme parter” forstår man etter en naturlig språklig forståelse at de juridiske personene som har vært med i samarbeidet i F&U-fasen, må være identiske med de juridiske personene som skal være med i samarbeidet i utnyttelsesfasen.

²⁴ Jfr behandlingen av de aksessoriske klausulene i pkt 3.5.

Begrepet må også utvides til å omfatte de virksomheter som kan identifiseres med de opprinnelige juridiske personene gjennom ulike former for eierskifte.

Det første spørsmål som kan stilles, er om kravet til samme parter er oppfylt hvis det kommer til en part etter endt F&U. En naturlig konsekvens av begrepet må her bli at samarbeidet ikke lenger består mellom de samme parter. Det er kommet inn et helt nytt element i samarbeidet som ikke har noen tilknytning til F&U-fasen. Den part som kommer til har dermed ikke hatt mulighet til å bidra i arbeidet med å komme frem til teknologiske nyvinninger. I tråd med at samarbeidet om utnyttelsen kun er legitimert når dette skjer i tilknytning til et F&U-samarbeid som har bestått i F&U-fasen, må samarbeidet betraktes som et nytt samarbeid som ikke vil falle inn under forordningens anvendelsesområdet.²⁵

Hva hvis en part kommer til mens F&U-samarbeidet fremdeles pågår? Tilfredsstillers dette kravet til samme parter? Her kan det ikke svares generelt. Det kan tenkes situasjoner hvor det er naturlig å si at parten har vært med i samarbeidet selv om han ikke har bidratt fra start til slutt. Motsatt kan det også tenkes situasjoner hvor parten ikke har bidratt tilstrekkelig til at det er grunnlag for å hevde at han totalt sett har deltatt i F&U-samarbeidet. Spørsmålet om når en part i disse situasjonene skal regnes for å ha deltatt i F&U-samarbeidet, må tolkes på bakgrunn av det sentrale hensynet bak forordningen om å fremme den tekniske og økonomiske utviklingen. Det avgjørende må derfor være om det, på det tidspunkt parten kommer inn i F&U-fasen, fremdeles gjenstår å oppdage viktige resultater eller oppfinnelser som kan bli beskyttet av intellektuelle eiendomsrettigheter. Dette synspunkt er også i overensstemmelse med Kommisjonens praksis i forhold til den eldre gruppefritaksforordningen for F&U-samarbeid,²⁶ jfr KSB/Gouldes/Lowara/ITT saken.

Et annet spørsmål er om man fremdeles står overfor de "samme parter" i forordningens betydning, hvis en av de opprinnelig deltakende partene i F&U-samarbeidet trekker seg ut av samarbeidet om utnyttelsen. Strengt fortolket etter ordlyden kan det hevdes at hvis en part trekker seg så vil man ikke lenger stå overfor nøyaktig de samme parter, slik at kravet til samme parter ikke kan være oppfylt.

²⁵ En annen sak er at samarbeidet kan ha mulighet til å få fritak etter gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, Kfo 2658/2000.

²⁶ EØF 418/85.

Det faktum at det ikke har kommet inn noen nye elementer i samarbeidet, kan imidlertid i seg selv tale for at man fremdeles står overfor de samme parter. Denne problemstillingen stiller seg i tillegg helt annerledes i forhold til de sentrale hensynene bak forordningen, enn problemstillingen der en part kommer til etter endt F&U. Skulle man i denne situasjonen komme til at samarbeidet ikke lenger består mellom de samme parter, vil dette kunne få uheldige konsekvenser for arbeidet med å fremme den tekniske og økonomiske utviklingen. Det følger av art 3.4 at felles utnyttelse kun vil kunne skje der dette er av ”avgjørende betydning for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftalemetoderne”. Samarbeidet om utnyttelsen er altså forbeholdt de situasjoner hvor dette er avgjørende for i det hele å få den teknologiske utviklingen ut til konsumentene. En restriktiv tolkning vil med dette kunne medføre at det blir tilnærmet umulig å få realisert resultatene av F&U-samarbeidet.

Hensynet til å effektivisere de grunnleggende hensynene bak forordningen, den europeiske teknologiutviklingen og stimuleringen av konkurransen på det indre marked, må medføre at man i forordningens betydning fremdeles står overfor de samme parter, selv om en deltaker velger å trekke seg ut av samarbeidet. Dette spørsmålet må imidlertid se i sammenhengen med vilkåret i art 3.3. Kravet her, om at alle parter skal ha adgang til resultatene, må innebære at det er en forutsetning at den som bryter ut kan utnytte resultatene på en annen måte. Videre må denne part også ha valgt å bryte ut frivillig.

Definisjonen i art 2.1 nr 11 viser at felles arbeid kan utføres på tre ulike måter. For det første vil det være felles arbeid når arbeidet ”utføres af et fælles forskerhold, en fælles enhed eller en fælles virksomhet”. For det andre faller arbeidet inn under begrepet når det ”i fællesskab overlades til tredjemand”. For det tredje vil arbeidet være felles i forordningens betydning når det ”fordeles mellem parterne, således at disse specialiserer seg i forskning, utvikling, produktion eller distribution”.

Selv om ikke forordningen uttaler det uttrykkelig, må partene ha anledning til å utføre det felles arbeid ulikt i forhold til de enkelte arbeidsoppgavene som samarbeidet krever. På denne måten kan det felles arbeid utgjøre en kombinasjon av de ulike kategoriene som er hjemlet i art 2.1 nr 11.1 a-c. Definisjonen er for øvrig så bredt formulert at det vanskelig kan tenkes andre måter å utføre felles arbeid om F&U. I den videre drøftelsen vil de enkelte typene felles arbeid bli behandlet hver for seg. Det er videre hensiktsmessig å skille mellom felles arbeid i F&U-fasen og utnyttelsesfasen.

3.4.2 Felles arbeid i F&U-fasen

Som det fremgår i pkt 3.4.1, er det et absolutt vilkår for at et samarbeid skal falle inn under anvendelsesområdet at det foreligger *felles arbeid i F&U-fasen*.

Problemstillingen nå er *hva* som nærmere oppfyller kravene til felles arbeid i F&U-fasen.

Som allerede påpekt følger det av art 2.1 nr. 11.1 at felles arbeid i hovedsak kan foregå på tre ulike måter. En hoveddeling kan gjøres mellom direkte og indirekte deltakelse i det felles arbeid fra samarbeidspartnerens side. Direkte deltakelse foreligger når partene utfører arbeid selv eller gjennom eventuelle underselskaper. Indirekte deltakelse har man når tredjemann utfører arbeidet på vegne av partene.

En form for direkte felles arbeid finner man i art 2.1 nr. 11.1. a. Ordlyden opererer her med tre alternative samarbeidsformer; ”fælles forskerhold, en fælles enhed eller en fælles virksomhed”. Bestemmelsen er vidt formulert, og skaper få tolkningsproblemer. Det sentrale med bestemmelsen, er at den klargjør at samarbeid utenfor de ordinære virksomhetsrammene også faller inn under anvendelsesområdet. Typisk ved at det opprettes et eget organ som står for utnyttelsen og som representerer alle deltakerne i samarbeidet. Måten samarbeidet er organisert på må imidlertid være uten betydning. Poenget er at begrepet felles arbeid også dekker den situasjon hvor utnyttelsen formelt plasseres utenfor partenes ordinære virksomhet.

Alternativet må tolkes i lys av litra c, som også regulerer aktiv deltakelse, men hvor det skjer en fordeling av arbeidsoppgaver mellom samarbeidspartnerne. I forhold til litra a, innebærer sammenhengen med litra c at det organ som står for utnyttelsen må kunne identifiseres med hvert enkelt medlem i samarbeidet. Det vil således være naturlig at samarbeidspartnerne sammen har eierskap i det organ som utøver utnyttelsen av resultatene.

En annen grense må trekkes mot bestemmelsens litra b som omhandler passiv deltakelse, ved at arbeidet settes bort til tredjemann. Det må på bakgrunn av denne bestemmelsen innfortolkes i litra a et krav om at de deltakende virksomhetene har en aktivt rolle innenfor forskningen som direkte utøvere av F&U. Typisk kan dette skje ved at ansatte fra hver samarbeidspartner tas ut av virksomhetene, og plasseres i den felles enheten som skal utføre F&U-arbeidet.

Den andre formen for direkte felles arbeid er regulert i bestemmelsens litra c. Det foreligger etter denne bestemmelsen felles arbeid når arbeidsoppgavene fordeles

mellom partene. Ordlyden utdyper dette nærmere ved at partene ”spesialiserer sig i forskning, utvikling, produktion eller distribution”.

Begrepet ”spesialiserer” er ikke definert i forordningen. En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier at hver enkelt part får i oppdrag å ha ansvaret for gjennomførelsen av en bestemt del av samarbeidet. I praksis vil en slik spesialisering typisk skje, ved at arbeidet fordeles mellom partene etter hvilke oppgaver de har de beste forutsetningene for å gjennomføre. Det kan bemerkes at det ikke er noe krav om at de enkelte arbeidsoppgavene må vise seg å ha vært nødvendig for det endelige resultatet, for at kravet til felles arbeid skal være oppfylt. Et slikt krav vil ikke være forenlig med den usikkerhet som alltid vil relatere seg til oppnåelsen av resultatene under et F&U-samarbeid.

Det følger av ordlyden at partene kan spesialisere seg på tvers av F&U-fasen, og utnyttelsesfasen. På den måten kan en part relatere sitt arbeid til bare en av fasene, selv om samarbeidet omfatter begge faser. I de situasjoner hvor samarbeidet kun relaterer seg til F&U, må det imidlertid spørres om begrepet spesialiserer også vil omfatte en situasjon hvor en part alene står for selve F&U. Denne situasjonen skiller seg fra spørsmålet ovenfor, da den medfører at de andre samarbeidsparter blir fullstendig passive deltakere i samarbeidet.

I utgangspunktet er det lite forenlig med begrepet ”felles” at en person står helt utenfor arbeidet med F&U. Den forrige gruppefritaksforordningen for F&U-samarbeid, inneholdt en bestemmelse hvor det fremgikk at det ikke var uforenlig med forordningen at partene kompenserte et *ulikt* bidrag i det felle arbeid, ved betaling til de øvrige samarbeidspartene.²⁷ Av dette kan det sluttet at den forrige forordningen anerkjente at et ulikt bidrag kunne oppfylle kravet til felles arbeid. En tilsvarende bestemmelse finner man ikke i den nye forordningen. På den andre siden er det på det rene at formålet med den nye forordningen i forhold til den gamle, er en retts teknisk forenkling og en utvidelse av fritakets rekkevidde. På bakgrunn av dette må man kunne trekke den slutning at et ulikt bidrag i alle fall er i overensstemmelse med Kfo 2659/2000. Problemet er imidlertid om det kan tilfredsstillere kravet til ”fælles arbejde” om en eller flere av partene står helt utenfor F&U-arbeidet.

²⁷ Jfr EØF 418/85 art 5.1. f.

I National Coal Board – saken, som riktig nok er fattet på bakgrunn av den tidligere forordningen, slår Kommisjonen fast at aktiv deltakelse fra alle parter ikke er et absolutt vilkår for at kravet til felles arbeid er oppfylt. Saksforholdet her var at National Coalboard (NCB) inngikk en F&U avtale med Central Electricity Generating Board (CEGB) og National Smokless Fuels Ltd. (NSF), som kun relaterte seg til F&U-fasen. Avtalen hadde som mål å utvikle nye metoder for forbrenning av kull. NCB stilte sitt anlegg til disposisjon for NSF, og denne sistnevnte var ansvarlig for forskningen. CEGB deltok ikke i forskningsfasen. Samarbeidsavtalen ble imidlertid ansett for å falle innunder gruppefritaket. På bakgrunn av NCB-saken, må det legges til grunn at et samarbeid som legger hele utførelsen av F&U-arbeidet til en part alene, etter omstendighetene likevel kan oppfylle kravet til felles arbeid.

Det er imidlertid på det rene at det må kreves noe som knytter de deltakerne som står utenfor til dette arbeidet, for at det skal være naturlig å si at arbeidet skjer i fellesskap. Det må bero på en konkret vurdering om det foreligger en slik tilknytning som oppfyller kravet til felles arbeid. Juridisk teori i tilknytning til den forrige gruppefritaksforordningen for F&U-samarbeid, la til grunn at det sentrale kriteriet for at det skulle foreligge felles arbeid, var at partene delte på risikoen, og hadde lik adgang til forskningsresultatene.

Gode grunner taler for at det samme kriteriet må legges til grunn i forhold til den nye forordningen. En risikofordeling vil i seg selv bidra til å bringe forholdet utenfor oppdragskonstruksjonen, samtidig som en adgangen til resultatene må regnes som et klart incitament på at risikofordelingen er reell. Konklusjonen må således være at kravet til felles arbeid vil være oppfylt, så lenge risikoen er fordelt mellom samarbeidspartene og partene har lik adgang til resultatene, eller eventuelt at resultatene fordeles etter partenes innsats, hvis ikke parten allerede har ”kjøpt seg opp” for kompensere mindre innsats.

Hva hvis det ikke foreligger noen egentlig risikofordeling, men en av partene har bidratt med kunnskap? Kan dette tilfredstille kravet til felles arbeid? Dette må nok i utgangspunktet besvares benektende. I den grad parten kan bevise risiko for inntektstap, eksempelvis lisens- eller salgsinntekter av kunnskapen, kan det imidlertid tenkes at alene et kunnskapsbidrag etter omstendighetene kan falle inn under begrepet felles arbeid. Hjelmeng (Hjelmeng 1997) uttalte i forhold til den tilsvarende problemstillingen under den tidligere forordningen at ”Det avgjørende etter dette må være hvorvidt den

aktuelle part løper noen reell risiko, kommersiell eller annen, ved å inngå samarbeidet.”²⁸ Trolig må det samme legges til grunn i forhold til det nye gruppefritaket.

Som det har vært inne på, kan passivt F&U-arbeid fra partenes side falle inn under begrepet felles forskning og utvikling. Etter art 2.1 nr. 11.b utføres slikt passivt felles arbeid ved at det ”i fællesskab overlades til tredjemand”.

For å falle inn under bestemmelsen er det et vilkår at arbeidet settes bort til tredjemann ”i fællesskab”. Begrepet trekker en grense mot partenes individuelle utnyttelse, hvor de på individuelt plan velger å sette bort sin del av utnyttelsen til tredjemann. Den nærmere grensen for når arbeidet settes bort i fellesskap reiser imidlertid ingen større tolkningsproblemer.

