

Deutsche Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Konrad-Adenauer-Ufer 11 • RheinAtrium • 50668 Köln

Der Generalsekretär

European Commission
Directorate-General for Competition
Antitrust Registry
Ref.: HT. 1407
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
e-mail: office@grur.de
www.grur.de

Previously sent by mail to: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu
Cc to DG Enterprise and Industry by mail only: entr-standardisation-infodesk@ec.europa.eu

10. August 2010

Opinion

**of the German Association for the Protection of Intellectual
Property (GRUR) by its Special Committee on Antitrust Law**

**regarding the drafts of the new horizontal guidelines,
the new Research and Development Agreements Block
Exemption Regulation (EC) and the new Specialisation
Agreements Block Exemption Regulation (EC)**

The German Association for the Protection of Intellectual Property, *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz and Urheberrecht e.V.*, also known under its acronym "GRUR" is a recognised non-profit making scientific association of all practitioners and scientists active in the field of industrial property and copyright. According to its statutes, it has as its object the scientific further education and the development of industrial property and copyright and the support of the legislative organs and competent ministries and institutions in matters pertaining to industrial property and copyright in the European Union and in Germany.

The Association discussed the drafts of the new horizontal guidelines as well as the new Research and Development Agreements Block Exemption Regulation (EC) and the new Specialisation Agreements Block Exemption Regulation (EC) on 9 July 2010 in its Special Committee on Cartel Law and hereby complies with the Commission's request to deliver an opinion on these drafts.

I. General points

The Association attaches importance to the statement that the guidelines are not legislative measures, but the Commission's general principles for reviewing agreements of undertakings, decisions by associations of undertakings regarding horizontal co-operation in accordance with Art. 101 TFEU. Nevertheless, it was stated in the Special Committee that the guidelines develop an own legislative effect in that the courts and national cartel authorities are mostly oriented towards these in their decisions.

The Association requests the Commission to create "safe harbours" to a greater extent than has previously been the case, i.e. to define practices that are to be regarded as unobjectionable under cartel law. This could occur not least through further typical examples from the "white area". In its current wording, the draft of the horizontal guidelines mainly describes inadmissible practices and typical examples and is very reticent when it comes to describing the admissible practices. As the Commission correctly states in paragraph 2 of the draft of the horizontal guidelines, horizontal agreements can bring significant economic benefits. There is reason to fear that in view of the lack of statements on horizontal co-operation admissible under cartel law on the one hand and the necessity of the self-assessment of the application of Art. 101 and 102 TFEU by the undertaking on the other, economically beneficial co-operation frequently does not occur.

II. Exchange of information

The Association welcomes that with the statements in paragraph 54 et seq. of the guidelines the undertaking are to be given the terms on which they review the evaluation of the exchange of information under competition law. On the whole, however, the Commission's attitude towards an exchange of information appears too negative to the Association; too little attention is paid to the Commission's correct statement on the frequent pro-competitive effect of an exchange of information in paragraph 58 in the cartel law assessment in paragraph 60 et seq. The structure of the market in which companies exchange information, and the number and significance of these undertakings, are just as relevant for the classification whether the specific exchange of information has pro-competitive or anti-competitive effects as the consideration of a market power of the countervailing market power of the companies involved in the exchange of information; both aspects must be included in the competition law assessment. However, in the guidelines it is only stated when a breach of Art. 101 TFEU can occur, but not when this is not the case (due to pro-competitive effects). Inasmuch, here too, the Association refers to the aspect of the absence of statements on "safe harbours" already addressed above. In this connection, statements about the extent to which an exchange of information through business associations is admissible would also be de-

sirable. Especially in this area, there is great legal uncertainty in companies and associations.