Ordlyden ”overlades til tredjemand” taler etter en naturlig språklig forståelse for at tredjemann påtar seg ansvaret for arbeidsoppdraget mot vederlag fra samarbeidspartene.²⁹ Det påhviler tredjemann et vanlig kontraktsansvar, hvor den sentrale forpliktelsen vil være å utføre arbeidet forsvarlig. Risikoen for at F&U resulterer i et positivt resultat må imidlertid påhvile samarbeidspartene.³⁰

Den sentrale problemstillingen i forhold til litra b er grensen mellom selvstendige tredjemenn og partene i samarbeidet. Spørsmålet er nærmere bestemt når den som utfører arbeidet, er å regne som en selvstendig oppdragstaker, og ikke bare en av partene i samarbeidet. Denne grensen er avgjørende. Overføres arbeidet med F&U fullt og helt til en av partene i samarbeidet vil kravet til ”fælles forskning og utvikling” ikke være oppfylt, jfr ordlyden i art 2.1 nr 11.

Den nærmere grensen for når man står overfor en selvstendig tredjemann, må ta utgangspunkt i at en selvstendig oppdragstaker ikke vil ha personlige interesser i

²⁸ Hjelmeng (Hjelmeng 1997) s. 82 – 83.

²⁹ Den tilsvarende bestemmelsen i EØF 418/85 hadde ordlyden, ”overlades til tredjemand for aftaleparternes regning”. Det er lite trolig at man med den nye ordlyd i Kfo 2659/2000 har ment å gjøre en realitetsforandring.

³⁰ Spørsmålet om restriksjoner i en underleveranse avtale med tredjemann er forenlig med konkurransebegrensningskriteriet i EFT art 81.1, må løses på bakgrunn av Commission notice of 18 December 1978 concerning its assessment of certain subcontracting agreements in relation to Article 85 (1) of the EEC Treaty. Generelt skal det en del til før en slik avtale medfører en konkurransebegrensning etter art 81.1.

prosjektet utover sitt krav på vederlag. Trolig må det legges til grunn at så lenge utøveren av arbeidet ikke foretar egne investeringer, ikke har risikoen for resultatet, og ikke har rett til å utnytte resultatene, så er han å regne som tredjemann i forordningens betydning. Tredjemanns forhold vil da måtte behandles etter Kommisjonens meddelelse om underleveranseavtaler.³¹

3.4.3 Felles arbeid i utnyttelsesfasen

Begrepet felles utnyttelse er som nevnt av avgjørende betydning for gruppefritakets rekkevidde.³² Det må derfor vurderes når man etter forordningen driver ”fælles udnyttelse af resultatene”, jfr ordlyden i art 2.1 nr 11.1.

Felles utnyttelse kan både utøves direkte av de involverte parter, og indirekte ved at selve utnyttelsen settes bort til tredjemann. Direkte utnyttelse kan for det første skje, som i henhold til litra a, ved en felles utnyttelsesenheter mellom deltakerne. Poenget er at denne bestemmelsen klargjør at opprettelsen av enheter utenfor partenes ordinære virksomheter, som skal stå for utnyttelsen, tilfredsstiller kravet til at arbeidet skjer i fellesskap. I forhold til utnyttelsesfasen oppstår det ingen særlige problemstillinger under dette punkt. Det vises derfor til den tilsvarende drøftelsen under pkt 3.4.2.

For det andre kan partene drive direkte utnyttelse ved at arbeidet ”fordeles mellem parterne, således at disse specialiserer sig...” jfr ordlyden i litra c. Problemet som melder seg, er hva som ligger i kravet til spesialisering. Den typiske, og uproblematiske spesialiseringssituasjonen, innebærer at hver part konsentrerer seg om det området de har de beste forutsetningene for å gjennomføre. For eksempel hvor en står for produksjonen, og en annen for distribusjonen.³³

Avgrensningen av begrepet møter imidlertid problemer når arbeidet utføres mer uavhengig av hverandre. Her etterlater nemlig forordningen seg en uklar grense mellom spesialisering som en type felles arbeid, og vilkåret i art 3.3 om at der samarbeidet ikke omfatter felles utnyttelse, så skal ”hver af partene frit og uafhængigt” få utnytte resultatene. Den sentrale problemstillingen som reiser seg, er om en restriksjon i den individuelle utnyttelsen i seg selv kan være tilstrekkelig til å oppfylle kravet til felles

³¹ Commission notice of 18 December 1978 concerning its assessment of certain subcontracting agreements in relation to Article 85 (1) of the EEC Treaty.

³² Jfr pkt 3.4.1.

³³ Jfr fremstillingen foran under pkt 3.4.2.

arbeid gjennom å falle inn under kategorien spesialisering. Spørsmålet er av avgjørende betydning, da slike klausuler ellers kan komme til å medføre et brudd på vilkåret i art 3.3, og dermed utelukke at samarbeidet oppnår fritak etter forordningen.

En avtale om spesialisering vil naturlig kunne innebære at partene blir pålagt negative restriksjoner i forhold til de felter av utnyttelsen som hører inn under andre parters spesialiseringsområde. Det må derfor være på det rene at negative begrensninger i den individuelle utnyttelsesretten etter omstendigheten må regnes som en felles utnyttelse i form av spesialisering. Det må imidlertid bero på en konkret vurdering om en negativ begrensning i den individuelle utnyttelsesretten i realiteten kan ses under kategorien spesialisering, slik at samarbeidet faller inn under forordningens anvendelsesområde.

Begrepet spesialisering gir etter en vanlig språklig forståelse, en pekepinn på en aktiv deltakelse fra alle parter i samarbeidet. Ordlyden støttes her av det hensynet til å sikre en størst mulig grad av teknologispredning. En restriksjon i den individuelle utnyttelsesadgangen som totalt utelukker en av partene i samarbeidet fra å nyte godt av utnyttelsesfasen, vil således ikke kunne ses på som en spesialiseringsavtale. Hvis det derimot er tale om parallelle aktiviteter er sjansen større for å se arbeidet inn under kategorien spesialisering. Ordlyden taler imidlertid for at det i alle fall må foreligge en viss gjensidig tilpassing mellom partene, for at det skal være naturlig å se arbeidet som en type spesialisering. Art 3.3 gir i siste punktum ikke-konkurrerende avtaleparter anledning til å begrense utnyttelsesretten til et eller flere tekniske anvendelsesområder. Dette er nettopp en type restriksjon som det kan være naturlig å se på som spesialisering, da den retter seg mot alle samarbeidspartene. I den grad det da foreligger en gjensidig tilpassing mellom partene, må det trolig legges til grunn at denne typen restriksjoner kan ses under kategorien spesialisering. Det må påpekes at den praktiske konsekvens av en slik tolkning er at konkurrerende samarbeidsparter som begrenser utnyttelsen til et eller flere tekniske områder, i utgangspunktet ikke vil oppfylle vilkåret for fritak i art 3.3. Men på bakgrunn av at denne klausulen i realiteten kan ses på som en spesialiseringsavtale, vil samarbeidet likevel kunne oppnå fritak siden vilkåret i art 3.3 ikke gjelder når samarbeidet omfatter utnyttelsen av resultatene.

Etter dette må poenget være at i den grad en restriksjon i den individuelle utnyttelsesadgangen går igjen hos samtlige avtaleparter, og samtidig medfører at partenes aktiviteter utfyller hverandre, slik at hensynet til å sikre teknologispredningen

ivaretas, så må det være riktig å behandle slike restriksjoner under kategorien spesialisering. Konsekvensen er dermed at slike restriksjoner oppfyller kravet til felles arbeid i art 2.1 nr 11 c.³⁴

I forhold til den felles utnyttelsen kan det også spørres om alle parter faktisk må delta aktivt i det felles arbeid, eller om kravet til felles arbeid også kan være oppfylt selv om alle parter ikke har deltatt aktivt. De samme hensyn som kom til uttrykk under behandlingen av felles arbeid i F&U-fasen, gjør seg også gjeldende her. Da det ikke reiser seg noen spesielle hensyn i forhold til utnyttelsesfasen, vises det til den tilsvarende drøftelsen under pkt. 3.4.2. Det kan dermed heller ikke i utnyttelsesfasen oppstilles som et absolutt vilkår for at kravet til felles arbeid skal være oppfylt at alle parter har deltatt aktivt i utnyttelsen. På den andre siden må det kreves, for at det skal foreligge felles arbeid om utnyttelsen at risikoen påhviler alle parter i samarbeidet, samt at de partene som kun bærer en finansiell risiko i utnyttelsesfasen, må få høste av det overskudd som en utnyttelse eventuelt bærer med seg. Dette siste følger forøvrig direkte av vilkåret i art 3.3 om at alle parter fritt og uavhengig skal kunne utnytte resultatene. Konsekvensen av vilkåret i art 3.3 er videre at denne avståelsen fra aktiv deltakelse må være valg frivillig.

Felles utnyttelse kan også utøves indirekte, ved at arbeidet ”i fællesskab overlades til tredjemand”, jfr ordlyden art 2.1 nr 11 b. Når det gjelder spørsmålene om når et arbeid overlates i fellesskap, og hva som ligger i begrepet tredjemenn, vises det til den tilsvarende drøftelsen i pkt 3.4.2. Alternativet reiser forøvrig ingen spesielle problemstillinger i forhold til utnyttelsesfasen.

3.5 Aksessoriske bestemmelser

Spørsmålet under dette punkt, er i hvilken grad man kan få fritak for klausuler i F&U-samarbeid som ikke har forskning og utvikling som sitt primære formål. Art 1.2

³⁴ Juridisk teori i tilknytning til den forrige gruppefritaksforordningen, EØF 418/85, la tilsvarende til grunn at enkelte typer negative restriksjon i utnyttelsesadgangen vil medføre at utnyttelsen skjer i fellesskap. Jfr Korah (Korah 1986), Venit (Venit 1985), White (White 1985) og Hjelmeng (Hjelmeng 1997).

kom inn som en ny bestemmelse ved Kfo 2659/2000.³⁵ Vilkårene for at slike klausuler skal falle inn under forordningens anvendelsesområde er imidlertid forholdsvis strenge. Art 1.2 krever at slike tilleggsklausuler er ”direkte knyttet til og nødvendige” for avtalens gjennomføring.

Den første problemstillingen som melder seg er hva som ligger i begrepet ”direkte knyttet til” avtalens gjennomføring. Man kan utlede fra begrepet at det sentrale er at det må foreligge en relasjon mellom klausulene og selve gjennomførelsen av F&U-samarbeidet. I forhold til de nærmere avklaringene av hva som ligger i begrepet gir ikke ordlyden noe særlig bidrag til tolkningen.

Bakgrunnen for reglene er at F&U medfører store investeringer, og med den usikkerhet som følger i forhold til oppnåelsen av de forespeilede resultatene, i tillegg en ikke ubetydelig risiko for de deltakende virksomhetene. Fortalens pkt 13 uttaler om hensynene bak bestemmelsen:

”For at opnå fordelene ved og virkeliggjøre målene for fælles forskning og utvikling bør denne forordning også kunne finne anvendelse på bestemmelser i forsknings- og utviklingsaftaler, der ikke udgør det primære formål med disse aftaler, men som er direkte knyttet til og nødvendige for deres gjennomføring.”

Det følger av dette sitatet fra fortalen at hensynet bak bestemmelsen er ønsket om å legge forholdene bedre til rette for gjennomførelsen av flere suksessfulle F&U-samarbeidet på fellesmarkedet. Fortalen taler derfor for at klausuler som bidrar å virkeliggjøre eller lette F&U-samarbeid vil regnes som direkte knyttet til avtalens gjennomføring.

Bestemmelsens konkrete eksempel på en aksessorisk klausul som vil falle innenfor bestemmelsens anvendelsesområde, gir også et nyttig bidrag til tolkningen av begrepet ”direkte knyttet til”. Art 1.2 angir at, ”Bestemmelser om, at parterne i aftalens løbetid ikke uafhængig eller sammen med tredjeparter må gennemføre forskning og utvikling på det område, aftalen omhandler, eller på et område i nær tilknytning hertil.”, vil falle inn under anvendelsesområdet. Ekseplet er et direkte speilbilde av forordningens

³⁵ Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av ordlyden i art 1.2, må det være irrelevant om denne typen klausuler er regulert i selve F&U avtalen, eller i en selvstendig avtale som ikke tilfredsstillende forordningens krav til å være en F&U avtale.

art 5.1 a som uttrykkelig tillater denne typen restriksjoner. Det kan utledes fra dette eksemplet at restriksjoner som utelukker partene i å inngå andre avtaler som vil kunne vanskeliggjøre gjennomførelsen av F&U-samarbeidet ytterligere, og som kan medføre en enda større risiko for den opprinnelige samarbeidsparten, vil falle inn under forordningens anvendelsesområde. Eksemplet støtter således den tolkning av begrepet ”direkte knyttet til” som fortalen gav henvisning på.

Etter dette må det derfor konkluderes med at bestemmelser som på en eller annen måte, virkeliggjør eller letter gjennomførelsen av F&U-samarbeidet, må anses for å være ”direkte knyttet til” avtalens gjennomførelse.

Foruten at den enkelte bestemmelse må være direkte knyttet til avtalens gjennomførelse, er det et vilkår at bestemmelsen er ”nødvendig” for samarbeidets gjennomførelse. Når kan så en bestemmelse regnes som nødvendig for F&U-samarbeidets gjennomførelse? Ordlyden er her strengt formulert. En naturlig språklig forståelse av begrepet ”nødvendig” taler for at det kun er i den grad F&U-samarbeidet overhodet ikke ville kunne ha blitt gjennomført uten de aksessoriske bestemmelsene at kravet er oppfylt. Denne snevre tolkningen av ordlyden er på den andre siden ikke forenlig med de hensynene som kommer til uttrykk i fortalens pkt 13 og bestemmelsens eget eksempel. Fortalen pkt 13 fremhever blant annet at bestemmelsen skal bidra til å ”opnå fordelene” ved felles F&U. Dette taler for at det vil kunne anses som nødvendig selv om ikke klausulen har vært avgjørende for selve gjennomførelsen av samarbeidet. Likeledes kan det utledes av det bestemmelsens eget eksempel på en aksessorisk bestemmelse, at kjernen er å forhindre en situasjon som vil ytterligere vanskeliggjøre et samarbeid som allerede i utgangspunktet inneholder usikre elementer.

Verken fortalen eller bestemmelsens eget eksempel, bærer med dette preg av å videreføre et like strengt nødvendighetskrav som det ordlyden kan gi henvisning på. Den tolkning som kan utledes av disse kildene støttes også av det grunnleggende hensynet i fellesskapsretten til å fremme den teknologiske utviklingen, jfr EFT art 3.1 n. Poenget må trolig være at nødvendighetskravet er oppfylt i den grad gjennomførelsen av F&U-samarbeidet, uten de aksessoriske bestemmelsene, vanskeliggjøres i en ikke ubetydelig grad. Det er sentral å merke seg at restriksjonene i art 5.1, vil kunne gi et nyttig tolkningsbidrag til hva som i de konkrete tilfeller anses som nødvendig i forordningens betydning. Begrensninger som rammes av forbudet i art 5.1 kan vanskelig tenkes å være nødvendig i relasjon til art 1.2.

4 Vilkår for fritak

4.1 Innledning

For at et F&U-samarbeid som i utgangspunktet faller inn under forordningens anvendelsesområde skal få fritak, må de oppfylle ”de i denne forordning fastsatte betingelser” jfr art 1 nr 1. Vilkårene for fritak er spredt over flere bestemmelser i forordningen. I art 3 er de positive kravene som stilles til partenes avtale regulert. Disse vilkårene vil bli behandlet først i pkt 4.2. Det kanskje mest sentrale vilkåret for fritak, er kravet til maksimumsgrense for partenes samlede markedsandelen i forordningens art 4.2. Problemstillingen vedrørende dette kravet behandles i pkt 4.3. Endelig inneholder forordningen i art 5 en redegjørelse over hvilke restriksjoner som ikke under noen omstendigheter må foreligge, for at et F&U-samarbeid skal oppnå automatisk fritak fra EFT art 81.1. Disse siste kriteriene for fritak vil bli nærmere redegjort for i pkt 4.4.

4.2 Positive vilkår for fritak

4.2.1 Generelt

Art 3 stiller fire krav til det materielle innholdet i partenes avtale. De krav som stilles, relaterer seg i all hovedsak til adgang til resultatene av samarbeidet. Det er et poeng å merke seg at disse kravene må foreligge gjennom hele F&U-samarbeidet. I den grad et samarbeid i løpet av samarbeidsperioden ikke lenger tilfredsstillt vilkårene i art 3, vil ikke samarbeidet lenger omfattes av gruppefritaket.

4.2.2 Partenes gjensidig adgang til resultatene

Forordningens art 3.2 første punktum slår fast at ”alle parter skal have adgang til resultatene af den fælles forskning og udvikling med henblik på yderligere forskning eller udnyttelse”. Dette vilkåret gjelder uavhengig av om samarbeidet strekker seg til både F&U-fasen og utnyttelsesfasen, eller kun til F&U-fasen.

Det er "alle parter" som skal ha adgang til resultatene. En sentral sontring blir derfor også her grensen mot underleverandører. Grensen er trukket opp under pkt 3.4.2, og det vises til denne fremstillingen.³⁶

Problemstillingen er hva som nærmere ligger i begrepet "adgang til resultaterne". Resultatet av F&U-samarbeidet er i definisjonen av utnyttelse av resultatene i art 2.1 nr 8 betegnet som avtaleproduktene, avtalemetodene, de intellektuelle eiendomsrettighetene og knowhow. Det følger av definisjonene i art 2.1 nr 6, 7, 9 og 10 at det sentrale er at resultatene må være oppnådd gjennom F&U-samarbeidet.

Hva vil det så si å ha "adgang til" resultatene? Ordlyden gir her lite veiledning ved tolkningen. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier imidlertid at partene på alle måter skal ha fri tilgang til de produkter og / eller de produksjonsmetoder som F&U har resultert i.

Som en konsekvens av adgangen til å avtale spesialisering, jfr art 2.1 nr 11 c, er det på det rene at begrepet "adgang til resultatene" ikke kan forstås slik at partene skal ha direkte adgang til resultatene i alle faser av utnyttelsen. Dette fremgår også av art 3.5, hvor det kommer til uttrykk at fremstillingen eller distribusjonen av resultatene kan være forbeholdt enkelte av medlemmene i samarbeidet. På den andre siden tilsier art 3.5 ingen begrensninger i selve informasjonsutvekslingen mellom partene. Fortalen pkt 10 fremhever uttrykkelig at også utnyttelsen av resultatene er et middel til å fremme den tekniske og økonomiske utviklingen. For å oppnå dette målet bør informasjonsutvekslingen spres mellom medlemmene i størst mulig grad. Uavhengig av om en part får i oppdrag å fremstille det endelige produktet, bør det derfor konkluderes med at alle parter i samarbeidet må få tilgang til all den informasjon som har kommet ut av samarbeidet, og i tillegg øvrig informasjon som er nødvendig for en full utnyttelse av resultatene.

En modifikasjon fra utgangspunktet om at alle parter skal ha adgang til resultatene med hensyn til ytterligere forskning og utvikling, gjøres i art 3.2 andre punktum. Gjennom denne bestemmelsen får "Forskingsinstitutter, universiteter og

³⁶ Et poeng å merke seg er imidlertid at nettopp vilkåret i art 3.2 første punktum i praksis vil kunne gi et nyttig bidrag til denne grensedragningen.

virksomheder...” som oppfyller nærmere bestemte vilkår, adgang til å avtale at de kun skal utnytte resultatene til ytterligere forskning. Man bør merke seg at bestemmelsen kun gir en *rett* til å avtale seg bort fra hovedregelen. Bestemmelsens utgangspunkt er således at også denne typen virksomheter skal ha adgang til resultatene, også med tanke på en utnyttelse av resultatene. Hensynet bak bestemmelsen er å lage et smidigere system tilpasset de enkelte avtalepartene. Med denne bestemmelsen har Kommisjonen anerkjent at enkelte typer virksomheter er av en slik natur, at de i hovedsak ikke vil drive med annen form for utnyttelsen av resultatene enn ytterligere forskning. Denne typen virksomheter gis derfor en utvidet avtalefrihet.

Det er to vilkår som må være oppfylt for at en virksomhet skal kunne avtale seg bort fra retten til å utnytte resultatene. For det første følger det av art 3.2 andre punktum at virksomheten må ”levere forskning og utvikling på et kommersielt grunnlag”. For det andre er det en forutsetning at de ”normalt ikke beskæftiger sig med udnyttelse af resultaterne”.

Når leverer så en virksomhet ”forskning og utvikling på et kommersielt grunnlag”? Ordlyden ”kommersielt grunnlag” viser at det siktes til virksomheter som har et forretningsmessig preg, og som dermed har som mål å tjene penger på nettopp forskning og utvikling. Ofte vil forskning og utvikling være virksomhetens hovedbeskjeftigelse, eller en av flere som representerer virksomhetens levebrød. Begrepet kommersialisering innebære i seg selv at det må stilles kvalifiserte krav til det inntektsgivende arbeid som virksomhetene har på bakgrunn av F&U. Det må derfor konkluderes med at virksomheter som kun enkeltstående ganger har hatt inntektsgivende arbeid på bakgrunn av F&U, ikke vil kunne regnes for å drive F&U på et kommersielt grunnlag.

Avtalefriheten er imidlertid betinget av at et annet kriterium også er oppfylt. Problemet blir derfor når en virksomhet kan sies å ”normalt ikke beskæftiger sig med udnyttelse af resultaterne”. Av ordlyden ”normalt” kan man utlede at det ikke er en absolutt forutsetning for fritak at virksomheten aldri har beskjeftiget seg med utnyttelse av resultatene. Det sentrale må være hvorvidt virksomheten i sin daglige normale drift beskjeftiger seg med utnyttelse av resultatene. Konsekvensen må således være at i den grad det er på det rene at virksomhetens normale driftsområde ikke relaterer seg til utnyttelsen av resultatene, vil ikke kun et begrenset innslag av slik utnyttelse kunne

utelukke avtalefrihet med hensyn til å gi fra seg sin rett til å utnytte resultatene utover videre forskning.

4.2.3 Retten til individuelle utnyttelse ved kun samarbeid om F&U

Et annet krav som stilles til partenes innbyrdes avtale, er at ”hver af parterne frit og uafhængigt” skal kunne ”udnytte resultaterne af den fælles forskning og udvikling samt enhver knowhow, der fandtes forinden, og som måtte være nødvendig for en sådan udnyttelse..”, jfr ordlyden i art 3.3. Vilkåret kommer kun til anvendelse når samarbeidet bare omfatter F&U-fasen.

Regelen er en naturlig konsekvens av at det ikke er et vilkår for fritak at samarbeidet også omfatter utnyttelsesfasen. Bestemmelsen bidrar til å legge forholdene til rette for en vid mulighet til individuell utnyttelse av resultatene, som igjen er et virkemiddel for å oppnå formålet med å fremme den europeiske teknologi- og økonomiutviklingen. Det ville i tillegg medført en urimelig regel om det skulle være mulig å begrense den individuelle utnyttelsen, da en part som hadde foretatt investeringer kunne risikere å ikke få dra nytte av den.

Et poeng som man må være oppmerksom på, er at begrensninger i den individuelle utnyttelsesretten, etter en konkret tolkning, kan vise seg å i realiteten innebære et samarbeid om utnyttelsen. Problemstillingen er det nærmere redegjort for under pkt 3.4.3. I en slik situasjon vil ikke vilkåret komme til anvendelse.

Gjenstand for den individuelle utnyttelsen er foruten resultatene, også enhver annen knowhow som er nødvendig for utnyttelsen. Poenget er at hver enkelt part skal stilles slik at de kan gjennomføre en fullstendig utnyttelse av de fremkomne resultatene.

Et problem melder seg i forhold til begrepet ”frit og uafhængigt”. Situasjonen kan ofte være den at en av partene har stilt med kunnskap om sentral knowhow. Spørsmålet er imidlertid om den part som opprinnelig sitter med kunnskapen, kan kreve vederlag hos de andre samarbeidspartene for denne kunnskapen.

Ordet ”frit” taler etter en naturlig språklig forståelse for at vedkommende part ikke kan kreve vederlag for denne kunnskapen. Den forrige forordningen hadde en bestemmelse som gav partene anledning til å kreve kompensasjon for ulikt bidrag.³⁷ En tilsvarende bestemmelse finner man ikke i det nye gruppefritaket. Gode grunner kan

³⁷ Jfr EØF 418/85 art 5.1 f og g.

imidlertid tale for at bestemmelsen kun er tatt bort som følge av forenklingen av regelverket, og ikke på bakgrunn av at Kommisjonene har ment at dette skal medføre en realitetsforandring. Forordningens art 3 og 5 inneholder videre kun noen konkrete krav til partenes individuelle avtale. Ut over disse kravene vil det være opp til partene selv å komme til enighet om de individuelle kontraktsforholdene.

Det må derfor legges til grunn at partene i utgangspunktet kan avtale en kompensasjon til den part som har ytt et ekstra bidrag i samarbeidet gjennom tilføring av knowhow. Art 3.3 vil imidlertid fungere som en skranke hvis kompensasjonen blir så omfattende at kravet til "frit og uafhængigt" ikke lenger kan sies å være oppfylt.

En modifikasjon fra utgangspunktet om at alle parter fritt og uavhengig skal kunne utnytte resultatene, er gjort i de tilfeller hvor avtalepartene ikke er konkurrenter, jfr art 3.3 if. Da åpner det seg en adgang for partene til å begrense utnyttelsesretten til "et eller flere tekniske anvendelsesområder" jfr ordlyden i art 3.3 if. Problemstillingen om når samarbeidspartene er å anse for konkurrerende virksomheter, behandles i pkt 4.3.2.

Tilsvarende må det bemerkes at også her kan virksomheter, som hovedsakelig beskjeftiger seg med levering av forskning og utvikling, avtale begrensninger i sin rett til resultatene utfor retten til å drive videre forskning, jfr art 3.3 jfr art 3.2. I forhold til de vurderinger som melder seg her, viser jeg til behandlingen ovenfor i pkt 4.2.2.

4.2.4 Særlige krav når samarbeidet omfatter utnyttelsen

Art 3.4 stiller opp særlige vilkår der F&U-samarbeidet også omfatter utnyttelsesfasen. For å kunne få fritak i denne situasjonen, kreves det at resultatene må være "beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder eller udgøre knowhow, som i væsentlig grad bidrager til den tekniske eller økonomiske udvikling, og disse resultater skal være af afgørende betydning for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftalemetoderne."

Gjennom denne bestemmelsen kommer det tydelig til uttrykk at vilkårene for fritak, der samarbeidet omfatter felles utnyttelse av resultatene, er betydelig strengere. Bakgrunnen er som nevnt tidligere at en avtale generelt er å betrakte som mer konkurransebegrensende jo nærmere den strekker seg det endelige omsetningsleddet. Det må derfor noe ekstra til for at samarbeidet om utnyttelsen generelt sett skal regnes for å være bra for den frie konkurransen på det felles marked.

Det må først spørres når intellektuelle eiendomsrettigheter eller knowhow i ”væsentlig grad” bidrar til den tekniske eller økonomiske utviklingen. Her stilles det kvalifiserte krav til det innovative element, for å kunne utnytte resultatene i fellesskap. Ordlyden i ”væsentlig grad” gir henvisning på en skjønnsmessig vurdering. Etter naturlig språklig forståelse av begrepet må det imidlertid legges til grunn at det må dreie seg om et betydelige bidrag til utviklingen for å tilfredsstillе vilkåret i art 3.4.

Antagelig må det i de fleste tilfeller legges til grunn at resultater som er beskyttet av intellektuelle eiendomsrettigheter, vil oppfylle kravet til i ”væsentlig grad” å bidra til utviklingen. Behovet for å skaffe seg en slik sikkerhet oppstår nettopp i de tilfeller hvor resultatet har vært svært vellykket. Det er en tidkrevende og kostbar prosess å skaffe seg slike rettigheter. I praksis vil nok partene derfor bare ha interesse av å beskytte resultatene hvis de gir et betydelig bidrag til den tekniske eller økonomiske utviklingen.

Videre må det spørres når resultatene er av ”avgjørende betydning” for fremstillingen av avtaleproduktene eller anvendelsen av avtalemetodene. Ordlyden gir ikke henvisning på en klar tolkning. Begrepet ”avgjørende betydning” kan imidlertid ikke forstås slik at fremstillingen av avtaleproduktene eller anvendelsen av avtalemetodene ikke overhodet lar seg gjennomføre uten resultatene. Blir fremstillingen av avtaleproduktene eller anvendelsen av avtalemetodene uforholdsmessig kostbar uten bruk av resultatene, må dette også antakelig tilfredsstillе kravet til avgjørende betydning.