The definition of the "public information" contained in paragraph 82, which is supposed to be largely oriented to a cost-free access to the information still appears problematic to the Association. Market data is partly only transferred in the exchange systems in exchange for the fees required for covering the costs, to some extent they are also sold to anybody by third-party companies specialized in compiling such data (even on a daily basis); it is then still accessible to anybody (even if a fee is required). Market data is partly only transferred in the exchange systems in exchange for the fees required for covering the costs, but is in principle accessible to anybody. It should be stated clearly that the underlying principle is not the cost-free, but a transparent, non-discriminatory access.

In paragraph 85 it should be stated clearly that the exchange of genuine aggregated data is in principle not anti-competitive and can only lead to collusion in exceptional cases.

III. Relationship between innovation and competition (norms)

The Association welcomes the Commission's basically positive attitude to norms and standards. However, the question arises whether the problems of the norms are correctly located in horizontal guidelines for Art. 101 TFEU. As is also made clear from the statements by the Commission, the competition law problems frequently do not result from the process of the agreement of norms and standards, but from the exercise of a position of power by a single company, which in principle must be assessed as a unilateral measure. On the other hand, the Commission's efforts are clearly to anticipate the control of such unilateral abusive practices under cartel law in the area of the agreements of norms; but such an expansion of the control of abuses is not justified. Independently of the legal classification, in the view of the Association, the risks of abuse feared by the Commission cannot be adequately prevented either by Art. 101 TFEU or by Art. 102 TFEU. On the one hand, this is based on the fact that in standards organisations dependent on membership a strict regime of participation by all parties involved and complete transparency of property rights and licence practices cannot be enforced effectively by the organisation, which also does not have effective sanctions for this. On the other hand, neither the cases in which patents in need of standardisation appertain to the standardisation of companies not involved, nor the cases in which the grant of a licence is refused or property rights to enforce complex or excessive licence claims are asserted are covered by this means. This is irrespective of the existence of a FRAND declaration. The decision by the German Federal Court of Justice "Orange Book Standard" has shown what head start in enforcement the patent holder can exploit; in the Netherlands, patent infringe-

ment courts evidently in principle reject the objection under cartel law (Rechtbank te's-Gravenhage of 17 March 2010, Philips/SK Kassetten GmbH).

A further question arises: how can standards organisations guarantee compliance with the obligations transferred to them by the members? FRAND declarations are made to the standards organisations, but the licensee (users of the norm) must be able to rely on them. How is that to be enforceable within the scope of Art. 101 TFEU? As soon as the decision on the standard has been made, the cartel is implemented; the party involved in the decision is now only acting unilaterally if it refuses to grant the licence or brings an action based on the patent. Here too, it is again shown that this mainly a problem of Art. 102 than of Art. 101 TFEU.

The possibility of the prior disclosure of the most restrictive licence conditions addressed in paragraph 287 of the draft guidelines leads to significant practical difficulties, especially in the areas of telecommunications and information technology. The standards in these areas are characterised by a large number of standard-relevant patents as well as by the fact that the standardisation process evolves continuously. The holder of patents essential for the standard can thus be induced into making particularly high demands as the most restrictive licence conditions, which can endanger a successful standardisation under conditions in line with the market. It appears more important in this connection that the holders of the patents relevant to the standard indicate the admissible overall burden from their perspective that is incurred by the users of the future standard during the licensing of all patents relevant to the standard.

In addition, it is not sufficiently clear from the draft of the guidelines what kind of norms that guidelines relate to. The standardisation in accordance with the generally acknowledged state-of-the-art, which is accessible to anybody anyway, generally does not raise any particular problems and has for a long time been very well perceived by the recognised standards organisations (in Germany DIN and VDE). In contrast, problems occur in the area of innovative norms, in particular in compatibility norms for interfaces in system technologies, and here, if the technical teaching of the norm corresponds in whole or in part with the technical teaching of intellectual property rights. In other respects, standardisation is carried out by very different organisations for very different purposes. Thus, accessibility to everybody is not always intended and necessary, for example in club projects with a joint R&D character. In addition, it should be borne in mind that parties involved in standardisation do not necessarily have to be competitors and the access problems frequently arise in the vertical line (technology companies /producers).