Poenget må være at det kreves at fremstillingen uten resultatene, vil bli betydelig vanskeligere, om enn ikke praktisk gjennomførbar.³⁸

4.2.5 Særlige krav ved spesialiseringsavtaler

Partenes adgang til å avtale en spesialisering mellom seg fremgår som nevnt av art 2.1 nr 11.1 c. En slik adgang er viktig for partene, da det gjør det mulig for dem å oppnå ”economies of scale”, som innebærer at partene gjennom spesialiseringen oppnår

³⁸ Det er imidlertid sentral å merke seg at hvis ikke samarbeidet oppfyller disse kravene for å kunne samarbeide om resultatene, kan det likevel være grunnlag for fritak etter gruppefritaket for spesialiseringsavtaler, Kfo 2658/2000. I denne forordningen er det imidlertid strengere rammer for selve utnyttelsesadgangen, blant annet ved at markedsandelsterskelen her er 20 %.

stordriftsfordeler. På bakgrunnen av hensynet til å sikre at alle partene får tilgang til de produkter som blir produsert i utnyttelsesfasen, stilles det imidlertid særlige vilkår i art 3.5 overfor de personer som har fått i oppdrag å fremstille produktene.

Det er et vilkår at den som har fått i oppdrag å fremstille produktene skal være ”forpliktet til at etterkomme ordrer på leveranser fra alle parter”, jfr ordlyden i art 3.5. Poenget må være at den som står for produksjonen er forpliktet til å levere likeverdig til alle parter, inkludert seg selv. Ved eventuell overskuddsetterspørsel må dette løses på en rimelig og rettferdig måte mellom partene.

En naturlig modifikasjon er gjort for de tilfeller hvor det er avtalt felles distribusjon, her skal produktene nemlig uansett ikke inntre innom de enkelte samarbeidspartene før de distribueres videre.

4.3 Markedsandelen

4.3.1 Generelt

Regelen om markedsandelen er hovedsakelig motivert av ønsket om å opprettholde konkurransen om innovasjonen.³⁹ Ved å forhindre at store aktører inngår samarbeid seg imellom, bidrar regelen til å legge forholdene til rette for at det kan eksistere flere uavhengige F&U senter. Dette er igjen et speilbilde av vilkåret i EFT art 81.3 om at samarbeidet ikke må ”utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder”, jfr ordlyden i EFT art 81.3 a.⁴⁰

I den videre drøftelsen vil jeg først redegjøre for når regelen om maksimum markedsandel kommer til anvendelse.⁴¹ Deretter vil jeg se på selve beregningen av markedsandelen.⁴²

³⁹ Forordningens regel om markedsandelen erstatter den mer utførlige vurderingen av partenes markedsstyrke på det relevante marked under EFT art 81.1, hvor markedsandelen kun er en av mange elementer i vurderingen.

⁴⁰ Regelen om markedsandelen stemmer videre overens med ”en økonomisk basert fremgangsmåte med vurdering af aftalernes virkninger på det relevante marked.” jfr fortalen pkt 7.

⁴¹ Jfr pkt. 4.3.2.

⁴² Jfr pkt. 4.3.3.

4.3.2 Når stilles det krav til partenes markedsandel?

Et grunnleggende skille ved behandlingen av forordningens maksimumskrav til partenes markedsandel må gjøres mellom ikke-konkurrerende og konkurrerende virksomheter. Hvis partene ikke er konkurrenter, eller er konkurrenter men ikke til sammen har over 25 % markedsandel på det relevante markedet, påpeker kommisjonen i fortalens pkt 5 at det foreligger en presumsjon for at samarbeidets ”positive virkninger vil oppveje enhver negativ indvirkning på konkurransen”. Dette er et speilbilde av at det generelt kun er F&U-samarbeid mellom konkurrerende virksomheter som vil falle inn under EFT art 81.1.

På bakgrunn av dette er det en absolutt forutsetning for fritak at de deltakende konkurrerende virksomheter ikke til sammen har ”en markedsandel på over 25 % på det relevante markedet for de produkter, der kan blive forbedret eller erstattet af aftaleprodukterne”, jfr ordlyden i art 4.2. Vurderingstidspunktet er ”tidspunktet for forsknings- og utviklingsaftalens inngåelse”. Det må bemerkes at når vurderingen av partenes markedsandel er lagt til avtaletidspunktet, innebærer dette at det i utgangspunktet er irrelevant om partene senere kommer over de fastsatte grenser for markedsandelen. Dette uttaler Kommisjonen uttrykkelig i retningslinjene pkt. 73. Konsekvensen er at selv om partene senere skulle komme over en samlet markedsandel på 25 %, så vil samarbeidet likevel oppfylle vilkårene for å få fritak både i F&U-fasen og utnyttelsesfasen. Det er imidlertid et poeng å merke seg at senere oppnådd markedsstyrke får betydning for fritakets lengde. Dette vil det bli nærmere redegjort for i kapittel 5.

Da markedsandelsterskelen som nevnt kun gjelder der de deltakende virksomheter er innbyrdes konkurrenter, blir det et avgjørende spørsmål når de deltakende virksomheter er å anse for konkurrerende virksomheter i henhold til forordningen. Det er et poeng å merke seg at ordlyden i art 4.2 uttaler at der ”to eller flere af de deltagende virksomheder” er konkurrerende virksomheter, så gjelder det et krav til markedsandelen. Det er således tilstrekkelig til å falle inn under bestemmelsen at to av partene er konkurrerende virksomheter, selv om samarbeidet skulle bestå av flere andre parter. Art 2 nr 12 inneholder en definisjon av begrepet konkurrerende virksomheter;

”en virksomhed, der udbyder et produkt, der kan blive forbedret eller erstattet af aftaleproduktet (aktuel konkurrent), eller en virksomhed, der realistisk kan antages at

ville foretage de yderligere investeringer eller afholde de yderligere omstillingsomkostninger, der er nødvendige for at komme ind på det relevante marked som reaktion på en mindre, men permanent stigning i de relative priser (potentiel konkurrent)”.

For å kunne vurdere om partene er konkurrerende virksomheter, er det en forutsetning at det relevante marked er definert. Avgrensningen av det relevante marked er imidlertid en stor og sentral problemstillingen generelt i fellesskapets konkurranserett. Prinsippene for avgrensningen av det relevante marked er videre de samme under gruppefritaket for F&U-samarbeid, slik at problemstillingen av den grunn ikke vil bli behandlet nærmere.⁴³ Det er imidlertid et poeng å merke seg at det er det relevante marked for de produkter, ”der kan blive forbedret eller erstattet af aftaleproduktet” som er grunnlaget for å bedømme om partene er konkurrenter, jfr ordlyden i definisjonen. Det er således kun det relevante produktmarkedet for de eksisterende produktene som skal legges til grunn.⁴⁴

Som det kan utledes av definisjonen faller både faktiske og potensielle konkurrent inn under begrepet konkurrerende virksomheter i forordningen. Retningslinjene inneholder i note (8) og (9) en mer detaljert definisjon av begrepene faktisk og potensiell konkurrent.

Faktisk konkurrent vil en virksomhet for det første være hvis den opererer på det samme relevante markedet som sin samarbeidspart. For det andre regnes en virksomhet som faktisk konkurrent hvis den, i fravær av avtalen, ”kan omstille produksjonen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sikt, uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller risici, som reaktion på en beskeden, varig stigning i de relative priser (direkte udbudssubstitution)”.⁴⁵

Potensiell konkurrent vil en virksomhet være hvis ”det kan godtgøres, at den, i fravær af aftalen, kunne og sandsynligvis ville foretage de nødvendige supplerende investeringer eller påtage sig andre omstillingsomkostninger for at komme ind på det

⁴³ For en nærmere behandling av avgrensningen av det relevante marked, se Kommisjonens meddelelse om avgrensning av det relevante marked i forbindelse med Fellesskabets konkurranserett, EF-tidende NR. C 372 af 09/12/1997 s. 0005 – 0013.

⁴⁴ Jfr også art 4.2 if.

⁴⁵ Jfr. ordlyden i retningslinjenes fotnote nr. 8.

relevante marked som raktion på en beskeden, varig stigning i de relative priser.”⁴⁶ Det er imidlertid et poeng å merke seg at denne vurderingen skal basere seg på realistiske forhold, dermed vil kun en teoretisk mulighet for å komme inn på et marked ikke være tilstrekkelig for å kunne si at partene er potensielle konkurrerende virksomheter.⁴⁷

Konsekvensen av regelen om markedsandelen, er at samarbeidsparter som er konkurrenter på det relevante produktmarked og som til sammen har over 25% markedsandel på dette markedet, under ingen omstendigheter kan nye godt av et fritak etter forordningen. Videre følger det av art 4.1, sammenholdt med art 4.2 at samarbeidsparter som ikke er konkurrenter på det relevante produktmarkedet vil ha fritt frem til å inngå samarbeid, uavhengig av om de til sammen har over 25 % markedsandel på dette markedet. Bakgrunnen til dette er at konkurransen ikke blir svekket allerede som en konsekvens av at det inngås et samarbeid, så lenge aktørene på avtaletidspunktet ikke er konkurrenter. Man må imidlertid være oppmerksom på at også ikke-konkurrerende parters samlede markedsandel vil ha betydning for fritakets lengde utover den ordinære fritaksperioden. Betydningen av markedsandelen i denne henseende vil behandles i pkt. 5.1.4.

4.3.3 Beregning av markedsandelsterskelen

Markedsandelsterskelen skal som hovedregel beregnes på ”grundlag af omsætningen på markedet”. Jfr art 6.1 a. Som nevnt følger det av forordningens art 4.2 at partene ikke til sammen må ha ”en markedsandel på over 25 % på *det relevante marked for de produkter, der kan blive forbedret eller erstattet af aftaleprodukterne*”.⁴⁸ Den nærmere avgrensningen av det relevante produktmarkedet for de eksisterende produktene vil det som nevnt i pkt 4.3.2 avgrenses mot.

Når det er omsetningen på markedet som er grunnlaget for beregningen av markedsandelen, innebærer dette at det er antall solgte enheter på det relevante produktmarkedet som vil avgjøre partenes markedsandel. I praksis kan det imidlertid vise seg vanskelig å fastslå de deltakende virksomheters omsetningen på markedet. Det følger derfor av bestemmelsen at markedsandelen i slike tilfeller må ”fastlægges

⁴⁶ Jfr. ordlyden i retningslinjenes fotnote nr. 9.

⁴⁷ En fremstilling av problemstillingen finner man også i Whish (2001) s. 27 flg, s. 501 flg.

⁴⁸ Min utheving.

skjønsmessigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder de afsatte mængder”, jfr ordlyden i art 6.1 a. Som bestemmelsen angir er det her tale om en svært skjønsmessig vurdering. Hva som i det enkelte tilfellet vil være å regne som ”pålidelige markedsoplysninger” må bero på en konkret vurdering. Ordlyden fremhever uttrykkelig at avsatte mengder vil være en slik pålitelig markedsopplysning.

Uavhengig av om markedsandelen beregnes på grunnlag av omsetningen, eller andre markedsopplysninger, er det et poeng å merke seg at bestemmelsens litra b fastslår at det er opplysninger vedrørende det forrige kalenderår som skal legges til grunn.

Art 6 1 c inneholder en spesialregel for beregningen av markedsandelen der de deltakende virksomheter har ”forbundne virksomheder” etter forordningens art 2.1 nr 3 e, jfr ordlyden. Poenget er at der en av samarbeidspartene i fellesskap med utenforstående eller flere av samarbeidspartene i fellesskap, har kontroll over en annen virksomhet på de måter som er angitt i art 2.1 nr 3 a, så skal den kontrollerte virksomhetens markedsandelen fordeles likt mellom de virksomheter som sitter med kontrollen i fellesskap. En slik kontroll har de respektive virksomhetene etter art 2.1 nr 3 a, når de har halvparten av stemmerettighetene, når de kan utpeke over halvparten av medlemmene i styret, ledelsen eller andre sentrale organer, og når de har rett til å lede virksomheten.

4.4 Restriksjoner som utelukker fritak

4.4.1 Generelt

Forordningens art 5 omhandler restriksjoner som ikke under noen omstendigheter må foreligge hvis et samarbeid skal kunne nyte godt av gruppefritaket. Bestemmelsen er en direkte virkning av vilkåret i EFT art 81.3 om at det ikke er grunnlag for fritak, hvis samarbeidet inneholder restriksjoner som ikke er absolutt nødvendig for å nå målet om å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. I likhet med vilkårene i art 3 må de kravene som stilles i art 5 foreligge gjennom hele samarbeidsperioden. Konsekvensen av at et samarbeid i løpet av samarbeidsperioden ikke lenger tilfredsstillter kravene i art 5, er at samarbeidet ikke lenger omfattes av gruppefritaket.

Fritak er utelukket etter art 5.1 i den grad et samarbeid, ”direkte eller indirekte, alene eller kombinert med andre faktorer, som parterne har avgjørende indflytelse på, har til formål” noen av de nevnte restriksjonene i art 5.1 a-j. Dette kriteriet må tolkes i samsvar med vilkåret i EFT art 81.1, om at avtalen må ha til ”formål ... å hindre, innskrenke eller vri konkurransen på det felles marked”. Det er sentralt å merke seg at det med formål ikke siktes til det subjektive formål som partene har med samarbeidet. Whish (Whish 2001) uttaler om dette kravet i EFT art 81.1:

” the word “object” in this context means not the subjective intention of the parties when entering into the agreement, but the objective meaning and purpose of the agreement considered in the economic context in which it is to be applied.”⁴⁹

Av dette kan man slutte at en avtale vil falle inn under art 5 i den grad avtalen er av en slik karakter at den på normalt må sies å ha til virkning noen av de restriksjonene som er listet opp i art 5.1 første ledd a til j.

Poenget med bestemmelsen er at avtaler som faktisk medfører denne typen restriksjoner, svært ofte vil ha store negative virkninger på konkurransen, slik at de av den grunn er utelukket fra å oppnå fritak etter forordningen. I denne relasjon er det verdt å merke seg at det kun er restriksjonen i litra a som vil kunne forekomme i F&U-fasen. De andre ni restriksjonene vil utelukkende kunne forekomme i utnyttelsesfasen. På denne måten kommer det igjen klart frem at kriteriene for at et samarbeid, som også omfatter utnyttelsesfasen, skal falle inn under gruppefritaket er mye strengere. Likeledes er bestemmelsen et speilbilde av at ”rene” F&U-samarbeid, det vil si samarbeid om kun F&U-fasen, generelt ikke vil anses for å rammes av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i EFT art 81.1.

4.4.2 Begrensning av øvrig F&U

I art 5.1 litra a er det fastslått at fritak er utelukket hvis samarbeidet inneholder nærmere bestemte klausuler som begrenser partenes adgang til å drive øvrig F&U.

Det er sentralt å merke seg at begrensninger i partenes individuelle adgang til å drive F&U, aldri kan avtales i medhold av forordningen. I forhold til restriksjoner i partenes adgang til inngå andre F&U-samarbeid med tredjemenn, er slike restriksjoner etter omstendighetene tillatt under gruppefritaket.

⁴⁹ Jfr Whish (Whish 2001) side 92 – 93.

Poenget er at avtalen kan inneholde restriksjoner om at partene ikke har anledning til å inngå et annet F&U-samarbeid innenfor det samme området, eller et beslektet område med det opprinnelige området som F&U-samarbeidet foregår på. En absolutt forutsetning er imidlertid at det opprinnelige F&U-samarbeidet fremdeles pågår.

Klausuler som derimot begrenser partenes avtaleadgang på disse områdene *etter* at samarbeidet er avsluttet vil under ingen omstendigheter kunne gi grunnlag for fritak. Likeledes vil restriksjoner i avtaleadgangen med tredjemenn *utenfor* disse områdene alltid være uforenlig med fritak etter forordningen, uavhengig av om F&U-samarbeidet fremdeles pågår eller ikke.

4.4.3 Ikke-angrepsklausuler

Art 5.1 første ledd b setter i enkelte tilfeller forbud mot ikke-angrepsklausuler. Dette er klausuler som forbyr den som har bruksrett til et patent å bestride gyldigheten av patentet. Bestemmelsen skiller mellom to typer rettigheter, de som eksisterer før samarbeidet begynner, og som er nødvendig for prosjektet, og de rettigheter som oppnås på resultatene av samarbeidet.

Når det gjelder de intellektuelle eiendomsrettigheter som allerede eksisterte før samarbeidstidspunktet, så har partene ikke adgang til å avtale at de skal være avskåret fra å bestride gyldigheten av disse *etter* at F&U-arbeidet er *gjennomført*. Når man så kommer til de nye rettighetene som er oppnådd gjennom samarbeidet, følger det av bestemmelsen at det ikke er adgang til å avtale at partene ikke skal ha mulighet til å bestride gyldigheten av disse *etter* at F&U avtalen er *utløpt*. Man kan merke seg at ordlyden opererer med ulike tidspunkt for når en bestridelse vil være uforenlig med forordningen, alt etter hvilken kategori rettigheter som bestrides.

Konsekvensen av regelen, er at pantehaver kan nyte ekstra beskyttelse av sin panterett så lenge samarbeidet pågår, eller eventuelt så lenge avtalen løper, uten at dette utelukker fritak etter forordningen. Bakgrunnen for at forordningen gir pantehaver en slik ekstra beskyttelse, er at hensynet til å opprettholde den nødvendige tilliten mellom partene i samarbeidet oppveier for den konkurransebegrensningen som slike klausuler samtidig medfører. Hensynet til å bevare tilliten mellom partene opphører naturlig nok når samarbeidet avsluttet, slik at slike klausuler da er helt uforenlig med fritak etter forordningen.

Nytt i forhold til den forrige gruppefritaksforordningen for F&U-samarbeid, er at det er anledning til å avtale at konsekvensen av at gyldigheten bestrides, skal være at F&U avtalen opphører.

4.4.4 Kvantitative produksjons- og salgsbegrensninger

Art 5.1 første ledd litra c utelukker fritak for samarbeid som har til formål å ”begrense produktion eller salg”. Bakgrunnen for at denne typen restriksjon utelukker fritak etter forordningen, er at de i praksis kan føre til tilsvarende virkninger som oppdeling av markeder, idet et foretak for eksempel kan forbys å produsere eller selge utover det som må antas å være etterspørselen på hjemmemarkedet.

Ordlyden ”begrenser” taler etter en naturlig språklig forståelse for at det er avtaler som naturlig fører til fastsettelse av maksimums grenser for produksjons- eller salgskvantum som ikke er tillatt etter forordningen. Avtaler som har til formål å sette minimumsgrenser må således antas å være tillatt etter forordningen.

Bestemmelsen må tolkes på bakgrunn av regelen i art 3.3 i.f som gir parter som ikke er konkurrenter på avtaletidspunktet, anledning til å begrense utnyttelsen til et eller flere tekniske anvendelsesområder. Dette medfører at kvalitative begrensninger med hensyn til produksjon eller salg således ikke vil være til hinder for fritak etter forordningen.

4.4.5 Prisfastsettelser

I litra d er det slått fast at restriksjoner mellom samarbeidspartene som ”fastsetter priser for salg af aftaleproduktet til tredjemand”, utelukker fritak etter forordningen. Det er kun faste priser for salg til ”tredjemand” som rammes av bestemmelsen. Internt prissamarbeid er dermed tillatt. Dette er en naturlig konsekvens av den retten partene har til å spesialisere arbeidet mellom seg, jfr art 2.1 nr 11 første ledd c. Når det gjelder grensedragning for når man står overfor tredjemenn i forordningens betydning vises det til drøftelsen under pkt 3.4.2.

Ordlyden rammer etter en naturlig språklig forståelse alle felles salgssordninger der partene avtaler at varene skal selges på like vilkår. Poenget er at i den grad en klausul er av en slik karakter at den normalt medfører faste priser på salg til tredjemenn, rammes den av bestemmelsens litra d. Rabattordninger må således anses for å være uforenlige med forordningen.

Bestemmelsen må imidlertid ses i sammenheng med at felles utnyttelse, og da i form av felles distribusjon og salg, er tillatt etter forordningen. For felles salgs vedkommende følger ikke dette direkte av ordlyden i art 2.1 nr 8, men som det fremgår av drøftelsen under pkt 3.3, må det legges til grunn at forordningen også kommer til anvendelse på samarbeid om felles salg. Konsekvensen må derfor være at litra d må tolkes innskrenkende i disse tilfellene, slik at den ikke kommer til anvendelse på prisfastsettelsen under samarbeid om felles distribusjon og salg. For felles distribusjons vedkommende følger dette for øvrig direkte av art 5.2 b. En tilsvarende hjemmel foreligger ikke for felles salg, men av hensynet til sammenhengen i regelsettet må imidlertid konsekvensen bli den samme her.

4.4.6 Begrensninger i valg av kundekrets

I art 5.1 e er det fastslått at restriksjoner som ”pålegger parterne begrensninger med hensyn til, hvilke kunder de må selge til” er uforenlig med forordningen, såfremt disse begrensningene pålegges partene ”etter utløpet av en periode på syv år fra den første markedsføring af aftaleprodukterne på fællesmarkedet”, jfr ordlyden i litra e.

Det må først avgjøres hva som innebærer en begrensning i valg av kundekrets. Bestemmelsen må ses i sammenheng med art 3.3 som tillater at ikke-konkurrerende virksomheter begrenser utnyttelsen mellom seg til et eller flere tekniske anvendelsesområder. I realiteten innebærer denne tillatte begrensningen også en begrensning av kundekretsen, idet partene ikke kan tilby enheter innenfor visse tekniske områder. Sammenhengen med art 3.3 må imidlertid medføre at denne typen begrensning av kundekretsen ikke kan falle inn under art 5.1 e. Problemet er imidlertid at grensen mellom begrensninger i utnyttelsesområder, definert gjennom tekniske områder, og restriksjoner i kundekrets kan være vanskelig å trekke. Dette vil være tilfelle der det samme produkt kan brukes innenfor flere tekniske områder, og hvor hvert område vil ha en særlig kundegruppe. Her vil nødvendigvis begrensningen i utnyttelsesområdene samtidig medføre en begrensning i valg av kundekrets.

White (White 1985) la til grunn i forhold til den tilsvarende problemstillingen under det tidligere regelsett⁵⁰ at det som utgangspunkt måtte legges til grunn at begrensninger i utnyttelsesområdene etter art 3.3 bare kunne forekomme, der de ulike

⁵⁰ EØF 418/85.

tekniske områdene utgjorde ulike relevante produktmarkeder med hensyn til de produkter som skulle erstattes eller forbedres. Støtte for dette synspunktet fant White i det faktum at det bare var ikke-konkurrerende virksomheter som kunne avtale begrensninger med hensyn til tekniske områder, og at denne vurderingen nettopp foretas ut fra dette relevante markedet, jfr art 4.2 og fremstillingen under pkt. 4.3.2. Antakelig må en tilsvarende tolkning legges til grunn i forhold til den nye forordningen.

Konklusjonen blir på bakgrunn av dette at der oppdelingen relaterer seg til to ulike produktmarkeder, så vil dette være å regne som en begrensning med hensyn til tekniske anvendelsesområder, og således forenlig med forordningen. Er det derimot snakk om en oppdeling på det samme relevante markedet, så er det riktige å se restriksjonen under kategorien begrensning av kundekrets, slik at samarbeidet må holde seg innenfor rammene av art 5.1 litra e for å oppnå fritak etter forordningen.

Litra e fastslår at det er begrensninger i forhold til hvilke kunder de må ”sælge til ” som er uforenlig med bestemmelsen. Dette kriteriet må ses i sammenheng med litra f, som fastslår at partene aldri kan avskjære hverandre fra passivt salg av avtaleproduktene på andre parter område.⁵¹ Dette innebærer at det må innfortolkes i litra e at det kun er aktivt salg som kan begrenses i den tillatte syvårs-perioden. Det er derfor av avgjørende betydning å fastslå grensen mellom aktivt og passivt salg. Forordningen definerer ikke begrepene. Retningslinjene for anvendelsen av vertikale avtaler under EFT art 81.1 inneholder imidlertid i pkt 50 en definisjon av begrepene, som gir et nyttig tolkningsbidrag.

”Ved ”aktivt” salg forstås: ”aktiv henvendelse til individuelle kunder, der er omfattet af en anden forhandlers eneforhandlingsområde eller eksklusivt tildelte kundegruppe, f.eks. in form af post eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kundegruppe eller bestemte kunder i et eneforhandlingsområde, eksklusivt tildelt en anden forhandler, gennem reklamer i medierne eller andre salg fremstød, der specifikt er rettet mod denne kundegruppe eller kunder i det pågældende område, eller oprettelse af et lager eller en distributionskanal i en anden forhandlers eneforhandlings-område.”.

Videre defineres begrepet passivt salg.

”Ved ”passivt” salg forstås: ”besvarelse af uopfordrede henvendelse fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenester til disse kunder. Generelle reklamer

⁵¹ Jfr behandlingen i pkt 4.4.7.

eller salgsfremstød i mediene eller på Internettet, der når kunder, der er omfattet af andre forhandleres eksklusive områder eller kundegrupper, men som udgør en rimelig måde til at nå ud til kunder udenfor andre forhandleres eneforhandlingsområder eller eksklusivt tildelte kundegrupper, f.eks. ved at nå ud til kunder i ikke-eksklusive områder eller i et eget område, er passivt salg.”.

Det kan på bakgrunn av disse definisjonene utledes at partene kun kan pålegges begrensninger i sine direkte henvendelser eller spesifikke markedsføring rettet mot andre samarbeidsparters kundegrupper. Salg på bakgrunn av uoppfordrede henvendelser fra foretak tilhørende andre samarbeidsparters kundegruppe eller generell markedsføring, kan det således ikke avtales begrensninger i.

Som nevnt er det imidlertid kun i den grad samarbeidet pålegger partene en slik begrensning ”efter udløbet af en periode på syv år fra den første markedsføring af aftaleprodukterne på fællesmarkedet” at det foreligger en restriksjon som er uforenlig med forordningen. Partene kan derfor fritt avtale slike begrensninger de syv første årene etter at produktene ble markedsført på fellesmarkedet. Et avgjørende spørsmål blir derfor når produktene kan sies å ha blitt markedsført for første gang på fellesmarkedet. Denne grensdragningen blir imidlertid behandlet i kapittel 5 under pkt 5.3, det vises derfor til drøftelsen under dette punkt.

4.4.7 Avskjæring av passivt salg

Som det har vært inne på fastslår litra f at partene aldri kan pålegge hverandre å avstå fra passivt salg. Bestemmelsen innebærer således at det er et absolutt vilkår for fritak at partene har anledning til å foreta passivt salg på alle områder av markedet, selv de områder som er forbeholdt andre samarbeidsparter.

Også her er det sentrale spørsmål hvor grensen mellom aktivt og passivt salg går. Begrepene er definert i pkt 4.4.6, og det vises til denne fremstillingen. På bakgrunn av disse definisjonene, kan det utledes at partene i samarbeidet alltid må ha anledning til å imøtegå henvendelser fra kunder i den grad disse kommer som en konsekvens av et initiativ fra kunden, eller kommer som en konsekvens av generelle markedsføringstiltak.

4.4.8 Avskjæring av markedsføringsadgangen

Som en naturlig konsekvens av at det ikke er anledning til å pålegge partene begrensninger i valg av kundekrets etter utløpet av de første syv år, følger det av litra g at det heller ikke er anledning til å pålegge avtalepartene restriksjoner i markedsføringsadgangen etter dette tidspunkt. Etter utløpet av denne perioden må derfor partene ha full frihet til å markedsføre og drive aktivt salg, på alle de områder av markedet de måtte ønske, hvis samarbeidet skal kunne nye godt av gruppefritaket. Når avtaleproduktene regnes for å bli markedsført på fellesmarkedet for første gang, vil som allerede nevnt, bli behandlet i pkt 5.3, og det vises her til den fremstillingen.

Det er et poeng å merke seg at det kun er forbud mot aktiv markedsføring og aktiv salgspolitikk som kan avtales mellom partene innenfor syvårs-perioden. Utøvelsen av passiv markedsføring og passiv salgspolitikk kan det således aldri avtales begrensninger i. Det vises til grensen mellom aktivt og passivt salg som det er redegjort for under pkt 4.4.6. På bakgrunn av dette er det kun den direkte salgskontakten og den spesifikke markedsføringen rettet mot andre parters markedsområder som parten kan begrense i medhold av forordningen. Den generelle markedsføringen kan således ikke partene under noen omstendighet begrense etter forordningen.

4.4.9 Avskjæring av partenes meddelelsesadgang til tredjemann

Litra h regulerer partenes adgang til å ”afskære parterne fra at meddele lisenser til trejemand på fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftalemetoderne”, i tråd med gruppefritaket.

Som en konsekvens av at parten kan spesialisere samarbeidet mellom seg,⁵² er det en naturlig konsekvens at partene skal ha anledning til å avtale at de øvrige partene, som ikke skal stå for den faktiske utførelsen av utnyttelsen, ikke skal ha anledning til å meddele lisenser på utnyttelsen til tredjemenn. Art 5.1 h fastslår på den andre siden at hvis den part som har fått i oppdrag å utnytte resultatene faktisk ikke foretar en slik utnyttelse, så må avtalen tillate de øvrige partene å meddele lisenser på utnyttelsen til tredjemann, for at samarbeidet skal kunne falle inn under gruppefritaksforordningen. Likeledes må partene stå helt fritt til å meddele lisenser når F&U-samarbeidet ikke inneholder noen bestemmelse om at minst en av partene skal utnytte resultatene.