In view of the numerous specific problems in this area and the conflict situation of Art. 101 and 102 TFEU, the problems of the norms should be removed from the horizontal guidelines and be dealt with in a separate guideline, which addresses all problems.

IV. R&D Agreements Block Exemption Regulation (EC) and Specialisation Agreements Block Exemption Regulation (EC)

The Association welcomes the further clarifications that the Commission has carried out in the drafts of both block exemption regulations. However, it would be desirable to express more clearly the relationship between the horizontal guidelines and the block exemption regulations. The concept of the "most upstream indispensable building block" proposed in paragraph 13 of the guideline entails numerous problems for the undertaking during the self-assessment of the admissibility under competition law, if it is not worded more clearly and illustrated by a series of examples. Thus, it remains unresolved for example whether in complex contracts the "safe harbours" of the "most upstream indispensable building block" also apply to the other contractual elements (this does not ensue clearly from paragraph 14). This problem also arises in the question as to what market-share thresholds apply. According to paragraph 203 of the guideline a market-share threshold of 15% apply in the case of purchasing agreements, likewise under paragraph 235 for commercialisation agreements. Under Art. 3 of the Specialisation Agreements Block Exemption Regulation (EC), a market-share threshold for the exemption lies at 20%, in the Commission's press release of 4 May 2010, the introduction of a second market-share threshold for specialisation agreements was announced. In Art. 4 of the R&D Agreements Block Exemption Regulation (EC), the market-share threshold for research and development agreements lies at 25%. Also beyond the resulting uncertainties, a standardisation of these different market-share thresholds would be desirable in order to simplify the application of the horizontal guidelines and the R&D Agreements Block Exemption Regulation (EC) and Specialisation Agreements Block Exemption Regulation (EC) for the companies.



Dr. Kunz-Hallstein
President



Dr. Loschelder
Secretary General



Deutsche Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Konrad-Adenauer-Ufer 11 • RheinAtrium • 50668 Köln

Der Generalsekretär

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Antitrust Registry
Ref.: HT.1407
1049 Brüssel
BELGIEN

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
e-mail: office@grur.de
www.grur.de

Vorab per E-Mail an: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

10. August 2010

Cc nur per E-Mail an GD Unternehmen & Industry: entr-standardisation-infodesk@ec.europa.eu

Stellungnahme

**der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und
Urheberrecht (GRUR) durch den Fachausschuss für Kartellrecht**

**zu den Entwürfen der neuen Horizontal-Leitlinien,
der neuen Forschungs- und Entwicklungs-GVO und der neuen
Spezialisierungs-GVO**

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung aller auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts einschließlich des Wettbewerbsrechts tätigen Praktiker und Wissenschaftler. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts sowie die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums in der Europäischen Union und in Deutschland.

Die Vereinigung hat die Entwürfe der neuen Horizontal-Leitlinien sowie der neuen Forschungs- und Entwicklungs-GVO und der neuen Spezialisierungs-GVO am 9. Juli 2010 in ihrem Fachausschuss für Kartellrecht beraten und kommt hiermit der Aufforderung der Kommission nach, zu diesen Entwürfen Stellung zu nehmen.

I. Allgemeines

Die Vereinigung legt Wert auf die Feststellung, dass es sich bei den Leitlinien nicht um legislative Maßnahmen, sondern um die Grundsätze der Kommission für die Prüfung von Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen über horizontale Zusammenarbeit nach Art. 101 AEUV handelt. Gleichwohl wurde im Fachausschuss festgestellt, dass die Leitlinien eine eigene legislative Wirkung dadurch entfalten, dass sich Gerichte und nationale Kartellbehörden bei ihren Entscheidungen weitgehend an ihnen orientieren.