⁵² Jfr art 2.1 nr 11 c.

4.4.10 Salgsrestriksjoner i forhold til parallellimportører

Litra i forbyr at partene pålegges å ”nægte at etterkomme ordrer fra brugere eller forhandlere på deres respektive områder, som vil videresælge produktene i andre områder inden for fællesmarkedet. Formålet med bestemmelsen er å ivareta muligheten for parallellimport til andre områder av fellesmarkedet. Parallellimport er ønskelig fra fellesskapets side på grunn av at den forhindrer at intrabrand konkurransen svekkes. Med intrabrand konkurranse menes konkurransen innenfor ett bestemt merke. I relasjon til F&U-samarbeid vil dette si konkurransen om resultatet av F&U-samarbeidet, avtaleproduktene.

Konsekvensen av bestemmelsen er at samarbeidspartene er pliktig etter forordningen til å selge avtaleproduktet både innenfor sitt eget og samarbeidspartenes respektive områder, når det ikke foreligger noen annen legitim grunn for å nekte salg, enn at partene vil forhindre parallellimport.

4.4.11 Vanskeliggjøring av andre kjøpskanaler

Bestemmelsens litra j står i nær sammenheng med litra i. Her stilles det krav om at samarbeid ikke må ha som formål å vanskeliggjøre salget for parallelle kjøpskanaler. Til forskjell fra litra i skal denne bestemmelsen sikre import og eksport av avtaleproduktene mellom *partenes eksklusive områder* innenfor det totale samarbeidsområdet, mens litra i som nevnt kun ivaretar adgangen til å parallellimportere til andre områder av fellesmarkedet.

4.4.12 Restriksjoner som likevel ikke hindrer fritak

Forordningens art 5.2 kommer med noen presiseringer som innskrenker anvendelsen av art 5.1. Presiseringene kan ses på som en naturlig konsekvens av forordningens anvendelsesområde, og øvrige vilkår for fritak.

Som en følge av at samarbeidet om utnyttelsen av resultatene kan ta form av felles produksjon, følger det av bestemmelsens litra a, at ”fastsettelse av produksjonsmål” er forenlig med fritak etter forordningen. Tilsvarende kan et samarbeid om utnyttelsen ta form av felles distribusjon slik at ”fastsettelse af salgsmål og priser til direkte kunder” heller ikke utelukker fritak etter forordningen. Som det har vært inne på i pkt 4.4.5, må det bemerkes at siden forordningen må forstås slik at rekkevidden av

fritaket også strekker seg til felles salg,⁵³ så er det en naturlig konsekvens at heller ikke salgsmål og priser overfor de endelige konsumentene kan rammes av art 5.1, i den grad det faktisk foreligger et samarbeid om felles salg.

⁵³ Jfr drøftelsen i pkt 3.3.

5 Fritakets lengde

5.1 Innledning

Fritakets lengde er i hovedsak hjemlet i art 4. Art 6 supplerer imidlertid art 4.3 vedrørende fritakets løpetid etter utløpet av den opprinnelige fritaksperiode.

Når de deltakende virksomhetene er konkurrerende virksomheter er det et poeng å merke seg at art 4.2 fastslår at fritaket gjelder ”etter artikkel 1, kun i den i stk. 1 omhandlede periode, såfremt de deltagende virksomheder *på tidspunktet for forsknings- og utviklingsaftalens inngåelse* ikke til sammen har en markedsandel på over 25 %..”⁵⁴ Ut fra denne passus i ordlyden, kan man slutte at det er uten betydning for fritakets lengde om de konkurrerende partene senere skulle komme til å få en samlet markedsandel over 25 %.⁵⁵ På bakgrunn av dette gis fritaket for et likt tidspunkt uavhengig av om partene er konkurrenter eller ikke-konkurrenter, så lenge vilkårene for fritak forøvrig er oppfylt.⁵⁶ Det må presiseres at partenes senere oppnådde markedsandel, får betydning for om fritaket kan fortsette å gjelde etter den opprinnelige fritaksperioden, uavhengig av om partene er konkurrenter eller ikke-konkurrenter. Spørsmålene vedrørende denne problemstillingen skal behandles i pkt. 5.1.4.

På bakgrunn av at vilkårene i art 3 og art 5 må være oppfylt gjennom hele F&U-samarbeidet, er det et poeng å merke seg at dette indirekte får konsekvenser for fritakets lengde. Hvis et samarbeid etter en stund ikke oppfyller de kriteriene som stilles i disse bestemmelsene, resulterer dette i at samarbeidet overhodet ikke omfattes av gruppefritaket. Størst praktisk betydning vil dette ha for samarbeid som også omfatter utnyttelsesfasen, da vilkårene i art 3 og art 5 i størst grad retter seg mot nettopp denne fasen.

⁵⁴ Min utheving.

⁵⁵ Denne tolkningen støttes av retningslinjene, jfr pkt 72 til 74.

⁵⁶ Furse (Furse 2002) synes å legge til grunn et annet synspunkt, jfr s. 165.

Den sentrale sontringen i forhold til lengden av fritaket må gjøres mellom samarbeid som kun omfatter F&U-fasen, og samarbeid som både omfatter F&U-fasen og utnyttelsesfasen.

5.2 Fritakets lengde ved kun samarbeid om F&U

Når det gjelder samarbeid som kun omfatter F&U-fasen, følger det av art 4.1 sammenholdt med art 4.2, at de deltakende virksomhetene får fritak ”så lenge forsknings- og utviklingsarbeidet gjennomføres”.

Det må spørres om forordningen må forstås slik at denne passus innebærer at fritaket fortsetter å løpe ubetinget så lenge F&U-samarbeidet varer, helt uavhengig av hvor sterk partenes markedsposisjon eventuelt skulle bli som følge av innovasjonen. Denne problemstillingen er av avgjørende betydning. Løper fritaket ubetinget så lenge samarbeidet varer, innebærer det at et samarbeid om F&U kun kan stoppes ved en tilbakekallelse etter forordningens art 7.

Problemet er at en slik tolkning vil kunne føre til uheldige virkninger, sett i forhold til målsettingen om å beskytte konkurransen om innovasjonen. En vellykket innovasjon kan etter omstendighetene sette samarbeidspartene i en svært sterk posisjon på markedet, som helt utelukker andre F&U-samarbeid. Dette vil igjen skape svært uheldige virkninger for konkurransen. Gode grunner kan derfor tale for at det i forhold til fritakets lengde, bør innfortolkes et krav om maksimum markedsandel også der samarbeidet kun omfatter F&U.

Ordlyden taler imidlertid etter en naturlig språklig forståelse klart for at fritaket vil fortsette å løpe ubetinget så lenge F&U-samarbeidet måtte vare, uavhengig av partenes posisjon på markedet. Videre støtter retningslinjen i pkt 73 den tolkning som ordlyden gir henvisning på. På bakgrunn av den klare ordlyden som har støtte i retningslinjene, må det legges til grunn at et F&U-samarbeid får fritak etter forordningen så lenge samarbeidet måtte eksistere.

5.3 Fritakets lengde ved samarbeid om både F&U og utnyttelse

Når et F&U-samarbeid i tillegg omfatter felles utnyttelse av resultatene, følger det av art 4.1 at fritaket fortsetter å gjelde i ”syv år fra den dato, hvor avfaleproduktene første gang markedsføres på fellesmarkedet”. Fortalen pkt 16 begrunner denne utvidelsen av fritaket i utnyttelsesperioden med at partenes markedsandel skal få

anledning til å stabilisere seg, samtidig som at partene sikres en vis avskrivningsperiode for deres investeringer. En vellykket F&U vil naturlig lede til at partene oppnår store markedsandeler i begynnelsen. Man bør imidlertid være oppmerksom på at en sterk markedsstilling i slike situasjoner normalt ikke medfører utelukkelse av konkurransen.⁵⁷ Et poeng her er også at F&U-samarbeidet kan ha skapt et helt nytt marked, som naturlig vil medføre en sterk markedsposisjon for samarbeidspartene, samtidig som denne innovative virkningen regnes som svært positiv fra fellesskapets side. Den forlengede fritaksperioden bidrar med dette til å legge forholdene til rette for et klima som motiverer markedsaktørene til å satse på F&U.

Det avgjørende spørsmålet blir å kartlegge når et produkt kan sies å bli markedsført på fellesmarkedet. Begrepet markedsføring er definert i pkt 3.3, og omhandler hele den prosess hvor en ide settes ut i livet, distribueres og legges ut for salg til de endelige konsumentene. Her står begrepet imidlertid knyttet opp til en spesiell kontekst, ”markedsføring på fællesmarkedet”. Det er ikke helt klart når avtaleproduktene kan sies å bli markedsført på fellesmarkedet. Den engelske versjonen av forordningen opererer her med en klarere ordlyd. ”..the exemption shall continue to apply for seven years from the time the contract products are *first put on the market within the common market*.”⁵⁸

Det må på bakgrunn av dette må det legges til grunn at det er den siste delen av markedsføringen Kommisjonen har ment å legge til grunn. Beregningen av syvårsperioden bør derfor ta utgangspunkt i det tidspunkt avtaleproduktene eller avtalemetodene blir lagt ut for salg på fellesmarkedet. Konsekvensen er at samarbeid som også omfatter utnyttelsesfasen, i utgangspunktet får fritak i syv år etter at avtaleproduktene eller avtalemetodene ble lagt ut for salg på fellesmarkedet.

5.4 Forlengelse av fritaket etter den ordinære fritaksperioden

Det følger av art 4.3 at fritaket vil fortsette å løpe etter utløpet av fritaksperioden i bestemmelsens første ledd, ”så lenge de deltagende virksomheder ikke tilsammen har en markedsandel på over 25 % på det relevante marked for aftaleprodukter”. Her er det et poeng å merke seg at det i forhold til art 4.2, både vil være snakk om et annet

⁵⁷ De samme synspunktene kommer til uttrykk i retningslinjene pkt. 73.

⁵⁸ Min uthevelse.

relevant marked og et annet vurderingstidspunkt. Her vil det nemlig ikke være snakk om et konkret vurderingstidspunkt. Så lenge syvårs-perioden er utløpt vil det kontinuerlig måtte vurderes om partene til sammen har over 25 % markedsandel på det relevante marked.

Videre definerer art 2.1 nr 13 markedet som, ”det eller de relevante produktmarkeder og geografiske marked(er), som aftaleproduktene tilhører”.

I denne siste bestemmelsen er det altså det relevante markedet for avtaleproduktene som markedsandelen skal regnes på bakgrunn av. Årsaken til dette er at det på dette tidspunktet vil være på det rene hva som har blitt resultatet av F&U-samarbeidet. Den sentrale forskjellen er i tillegg at det geografiske markedet skal tas med i avgrensningen av det relevante marked. Beregningen av markedsandelen følger forøvrig de prinsipper som kommer til uttrykk i art 6, jfr redegjørelsen under pkt 4.3.3.

I det øyeblikk partene oppnår over 25% markedsandel fortsetter fritaket å gjelde i en overgangsperiode. Det følger av art 6.2 at fritakelsen fortsetter å løpe i to kalenderår etter det år 25%-grensen første gang ble overskredet, så lenge partene ikke har overskredet 30% markedsandel. Får partene derimot over 30% markedsandel, fortsetter fritaket kun å løpe i et kalenderår etter at 30%-grensen ble overskredet, jfr art 6.3, men uansett slik at man sammenholdt med art 6.2 ikke overskrider to kalenderår, jfr art 6.4.

Et siste spørsmål kan utledes fra reglene om fritakets lengde. Som nevnt uttaler art 4.3 at, ”etter utløbet af den i stk 1 omhandlede periode” fortsetter fritaket å gjelde inntil partene oppnår over 25 % markedsandel. Spørsmålet er om denne passus innebærer at fritaket etter art 4.1 vil fortsette å løpe så lenge F&U-samarbeidet fremdeles pågår, selv om syvårs-perioden for fritak i utnyttelsesperioden har gått ut.

Det er trolig at Kommisjonen ikke har vært oppmerksom på denne problemstillingen. Som slått fast i pkt 5.1.2, er utgangspunktet at et samarbeid som kun strekker seg til F&U-fasen vil få fritak så lenge samarbeidet måtte vare. Følger man dette utgangspunktet vil fritaket fortsette å løpe for F&U-fasen, selv om fritaket for utnyttelsen er utgått. En ytterligere konsekvens vil være at der F&U-samarbeidet er inngått mellom ikke-konkurrenter, og fortsetter å vare etter de syv år fritak for utnyttelsesfasen, så vil kravet til markedsandel aldri kunne få noen betydning. I realiteten kan parten da oppnå en monopolsituasjon uten at fritaket automatisk

bortfaller. Gode grunner kan således tale mot at fritaket skal fortsette å løpe etter at fristen for utnyttelsen er gått ut.

På den andre siden er dette neppe en veldig praktisk problemstilling. Det ligger i F&U-samarbeidets natur at det i praksis ikke vil kunne strekke seg ut over en lengre periode. Den øvrige innovasjonen på markedet vil etter hvert gjøre et samarbeid utrangert, slik at partene vil bli tvunget til å tenke fornying. På denne måten vil det med tiden være naturlig å se på det fortsatte samarbeid som i realiteten et nytt F&U-samarbeid. Kommisjonen vil for øvrig alltid ha mulighet til å tilbakekalle fritaket etter art 7, hvis det skulle oppstå slike uvanlig situasjoner.

Det må derfor være naturlig å falle tilbake på den tolkning som ordlyden gir henvisning på, slik at fristen i slike situasjoner vil fortsette å løpe til F&U-samarbeidet er avsluttet.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

- Arnesen Arnesen, Finn, *Institusjoner og rettskildelære I EF og EØS, en introduksjon*, 1. utg., Finn Arnesen og Anneke Biesheuvel Borgli, Oslo, 1993.
- Bellamy Bellamy & Child, *European Community*, 5th ed, edited by P.M. Roth Q C, London, 2001.
- EU-karnov *EU-karnov 2001*, Jørgen Molde...[et al.]. 7. utg., København, 2001.
- Eøs-rett *EØS-rett*. Frederik Sejersted ... [et al.]. 1. utg., Oslo, 1995
- Furse Furse, Mark, *Competition Law of the UK and EC*, 3rd ed., Oxford, 2002
- Greaves Greaves, Rosa, *EC block exemption regulations*, 1th ed., Durham,1994.
- Hewitt Hewitt, Ian, *Joint Ventures*, 2nd ed., London, 2001.
- Jones Jones, Alison, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, 1th ed., Alison Jones og Brenda Sufrin, Oxford, 2001.
- Kolstad Kolstad, Olav, *Fra konkurransepolitikk til konkurranserett*, 1. utg. Oslo, 1998.
- Korah Korah, Valentine, *R & D and The EEC Competition Rules Regulation 418/85*, 1th ed., London, 1986.
- Whish Whish, Richard, *Competition Law*, 2nd ed., London, 1989.
- Whish Whish, Richard, *Competition Law*, 4th ed., London, 2001.

6.2 Artikler i tidsskrifter, årbøker, samleverk

- Griffiths Griffiths, Mark, *Modernising the treatment of horizontal agreements – an analysis of the Commission`s proposals*, Mark Griffiths og Sabina Nüesch, I European Competition Law Rewiew, vol. 21, 2000, side 452.
- Hjelmeng Hjelmeng, Erling, *Forsknings- og utviklingsavtaler under Roma-traktatens artikkel 85*, IUSEF, nr 23, 1997.

- Venit Venit, James S., *The Research and Development Block Exemption Regulation*, *European Law Review* 1985, s. 151.
- White White, Eric L., *Research and Development Joint Ventures Under EEC Competition Law*, IIC nr. 16 1985.

7 Lover m.m

7.1 Traktater

Traktaten Om Opprettelsen Af Det Europæiske Fællesskap, Roma 25. mars 1957.

Art 2

Art 3

Art 4

Art 81

Art 82

Art 163

Art 220

Art 249

7.2 Forordninger

- Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 av 16 desember 2002 om gjennomførelsen af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82.

- Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 af 29 november 2000 om anvendelse af traktatens artikkel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og utviklingsaftaler.

- Kommissionens forordning (EF) nr. 2658/2000 af 29 november 2000 om anvendelse af traktatens artkel 81, stk. 3, på kategorier af spesialiseringsaftaler.

- Kommissionens forordning (EOEF) nr. 418/85 af 19. december 1984 om anvendelse af traktatens artikkel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler vedrørende forskning og utvikling.

- Kommissionens forordning (EOEF) nr. 151/92 af 23. december 1992 om aendring af forordning (EOEF) nr. 417/85, (EOEF) nr. 418/85, (EOEF) nr. 2349/84 og (EOEF) nr. 556/89 vedroerende anvendelsen af Traktatens artikkel 85, stk. 3, paa kategorier af

specialiseringsaftaler, aftaler om forskning og udvikling, patentlicensaftaler og knowhow-licensaftaler.

7.3 Retningslinjer, meddelelser m.m

- Kommisjonens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, (2001/C 3/02).

- Kommisjonens meddelelse. Retningslinjer for vertikale begrænsninger. (2000/C 291/01).

- Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997).

- Kommisjonens “Green paper on innovation”, (COM (1995) 688).

- Commission notice of 18 December 1978 concerning its assessment of certain subcontracting agreements in relation to Article 85 (1) of the EEC Treaty. Official Journal of the European Communities no. C ½.

- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Innovation policy: updating the Union`s approach in the context of the Lisbon strategy. COM/2003/0112.

- XXX Beretning om Konkurrencepolitikken, Brussel, Luksenburg, 2000.

- The 14th report of The Competition Policy, Brussel, Luksenburg, 1985.

7.4 Forarbejder

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) Konkurranseloven / EØS-konkurranseloven

8 Kommisjonsavgjørelser

- KSB/Goulds/Lowara/ITT.

Official Journal L 019 25/01/91

- NCB/CEGB/NSF

EF-Bull 5/85

Vedlegg

Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000

af 29. november 2000

om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler

(EØS-relevant tekst)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR -

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, under henvisning til Rådets forordning (EØF) nr. 2821/71 af 20. december 1971 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis(1), senest ændret ved akten vedrørende Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse, særlig artikel 1, stk. 1, litra b), under henvisning til offentliggørelsen af udkastet til forordning(2), efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og ud fra følgende betragtninger:

(1) Kommissionen kan i henhold til forordning (EØF) nr. 2821/71 ved forordning anvende traktatens artikel 81, stk. 3 (tidligere artikel 85, stk. 3), på visse af de af artikel 81, stk. 1, omfattede kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, hvis indhold går ud på forskning og udvikling af produkter eller fremgangsmåder, indtil disse har nået stadiet for industriel anvendelse, og udnyttelse af resultaterne, heri indbefattet bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder.

(2) I henhold til traktatens artikel 163, stk. 2, skal Fællesskabet opmuntre virksomheder, herunder små og mellemstore virksomheder, i deres indsats for forskning og teknologisk udvikling af høj kvalitet og støtte deres samarbejdsbestræbelser. I henhold til Rådets afgørelse 1999/65/EF af 22. december 1998 om regler for virksomheders, forskningscentres og universiteters deltagelse i forskning samt regler for formidling af forskningsresultater med henblik på gennemførelse af De Europæiske Fællesskabers femte rammeprogram (1998-2002)(3) og Kommissionens forordning (EF) nr. 996/1999(4) om gennemførelse af afgørelse 1999/65/EF skal der samarbejdes om gennemførelsen af indirekte forsknings- og teknologiudviklingsaktioner, hvortil der ydes støtte under Fællesskabets femte rammeprogram.

(3) Aftaler om fælles gennemførelse af forskningsarbejde eller fælles udvikling af forskningsresultaterne indtil, men ikke omfattende, en industriel udnyttelse falder generelt ikke ind under traktatens artikel 81, stk. 1. Under visse omstændigheder, bl.a. når aftaleparterne aftaler ikke at udføre andet forsknings- og udviklingsarbejde på samme område, således at en part afskæres fra at opnå konkurrencefordele frem for de andre parter, kan sådanne aftaler dog være omfattet af artikel 81, stk. 1, og de bør derfor være omfattet af denne forordning.

(4) Med hjemmel i forordning (EØF) nr. 2821/71 har Kommissionen bl.a. vedtaget forordning (EØF) nr. 418/85 af 19. december 1984 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler vedrørende forskning og udvikling(5), senest ændret ved forordning (EF) nr. 2236/97(6). Forordning (EØF) nr. 418/85 udløber den 31. december 2000.

(5) En ny forordning må både sikre en effektiv beskyttelse af konkurrencen og give virksomhederne tilstrækkelig retssikkerhed. Ved virkeliggørelsen af disse mål bør der tages hensyn til behovet for at forenkle den administrative kontrol og lovgivningsrammerne i videst mulige omfang. For forsknings- og udviklingsaftaler mellem parter, der ikke når op over en vis, nærmere fastsat markedsstyrke, kan det med hensyn til anvendelsen af artikel 81, stk. 3, generelt antages, at deres positive virkninger vil opveje enhver negativ indvirkning på konkurrencen.

(6) I henhold til forordning (EØF) nr. 2821/71 skal den af Kommissionen vedtagne fritagelsesforordning fastlægge, hvilke typer aftaler, vedtagelser og samordnet praksis den finder anvendelse på, angive, hvilke begrænsninger eller bestemmelser der må eller ikke må optræde i disse aftaler eller vedtagelser eller denne samordnede praksis, og fastsætte, hvilke klausuler disse aftaler eller vedtagelser eller denne samordnede praksis skal indeholde, eller hvilke øvrige betingelser de skal opfylde.

(7) Det er hensigtsmæssigt at opgive den hidtidige fremgangsmåde med at opregne, hvilke aftalebestemmelser der er omfattet af fritagelsen, og i stedet lægge større vægt på at fastlægge, hvilke kategorier af aftaler der er fritaget, når en nærmere fastsat grænse for markedsstyrke ikke er overskredet, og hvilke begrænsninger eller bestemmelser sådanne aftaler ikke må indeholde. Dette stemmer overens med en økonomisk baseret fremgangsmåde med vurdering af aftalernes virkninger på det relevante marked.

(8) Ved anvendelsen af artikel 81, stk. 3, ved forordning er det ikke nødvendigt at fastslå, hvilke aftaler der kan falde ind under artikel 81, stk. 1. Ved en individuel

bedømmelse af aftaler i henhold til artikel 81, stk. 1, skal der tages hensyn til en række faktorer, navnlig markedsstrukturen på det relevante marked.

(9) Gruppefritagelsen bør begrænses til aftaler, der med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3.

(10) Samarbejde om forskning og udvikling samt om udnyttelse af resultaterne bidrager generelt til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling ved at øge udvekslingen af knowhow mellem aftaleparterne, hindre dobbeltarbejde inden for forskning og udvikling, fremme udvekslingen af supplerende knowhow med de deraf følgende fordele og muliggøre en rationel produktion eller udnyttelse af de produkter eller metoder, der er resultatet af forsknings- og udviklingsarbejdet.

(11) Fælles udnyttelse af resultaterne kan betragtes som en naturlig konsekvens af det i fællesskab udførte forsknings- og udviklingsarbejde. En sådan udnyttelse kan antage forskellige former, såsom produktion, udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, som i væsentlig grad bidrager til den tekniske og økonomiske udvikling, eller markedsføring af nye produkter.

(12) En øget og mere effektiv forskning og udvikling vil normalt komme forbrugerne til gode ved at resultere i nye eller forbedrede produkter og tjenester eller i lavere priser som følge af nye og forbedrede produktionsmetoder.

(13) For at opnå fordelene ved og virkeliggøre målene for fælles forskning og udvikling bør denne forordning også kunne finde anvendelse på bestemmelser i forsknings- og udviklingsaftaler, der ikke udgør det primære formål med disse aftaler, men som er direkte knyttet til og nødvendige for deres gennemførelse.

(14) For at retfærdiggøre fritagelsen bør den fælles udnyttelse angå produkter eller fremstillingsmetoder, hvortil det er afgørende nødvendigt at kunne udnytte resultaterne af forsknings- og udviklingsarbejdet, og hver af de deltagende virksomheder bør have mulighed for at udnytte ethvert resultat, den måtte ønske. Når universiteter, forskningsinstitutter eller virksomheder, der leverer forskning og udvikling på et kommercielt grundlag, men normalt ikke beskæftiger sig med udnyttelse af resultaterne, deltager i denne forskning og udvikling, bør de kunne aftale udelukkende at udnytte forsknings- og udviklingsresultaterne til yderligere forskning. For at fremme samarbejde mellem parter med komplementære færdigheder bør ikke-konkurrerende virksomheder tilsvarende kunne aftale at begrænse deres udnyttelsesret til et eller flere tekniske anvendelsesområder.

(15) Fritagelsen efter denne forordning bør kun omfatte aftaler om forskning og udvikling, der ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de berørte varer eller tjenesteydelser. Aftaler mellem konkurrenter, der på markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som kan blive forbedret eller erstattet ved hjælp af disse forsknings- og udviklingsresultater, på tidspunktet for aftalens indgåelse tilsammen har en markedsandel, der overstiger en nærmere fastsat grænse, bør udelukkes fra gruppefritagelsen.

(16) For at sikre en effektiv konkurrence i perioden med fælles udnyttelse af resultaterne, bør det fastsættes, at gruppefritagelsen ikke længere finder anvendelse, dersom aftaleparterne for de produkter, der er et resultat af det fælles forsknings- og udviklingsarbejde, tilsammen får en markedsandel, der overstiger en vis grænse. Fritagelsen bør - uanset aftaleparternes markedsandele inden for de pågældende produkter - fortsat gælde i en vis periode efter påbegyndelsen af den fælles udnyttelse af resultaterne, således at aftaleparternes markedsandele kan nå at stabilisere sig efter introduktionen af et måske helt nyt produkt, og således at de sikres en vis afskrivningsperiode for deres investeringer.

(17) Denne forordning bør ikke føre til fritagelse af aftaler, der indeholder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at opnå ovennævnte positive virkninger. Visse alvorlige konkurrencebegrænsninger, såsom begrænsninger i parternes frie adgang til at gennemføre forskning og udvikling på områder uden forbindelse med aftalen, fastsættelse af priser over for tredjemand, begrænsning af produktion eller salg, opdeling af markeder eller kunder eller begrænsninger i adgangen til passivt salg af aftaleprodukterne på de andre parters områder, bør principielt være udelukket fra at kunne falde ind under gruppefritagelsen efter denne forordning, uanset størrelsen af de deltagende virksomheders markedsandel.

(18) Markedsandelstærsklen, undtagelsen fra fritagelsen af visse aftaler og de betingelser, der fastsættes i forordningen, sikrer normalt, at aftaler, der er omfattet af gruppefritagelsen, ikke giver de deltagende virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter eller tjenester.

(19) I konkrete tilfælde, hvor aftaler, der falder ind under denne forordning, alligevel har virkninger, der er uforenelige med traktatens artikel 81, stk. 3, bør Kommissionen kunne tilbagekalde gruppefritagelsen.

(20) Aftaler mellem virksomheder, der ikke er indbyrdes konkurrerende producenter af

produkter, som vil kunne blive forbedret eller erstattet som følge af resultaterne af forsknings- og udviklingsarbejdet, vil kun under ekstraordinære omstændigheder kunne udelukke den effektive konkurrence. Sådanne aftaler bør derfor kunne falde ind under gruppefritagelsen uanset markedsandelen, og der bør åbnes mulighed for at forholde sig til sådanne ekstraordinære tilfælde ved at tilbagekalde fritagelsen efter denne forordning.

(21) Aftaler om forskning og udvikling er ofte af langvarig karakter, navnlig når der er tale om samarbejde, der også omfatter udnyttelse af resultaterne, og denne forordnings gyldighedsperiode bør derfor fastsættes til ti år.

(22) Denne forordning berører ikke anvendelsen af traktatens artikel 82.

(23) I overensstemmelse med princippet om fællesskabsrettens forrang bør ingen foranstaltning truffet på grundlag af nationale konkurrenceregler være til skade for den ensartede anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler inden for hele fællesmarkedet eller for den fulde virkning af enhver foranstaltning truffet til gennemførelse heraf, herunder nærværende forordning -

UDSTEDT FØLGENDE FORORDNING:

Artikel 1

Fritagelse

1. I henhold til artikel 81, stk. 3, og på de i denne forordning fastsatte betingelser erklæres traktatens artikel 81, stk. 1, herved uanvendelig på aftaler mellem to eller flere virksomheder (herefter benævnt "parterne") om de vilkår, hvorpå disse virksomheder gennemfører:

a) fælles forskning i og udvikling af produkter eller produktionsmetoder og fælles udnyttelse af resultaterne af denne forskning og udvikling, eller

b) fælles udnyttelse af resultaterne af forskning i og udvikling af produkter eller produktionsmetoder, der er gennemført i fællesskab i henhold til en mellem samme parter tidligere indgået aftale, eller

c) fælles forskning i og udvikling af produkter eller produktionsmetoder uden fælles udnyttelse af resultaterne.