Die Vereinigung bittet die Kommission, in größerem Umfang als bisher geschehen, „safe harbours“ zu schaffen, also Verhaltensweisen zu definieren, die als kartellrechtlich unbedenklich anzusehen sind. Das könnte nicht zuletzt durch weitere Beispielfälle aus dem „weißen Bereich“ geschehen. In seiner gegenwärtigen Fassung beschreibt der Entwurf der horizontalen Leitlinien weitgehend unzulässige Verhaltensweisen und Beispielfälle und hält sich bei der Beschreibung zulässigen Verhaltens sehr zurück. Wie die Kommission in Textziffer 2 des Entwurfs der horizontalen Leitlinien zutreffend zum Ausdruck bringt, können horizontale Vereinbarungen erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen. Es ist zu befürchten, dass angesichts der zu wenigen Aussagen zu kartellrechtlich zulässiger horizontaler Zusammenarbeit einerseits und der Notwendigkeit der Selbsteinschätzung der Anwendbarkeit der Art. 101 und 102 AEUV durch die Unternehmen andererseits eine wirtschaftlich nutzbringende Zusammenarbeit vielfach unterbleibt.

II. Informationsaustausch

Die Vereinigung begrüßt es, dass mit den Ausführungen in Textziffer 54 ff. der Leitlinien den Unternehmen Prüfungsmaßstäbe für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Informationsaustausches an die Hand gegeben werden sollen. Insgesamt erscheint der Vereinigung die Einstellung der Kommission gegenüber einem Informationsaustausch jedoch zu negativ; die zutreffende Aussage der Kommission in Textziffer 58 zur häufig wettbewerbsfördernden Wirkung eines Informationsaustausches wird bei der kartellrechtlichen Würdigung in Textziffer 60 ff. zu wenig berücksichtigt. Die Struktur des Marktes, auf dem Unternehmen Informationen austauschen, und Anzahl und Bedeutung dieser Unternehmen sind für die Einordnung, ob der konkrete Informationsaustausch wettbewerbsfördernde oder wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, ebenso relevant wie die Berücksichtigung einer Marktmacht der Marktgegenseite der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen; beide Gesichtspunkte müssen in die wettbewerbsrechtliche Würdigung einbezogen werden. In den Leitlinien wird aber nur dargelegt, wann ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegen kann, nicht aber, wann dies (aufgrund wettbewerbsfördernden Wirkungen) nicht der Fall ist. Insoweit ist auch hier auf den oben schon angesprochenen Gesichtspunkt des Fehlens von Aussagen

zu „safe harbours“ hinzuweisen. In diesem Zusammenhang wären auch Aussagen darüber wünschenswert, in welchem Rahmen ein Informationsaustausch über Unternehmensverbände zulässig ist. Gerade auf diesem Gebiet besteht bei Unternehmen und Verbänden große Rechtsunsicherheit.

Problematisch erscheint der Vereinigung die in Textziffer 82 enthaltene Definition der „öffentlichen Informationen“, die sich maßgeblich an einem kostenlosen Zugang zu den Informationen orientieren sollen. Marktdaten werden in Austauschsystemen zum Teil nur gegen die zur Kostendeckung erforderlichen Gebühren abgegeben, teilweise werden sie auch von auf die Zusammenstellung derartiger (auch tagesaktueller) Daten spezialisierte dritte Unternehmen an jedermann verkauft; sie sind dann immer noch für jedermann (wenn auch kostenpflichtig) zugänglich. Marktdaten werden in Austauschsystemen zum Teil nur gegen die zur Kostendeckung erforderlichen Gebühren abgegeben, sind aber im Grundsatz für jedermann zugänglich. Es sollte klargestellt werden, dass das tragende Prinzip nicht der kostenlose, sondern ein transparenter und diskriminierungsfreier Zugang ist.

In Textziffer 85 sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Austausch echter aggregierter Daten im Grundsatz nicht wettbewerbswidrig ist und nur in Ausnahmefällen zu einem Kollusionsergebnis führen kann.

III. Verhältnis von Innovation und Wettbewerb (Normen)

Die Vereinigung begrüßt die grundsätzlich positive Einstellung der Kommission zu Normen und Standards. Es lässt sich jedoch die Frage aufwerfen, ob die Problematik der Normen in horizontalen Leitlinien zu Art. 101 AEUV zutreffend angesiedelt ist. Wie auch aus den Ausführungen der Kommission deutlich wird, ergeben sich die wettbewerbsrechtlichen Probleme vielfach nicht aus dem Prozess der Vereinbarung von Normen und Standards, sondern aus der Ausübung einer Machtposition durch ein einzelnes Unternehmen, die grundsätzlich als einseitige Maßnahme zu bewerten ist. Demgegenüber ist das Bestreben der Kommission eindeutig, die kartellrechtliche Kontrolle derartiger einseitiger missbräuchlicher Verhaltensweisen in den Bereich der Vereinbarung von Normen vorzuverlegen; eine solche Ausweitung der Missbrauchskontrolle ist aber nicht gerechtfertigt. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung lässt sich nach Auffassung der Vereinigung den von der Kommission befürchteten Missbrauchsgefahren weder mit Art. 101 AEUV noch mit Art. 102 AEUV ausreichend vorbeugen. Das beruht zum einen darauf, dass sich in mitgliederabhängigen Normungsverbänden ein strenges Regime allseitiger Beteiligung und voller Transparenz von Schutzrechten und Lizenzpraktiken nicht wirksam vom Verband durchsetzen lässt, dem dafür auch wirksame Sanktionen fehlen. Zum anderen werden auf diese Weise weder die Fälle erfasst, in denen normnotwendige Patente an der Normung nicht beteiligten Unternehmen zustehen, noch die Fälle der Lizenzverweigerung oder der Geltendmachung von Schutzrechten zur Durchsetzung von komple-

xen oder überhöhten Lizenzansprüchen. Das ist unabhängig von dem Vorliegen einer FRAND-Erklärung. Die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs "Orange Book Standard" hat gezeigt, welchen Durchsetzungsvorsprung der Patentinhaber ausnutzen kann; in Holland lehnen die Patentverletzungsgerichte den Kartellrechtseinwand offensichtlich grundsätzlich ab (Rechtbank te's-Gravenhage v. 17.03.2010, Philips/SK Kassetten GmbH).

Als weitere Frage stellt sich, wie Normungsorganisationen die Einhaltung der von den Mitgliedern ihnen gegenüber abgegebenen Verpflichtungen sicherstellen können. FRAND-Erklärungen werden gegenüber den Normungsorganisationen abgegeben, auf sie berufen können muss sich aber der Lizenznehmer (Normanwender). Wie soll das im Rahmen des Art. 101 AEUV durchsetzbar sein? Sobald der Normungsbeschluss gefasst ist, ist das Kartell vollzogen; der Beschlussbeteiligte handelt jetzt nur einseitig, wenn er die Lizenz verweigert oder aus dem Patent klagt. Auch hier zeigt sich wieder, dass es sich eher um eine Problematik des Art. 102 als des Art. 101 AEUV handelt.

Die in Textziffer 287 des Leitlinienentwurfs angesprochene Möglichkeit der vorherigen Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen führt, insbesondere in den Bereichen der Telekommunikation und der Informationstechnologie, zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Die Standards in diesen Bereichen sind durch eine Vielzahl standardrelevanter Patente gekennzeichnet sowie dadurch geprägt, dass der Standardisierungsprozess kontinuierlich verläuft. Inhaber standardessentieller Patente können daher verleitet sein, als restriktivste Lizenzbedingungen besonders hohe Forderungen zu benennen, was eine erfolgreiche Standardisierung zu marktgerechten Bedingungen gefährden kann. Wichtiger erscheint in diesem Zusammenhang, dass die Inhaber standardrelevanter Patente die aus ihrer Sicht zulässige Gesamtbelastung angeben, die für die Nutzer des zukünftigen Standards bei Lizenzierung sämtlicher für den Standard relevanter Patente anfällt.