Denne fritagelse finder anvendelse, for så vidt som disse aftaler (herefter benævnt "forsknings- og udviklingsaftaler") indeholder konkurrencebegrænsninger, der falder ind under artikel 81, stk. 1.

2. Fritagelsen efter stk. 1 finder også anvendelse på bestemmelser i forsknings- og udviklingsaftaler, der ikke udgør hovedformålet med disse aftaler, men er direkte knyttet til og nødvendige for deres gennemførelse, bl.a. bestemmelser om, at parterne i aftalens løbetid ikke uafhængigt eller sammen med tredjeparter må gennemføre forskning og udvikling på det område, aftalen omhandler, eller på et område i nær tilknytning hertil.

Første afsnit gælder dog ikke for bestemmelser, der har samme formål som de konkurrencebegrænsninger, der er opregnet i artikel 5, stk. 1.

Artikel 2

Definitioner

I denne forordning forstås ved:

- 1) "aftale": en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis
- 2) "deltagende virksomheder": virksomheder, der er parter i forsknings- og udviklingsaftalen, og deres respektive forbundne virksomheder
- 3) "forbundne virksomheder":
 - a) virksomheder, hvori en af parterne i forsknings- og udviklingsaftalen direkte eller indirekte
 - i) kan udøve mere end halvdelen af stemmerettighederne, eller
 - ii) kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne af bestyrelsen, direktionen eller andre organer, som repræsenterer virksomheden i retlig henseende, eller
 - iii) har ret til at lede virksomhedens forretninger
 - b) virksomheder, der direkte eller indirekte har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser over en af parterne i forsknings- og udviklingsaftalen
 - c) virksomheder, hvori en af de i litra b) omhandlede virksomheder direkte eller indirekte har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser
 - d) virksomheder, hvori en af parterne i forsknings- og udviklingsaftalen sammen med en eller flere virksomheder, der er omhandlet i litra a), b) eller c), eller hvori to eller flere af disse virksomheder i fællesskab har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser
 - e) virksomheder, hvori de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser i fællesskab indehaves af:

- i) parter i forsknings- og udviklingsaftalen eller deres respektive forbundne virksomheder, som omhandlet i litra a)-d), eller
- ii) en eller flere parter i forsknings- og udviklingsaftalen eller en eller flere af deres forbundne virksomheder, som omhandlet i litra a)-d), og en eller flere tredjemænd
- 4) "forskning og udvikling": erhvervelse af knowhow om produkter eller produktionsmetoder og gennemførelse af teoretiske analyser, systematiske undersøgelser eller forsøg, herunder forsøgsproduktion, teknisk afprøvning af produkter eller metoder, etablering af de fornødne faciliteter og opnåelse af intellektuelle ejendomsrettigheder på resultaterne
- 5) "produkt": en vare og/eller tjeneste, herunder såvel mellemliggende produkter og/eller tjenester som færdige produkter og/eller tjenester
- 6) "aftalemetode": en teknologi eller produktionsmetode, der er opnået som resultat af fælles forskning og udvikling
- 7) "aftaleprodukt": et produkt, der er opnået som resultat af fælles forsknings- eller udviklingsarbejde eller fremstillet eller frembragt under anvendelse af aftalemetoden
- 8) "udnyttelse af resultaterne": fremstilling eller distribution af aftaleprodukterne, anvendelse af aftalemetoderne, overdragelse af eller meddelelse af licens på intellektuelle ejendomsrettigheder eller meddelelse af knowhow til brug for sådan fremstilling eller anvendelse
- 9) "intellektuelle ejendomsrettigheder": industrielle ejendomsrettigheder, copyright og beslægtede rettigheder
- 10) "knowhow": en samling ikke-patentbeskyttet praktisk information opnået gennem forsøg og afprøvning, der er hemmelig, væsentlig og identificeret; i denne forbindelse forstås ved "hemmelig", at denne knowhow ikke er almindeligt kendt eller lettilgængelig; ved "væsentlig" forstås, at den omfatter viden, der er nødvendig for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftalemetoden, og ved "identificeret" forstås, at den er beskrevet på en sådan måde, at det kan afgøres, om den opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne
- 11) "fælles forskning og udvikling" eller "fælles udnyttelse af resultaterne": når arbejdet i forbindelse hermed
 - a) udføres af et fælles forskerhold, en fælles enhed eller en fælles virksomhed
 - b) i fællesskab overlades til tredjemand, eller
 - c) fordeles mellem parterne, således at disse specialiserer sig i forskning, udvikling,

produktion eller distribution

12) "konkurrerende virksomhed": en virksomhed, der udbyder et produkt, der kan blive forbedret eller erstattet af aftaleproduktet (aktuel konkurrent), eller en virksomhed, der realistisk kan antages at ville foretage de yderligere investeringer eller afholde de yderligere omstillingsomkostninger, der er nødvendige for at komme ind på det relevante marked som reaktion på en mindre, men permanent stigning i de relative priser (potentiel konkurrent)

13) "det relevante marked for aftaleprodukterne": det eller de relevante produktmarkeder og geografiske marked(er), som aftaleprodukterne tilhører.

Artikel 3

Betingelser for fritagelse

1. Fritagelsen efter artikel 1 gælder på de betingelser, der fastsættes i stk. 2-5.
2. Alle parter skal have adgang til resultaterne af den fælles forskning og udvikling med henblik på yderligere forskning eller udnyttelse. Forskningsinstitutter, universiteter og virksomheder, der leverer forskning og udvikling på et kommercielt grundlag, men normalt ikke beskæftiger sig med udnyttelse af resultaterne, kan dog aftale kun at udnytte resultaterne til yderligere forskning.
3. Når forsknings- og udviklingsaftalen kun vedrører fælles forskning og udvikling, skal hver af parterne frit og uafhængigt kunne udnytte resultaterne af den fælles forskning og udvikling samt enhver knowhow, der fandtes forinden, og som måtte være nødvendig for en sådan udnyttelse, medmindre andet gælder i henhold til stk. 2. Denne udnyttelsesret kan begrænses til et eller flere tekniske anvendelsesområder, når parterne på tidspunktet for aftalens indgåelse ikke er konkurrerende virksomheder.
4. De resultater, der udnyttes i fællesskab, skal være beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder eller udgøre knowhow, som i væsentlig grad bidrager til den tekniske eller økonomiske udvikling, og disse resultater skal være af afgørende betydning for fremstillingen af aftaleprodukterne eller anvendelsen af aftalemetoderne.
5. Virksomheder, der i tilfælde af en specialisering mellem parterne har fået overdraget at fremstille produkter, skal være forpligtede til at efterkomme ordrer på leverancer fra alle parter, medmindre forsknings- og udviklingsaftalen også omfatter fælles distribution.

Artikel 4

Markedsandelstærskel og fritagelsens varighed

1. Er de deltagende virksomheder ikke konkurrerende virksomheder, gælder fritagelsen efter artikel 1, så længe forsknings- og udviklingsarbejdet gennemføres. I tilfælde af fælles udnyttelse af dets resultater fortsætter fritagelsen med at gælde i syv år fra den dato, hvor aftaleprodukterne første gang markedsføres på fællesmarkedet.
2. Er to eller flere af de deltagende virksomheder konkurrerende virksomheder, gælder fritagelsen efter artikel 1 kun i den i stk. 1 omhandlede periode, såfremt de deltagende virksomheder på tidspunktet for forsknings- og udviklingsaftalens indgåelse ikke tilsammen har en markedsandel på over 25 % på det relevante marked for de produkter, der kan blive forbedret eller erstattet af aftaleprodukterne.
3. Efter udløbet af den i stk. 1 omhandlede periode fortsætter fritagelsen med at gælde, så længe de deltagende virksomheder ikke tilsammen har en markedsandel på over 25 % på det relevante marked for aftaleprodukterne.

Artikel 5

Aftaler udelukket fra fritagelsen

1. Fritagelsen efter artikel 1 gælder ikke for forsknings- og udviklingsaftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål:
 - a) at begrænse de deltagende virksomheders frie adgang til at gennemføre forskning og udvikling uafhængigt eller i samarbejde med tredjemand på et område uden forbindelse med det område, forsknings- og udviklingsarbejdet omhandler, eller efter dettes afslutning på det område, det omhandler, eller på et beslægtet område
 - b) at afskære parterne fra efter gennemførelsen af forsknings- og udviklingsarbejdet at anfægte gyldigheden af intellektuelle ejendomsrettigheder, som aftaleparterne er i besiddelse af på fællesmarkedet, og som er relevante for forsknings- og udviklingsarbejdet, eller fra efter forsknings- og udviklingsaftalens udløb at anfægte gyldigheden af intellektuelle ejendomsrettigheder på resultater af den fælles forskning og udvikling, som aftaleparterne er i besiddelse af på fællesmarkedet; dette berører dog ikke muligheden for at aftale, at forsknings- og udviklingsaftalen ophører i tilfælde af, at en af parterne anfægter gyldigheden af sådanne intellektuelle ejendomsrettigheder
 - c) at begrænse produktion eller salg

- d) at fastsætte priser for salg af aftaleproduktet til tredjemand
- e) at pålægge parterne begrænsninger med hensyn til, hvilke kunder de må sælge til efter udløbet af en periode på syv år fra den første markedsføring af aftaleprodukterne på fællesmarkedet
- f) at afskære en part fra passivt salg af aftaleprodukter på de andre parters område
- g) at afskære parterne fra at markedsføre aftaleprodukterne eller føre en aktiv salgspolitik for dem på de andre aftaleparterers respektive områder inden for fællesmarkedet efter udløbet af en periode på syv år efter den første markedsføring af aftaleprodukterne på fællesmarkedet
- h) at afskære parterne fra at meddele licenser til tredjemand på fremstilling af aftaleprodukterne eller anvendelse af aftalemetoderne, når aftalen ikke indeholder bestemmelse om, at mindst en af parterne kan udnytte resultaterne af den fælles forskning og udvikling, eller når sådan udnyttelse ikke sker
- i) at pålægge parterne pligt til at nægte at efterkomme ordrer fra brugere eller forhandlere på deres respektive områder, som vil videresælge produkterne i andre områder inden for fællesmarkedet
- j) at pålægge parterne pligt til at vanskeliggøre brugeres eller forhandleres køb af aftaleprodukter hos andre forhandlere inden for fællesmarkedet, herunder navnlig til at gøre intellektuelle ejendomsrettigheder gældende eller træffe foranstaltninger med henblik på at vanskeliggøre enten brugeres eller forhandleres køb af produkter, der lovligt er bragt i handelen inden for Fællesskabet af en anden aftalepart eller med dennes samtykke, eller disses markedsføring af dem inden for fællesmarkedet.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse på:

- a) fastsættelse af produktionsmål, når udnyttelsen af resultaterne omfatter fælles produktion af aftaleprodukterne
- b) fastsættelse af salgsmål og priser over for direkte kunder, når udnyttelsen af resultaterne omfatter fælles distribution af aftaleprodukterne.

Artikel 6

Anvendelse af markedsandelstærsklerne

1. Ved anvendelsen af den i artikel 4 fastsatte markedsandelstærskel gælder følgende:

- a) Markedsandelen beregnes på grundlag af omsætningen på markedet; foreligger der ingen oplysninger om en deltagende virksomheds omsætning på markedet, kan dens

markedsandel fastlægges skønsmæssigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder de afsatte mængder.

b) Markedsandelen beregnes på grundlag af oplysninger vedrørende det foregående kalenderår.

c) Ved beregningen af markedsandele fordeles markedsandelen for virksomheder omhandlet i artikel 2, nr. 3, litra e), ligeligt mellem hver af de virksomheder, der har de i artikel 2, nr. 3, litra a), nævnte rettigheder og beføjelser.

2. Hvis den i artikel 4, stk. 3, fastsatte markedsandel indledningsvis ikke overstiger 25 %, men efterfølgende overskrider denne grænse uden dog at overstige 30 %, gælder fritagelsen efter artikel 1 fortsat i to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvor 25 %-grænsen første gang blev overskredet.

3. Hvis den i artikel 4, stk. 3, fastsatte markedsandel indledningsvis ikke overstiger 25 %, men efterfølgende overstiger 30 %, gælder fritagelsen efter artikel 1 fortsat i et kalenderår efter det år, hvor 30 %-grænsen første gang blev overskredet.

4. Anvendelsen af stk. 2 og 3 kan ikke kombineres med det resultat, at en periode på to kalenderår overskrides.

Artikel 7

Tilbagekaldelse

Kommissionen kan i medfør af artikel 7 i forordning (EØF) nr. 2821/71 tilbagekalde en fritagelse efter denne forordning, hvis den i et konkret tilfælde enten på eget initiativ eller på begæring af en medlemsstat eller en fysisk eller juridisk person, der kan påberåbe sig en berettiget interesse, konstaterer, at en forsknings- og udviklingsaftale, som er omfattet af fritagelsen efter artikel 1, alligevel har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, og navnlig når

a) forsknings- og udviklingsaftalen i væsentlig grad vanskeliggør tredjemands gennemførelse af forskning og udvikling på det relevante område som følge af den begrænsede forskningskapacitet, der er til rådighed andetsteds

b) forsknings- og udviklingsaftalen som følge af den særlige struktur på udbudssiden i væsentlig grad vanskeliggør tredjemands adgang til markedet for aftaleprodukterne

c) aftaleparterne uden objektiv gyldig grund ikke udnytter resultaterne af den fælles forskning og udvikling

d) aftaleprodukterne ikke på hele fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er udsat

for effektiv konkurrence fra identiske produkter eller produkter, som på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål af brugerne anses for at svare dertil

e) den effektive konkurrence inden for forskning og udvikling på et bestemt marked vil blive udelukket som følge af forsknings- og udviklingsaftalen.

Artikel 8

Overgangsperiode

I perioden fra 1. januar 2001 til 30. juni 2002 finder forbuddet i traktatens artikel 81, stk. 1, ikke anvendelse på aftaler, der allerede var i kraft den 31. december 2000, som ikke opfylder betingelserne for fritagelse efter denne forordning, men som opfylder betingelserne for fritagelse efter forordning (EØF) nr. 418/85.

Artikel 9

Forordningens gyldighed

Denne forordning træder i kraft den 1. januar 2001.

Den udløber den 31. december 2010.

Denne forordning er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat.

Udfærdiget i Bruxelles, den 29. november 2000.

På Kommissionens vegne

Mario Monti

Medlem af Kommissionen

(1) EFT L 285 af 29.12.1971, s. 46.

(2) EFT C 118 af 27.4.2000, s. 3.

(3) EFT L 26 af 1.2.1999, s. 46.

(4) EFT L 122 af 12.5.1999, s. 9.

(5) EFT L 53 af 22.2.1985, s. 5.

(6) EFT L 306 af 11.11.1997, s. 12.