Zudem wird aus dem Entwurf der Leitlinien nicht hinreichend deutlich, auf welche Art von Normen sich die Leitlinien beziehen. Die Normierung nach dem anerkannten Stand der Technik, der ohnehin allen zugänglich ist, wirft im allgemeinen keine besondere Probleme auf und wird von den anerkannten Normungsorganisationen (in Deutschland DIN und VDE) seit jeher gut wahrgenommen. Probleme treten dagegen im Bereich innovativer Normen auf, insbesondere bei Kompatibilitätsnormen für Schnittstellen in Systemtechnologien, und hier, wenn die technische Lehre der Norm sich ganz oder teilweise mit der technischen Lehre von gewerblichen Schutzrechten deckt. Im übrigen erfolgt eine Normung durch sehr unterschiedliche Organisationen für sehr unterschiedliche Zwecke. So ist nicht immer Allgemeinzugänglichkeit bezweckt und nötig, zum Beispiel bei Clubprojekten mit gemeinsamem FuE-Charakter. Darüber hinaus sollte berücksichtigt werden, dass Normungsbeteiligte nicht notwendig Mitbewerber sein müssen und die Zugangsprobleme häufig in der vertikalen Linie (Technologieunternehmen/Produzenten) entstehen.

Angesichts der zahlreichen Sonderprobleme in diesem Bereich und der Gemengelage von Art. 101 und 102 AEUV sollte die Problematik der Normen aus den horizontalen Leitlinien herausgenommen und in einer gesonderten Leitlinie behandelt werden sollte, die alle Probleme anspricht.

IV. F&E-GVO und Spezialisierungs-GVO

Die Vereinigung begrüßt die weiteren Klarstellungen, die die Kommission in den Entwürfen zu den beiden Gruppenfreistellungsverordnungen vorgenommen hat. Es wäre jedoch wünschenswert, das Verhältnis zwischen den Horizontalleitlinien und den Gruppenfreistellungsverordnungen klarer zum Ausdruck zu bringen. Das in Textziffer 13 der Leitlinien vorgeschlagene Konzept des "am weitesten vorgelagerten unerlässlichen Bausteins" bringt für die Unternehmen bei der Selbsteinschätzung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit zahlreiche Unsicherheiten mit sich, sofern es nicht klarer gefasst und durch eine Reihe von Beispielen verdeutlicht wird. So bleibt beispielsweise offen, ob bei komplexen Verträgen die "safe harbours" des "am weitesten vorgelagerten unerlässlichen Bausteins" auch für die übrigen Vertragselemente gelten (das geht aus Textziffer 14 nicht eindeutig hervor). Dieses Problem stellt sich auch bei der Frage, welche Marktanteilsschwellen gelten. Nach Textziffer 203 der Leitlinien soll bei Einkaufsvereinbarungen eine Marktanteilsschwelle von 15% gelten, ebenso nach Textziffer 235 für Vermarktungsvereinbarungen. Nach Art. 3 der Spezialisierungs-GVO liegt die Marktanteilsschwelle für die Freistellung bei 20%, in der Pressemitteilung der Kommission v. 4.5.2010 wird die Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle für Spezialisierungsvereinbarungen angekündigt. In Art. 4 der F&E-GVO beträgt die Marktanteilsschwelle für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen 25%. Auch über die daraus entstehenden Unsicherheiten hinaus wäre eine Vereinheitlichung dieser unterschiedlichen Marktanteilsschwellen wünschenswert, um die Anwendung der Horizontalleitlinien und der F&E-GVO und Spezialisierungs-GVO für die Unternehmen zu vereinfachen.



Dr. Kunz-Hallstein
Präsident



Dr. Loschelder
Generalsekretär